

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ocak 2024 • Sayı 57 • Yıl:15



yayin.taa.gov.tr

57



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

57

YIL: 15 - SAYI: 57 - OCAK 2024

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER**Muhittin ÖZDEMİR**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR**Oğuz Gökhan YILMAZ / Hâkim****SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF****Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı****YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD****Muhittin ÖZDEMİR**

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR

Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdulkерim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Yasin SÖYLER

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/

ANKARA

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

E-posta: taa@gmail.com**Web:** www.taad.taa.gov.tr**BASKI / PRINT**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

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

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (**Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim** aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayınlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "**Özet**" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "**Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç**" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için **OSCOLA kaynak stiline** **4. Edisyonu** kullanılmalı ve dipnot atıf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** 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 Fakóltesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ersa Öz

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

*Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat BATI

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadil 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. Sühâ 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

Araştırma Makalesi/Research Article

YASAMA DOKUNULMAZLIĞI VE YARGISAL AKTİVİZM

Legislative Immunity and Judicial Activism

Hasan Tahsin FENDOĞLU s. 1-50

Araştırma Makalesi/Research Article

SUİSTİMALCİ ANAYASACILIK VE UYGULAMALARI: MACARİSTAN VE POLONYA ÖZELİNDE DEĞERLENDİRME

*Abusive Constitutionalism and Its Practices: A Case Study of
Hungary and Poland*

Dilara YÜZER ELTİMUR s. 51-94

Araştırma Makalesi/Research Article

EBEDİYET KAYDI: ASLÎ KURUCU İKTİDARIN EBEDÎ MİRASI

Eternity Clause: Eternal Heritage of Constituent Power

Uğur YAKASIZ s. 95-114

Araştırma Makalesi/Research Article

İLAÇ ÜRETİCİSİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Criminal Liability of the Drug Manufacturer

Uğur AŞKIN s. 115-140

Araştırma Makalesi/Research Article

CEZA HUKUKUNDA ORANTILILIK İLKESİ

Proportionality Principle in Criminal Law

Murat AYDIN s. 141-168

Araştırma Makalesi/Research Article

UYGULAMA DENEYİMLERİ İŞİĞİNDA ÇOCUK İZLEM MERKEZLERİNİN İŞLEVSELLİĞİ

*Functionality of Child Advocacy Centers in the Light of
Practices*

**Ömer BÜBER; Fatmanur ALSANCAK;
Hüseyin Zahid KARA; Hatice OKSAL s. 169-196**

Araştırma Makalesi/Research Article

**UZLAŞTIRMACILARIN SORUNLARI İLE; ADLİ VE İDARİ
MERCİLERİN SORUNLARA YAKLAŞIMI**

*Problems of Conciliators and Approach of Judicial and
Administrative Authorities to Problems*

Muhammed EŞME s. 197-224

Araştırma Makalesi/Research Article

6306 SAYILI KANUN KAPSAMINDA RİSKLİ YAPI KAVRAMI

Risky Building Concept Under Law No. 6306

Emre AÇAR s. 225-246

Araştırma Makalesi/Research Article

**GENEL VERİ KORUMA İLKELERİNİN YAPAY ZEKÂ KARŞISINDA
UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU**

*The Dilemma of Implementing General Data Protection
Principles in the Realm of Artificial Intelligence*

Ezgi TURGUT BİLGİÇ s. 247-282

Araştırma Makalesi/Research Article

**YETİŞKİN CİNSEL SUÇ MAĞDURLARININ ADLİ GÖRÜŞME ODASI
GEREKSİNİMİ**

*Forensic Interview Room Requirements of Adult Victims of
Sexual Crime*

Umut Haydar COŞKUN s. 283-300

Araştırma Makalesi/Research Article

**KAMU GÖREVİNDEN AYRILANLARA DİSİPLİN CEZASI
VERİLMESİ VE KONUYLA İLGİLİ YENİ DÜZENLEMELER**

*Imposing Disciplinary Penalty to Those Who Left Public
Office and New Regulations on the Subject*

Celâl IŞIKLAR s. 301-322

Lisansüstü Tez Makalesi/Graduate Thesis Article

AİHM VE AYM KARARLARI İŞİĞİNDA GEREKÇELİ KARAR HAKKI

*Right to a Reasoned Decision in the Light of the Decisions of
European Court of Human Rights and Constitutional Court of
Türkiye*

Reşat ÇETİNKAYA s. 323-360

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi/Research Article

CAS TEMYİZ YARGILAMASINDA UYGULANACAK HUKUK*Applicable Law in CAS Appeal Process***Necip Fazıl ERBEYİN s. 363-376**

Araştırma Makalesi/Research Article

HACZEDİLMEZLİKTEN ÖRTÜLÜ OLARAK FERAGAT EDİLMESİ*Implied Consent to the Garnishment in Enforcement**Proceedings***Taner Emre YARDIMCI; Fevziye KANAT YARDIMCI ... s. 377-390**

Araştırma Makalesi/Research Article

**HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI HÂLİNDE PAY SAHİBİ
TARAFINDAN AÇILAN ALTERNATİF ÇÖZÜMLÜ TAZMİNAT DAVASI***Compensation Litigation with Alternative Solution Filed by
the Shareholder in case of Unlawful Exercise of Control in
the Group of Companies***Sefa ER s. 391-426**

Araştırma Makalesi/Research Article

**FESHİN GEÇERSİZLİĞİ DAVASINDA ÖN KOŞUL OLARAK
ARABULUCULUK KURUMU***Mediation as a Prerequisite in Invalidity of Termination Cases***H. Sena AKKIŞLA s. 427-454**

Araştırma Makalesi/Research Article

**LİMİTED ŞİRKETLERDE ÖNCELİK, ÖNALIM VE ALIM HAKLARININ
KULLANILMASINA İLİŞKİN BELİRLİ ESASLAR***Certain Principles for Exercising First Option, Pre-emption
and Purchase Rights in Limited Liability Companies***Cansu CİNDORUK s. 455-482**

Araştırma Makalesi/Research Article

**TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ YATIRIM
ANTLAŞMALARINDAKİ DİĞER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM
YÖNTEMLERİNİN TAHKİME ETKİSİ***The Effect on Arbitration of Other Methods of Settling Disputes in
Bilateral Investment Treaties Which Türkiye is a Party of***Rumeysa PARTALCI s. 483-508**

Araştırma Makalesi/Research Article

**DEPREM VE DİĞER DOĞAL TEHLİKELERİN İŞ SÖZLEŞMESİNE
ETKİLERİ**

*The Effects of Earthquakes and Other Natural Hazards on
Labor Contracts*

İştar URHANOĞLU; Damla KAYNAR s. 509-548

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

TRDİZİN



Jurix

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

YASAMA DOKUNULMAZLIĞI VE YARGISAL AKTİVİZM

Legislative Immunity and Judicial Activism

Hasan Tahsin FENDOĞLU

Özet

Bu çalışmada, yasama dokunulmazlığı, yargısal aktivizm bağlamında ele alınacak, Anayasamızın 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında geçen yasama dokunulmazlığının istisnalarından biri olan Anayasamızın 14'üncü maddesi mütalaa edilecektir. Anayasa Mahkemesi, karşı oy yazar üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi ve Yargıtay Başkanlığı'nın görüşleri/gerekçeleri üzerinde durulacak bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır. Çalışmamız, yasama dokunulmazlığının iki istisnasından biri olan, *seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması şartıyla Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki suçlardan mahkûm olanların yasama dokunulmazlığından yararlanıp-yararlanamayacağı* konusu ile sınırlıdır. Öncelikle konu ile ilgili olarak mahkeme kararları üzerinde durulacak, daha sonra tartışma konuları analiz edilecektir.

Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay arasındaki farklı görüşün çözümlenmesi, öncelikle kendi ellerinde daha sonra Meclis'in takdirindedir. Kendileri çözemediği takdirde, ya yeni bir anayasa veya anayasa değişikliği veya kısmen kanunla sorun çözülebilir. Aksi halde hukuk devleti, yargıya güven, yüksek mahkemelerin güvenilirliği, yok saymanın yargıya getireceği olumsuzluklar sistemi zaafa uğratacak, ülkemiz zarar görecektir ve bundan yargının da kazancı olmayacaktır. Yargımızın zayıf taraflarının tahkim edilmesi ile yargı kurumu güçlenecek, sorunlar daha rahat çözülebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yasama dokunulmazlığı, yargısal aktivizm, terör suçları.

Summary

In this study, legislative immunity will be discussed in the context of judicial activism, and Article 14 of our Constitution, which is one of the exceptions to the legislative immunity mentioned in the 2nd paragraph of Article 83 of our Constitution, will be considered. An attempt will be made to reach a conclusion by focusing on the opinions/justifications of the Constitutional Court, the members who voted against it, the Chief Public Prosecutor's Office of the Supreme Court of Appeals, the 3rd Criminal Chamber of the Supreme Court of Appeals and the Presidency of the Supreme Court of Appeals. Our study is limited to the issue of whether those *convicted of crimes in Article 14 of the Constitution can benefit from legislative immunity*, which is one of the two exceptions to legislative immunity, provided that the investigation has started before the election. First of all, court decisions regarding the subject will be emphasized, and then the controversial issues will be analyzed.

The resolution of the different opinions between the Constitutional Court and the Supreme Court is primarily in their own hands and then at the discretion of the Parliament. If they cannot

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.11.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, htfendoglu@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1211-6989>.



solve the problem themselves, the problem can be solved either with by a new constitution, or by constitutional amendment or partly by law. Otherwise, the rule of law, trust in the judiciary, the reliability of the high courts, and the negativities that *ignoring* will bring to the judiciary will weaken the system, our country will be damaged, and the judiciary will not gain anything from this.

By strengthening the weak aspects of our judiciary, the judicial institution will be strengthened and problems will be solved more easily.

Keywords: Legislative immunity, judicial activism, terrorist crimes.

I. BAZI DOSYALAR

Bu başlık altında kronolojik olarak yeniden eskiye doğru konu ile ilgili bazı önemli dosyalar gözden geçirilecek, mahkeme kararlarının gerekçeleri ayrıca değerlendirilecektir.

A. ŞERAFETTİN CAN ATALAY BAŞVURUSU (2023)

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen davada, başvuru hakkında TCK m. 312’de tanımlanan *Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs suçuna yardım ettiği gerekçesiyle* 25.04.2022 tarihinde mahkûmiyet kararı verilmiştir.

Şerafettin Can Atalay (Atalay) 20.07.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi (AYM)’ ne bireysel başvurusu yapmış, AYM 25.10.2023 tarihinde seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden hak ihlali kararı vererek, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması amacıyla başvuru Atalay’ın yeniden yargılanmasına başlanması, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi işlemlerinin yerine getirilmesi için ihlal kararının bir örneğinin İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’ne gönderilmesine karar vermiştir.¹

Başvuru Atalay, yargılaması devam ederken milletvekili seçildiğini, hakkında yürütülen kovuşturmada durma kararı verilmesi gerektiğini, aksi halde Anayasa m. 67 kapsamında korunan siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edileceğini ileri sürmüş, Yargıtay’ın, AYM’nin aynı konuyu nihai şekilde hükme bağladığı *Ömer Faruk Gergerlioğlu (Gergerlioğlu)* ve *Leyla Güven* kararlarına bilinçli şekilde uymayarak adil yargılanma hakkının *ihlal* edildiğini belirtmiştir.

Atalay hakkında hükmen 18 yıl hapis cezası verilmiş, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (İstinaf) 3. Ceza Dairesi, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir. Atalay, 14.05.2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinde Hatay milletvekili olarak seçilmiştir. Başvuru Atalay, 28 Mayıs - 30 Ağustos 2013 tarihleri arasında Gezi Parkında düzenlenen eylemlerin ülke çapında kitlesel şiddet olaylarına dönüşmesi nedeniyle yürütülen ve “Gezi Parkı Davası” olarak bilinen ceza davasının sanıklarından biridir.² Dosya bireysel başvuru inceleme

¹ Şerafettin Can Atalay ile ilgili AYM Kararının yayımlandığı RG 27.10.2023/32352.

² <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898/>> ET 27.11.2023.

aşamasındayken Y. 3. CD, 28.09.2023 tarihli kararı ile Atalay hakkındaki mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar vermiştir. AYM' nin ihlal kararı hakkında bir karar verilmek üzere, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, *bireysel başvuruya konu ihlalin Yargıtay'ın kararından kaynaklandığını, ayrıca bireysel başvuru yapıldıktan sonra ilgili Ceza Dairesince dosyanın esastan incelendiğini, karara bağlandığını, bu sebeple oluşan yeni hukuki durum karşısında Yargıtay 3. Ceza Dairesince yeni bir değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğu* gerekçesiyle dosyayı Yargıtay 3. Ceza Dairesine göndermiştir.³ Y. 3. CD, bu konuda mütalaa alınması için 03.11.2023 tarihinde dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 03.11.2023 tarihli Mütalaası ile AYM' nin ihlal kararına uyulmamasını talep etmiştir.⁴

Yargıtay 3. CD, mütalaaaya uyarak, AYM' den gelen ihlal kararına uymamış ve Anayasa Mahkemesi'nin, Atalay'ın bireysel başvurusu hakkındaki 25.10.2023 tarihli ihlal kararına hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceği cihetle, Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar saymayarak, AYM' nin kararına uyulmamasına karar vermiştir.

Adalet Bakanlığı'nın 22 Ağustos 2023 tarihli görüşü, Yargıtay'ın görüşüne benzemektedir.⁵ Bu dosyada AYM' nin ihlal kararına rağmen, başvuruçunun tahliye edilmediği ve kararın gereğinin yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. AYM' nin ihlal kararı yerine getirilmeyince, Başvurucu Atalay, yeniden AYM' ye bireysel başvuruda bulunmuş, AYM, 22 Aralık 2023 günü yeni kararını açıklayarak, bireysel başvuru hakkının ihlal edildiğine, başvuruçuya 100.000.TL tazminat ödenmesine, 3 üyenin muhalif oyu ve oy çokluğu ile karar vermiş, 26.12.2023 tarihli basın duyurusu ile kısa bir açıklama yapılmış ancak kararın gerekçesi henüz açıklanmamıştır.

26. 12. 2023 tarihli basın duyurusuna göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. Ceza Dairesine mütalaa vermiş ise de, bu mütalaa başvuruçuya tebliğ edilmemiş, Yargıtay 3. Ceza Dairesi de, "*Anayasa Mahkemesi kararına uyulmamasına*" şeklinde Türk hukukunda bulunmayan bir karar vermiştir. Başvuruçunun bu karara yönelik itirazını inceleyen ilgili daire ise karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. AYM kararlarının yerine getirilmemesi, Anayasa'nın 153/son maddesine aykırıdır.⁶ Yeniden yargılama görev ve yetkisi İstanbul 13'üncü Ağır Ceza Mahkemesi'ne aittir. Yargıtay 3'üncü Ceza Dairesi bu konuda yetki-

³ Bkz. İstanbul 13 Ağır Ceza Mahkemesi'nin, E 2021/178, 30.10.2023 Sayılı Yazısı, 01.11.2023 tarihli Ek Kararı; Yargıtay 3 CD, E 2023/12611, 08.11.2023.

⁴ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın mütalaaası için bkz. Yargıtay 3 CD, E 2023/12611, 08.11.2023.

⁵ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

⁶ Anayasa'nın 153/son maddesi: "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."



li mahkeme değildir.⁷ Bu durum Anayasa'nın 142. maddesinin amir hükmüne ve Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan tabii hâkim ilkesine açıkça aykırıdır. Anayasa'nın 153/son maddesinde AYM kararlarını değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarına *herhangi bir takdir yetkisi* tanınmamış, bu konuda *bir istisnaya yer verilmemiştir*. Kamu gücünün eylem, işlem ve ihmallerinin Anayasa'ya uygunluğunu kesin ve bağlayıcı olarak karara bağlama yetkisi münhasıran AYM'ye ait olduğundan herhangi bir merciin bu kararın Anayasa'ya veya kanuna uygun olup olmadığını inceleme ve denetleme yetkisi de bulunmamaktadır. Sonuç olarak ilk derece mahkemesinin dosyayı Yargıtay'a göndermesiyle başlayan, Yargıtay'ın da Anayasa hükümlerini gözardı ederek verdiği karar, Anayasa'nın sözüne açıkça aykırılık oluşturmuş ve başvurunun bireysel başvuru hakkı, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlal edilmiştir.⁸

B. LEYLA GÜVEN BAŞVURUSU (2022)

Leyla Güven başvurusu, başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, ifade ve toplanma özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.⁹

Başvurucu Leyla Güven, 7/6/2015 tarihinde yapılan 25. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde Şanlıurfa milletvekili olarak seçilmiştir. Ayrıca başvuru, Demokratik Toplum Kongresi'nde (DTK) eş başkanlık görevini yürütmüş ve 24/6/2018 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanı Seçimi ve 27. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde Halkların Demokratik Partisinden (HDP) Hakkâri milletvekili seçilmiştir. Başvurucu, silahlı terör¹⁰ örgütü kurma ve yönetme suçlarından Di-

⁷ Yargıtay 3 CD, E 2023/12611, 08.11.2023. Görüldüğü gibi Yargıtay ve AYM, biri diğerrinin yetkisiz mahkeme olduğunu belirtmektedir. Y. 3 CD, AYM' nin 28.09.2023 tarihli ve 2023/12611 Esas 2023/6359 Karar sayılı infazı kabil ve kesinleşmiş kararını dikkate almaksızın bireysel başvuru incelemesi yaptığını, Anayasa'nın 84/2 maddesi açısından AYM'ye *müracaat imkânı tanınmadığını ve AYM' nin de bu konuda inceleme yetkisi olmadığını belirtmektedir*.

⁸ <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararinin-uygulanmamasini-nedeniyle-bireysel-basvuru-hakkinin-ihlal-edilmesi/>> ET 27.12.2023. Basın duyurunun bilgilendirme amacıyla hazırlanmış olduğu ve bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir.

⁹ Leyla Güven Başvurusu (GK), B. No. 2018/26689, Karar Tarihi 7/4/2022, prg. 1, RG 05.10.2022/31974, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/26689>> ET 10. 12. 2023.

¹⁰ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör Tanımı" başlıklı 1. maddesine göre "*Terör: cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafla uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.*" Söz konusu Kanun'un "Terör Suçları" başlıklı 3. maddesinde ise (29.06.2006-5532/2 md ile değişik), "Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311,

yarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında gözaltına alınmış, Başsavcılık, silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçlarından “*üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunduğu anlaşılma*yla, suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yastada yazılı cezanın üst haddi” gerekçesine dayanarak tutuklanması istemiyle başvuruçuyu Diyarbakır Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiş ve sanık tutuklanmıştır. Bu bağlamda DTK tarafından 14/7/2011 tarihinde devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak amacıyla PKK/KCK silahlı terör örgütünün hedefi doğrultusunda demokratik özerklik ilan edildiği, 27/12/2015 tarihinde olağanüstü toplanan DTK, “*sonuç bildirgesi*” şeklindeki açıklama yapmıştır. Açıklamada demokratik özerk bölgelerin oluşturulmasının istendiği, PKK/KCK silahlı terör örgütü mensupları tarafından kazılan hendeklerin, kurulan barikatların, güvenlik güçlerine yönelik gerçekleştirilen silahlı ve patlayıcı maddeli saldırıların meşru savunma olarak görüldüğü ve ülke bütünlüğünü bozmak amacıyla terör örgütünün hedefi doğrultusunda gerçekleştirilen öz yönetim ilanlarına sahip çıkıldığı belirtilmiştir. Başvuruçunun bahsedilen amaçları gerçekleştirmek üzere oluşturulan ve karar alma mercii olan DTK’ nın eş başkanı olarak görev aldığı, DTK’ nın çalışmaları kapsamında çeşitli toplantılar düzenleyerek örgütsel nitelikteki eylemlere katıldığı ve terör örgütünün amaçları doğrultusunda açıklamalar yaparak diğer DTK üyeleri ile birlikte dört ülke toprağı üzerinde Kürt ulusal birliğini sağlamak, devletin birliğini ve bütünlüğünü bozmak, toplumsal ayrışmaya sebep olmak amacıyla halk kitlelerini etkilemeye çalıştığı, eylemlerindeki süreklilik, yoğunluk ve çeşitlilik de nazara alındığında üzerine atılı silahlı terör örgütü yöneticisi olma suçunu işlediği beyan edilmiştir.¹¹

İddianamede başvuruçuya isnat edilen suçlamalara ilişkin olay ve olgular etraflıca anlatılmıştır. DTK, DBP (Demokratik Bölgeler Partisi) ve HDP il teşkilatları tarafından organize edilen, 5/8/2016 tarihinde “Önderliğe Sahip Çıkıyoruz” adı altında, PKK/KCK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan’ın konuşmaları ile görüntülerini içeren bir sinevizyon gösterisinin de yapıldığı basın açıklaması esnasında başvuruçunun “Önderliğime, toprağıma, özgürlüğüme sahip çıkıyorum.” şeklinde ifadeler kullanmak suretiyle terör örgütünün propagandasını yaptığı belirtilmiştir. Diyarbakır 9. Ağır Ceza Mahkemesi başvuruçuyu yönünden tutuksuz olarak sürdürdüğü yargılamanın sonunda 21/12/2020 tarihinde, başvuruçunun silahlı terör örgütü kurma veya yönetme suçundan 13 yıl 15 ay hapsine, silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçlarından 4 yıl (iki kez) hapis cezalarıyla mahkûmiyetine ve hükmen tutuklanmasına karar vermiştir. Bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.¹²

312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır” denilmiştir. (Terörle Mücadele Kanunu, Kanun No. 3713, Kabul Tarihi 12.4.1991, RG 12.4.1991/20843.

¹¹ Leyla Güven Başvurusu (n 9).

¹² Yargıtay 16 CD, E 2019/5611, K 2020/1360, 20/1/2020.



Soruşturma mercilerince başvuruçunun bir dönem DTK eş başkanı olması PKK terör örgütü ile bağlantılı bir suçlama bakımından örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmiştir. Terör suçları¹³na ilişkin davaların temyiz mercii olan Yargıtay 16. Ceza Dairesi, yakın tarihte verdiği bir kararında DTK'nın PKK tarafından 2007 yılında alınan karar gereğince oluşturulmuş bir yapılanma olduğunu belirterek bu konuda verilen bir başka mahkûmiyet hükmünü onamıştır.¹⁴ *AYM, bu başvuruda ihlal ve Leyla Güven'e tazminat ödenmesine karar vermiştir. Başvurucu hakkında verilen ikinci tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle manevi zararları karşılığında Leyla Güven'e net 67.500 TL manevi tazminat ödenmesine, tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, 4 AYM Üyesinin (Rıdvan Güleç, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan) karşı oyu ve oyçokluğuyla 7/4/2022 tarihinde karar vermiştir.*¹⁵

C. ÖZGÜR GÜNDEM GAZETESİ (ERSİN BASIN VE YAYINCILIK SAN. VE TİC. LTD. ŞTİ. VE DİĞERLERİ) BAŞVURUSU (2021)

Başvurucu Ersin Basın ve Yayıncılık Limited Şirketi tarafından yayımlanan Özgür Gündem gazetesi olayların meydana geldiği tarihte ulusal ölçekte yayın yapan bir gazete olup, başvuru, gazetenin geçici olarak kapatılması nedeniyle başvuruçuların ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, gazetenin PKK'nın yayın organı gibi hareket ettiği şüphesiyle resen bir ceza soruşturması açmış, günlük olarak yayımlanan gazetenin sürekli PKK terör örgütü propagandası yaptığını ve silahlı terör örgütünün yayın organı gibi hareket ettiğini belirtmiş, talep yazısının ekine gazete yetkililerinin terör örgütü propagandası yapma suçundan mahkûmiyetlerini gösteren 2009-2016 yılları arasında verilmiş otuz yedi (37) mahkeme kararını eklemiştir.¹⁶ Başsavcılığın talebi, İstanbul 8. Sulh Ceza Hâkimliğinin 16/8/2016 tarihli kararı ile yerinde görülerek kabul edilmiş ve gazetenin Anayasa'nın 28/son maddesi gereği geçici olarak kapatılmasına karar verilmiştir.¹⁷

6216 Sayılı Kanununun 46/1 maddesine göre, bir kişinin Anayasa Mahkemesi-ne bireysel başvuruda mağdur statüsüne sahip olabilmesi için güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekir. AYM, olayların başvuruçular tarafından yapılan hukuki nitelendirilmesi ile bağlı olmadığını, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisinin takdir ettiğini belirtmiştir.¹⁸ AYM'ye göre, temel hak

¹³ Bkz. dn 10.

¹⁴ Leyla Güven Başvurusu (n 9).

¹⁵ ibid.

¹⁶ Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi), BV Tarihi, 26/9/2016, Başvuru Numarası: 2016/54096, Karar Tarihi: 30/6/2021, § 1-10, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/54096>> ET 10.12.2023.

¹⁷ ibid.

¹⁸ Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi) (n 16).

ve özgürlüklere yönelik doğrudan Anayasa metnine dayanan müdahalelerin, şekli anlamda bir kanun metni bulunmaması nedeniyle kanunilik koşulunu sağlamadığı kategorik olarak ileri sürülemez. AYM, kanunilik ölçütünün aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirdiğini ve bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliği ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır.¹⁹ *AYM, sonuç olarak, bazı başvurular yönünden Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde teminat altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine, başvuruların tazminat taleplerinin reddine 30/6/2021 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.*²⁰

D. ÖMER FARUK GERGERLİOĞLU BAŞVURUSU (2021)

Gergerlioğlu hakkında, milletvekili olarak seçilmesinden önce sarf ettiği sözler nedeniyle Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21 Şubat 2018 tarihinde verdiği ve silahlı terör örgütü propagandası yapma suçunu işlediğine dair karar, Yargıtay (kapatılan) 16. Ceza Dairesi tarafından gerçekleştirilen fiilin ağırlığı gözetilmek suretiyle 28 Ocak 2021 tarihinde onanmıştır. Mahkemeler, yasama dokunulmazlığı sebebiyle sağlanan hak ve yetkilerin kötüye kullanıldığı gerekçesiyle ve Yargıtay incelemesi sonunda da ilk derece mahkemesince verilen hapis cezası onanmış, Gergerlioğlu'nun milletvekilliği düşürülmüştür.²¹ Gergerlioğlu, mahkûmiyet hükmüne karşı istinafa başvurmuş, hükmün istinaf incelemesi devam ederken başvuru 24/6/2018 tarihinde HDP Kocaeli milletvekili seçilmiş, bu arada istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.²² Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 9/10/2013 tarihli ve E.2013/9110, K.2013/12351 sayılı kararında, kovuşturma yapılmasına engel bir durumun bulunmadığı belirtilmiş²³ ise de *AYM, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine, kararın bir örneğinin ihlal sonuçlarının ortadan kaldırılması için Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine, Başvurucuya net 30.000 TL manevi tazminat ödenmesine 1/7/2021 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.*²⁴

¹⁹ ibid.

²⁰ Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi) (n 16), § 74-83.

²¹ AYM'nin, Gergerlioğlu'nun bireysel başvuru talebini ret ettiğine ilişkin kararı için bkz. AYM, E 2021/33, K 2021/23, 31.03.2021.

²² Yargıtay 3 CD (n 7) ; kanunilik şartına ilişkin AYM kararları için <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634> (05.12.2023). Kanunilik unsuru, *belirlilik ve öngörülebilirlik* elbette son derece önemlidir. Devlete karşı ağır cürüm işleyen birinin tabi olacağı kanunun çok açık ve net olması önemlidir. Terörün teşviki ve meşru görülmesi, şiddetin tahrik edilmesi, totaliter ideolojilerin teşviki, nefretin tahrik edilmesi, etnik gruplara yönelik nefret, homofobi ve dini nefret konusunda AİHM kararları için bkz. Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, § 79-83, 92, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634>> ET 05.12.2023.

²³ Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, § 31, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634>> ET 10.12.2023.

²⁴ ibid, § 197.

E. DİĞER BENZERİ BAŞVURULAR

Kadri Enes Berberoğlu başvurusunda (2021), dosya MİT turlarını haber yapan, Devletin gizli sırlarını deşifre eden ve milletvekili seçilen Berberoğlu'nun dokunulmazlığı hakkındadır. MİT turları, 1/1/2014 tarihinde Hatay'da, 19/1/2014 tarihinde Adana'da silah yüklü olduğu iddiası ile Cumhuriyet savcılarının talimatı ile durdurulmuş ve aranmıştır. Adana ve Hatay mülki amirlerinin müdahalesiyle araçlarda bulunan malzemelerin ve personelin MİT'e bağlı olduğu gerekçesiyle söz konusu araçlar serbest bırakılmıştır. Bunun sonucunda başvuru hakkında milletvekilliğini sona erdiren mahkûmiyet hükmü ortadan kaldırılmamış, hükmün infazına devam olunmuş ve AYM'nin ihlal kararı mahkemelerce yerine getirilmemiştir.²⁵ *AYM, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması için başvurusunun yeniden yargılanmasına, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulmasına, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanmasına, durma kararı verilmesine, dosyanın İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine*, kararın bir örneğinin TBMM'ye, Adalet Bakanlığına ve HSK'ya gönderilmesine 21/1/2021 tarihinde oybirliğiyle karar vermiştir.²⁶

Kadri Enes Berberoğlu'nun bir başka başvurusunda (2018), Berberoğlu, milletvekili olduğunu, tahliye edilmesi gerektiğini belirterek başvuruda bulunmuştur. Konu, içerisinde MİT'e ait malzemenin bulunduğu TIR'lar meselesidir. Başvurusunun, bilgileri Can Dündar'a verdiği iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır. *AYM, açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle, bu başvurunun kabul edilemez olduğuna*, 18.7.2018 günü oybirliğiyle karar vermiştir.²⁷

HDP Mardin Milletvekili Gülser Yıldırım başvurusunda (2017) olay şudur: Anayasanın 83'ü. maddesi uyarınca var olan dokunulmazlıklar TBMM kararı ile kaldırılmış ve bu konuda Anayasa'ya geçici 20. madde eklenmiştir. Dosyaları mahkemeye intikal etmişse de başvuru mahkemeye ifade vermeyeceğini ifade etmiştir. Bu nedenle gözaltına alınmış, tutuklanmış ve kamu davası açılmıştır.²⁸ PKK'nın üst düzey yöneticilerinden biri olan başvuru, 5.10.2014 tarihinde halkı Kobani'ye sahip çıkmaya ve şehirleri işgale çağırmıştır. Ertesi gün HDP'nin sosyal medya hesabında yapılan duyuruda başvurusunun da üyesi olduğu MYK olarak, *halkı acil olarak sokağa çıkmaya, sokağa çıkmış olanlara destek vermeye ve harekete geçmeye davet etmiştir. "Kobane'deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar süresiz direnişe çağırıyoruz"* duyurusu yapılmıştır. Aynı gün ve sonrasında PKK'ya yakın bir internet sitesinde, halk ayaklanmaya çağırılmış, tüm

²⁵ Kadri Enis Berberoğlu (3), <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/32949>> ET:: 10.12.2023; Karar Tarihi 21/1/2021, Başvuru Numarası: 2020/32949, RG 03. 02. 2021/31384.

²⁶ ibid.

²⁷ Kadri Enis Berberoğlu, B. No. 2017/27793, 18.7.2018; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, 2018/1, Ankara 2019*, AYM Yayınları, 683-702.

²⁸ Gülser Yıldırım (GK), B. No. 2016/40170, 16.11.2017; *AYM Yıllık Rapor, 2017*, AYM Yayınları, Ankara, 2018, 190 vd.; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar, 2017/1*, 237 vd.

sokakları çatışma alanına dönüştürün, denilmiştir.²⁹ 6 Ekim 2014 tarihinde başlayan ve *günlerce devam eden, on binlerce insanın katıldığı*, devlet malına büyük zararların verildiği, çok sayıda ölü ve yaralıların olduğu görülmüştür. Başvurucu bu çağrıyı kabul eder mahiyette beyanda bulunmuştur.³⁰ Soruşturma makamları HDP ile PKK arasında ve bu çağrılar ile şiddet olayları arasında *illiyet bağı* kurmuştur. PKK, *hendek (çukur) olaylarında şehirlerin bir bölümünde hâkimiyet kurmak istemiş*, güvenlik güçleri bu barikatları kaldırmış, ağır silah ve patlayıcı madde ele geçirmiştir. Başvurucu, öldürülen hendek teröristlerinden biriyle çok sayıda mesaj ve telefon görüşmesi yapmıştır. Öldürülen terörist kırsal alan sorumlusu olup, zor durumda olduklarını, halkın belirli bölgelere sevk edilmesini istemiş, başvurucu talepleri yerine getirmiş, başvurucunun ayrıca yaptığı konuşmalarda, ölen PKK'lı teröristlere “*yoldaş*”, “*şehit*”, “*sonuna kadar şehitlerimizin davalarının takipçisi olacağız*” diyerek, şiddetin çok yoğun işlendiği bir zamanda PKK'yı övdüğü belirtilmiştir.³¹ Olayda suç işlendiğine dair kuvvetli şüphenin olduğu, olgusal temellerin bulunduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğu anlaşılmaktadır. AYM, milletvekilinin tutuklanmasının ölçüsüz olduğu konusunda bir karar vermemiştir. *Milletvekili olan başvurucunun tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği* iddiası red edilmiştir. Milletvekili hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu, adli kontrol uygulamasının yetersiz olduğu sonucuna varılmasının keyfi ve temelsiz olmadığı gerekçesiyle açıkça *dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik* kararı verilmiştir.³²

HDP Kars milletvekili Ayhan Bilgen (2017), 6-7 Ekim 2014 Kobani olayları nedeniyle tutuklanmış, kamu davası açılmıştır. AYM, araştırmasını Anayasanın 19/1, 3 ve 13. maddeleri açılardan yapmıştır. Başvurucu HDP MYK üyesidir.³³ AYM, Anayasanın 19/3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.³⁴

HDP Eş Genel Başkanı ve milletvekili Selahattin Demirtaş dosyasına göre (2017),³⁵ dokunulmazlıklar TBMM tarafından kaldırıldıktan sonra hakkında 31 ayrı fezleke düzenlenmiştir. Başvurucu, 04.11.2016 tarihinde evinde gözaltına alınmış, aynı tarihte mahkeme tarafından tutuklanmış, hakkında kamu davası açılmıştır. Mahkeme, davanın nakli için Adalet Bakanlığına başvurmuş, Yargıtay 5. Ceza Dairesi yargılamanın Ankara Ağır Ceza mahkemesinde görülmesine karar vermiştir. Başvurucu, tutuklamanın hukuki olmadığını, 6-7 Ekim olaylarından so-

²⁹ ibid.

³⁰ Gülser Yıldırım (GK) (n 28), 194.

³¹ Gülser Yıldırım (GK) (n 28), 190, 197 vd.

³² Gülser Yıldırım (GK) (n 28), *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2017/1, 237 vd.

³³ Ayhan Bilgen (GK), B. No. 2017/5974, 21.12.2017; *AYM Yıllık Rapor*, 2017, s. 199 vd.; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar* 2017/2, 899 vd.

³⁴ ibid, 203.

³⁵ Selahattin Demirtaş (GK), B. No. 2016/25189, 21.12.2017; *AYM Yıllık Rapor*, 2017, s. 2014 vd., *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2017/1, s. 367 vd.



rumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Başvurucu ile PKK yöneticilerinden Sabri Ok ve diğer PKK yöneticileri ile aralarında geçtiği iddia edilen telefon *konuşmalarının içeriği ve diğer olgusal temeller, alınan tutuklama kararının yerinde olduğunu göstermiş, sonuçta iddialar kabul edilemez bulunmuştur.*³⁶

*Milletvekili olan Selahattin Demirtaş'ın bir başka başvurusunda (2016), tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiası ret edilmiş, uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu, adli kontrol uygulamasının yetersiz olduğu sonucuna varılmasının keyfi ve temelsiz olmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmiştir.*³⁷

*Erdem Gül ve Can Dündar başvurusu (2016), Cumhuriyet gazetesinin genel yayın yönetmeni ile Ankara temsilcisi olarak, farklı tarihlerde yaptıkları haberler nedeniyle "silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme", "devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyaset ve askerî casusluk amacıyla temin etme" ve "devletin gizli kalması gereken bilgilerini casusluk maksadıyla açıklama" suçlamasıyla tutuklanmalarının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddialarına ilişkindir. Tutuklama için aranan "kuvvetli belirti" ve "gereklilik" koşullarının gerekçelendirilmemiş olması AYM tarafından ihlal kabul edilmiştir; tutuklamak için iki şart gereklidir; gerekçeli kuvvetli belirti ve gerekçeli gereklilik. Bu olayda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak ifade ve basın özgürlüğü ihlal edilmiştir.*³⁸ Sonuç olarak AYM; Anayasa'nın 19/3. maddesinde teminat altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, (Hicabi Dursun, Kadir Özkaya ve Rıdvan Güleç'in karşı oyu ve oyçokluğuyla), Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine, (Hicabi Dursun, Kadir Özkaya ve Rıdvan Güleç'in karşı oyu ve oyçokluğuyla), kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.³⁹

*Metin Beyyar ve Halkın Kurtuluş Partisi başvurusunda (2015), AYM'ye göre, siyasi parti yöneticisine idari para cezası verilmesi ihlaldir. Siyasi parti yöneticisine idari para cezası verilmesi, idari para cezasını uygulayacak merci bakımından kanunda yeterli açıklıkta bir hüküm bulunmadığı için siyasi örgütlenme özgürlüğü ihlal edilmiştir.*⁴⁰

³⁶ İbid, 207-209.

³⁷ İbid.

³⁸ Erdem Gül ve Can Dündar (GK), B. No. 2015/18567, 25.2.2016; RG. 10.03.2016/29649; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2016, s. 785 vd.; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18567>> ET 10.12.2023.

³⁹ İbid.

⁴⁰ Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi (GK), B. No. 2014/15220, 4.6.2015; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2015, Ankara 2016, s. 1309 vd. § 56; <<https://kararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

*Sebahat Tuncel (2014) başvurusunda, AYM' ye göre seçilmiş milletvekiline yönelik müdahale, ihlaldir ve onun seçilme hakkına, seçmenin serbest iradesini açıklama hakkına ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahaledir.*⁴¹

*Mustafa Ali Balbay başvurusunda (2013), başvuru milletvekili seçildikten sonraki tahliye talepleri reddedilince AYM' ye başvurmuş, AYM' ye göre, seçilme ve temsil hakkı ile yargılamanın tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü denge gözetilmemiş ve makul olmayan tutukluluğun yasama faaliyetini engellediği belirtilmiş ve Anayasanın 67/1 ve 19/7'inci maddelerinin ihlal edildiği tespit edilmiştir.*⁴² AYM' ye göre, seçilme hakkı seçimlerde aday olma hakkını ve seçildikten sonra parlamentoda bulunma hakkını da içerir.

II. AYM'NİN GEREKÇELERİ

İlgili bazı dosyalar ve gerekçeleri üzerinde kısaca durduktan sonra, AYM' nin gerekçelerini ve karşı oy gerekçelerini belirtmek istiyoruz.

Öncelikle, ele aldığımız konuda, AYM çoğunluğunun yukarıda incelenen dosyalardaki gerekçeleri daha ayrıntılı olarak şöyle belirtilebilir;

1. AYM, seçilme hakkının, sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milletvekili sıfatıyla temsil yetkisini fiilen kullanabilmesini de kapsadığını kabul etmiş ve seçilmiş milletvekillerinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik sınırlamaların, onların seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır.⁴³ Gergerlioğlu kararında Anayasa Mahkemesi, ceza mahkemesinde yargılanmakta iken milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı⁴⁴nı kazanan başvuru hakkında *ihlal kararı vermiştir.*⁴⁵

2. Başvuru Atalay, 14 Mayıs 2023 tarihinde yapılan Milletvekili Genel Seçiminde milletvekili olarak seçilmiş olup tutukludur. AYM' ye göre, görevin yerine getirilmesine engel olan *tutukluluk milletvekili olarak siyasi faaliyet ve temsil hakkını engellemesi ihlal olup, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahale edilmiştir.*⁴⁶

3. AYM, Atalay'ın başvurusuna *benzer* nitelikte olan Gergerlioğlu başvurusunda dokunulmazlık kurumunun teminat altında olmadığını kabul etmiştir. Seçilme

⁴¹ Sebahat Tuncel, 2012/1051, 20.2.2014; *AYM Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2014, s. 867 vd.

⁴² Mustafa Ali Balbay, 2012/1272, 4.12.2013; *Bireysel Başvuru*, 2012-2013, s. 253 vd.; RG 13. 12. 2013/28850.

⁴³ Bkz. Mustafa Hamarat [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019, § 39; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

⁴⁴ Yasama dokunulmazlığına ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, §§ 26-33 (n 23).

⁴⁵ Gergerlioğlu, (n 23) § 69.

⁴⁶ Bkz. Gergerlioğlu, (n 23), §§ 61-68.



ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin anayasal veya yasal⁴⁷ düzenlemenin bulunmaması nedeniyle başvurusunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş,⁴⁸ Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan kanunilik kavramını özerk olarak yorumlamıştır.⁴⁹

4. AYM'ye göre, kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Kanunilik kriteri sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti eder. AYM, sınırlama doğrudan doğruya bir Anayasa kuralına dayanıyorsa söz konusu kuralın da belirli ve öngörülebilir olarak yorumlanıp yorumlanamayacağına değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁰

5. AYM, Anayasa'nın 14. maddesi metninin Anayasa'nın 83/2 maddesinde yer alan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" ibaresinin yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya uygun olmadığına karar vermiştir. AYM, "öngörülebilirlik ve belirlilik" ölçütlerinin ancak ilgili Anayasa maddelerine dayanılarak yapılacak bir kanun ile sağlanmasının mümkün olduğunu beyan etmiştir.⁵¹ Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının korunmasına ilişkin temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal bir düzenlemenin bulunması şarttır.⁵² AYM, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ve Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulmasına, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanmasına ve durma kararı verilmesine, dosyanın İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine, başvuru Atalay'a net 50.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.⁵³

6. Leyla Güven dosyasında AYM'ye göre, Anayasa'nın 83. maddesi, milletvekillerinin hiçbir baskı ve tehdit altında kalmadan yasama faaliyetlerini serbestçe yürütebilmelerini temin etmek için yasama bağımsızlığı kurumlarına yer vermiştir. Anayasa'da -veya ilgili kanunlarda- Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında olup bu itibarla -seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması kaydıyla- yasama dokunulmazlığının istisnasını oluşturan suçların neler olduğuna yönelik bir düzenleme-

⁴⁷ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

⁴⁸ Gergerlioğlu, (n 23) §§ 119-134.

⁴⁹ Kanunilik ölçütüne ilişkin temel ilkelerin vurgulandığı kararlar için bkz. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

⁵⁰ Gergerlioğlu (n 23), § 76; *Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi* [GK], (n 40), § 56.

⁵¹ Bkz. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

⁵² Bu karara 5 üye karşı çıkmıştır; AYM Üyeleri Muammer Topal, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı, İrfan Fidan ve Muhterem İnce bu görüşe katılmamışlardır. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.

⁵³ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET: 27.11.2023.

ye yer verilmemiştir. *Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi AYM'ye aittir.*⁵⁴

7. AYM'ye göre, yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt *yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemek ve böylece belirliliği ve öngörülebilirliği* sağlamak imkânsızdır. Mahkemeler söz konusu anayasal hükümleri *özgürlükler lehine yorumlamadıkları* gibi onları böyle bir yorum yapmaya sevk edecek esasa ve usule ilişkin teminatların olduğu *temel güvencelere sahip, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlayan anayasal veya yasal düzenleme de yoktur.*⁵⁵

8. *İlgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir.*⁵⁶

9. Bir gazetenin süresiz olarak kapatılmasını düzenleyen *“öngörülebilirlik ve belirlilik” ölçütlerini karşılayan kaliteli bir kanun yoktur.* Anayasa'nın 28/8. maddesinin soyut kuralına dayanarak yapılan *müdahale ihlal olup, kanunilik şartını karşılamıyor.*⁵⁷

10. AYM daha önce temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütünün *ilk olarak şekli bir kanunun varlığını* gerekli kıldığını belirtmiştir.⁵⁸ Şekli anlamda bir kanunun yokluğu Anayasa'ya *aykırılığın ağır bir şeklidir.* Müdahaleye imkân veren kuralın bir kanun hükmü değil de doğrudan doğruya normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan ve kanunlara göre temel hak ve özgürlüklere yüksek güvence sağlayan Anayasa'nın belirli ve öngörülebilir bir yorum ve uygulama yapmaya elverişli olan bir *anayasa normuna dayanması da mümkündür.* Fakat *kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir.*⁵⁹ Belirlilik, bir kuralın keyfilige yol açmayacak bir içerikte olmasını anlatır.⁶⁰ İlgili kanuni düzenleme temel haklara *ne oranda müdahale* ediyorsa söz konusu düzenlemede, *o oranda belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselir.*⁶¹

11. Anayasa koyucu, Anayasa'nın 83/2. Maddesinde yer alan *“Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar”* ibaresi kapsamındaki suçların neler olduğunu açıkça belirlememiş, TBMM de söz konusu suçları belirleyen bir kanuni düzenleme yapmamıştır.⁶²

⁵⁴ Leyla Güven Başvurusu (n 9), § 73-92.

⁵⁵ İbid, § 106-110.

⁵⁶ Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi) (n 16), § 55-58.

⁵⁷ ibid, § 69-72, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/54096>>.

⁵⁸ Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014.

⁵⁹ Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi [GK], (n 40), § 56.

⁶⁰ ibid, § 57; bkz. AYM, E 2009/51, K 2010/73, 20/5/2010; AYM, E 2011/18, K 2012/53, 11/4/2012.

⁶¹ Gergerlioğlu [GK], (n 23), § 81.

⁶² Kadri Enis Berberoğlu (2), § 71; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634>> ET 05.12.2023.



12. AYM' ye göre, Anayasa'nın 83/2. maddesine göre, dokunulmazlığın kaldırılmasında anılan istisnanın uygulanabilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. 1961 Anayasası'nın yasama dokunulmazlığını düzenleyen 79/2. Maddesinde sadece "ağır cezayı gerektiren suçüstü hali" yasama dokunulmazlığının istisnası olarak kabul edilmişken 1982 Anayasası'nın 83/2. maddesinde "seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar" da istisna olarak öngörülmüştür. Yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemek ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamak mümkün değildir.⁶³

13. AYM' ye göre Yargıtay, kural koyucu bir organ olmadığı için⁶⁴ yorum yolu ile yasama dokunulmazlığının ve dolayısıyla seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kapsamını belirleyemez.⁶⁵

14. AYM' ye göre, mahkemelerin AYM kararlarına uymamaları, Anayasa ile güvence altına alınmış meşruiyete gölge düşürür ve Anayasanın üstünlüğü ilkesini işlevsiz hale getirir.⁶⁶ Anayasa'nın 153/son maddesinde AYM kararlarını değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarına herhangi bir takdir yetkisi tanınmamış, bu konuda bir istisnaya yer verilmemiştir.⁶⁷

15. AYM' ye göre, yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçların yargı organlarının kararlarıyla belirlenmesi belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamaz. Anayasa m.14, m.13'de aranan "kanunilik" ilkesini karşılamaz.

16. AYM' nin Mehmet Doğan kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. AYM, diğer bir kararında ise ihlal kararının yerine getirilmemesinin ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir. İhlal edildiğine karar verildiği takdirde temel kural, eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır.⁶⁸

⁶³ Gergerlioğlu [GK], (n 23), § 79-83.

⁶⁴ Oysa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve daire içtihatları ile hukuku düzenler. Yargıtay Kanunu 45'inci maddeye göre, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları kanun gibi bağlayıcıdır (2797 Sayılı Yargıtay Kanunu, Kanun Numarası: 2797, Kabul Tarihi: 4.2.1983, RG 8.2.1983/17953. Yargıtay kanununun 1'inci maddesine göre, Yargıtay "son inceleme mercii" ve "bağımsız bir yüksek mahkemedir."

⁶⁵ Gergerlioğlu [GK], (n 23), § 79-83, 96-98.

⁶⁶ İbid, 1/7/2021, § 79-98.

⁶⁷ <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/anayasa-mahkemesinin-ihlal-kararinin-uygulanmamasini-nedeniyle-bireysel-basvuru-hakkinin-ihlal-edilmesi/>> ET 27.12.2023. AYM' nin basın duyurusunun bilgilendirme amacıyla hazırlanmış olduğu ve bağlayıcı olmadığı belirtilmiştir.

⁶⁸ Leyla Güven Başvurusu (n 9) prg. 111-119.

AYM' nin “karşı oy” görüşleri ise şöyle belirtilebilir;

1. Şerafettin Can Atalay Kararında AYM üyeleri Muammer Topal, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan'ın karşı görüşü

AYM' nin Atalay kararına karşı 5 AYM üyesi karşı görüş yazmıştır. Bunlardan 4 AYM Üyesi Muammer Topal, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan, Başvurucu Atalay'ın seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin çoğunluk görüşüne, Gergerlioğlu kararına eklenen “Farklı Gerekeç” ve Leyla Güven kararının ekinde yer alan “Karşı Oy” içeriğinde dile getirilen görüşler çerçevesinde, iştirak etmemişlerdir. Karşı görüş yazan 5. üye olan Muhterem İnce ise, Atalay dosyasında tartışılan temel anayasal sorun ile aynı mahiyetteki sorunun tartışıldığı Leyla Güven⁶⁹ kararında karşı oy kullanan üyelerin karşı oylarında belirttikleri gerekçelerle çoğunluğun tespit ettiği ihlal sonucuna katılmamıştır.⁷⁰

Karşı oy kullananlar, temel hak ve hürriyetlerin korunması maksadıyla dahi olsa, Anayasa Mahkemesi'nin, *Anayasa maddesini denetlemesi ve uygulanamaz kılmasının* “hukuk devleti” ilkesine açıkça aykırı olacağını belirtmişlerdir.

Karşı oy kullanan AYM üyelerine göre, *Anayasanın 14. maddesinin uygulanması bakımından yasama organının konuya müdahil olması mutlak bir gereklilik değildir*. Konunun yargı kararları ile belirginleştirilmesi yerinde olduğu gibi, aksi bir düşünce ile yargının bu fonksiyonunu yerine getiremeyeceğini iddia etmek, bir düzenleme yapılmaya kadar maddenin uygulanamayacağı anlamına gelecek, “*Anayasanın üstünlüğü*” ilkesi zedelenecektir. Yine, Anayasa'nın egemenlik başlığı altında düzenlenen 6. maddesi; “...Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”; Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11. maddesinin 1. fıkrası; “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*” demektedir. Bu itibarla, Anayasada, Anayasa'nın, AYM' yi bağlamayacağına yönelik hiçbir madde yoktur.

Atalay ve Leyla Güven kararında; Anayasa hükümlerinin doğası gereği kanunlara kıyasla daha genel düzenlemeler içermesinin bu hükümlerin uygulanmaması için gerekçe olamayacağından bahisle, m.14'ün uygulamaya temel teşkil edecek yeterlilikte kıstaslar içerdiği tespiti yapılmıştır. Bu sebeple karşı oyda, Anayasa m.14'ün uygulanması açısından kanuni düzenleme yapılmasının mutlak bir gereklilik olmadığı, *Anayasa m.14'ün değerlendirmesinin yargı kararlarıyla da sağlanabileceği konusunda tereddüt bulunmadığı* belirtmiştir. AYM' nin görevi, başvuruya konu normun veya şikâyet edilen işlemin bütünü ile Anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Anayasa m.11'e göre, AYM için Anayasa kuralları uyulması

⁶⁹ İbid.

⁷⁰ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> ET 27.11.2023.



gereken normlardır. Bir başka ifadeyle; karşı oy veren üyeler AYM' nin, Anayasa hükmünün "Anayasaya uygunluğunu" asla denetleyemeyeceklerini, denetlenmesi durumunda Anayasa kuralları arasında bir hiyerarşi olduğu anlamına geldiğini, bunun da hukuk sistemimiz için mümkün olmadığını belirtmişlerdir.⁷¹

*AYM, somut ve soyut norm denetiminde dahi Anayasa hükümlerini denetleyememektedir. Çünkü AYM' nin yetkisi kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, TBMM İçtüzüğü'nün Anayasaya uygun olup olmadığını denetlemektir. AYM' nin, yetkisini aşarak Anayasa hükmünün "Anayasaya uygunluğunu" denetlemesi mümkün değildir. AYM, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen dosyada bir kanun hükmünün zaafiyet taşıması halinde Anayasaya aykırılığı denetimini yapmamalı, gerekiyorsa, eleştiri konusu yapıp bırakmalıdır.*⁷²

AYM bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir konuda, anayasal düzenleme yapılması gerektiği konusunda yol göstermekle yetinmelidir. Bunun ötesine geçerek, Anayasa hükmünden dolayı başvuru hakkında "hak ihlali kararı" verirse, dolaylı olarak ilgili Anayasa veya kanun hükmünün "Anayasaya aykırı" olduğu sonucuna varacaktır. Bu durumda; *soyut veya somut norm denetiminde inceleyemeyeceği Anayasa hükmü hakkında karar vererek, dolaylı norm denetiminde bulunmuş olacaktır. Böyle bir durumda AYM, iptal edemediği bir Anayasa hükmüne, bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir başvuruda müdahale edecek ve o Anayasa hükmünü uygulanabilirliği bakımından ilga etmiş olacaktır.* Oysa Anayasanın doğrudan somut olaylara uygulanabilen hükümleriyle kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin somut olaylara uygulanması ve yorumunu ilk derece mahkemeleri ile istinaf ve Yargıtay'a bırakılmalıdır. Aksi halde, AYM ile diğer mahkemelerin birbirlerine sınır ihlali, yargı yetkisi ve yetki çatışmaları gündeme gelecektir. AYM'nin; Anayasa hükmünün diğer bir Anayasa hükmüne aykırı olduğuna karar verme yetkisi olmadığı gibi, bireysel başvurularda örtülü veya dolaylı norm denetimi yapmak suretiyle bir Anayasa veya kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varma yetkisi de yoktur. Bu sebeple AYM'nin, Anayasa m.14'ün "kanunilik" ilkesini karşılamadığı gerekçesiyle başvuru hakkında "hak ihlali" kararı vermesi yetki aşımıdır.⁷³

2. Leyla Güven Kararında AYM üyeleri Rıdvan Güleç, Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan'ın karşı oy gerekçeleri⁷⁴

Anayasa'nın 83. ve 14. maddelerinin hükmü açıktır. Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların hangi suçlara tekabül ettiğine dair yasama organı tarafından yürürlüğe konulmuş bir kanun bulunmamakta ise de söz konusu hükmün bu haliyle de soruşturma ve kovuşturma mercileri tarafından uygulanabilir nitelikte oldu-

⁷¹ Leyla Güven Başvurusu (n 9).

⁷² İbid.

⁷³ İbid.

⁷⁴ İbid.

ğu değerlendirilmektedir. Çoğunluk görüşünün dayandığı temel kabullerden birisi olan Anayasa hükmünün muhtevassından kaynaklanan belirsizliklerin oluşturduğu zorluklar, *yasama organı açısından da geçerlidir*. Bu kabule göre kanun koyucunun yapacağı belirleme Anayasal düzeyde tartışmalara konu olabilecektir.

Anayasa hükümleri, kanunlara kıyasla daha *genel düzenlemelerdir*. Anayasanın bu niteliği, hükümlerinin uygulanmama gerekçesi olmamalıdır. Anayasa'nın 14. maddesine bakıldığında söz konusu uygulamaya temel teşkil edecek yeterlikte birtakım kriterlerin bulunduğu açıktır. İsnat edilen suçların "*soruşturmasına seçimlerden önce başlanmış olması*" somut ve öngörülebilir bir kriterdir. Bu unsur ayrıca ilgililerine objektif bir teminat sağlamaktadır. Ayrıca soruşturma konusu faaliyetlerin "Anayasa'nın 14. maddesinde tanımlanan durumlarla ilgili suç" nitelendirilmeleriyle alakalı olması gerekir.

Madde muhtevası da bir takım suçları önceleyen bilgiler ihtiva etmektedir. Bu suçların "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozan ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler*" vasfında olduğu aşikârdır. Ayrıca Anayasa koyucunun düzenleme içeriğinde "fiil" veya daha önceki halinde yer alan "eylem" yerine "faaliyet" tabirini tercih etmesi isnatlara konu olabilecek *maddi vakıaların bir yoğunluk eşiğine ulaşması gerekliliğini* de göstermektedir. Yapılan bu değerlendirmeler çerçevesinde Anayasa'nın 14. maddesinin uygulanması açısından *TBMM'nin konuya müdahil olmasının mutlak bir gereklilik olmadığı, konunun yargı kararlarıyla da belirginleştirilmesinin uygun olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır*.

AYM' nin görevi, gerek norm denetimi kapsamındaki denetimi kapsamında şikâyet konusu edilen işlem, eylem veya ihmalin Anayasa kurallarına uygunluğunu denetlemektir. Anayasa'nın 11. maddesinin açık hükmü gereğince *Anayasa maddelerinin tümü*, denetime esas normdur. Anayasa kurallarının denetlenmesi, *Anayasa kuralları arasında da hiyerarşi olduğu* anlamına gelir ki bunun bizim hukuk sistemimiz açısından kabulü mümkün değildir.

Çoğunluk görüşünde Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Anayasanın 14. maddesindeki durumlar*" ibaresinin belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygunluk denetimi yapılmıştır. Çoğunluğa göre, bu şekildeki bir yaklaşım Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların ne olduğunu öngören bir kanun hükmü yürürlükte olmadığı sürece, Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanabilmesi hiç bir şekilde mümkün olamayacaktır. Başka bir ifade ile çoğunluğa göre, TBMM herhangi bir sebeple bu yönde bir kanun çıkarmazsa, söz konusu Anayasa hükmü fiilen yürürlükten kaldırılmış olacaktır. Oysa *AYM' nin varlık sebebi Anayasa maddesinin bir kısmını uygulanamaz kılmak değil* bilakis Anayasa'nın bütün hükümlerini uygulanabilir kılmaktır. *Anayasa'nın somut uyuşmazlıklarda uygulanabilir nitelikte kurallar içeren maddelerinin uygulanabilmesini kanun koyucunun Anayasa'dan daha alt düzeyde olan kanunla yapılması şartına bağlamak* Anayasa'nın üstünlüğü ve



normlar hiyerarşisi prensibi ile bağdaşmamaktadır. “*Temel hak ve özgürlüklerin korunması*” gibi bir amaçla dahi olsa AYM’ nin *Anayasa maddesini denetlemek ve uygulanamaz hale getirmek* şeklindeki yaklaşımı, hukuk devleti anlayışına açıkça aykırıdır.⁷⁵

3. Ömer Faruk Gergerlioğlu kararında, AYM üyeleri Yıldız Seferinoğlu, Basri Bağcı ve İrfan Fidan’ın farklı gerekçeleri⁷⁶

Üç AYM üyesi aşağıdaki gerekçelerle çoğunluğun kararına şerh düşmüştür; şöyle ki;

Anayasanın 83/2 de yer alan ve suç soruşturma ve kovuşturmasına devam noktasında milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasının gerekmediği iki halden bir tanesi olan “Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumların” hangi suçlara tekabül ettiğine dair yasama tarafından bir belirleme yapılmamış olmasına rağmen hükümün bu haliyle de soruşturma ve kovuşturma mercileri tarafından uygulanabilir olduğunu değerlendirmekteyiz. Kuşkusuz yasamanın konuya müdahil olarak belli kriterler dâhilinde 14. maddenin kapsamına hangi suçların girdiğine dair bir liste ihdas etmesi belirlilik ve öngörülebilirlik açısından daha iyi olacaktır. Ama bu belirlemenin yargı kararlarıyla yapılması kısmi bir belirsizliğe sebep olsa da bu durum içtihatların oluşturulması aşamasına yönelik dönemsel bir belirsizlikten öteye geçmeyecektir. 14. maddenin muhtevassından kaynaklanan belirsizliklerin oluşturduğu zorluklar yasama organı açısından da geçerlidir. Yapacağı her türlü belirleme anayasal düzeyde tartışmalara konu olabilecektir. *Anayasayı yorumlamak AYM’ nin yetkisinde olmakla birlikte, birçok makam kurul, organ ve kişi Anayasa hükümlerini kendi görev alanlarıyla ilgili olarak yorumlamak ve uygulamak durumdadır. Yargılama mercilerinin de gerektiğinde bu yorumu yapmaları doğaldır.*

Anayasa’nın özelliği kanunlara göre daha genel düzenlemelerin olmasıdır. Bu nitelik, hükümlerinin uygulanmama gerekçesi olamaz. “*Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali*” daha belirgin ve rahat uygulanabilir bir hüküm gibi gözükmeyle birlikte, içeriğinde birçok muğlak nokta vardır. 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi ile ağır hapis kavramı mevzuatımızdan çıkartılmıştır. Buna bağlı olarak ağır hapis cezasını gerektiren fiiller bu kapsamdadır, denilme imkânı da yoktur. *Avukatların görevleri nedeniyle işledikleri her türlü suçun yargılamaının ağır ceza mahkemelerinde yapılacağı dikkate alındığında suçüstü hükümlerinin geçerli olduğu her suç ithamı avukatlar açısından ağır cezayı gerektiren bir suçüstü hali olarak kabul edilebilecektir.*

Bir oluşumun *terör örgütü* olarak kabul edilmesi konusunda kanunen belirlenmiş bir usul yoktur. Yıllardır kabul edildiği haliyle, bir oluşuma terör örgütü nitelendirmesinin yapılması yargı kararlarıyla olmaktadır. İlk karar verilene ka-

⁷⁵ Ayrıntı için bkz. Leyla Güven Başvurusu (n 9).

⁷⁶ Gergerlioğlu [GK], (n 23).

dar terör örgütü kabul edilmeyen bir oluşumun faaliyetlerine iştirak eden kişiler açısından kısmi ve dönemsel bir belirsizlik hatta öngörülemesizlikten bahsedilse de bu durum ilk içtihatla birlikte ortadan kalkmaktadır. Anayasanın 14. maddesinde, uygulamaya temel teşkil olacak yeterlilikte yasal bir takım kriterler vardır. *İsnat edilen suçların soruşturmasına seçimlerden önce başlanması somut ve öngörülebilir* bir kıstastır. Anayasanın 14. maddesi bazı suçları önceleyen bilgiler ihtiva etmektedir.⁷⁷

Anayasanın 14. maddesinin uygulanması açısından TBMM'nin konuya müdahil olmasının mutlak bir gereklilik olmadığı, konunun yargı kararlarıyla belirlenştirilmeye müsait olduğunda tereddüt yoktur. Yargının bu fonksiyonu yerine getiremeyeceğini iddia etmek Anayasanın 14. maddesinin TBMM tarafından yapılacak düzenlemeye kadar uygulanamayacağı anlamına gelecektir. Çoğunluğun görüşü, Anayasanın lafzı ve ruhuyla uygulanmasını temin etmek olan AYM'nin varlık sebebiyle terstir, bu durum Anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırıdır. Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının 14. maddeye yaptığı göndermenin hayatiyet kazanması için TBMM'nin düzenleme yapmasını mutlak manada gerekli kılan bir Anayasa hükmü de mevcut değildir.

Çoğunluğun görüşü, kanuni bir düzenleme yapılmasına kadar, Anayasanın 14. maddesi kapsamına girme ihtimali bulunan her iddia için dokunulmazlığın kaldırılması yolunun işletilmesi, büyük hukuki sorunlara neden olacaktır. Anayasa koyucu, çoğu ülkede olmayan, Anayasanın 14. maddesinde yer alan durumlarla ilgili istisnayı getirirken dokunulmazlık kurumunun sağladığı korumadan ilgisinin yararlandırılmaması konusunda bilinçli bir tercih yapmıştır. Anayasanın 14. maddesinin içeriği, uygulanmak için mümkündür ve mevcut düzenleme dava ve değerlendirmelere imkân sağlamaktadır.⁷⁸

III. YARGITAY'IN AYM KARARINA KARŞI GÖRÜŞ VE GEREKÇELERİ

İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, AYM kararını uygulamamış, Yargıtay 3. CD.' ne göndermiştir. Yargıtay 3. CD. de, AYM' nin verdiği söz konusu Atalay kararını uygulamamıştır. AYM' nin kararı karşısında Yargıtay Başkanlığı da 10 Kasım 2023 tarihinde bir basın açıklaması yayımlayarak, AYM' nin haksız bir tutum içerisinde bulunduğunu belirtmiştir.⁷⁹ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının verdiği Mütalaa, Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından benimsenmiş, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, AYM' nin hak ihlali kararını ve gerekçelerini uygun bulmamış ve bireysel başvuru ile ilgili karşı gerekçeler belirlemiştir; Yargıtay'ın ve Yargıtay

⁷⁷ Bkz. Gergerlioğlu [GK] (n 23).

⁷⁸ Ayrıntı için bkz. ibid.

⁷⁹ Yargıtay Başkanlığı'nın 10.11.2023 tarihli Basın Açıklaması: <<https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi>> ET 10.11.2023.

3'üncü Ceza Dairesinin, Mütalaaya uygun görüşü⁸⁰ şöyle belirtilebilir;

AYM, idari ve yargısal yollar tüketilmeden önce bireysel başvuru müracaatlarını kabul ederek Anayasa ve kanunları açıkça ihlal etmektedir; 6216 sayılı kanununun 50'nci maddesine aykırı olarak hukukilik denetimi yerine yerindelik denetimi yapmıştır; yargısal aktivist bir tutum izlemiştir; yetki aşımında bulunmuştur; kuvvetler ayrılığına aykırı davranmıştır; bireysel başvuru istisnai bir yol olduğu halde AYM Yargıtay'ın kesinleşmiş kararını temyiz ederek bozmuştur; AYM Yargıtay'ın hiyerarşik üstü değildir; Anayasa'nın Başlangıç'ınının 5. fıkrasına göre, Devlete karşı terör faaliyeti korunamaz; AYM, Yargıtay'ın takdir yetkisini değerlendiremez; Yargıtay'ın bulunduğu çözümün adil olup olmadığını denetleyemez; Yargıtay son inceleme mercidir (AY m. 154); Yargıtay kararlarını bireysel başvuru görüntüsü altında esasa girerek bozamaz; bireysel başvuru adı altında üstü örtülü norm denetimi yapamaz; AYM, Anayasa'nın hiçbir maddesini ve özellikle 14'üncü maddesini işlevsiz kılarak zımnen ilga edemez; Anayasa'nın 14'üncü maddesi anayasa koyucunun bilinçli tercihidir; hukuki belirlilik ilkesi kanuni olduğu gibi hukuki de olabilir; AIHM de hukuken öngörülebilirlik kavramını kabul etmektedir; AYM'nin kabulü halinde Fetullah Gülen, Adil Öksüz, Murat Karayılan, Cemil Bayık vs dahi milletvekili seçilerek dokunulmazlık kazanabilir; Yargıtay'ın istikrar kazanmış çok sayıda içtihadı varken AYM'nin bu kararı kabul edilemez; temel hak ve özgürlükler kötüye kullanılamaz; AYM, TBMM'nin üzerinde kurduğu vesayeti Yargıtay üzerinde de kurmuştur; Anayasa'nın 76'ncı maddesine göre, 1 yıl hapis cezası mahkûmiyeti, milletvekili olmaya engel iken, AYM terör suçundan 18 yıl kesinleşmiş cezası olanın dokunulmaz olduğunu kabul edemez; AYM, terör suçlarının temyiz mercii ve terör yanlılarının hedefinde olan Yargıtay 3'üncü Ceza Dairesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunarak tehditlerini sürdürmektedir; AYM kovuşturmaları yapılamaz hale getirmektedir; AYM'nin bu kararı geçerli değildir.⁸¹

Yargıtay'ın kısaca özetlenen görüşü daha yakından analiz edilebilir. Şöyle ki;

1. AYM yorum kılıfı altında Anayasayı ilga etmiştir. Hukukta yorum farklılıkları söz konusu olabilir de, Anayasa'nın hiçbir maddesi yorum farklılığı gerekçe gösterilerek zımnen ilga edilemez. AYM'nin bireysel başvuruda görevi, diğer mahkemelerin, bireylerin Anayasal haklarına yönelik müdahalelerinin hukuka uygun olup olmadıklarını belirledikleri esnada Anayasa'da belirtilmiş olan güvenceleri gözetip gözetmediklerini saptamaktır.

2. Bireysel başvuru temyiz yolu olmadığı gibi süper temyiz yolu da değildir. Anayasa'nın 148/5'inci maddesine göre, bireysel başvuru, mahkemelerdeki davaların bir devamı olmadığı gibi diğer mahkemelerin kararlarını düzeltmeyi amaçla-

⁸⁰ Yargıtay 3 CD (n 7).

⁸¹ İbid.

yan bir temyiz incelemesi de değildir.⁸²

3. AYM, vesayet organı değildir. AYM haksız şekilde sadece yasaları iptal ederek yasama organının alanına müdahale etmemekte; ayrıca, bazen yasa koyucu gibi davranarak Anayasa'ya göre aralarında astlık üstlük ilişkisi bulunmayan yüksek mahkemeler üzerinde de vesayet makamı gibi davranmaktadır.

4. AYM diğer mahkemelerin yerine geçerek karar veremez. AYM, ihlalin tespiti halinde, bunu ortadan kaldıracak gerekli tedbirlere görev ve yetkisi dâhilinde hükmederken, diğer mahkemelerin yerine geçerek karar veremez. Anayasanın Başlangıç'ının 5. fıkrasında, Devletin, milleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasına aykırı hiçbir faaliyetin koruma göremeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

5. AYM, yeni hukuk normu ihdas edemez. Hukukilik denetimi ile sınırlı bir denetimi icra eden AYM, vazifesini ifa ederken, yeni hukuk normları ihdas edemez, sadece mevcut anayasal normları yorumlayıcı yönde kararlar verir. AYM keyfi olarak norm üretemez, yorumlama sürecinde, o norma yüklenebilecek değişik mnalardan istediği manayı keyfi olarak öne çıkararak karar veremez; normu yasama üretir.

6. AYM, insan hakları açısından hukukilik denetimi yapabilir ama *yerindelik* denetimi yapamaz. AYM'nin yapmakta olduğu hukukilik denetimi, yasama ve yürütmenin yapmış olduğu işlemlerin, anayasal olarak sahip oldukları yetki sınırları içerisinde yapılıp yapılmadığını denetlemek, yargı alanında ise bireysel başvuru konusunun ihlal edilip edilmediğini belirlemek ile sınırlıdır. AYM'ye yapılan bireysel başvuru sonucunda *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda* inceleme yapılamaması kuralı mevcuttur. Bu kural, AYM'ye yönelik olarak ve bireysel başvurunun kabulü ile birlikte getirilmiştir. AYM tarafından yapılan bireysel başvuru incelemesinde temel hak ve hürriyetler çerçevesinde bir inceleme yapılabilecek; *deliller veya maddi vakıalar* hakkında derece ve temyiz mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmelere ilişkin herhangi bir inceleme yapılamayacaktır. Bu itibarla, AYM yaptığı bireysel başvuru incelemesinde yalnızca başvuru konusunun ihlal edilip edilmediğini tespit etmekle görevlidir. Bu kural, AYM'nin kendini yüksek yargı makamları üzerinde bir denetim makamı haline getirmesine engel olmak amacıyla kabul edilmiştir. Bu çerçevede, derece ve temyiz mahkemelerinin mevzuat hükümlerini maddi olaya uygularken yaptığı yorumu denetlememekte; ancak, mahkemeler tarafından verilen kararın gerekçesinin ilgili temel hak bakımından AİHS ve ek protokolleri ile Anayasa'da öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını, temel hak ve özgürlüğün güvencelerine uyulup uyulmadığını tespit etmektedir. Mevzuat ve kendisini bağlayıcı şekilde verdiği kararlar doğrultusunda AYM, davadaki olayların, maddi vakıaların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi, medeni hak ve yükümlülüklerle dair bir

⁸² Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).



uyuşmazlığa derece ve temyiz mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden *adil olup olmaması hallerinde*, kural olarak derece ve temyiz mahkemelerinin *takdirine müdahale edemeyecektir*.⁸³ AYM kararı ile “*yerindelik denetimi*” yapılamaz, “*idari eylem ve işlem niteliğinde*” karar verilemez.⁸⁴

7. Atalay başvurusu için, Yargıtay 3. Ceza Dairesi, AYM’nin ihlal kararına, hukuki değer ve geçerlilik izafi edilemeyeceğinden, ortada Anayasa m. 153 kapsamında uygulanması gereken bir karar olmadığından, başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararının temyizi üzerine yapılan inceleme sonucunda, 28.09.2023 tarihinde Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından onama kararı verilmekle kesinleşmiş infazı kabil bir hükmün varlığı karşısında AYM’nin hak ihlali kararına uyulmamasına ve başvurusunun milletvekilliğinin düşürülmesine yönelik işlemlere başlanması için kararın bir örneğinin TBMM başkanlığına gönderilmesine, Anayasa hükümlerini ihlal eden ve kendisine verilen yetki sınırlarını aşarak hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan AYM üyeleri hakkında *gereğinin takdir ve ifası* için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na suç duyurusunda bulunulmasına, Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na tevdiine karar vermiştir.⁸⁵

8. Hukuk, hakkın kötüye kullanımını kabul etmez. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 22. 09. 2016 tarih ve 2015/8449 Esas, 2016/4723 karar sayılı ve benzer içtihatları ile Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarında, terör örgütü propagandası suçunun Anayasanın 14. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğuna vurgu yapılmıştır.⁸⁶ Avrupa Sözleşmesinin 17. maddesindeki hak ve özgürlüklerin, yine hak ve özgürlükleri kullanarak ortadan kaldırılmasını yasaklanacağına ilişkin düzenleme ile yargı kararları değerlendirildiğinde; Devletin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne ve anayasal düzene yönelik suç oluşturan söylem ve eylemlerin Anayasanın 14. maddesi kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görüldüğünden, demokratik yönetimlerde halkın iradesinin tecelli ettiği parlamentoda görevli üyelerin bu sisteme *sadakat yemini ettikleri ve sistemi koruma yükümlülükleri de bulunduğu gözetildiğinde*, demokratik sisteme yönelik eylemlere katılmaları halinde milletvekili dokunulmazlığından istifade edememesi Anayasanın lafzına ve ruhuna uygundur.⁸⁷

9. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarında, terör örgütü propagandası suçunun Anayasanın 14. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanımı olduğuna vurgu yapılmıştır.

⁸³ Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18.06.2014.

⁸⁴ Bkz. Yargıtay Başkanlığı’nın Basın Açıklaması (n 79).

⁸⁵ Yargıtay 3 CD (n 7).

⁸⁶ Bkz. Case Of De Becker v Belgium App. no 214/5, Strasbourg (27 March 1962) / ET: 15.12.2023. Raymond De Becker için bkz. <https://en.wikipedia.org/wiki/Raymond_De_Becker/> ET 15.12.2023.

⁸⁷ Gergerlioğlu [GK], (n 23).

10. PKK'nın terör örgütü olduğu ulusal ve uluslararası makamlar tarafından kabul edilmiş tartışmasız bir olgudur. Anılan örgütün gerçekleştirdiği terörist şiddet, bölücü amaçları dolayısıyla anayasal düzene, millî güvenliğe, kamu düzenine, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik ağır tehdit oluşturmaktadır. Bu yönüyle ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan PKK kaynaklı terör, onlarca yıldır Türkiye'nin en hayati sorunu hâline gelmiştir. Kamuoyunda 6-7 Ekim olayları ve hendek olayları olarak bilinen terör eylemleri bunların başında gelmektedir. Hendek olayları kapsamında PKK tarafından birçok yerleşim yerinde cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurularak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek teröristler tarafından şehirlerin bir kısmında “öz yönetim” adı altında hâkimiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda çok sayıda terörist, halkın bu yerlere giriş ve çıkışını engellemek istemiştir. Güvenlik güçleri, hendeklerin kapatılması ve barikatların kaldırılması suretiyle yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyonlar yapmış ve teröristlerle çatışmaya girmiştir. *Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında çok sayıda güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş, tonlarca bomba ve patlayıcı imha edilmiştir.*⁸⁸

11. Yetki aşımı yaparak fonksiyon gaspı yapılmıştır. Yargıtay 3. C. D.'e göre, AYM'nin diğer yargı kolları ile olan ilişkilerinde fonksiyon gaspına neden olabilecek biçimde olması beklenirken, bazı kararlarında hukuka uygun düşmeyecek şekilde yetkisini aştığı görülmektedir. AYM, *Erdem Gül ve Can Dündar* kararında ortaya koyduğu gerekçeyle ağır ve haklı eleştiriler almış ve bu kararda inceleme yetkisini aşmıştır.⁸⁹ Söz konusu karardaki başvuruçü sıfatındaki gazeteciler, MİT tırlarının aranması konusunda farklı tarihlerde yaptıkları haberler nedeniyle silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme, Devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve Devletin gizli kalması gereken bilgilerini casusluk maksadıyla açıklama suçları kapsamında tutuklanmışlardır. AYM, Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen *ölçülülük* ilkesine uyulup uyulmadığını denetlemenin kendisinin görevi olduğunu belirtmiştir.⁹⁰ AYM'nin *ölçülülük* ilkesini keyfi şekilde yorumlamak suretiyle diğer mahkemelerin bu konudaki *takdir ve belirleme* yetkisine müdahale etmesi, AYM'nin yetkisini aştığını göstermektedir.⁹¹

Şayet bir konu, anayasal hükümler çerçevesinde yasama, yürütme, adli ve idari yargı alanına giriyorsa, AYM, bu mercilerin bu alanda anayasaya aykırı olmayan işlemlerini iptal ederek geçersizleştiremez. AYM'nin anılan kararı, hukuk çevrelerinde haklı olarak ağır şekilde eleştirilmiş ve AYM'nin görev sınırlarını aştığı

⁸⁸ Bkz. Gülser Yıldırım (2) [GK], §§ 9-11, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/26689>> (ET: 10. 12. 2023).

⁸⁹ Yargıtay 3 CD (n 7).

⁹⁰ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>>; Şerafettin Can Atalay Başvurusu (2), Başvuru Numarası: 2023/53898 ET 15.12.2023.

⁹¹ Bkz. Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).



belirtmiştir. İhlal kararına konu olan tutuklama kararını veren İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, ihlal kararının gereğini yerine getirirse de bu kararında, AYM kararını hukuken desteklemediği halde, sanıkların tahliyesine karar vermiştir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, AYM, yasal dayanağı bulunmamasına rağmen AYM kararlarının *objektif etkisine* sığınmaktadır.⁹²

12. Anayasallık denetimi yapan AYM, hakem gibi yani konulmuş olan kurallara uyulup uyulmadığını tespit mercii olmalıdır. Aksinin kabulü, *kuvvetler ayrılığı* prensibine aykırıdır; çünkü kuralı koyan yasama organı, icra eden yürütme, kurala uyulup uyulmadığını da tespit eden yargıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yasama, yürütme ve yargının yetki alanları ve sınırları Anayasada belirtilmiştir. Anayasa yargısı dâhil hiçbir merci yasama, yürütme ve yargının, yetki alanlarına giren konularda düzenleme yapma yetkilerini kullanmalarına mani olamaz. Anayasa'nın Başlangıç kısmının 4. fıkrası, "*Kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu*" belirtilmiştir.

13. AYM yargısal aktivizm yapmamalıdır. Anayasa yargısının meşruiyetini tahkim edecek bir diğer faktör, temel siyasi tercihleri ilgilendiren alanlarda AYM'nin aktivist bir tutum takınması yerine, kendisini sınırlama yaklaşımı izlemesidir. AYM, kararlarına toplumun çoğunluğu tarafından meşruluk izafe edilmesine önem vermeli ve stratejik düşünmelidir. Bu vesileyle AYM'nin aktivist bir tutum izlememesi Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini güçlendirir.⁹³ Anayasanın 14. maddesi AYM tarafından zımnen ilga edilemez.⁹⁴

14. Anayasanın 14. maddesi kapsamına giren suçların tahdidi olarak sayılması, anayasa koyucunun *bilinçli tercihidir*. Hükümlünün mahkûmiyetine konu suç ve eylemleri Devlet güvenliğine karşı işlenen suçlardandır ve madde kapsamına girmeyeceğini düşünmek mümkün değildir.⁹⁵ 14. madde, her somut olayda atılı suçun ve gerçekleştirilen fiilin ağırlığının, soruşturma makamı ile derece ve temyiz mahkemeleri tarafından değerlendirilmesine imkân tanımaktadır. *Bir Anayasa ya da kanun hükmünün kazuistik şekilde düzenlenmemiş olması, soyut şekilde o normun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve öngörülebilir olmadığı anlamına gelmez.* Anayasa hükmünün düzenlenme şekli dahi somut bir suç listesi sayılma yolunun tercih edilmediği, *ortalama hukuk bilgisi* ile anlaşılmaktadır. Bu konuda TBMM'ye bilgi verilmesi halinde, dokunulmazlık kendiliğinden kalkmış olduğundan; buradaki bilgi verme işlemi, TBMM tarafından yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik bir istem değildir. Bu maddenin içeriği, soruşturma

⁹² Yargıtay 3 CD (n 7).

⁹³ Yargıtay 3 CD (n 7).

⁹⁴ Bkz. Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).

⁹⁵ Yargıtay 3 CD (n 7).

makamı ile derece ve temyiz mahkemeleri tarafından bu husustaki içtihatlar değerlendirilmek suretiyle doldurulacak olup; asli nitelikteki terör suçlarını düzenleyen TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların, Anayasa'nın Başlangıç kısmı da nazara alındığında 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve bu madde kapsamında kaldığı konusunda şüphe yoktur. *Terörle ilgili suçlar, Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nda belirlenmiştir.*⁹⁶

Yargıtay tarafından bugüne kadar verilen ve *süreklilik kazanan içtihatlarda*, Devletin birliği ve ülke bütünlüğü aleyhine veya Anayasa'nın öngördüğü siyasi düzeni değiştirmeye yönelik suçlar, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kabul edilmiştir. Bu belirlemeye uygun olarak Yargıtay (Kapatılan) 16. Ceza Dairesi'nin 28.01.2019 tarihli ve 2018/4803 Esas 2019/647 Karar sayılı kararı da Yargıtay görüşünü desteklemektedir.⁹⁷ Başvurucu; Yargıtay 3. C. D.'nin kararına itiraz etmiş, Y. 4. C. D. verilen kararda isabetsizlik ve hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiş, başvuru talebi kesin olarak reddedilmiştir.⁹⁸

15. Yargıtay 3. CD'sinin 28.09.2023 tarihli temyiz incelemesi sonucu Atalay hakkında verdiği onama kararı ile hüküm kesinleşmiştir. Anayasa'nın 84. maddesinde milletvekilliğinin düşmesi sebeplerinden biri olarak *kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinin* düzenlenmiş olduğu, Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan milletvekilliği ile bağdaşmayan suçlardan kurulan mahkûmiyet hükmünün milletvekilliğini düşüreceğinin de anlaşılması karşısında Y. 3. CD'si ilamının TBMM Başkanlığı'na ulaştığı tarihte ivedilikle milletvekilliğinin düşürülmesine yönelik işlemlere başlanması gerekirken, AYM'nin Y. 3. CD'sinin verdiği onama kararından yaklaşık 1 ay sonra ihlal kararı verdiği halde, TBMM tarafından bu süreçte hükümlü Atalay'ın milletvekilliğinin düşürülmesi işlemlerinin Anayasa'nın açık hükmüne rağmen tamamlanmadığı anlaşılmıştır. AYM, Y. 3. CD'sinin 28.09.2023 tarihli ve 2023/12611 Esas 2023/6359 Karar sayılı infazı kabil ve kesinleşmiş kararını dikkate almaksızın inceleme yapmıştır. Anayasa'nın 84/2 maddesi açısından *AYM'ye müracaat imkânı tanınmadığı gibi AYM'nin de bu konuda inceleme yetkisi yoktur.*⁹⁹

16. AYM, hükümlü Atalay'a yönelik ihlal kararında, "*AYM kararlarının objektif işlevinden*" bahsederek, kararı veren Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyelerini "*ihmal suçunu işlemişlerdir*" şeklinde tehdit etmiştir. Bugüne kadar birçok terör örgütü veya üyesi tarafından hem sosyal medya hem de yazılı ve görsel basın üzerinden ya da ilk derece yargılamaları veya temyiz incelemesi sırasında gönderilen dilek-

⁹⁶ ibid.

⁹⁷ Yargıtay (Kapatılan) 16 CD 2018/4803 Esas, 2019/647, 28.01.2019; <<https://www.academia.edu/>> ET 15.12.2023.

⁹⁸ Yargıtay 4 CD'sinin 17.7.2023 tarihli ret kararı.

⁹⁹ Yargıtay 3 CD (n 7).



çelerle sürekli tehdit edilen Y. 3. CD üyelerinin, bir de AYM tarafından bu şekilde tehdit edilmesi *esef verici ve manidar* bulunmuştur.¹⁰⁰ TCK'nın "Anayasayı İhlal" başlıklı 309. maddesinde cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler hakkında hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmektedir.¹⁰¹

17. 1868 tarihinde kurulan ve 155 yıllık geçmişi bulunan ve Anayasa'nın 154., Yargıtay Kanununun 13. maddesinde kesin karar alma yetkisi tanınan Yargıtay, yayımladığı Basın Bildirisi ile: Bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tükenmiş olmasının gerektiği, AYM'nin yetkisini aştığı, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarını tersyüz ettiği, hukuk sistemini kaosa sürüklediği, kesin hüküm etkisini devre dışı bıraktığı, temel hak ve özgürlükleri korumanın tüm yargının görev ve yetkisinde olduğu, bireysel başvurunun mecrasından çıktığı ve sistem sorununa dönüştüğü, Anayasa'nın 14. maddesini işlevsiz bıraktığı, kendisi gibi "Yüksek Mahkeme" olan Yargıtay ve Danıştay'a *derece mahkemesi* olarak kabul ettiği, Yargıtay 3. CD'sini haksız yere suçladığı ve bütün bunların üzüntüyle karşılandığını belirtmiştir.¹⁰²

IV. GEREKÇELERİN VE GÖRÜŞLERİN ANALİZİ

1. Anayasa yargısının meşruiyeti konusu

Burada tartışmaların odağında olan anayasa yargısının meşruiyeti konusunda kısa bir analiz yapmak uygun olabilir. Şöyle ki;

Hukukçular içerisinde, anayasa yargısını destekleyenler olduğu gibi, buna karşı çıkan yazarlar da vardır. Anayasa mahkemelerinin millet iradesine ipotek koymak olduğu ileri sürülmüş, AYM'nin, anayasayı yorumlamadan öte anayasa koyucu gibi olabildiği belirtilmiştir.¹⁰³ Bu görüşe göre, parlamentolar üzerinde vesayet olmamalıdır; egemenlik halkındır dolayısıyla meclisindir; AYM, yasama organının otoritesini zedeleyebilir. Denetimi, yargı organı değil, siyasi bir organ yapmalıdır. Demokrasinin beşiği sayılan İngiltere'de yasamanın, yargı tarafından denetimi kabul edilmemiştir. Türkiye'de 1924 Anayasası, bu nedenlerle Anayasa yargısını kabul etmemiştir. Anayasa mahkemelerinin meşruluğu anayasa hukuku ve siyaset biliminde çok tartışılmış konulardan biridir. Burada tartışılması gereken sorun şudur: İnsan haklarını parlamento mu, yoksa anayasa mahkemesi mi daha iyi korur? Veya karma bir yol mu bulunmalıdır? Anayasa yargısının demokratik açıdan meşru olup olmadığı, ciddi bir tartışma konusudur. Anayasa hâkimleri, in-

¹⁰⁰ İbid.

¹⁰¹ Mezkûr Kanun'un ilgili maddeye ilişkin gerekçesi için bkz. Yargıtay 3 CD (n 7).

¹⁰² Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).

¹⁰³ İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Yargısı Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine* (İmge Kitabevi İstanbul 1994), 155.

san haklarını yasamadan daha iyi koruyor mu? Cevap evet ise, anayasa yargısı demokrasi açısından meşrudur. Cevap hayır ise anayasa mahkemelerine gerek yoktur, demektir. Verdiği kararlarla gündem oluşturan anayasa mahkemelerinin meşruiyeti sorgulanmakta, kendisini yasama gücü yerine koyduğu, kimseye karşı sorumlu olmadığı, görevden de alınamadığı için diktatöre benzetildiği belirtilmektedir.¹⁰⁴

Fransa’da Anayasa Konseyi, kanun henüz yürürlüğe girmeden önce ön-denetim yapmakta, yürürlükteki kanunu iptal edememektedir. Bu nedenle bazı devletler, siyasal denetim yeterlidir, milli irade üstündür, demektedirler. Siyasi organlar olarak, Devlet Başkanlığı, ikinci meclis (senato), Komisyonlar ve özel kurullar düşünülebilir.

Bu eleştirilere rağmen, anayasa yargısının ve AYM’ ye bireysel başvurunun gerekli olduğu açıktır.

Tamamen siyasal bir sorun (*doctrine of political question*)¹⁰⁵ olduğunda ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, Almanya’da AYM hâkimleri genelde kendilerini geri çekmektedirler (*judicial self restraint*). Sorunun kökeni, Federal Yüksek Mahkemenin Marbury v. Madison kararında bulunmaktadır.¹⁰⁶ ABD’de Federal Yüksek Mahkeme, *doctrin of political question* (siyasal sorun doktrini), Almanya Federal AYM ise *judicial self restrain* (yargısal geri çekilme doktrinini) geliştirmişlerdir. Bu doktrin Hindistan’dan Filipinlere kadar çok geniş çerçevede tartışılmaktadır. Buna göre, mahkemeler, siyasal sorunları değil hukuki sorunları tartışmalıdırlar. ABD’de Federal Yüksek Mahkemenin siyasal sorunlar doktrinini (*political question doctrine*) tartışan önemli kararları dipnotta sunulmuştur.¹⁰⁷ Madison kararı da meşruluk sorununa çözüm getirememektedir. Hukukçu Ronald Dworkin’e, (d. 1931 – ö. 2013) göre anayasa yargısı şayet kişilerin haklarını elde etmelerinde onlara eşit saygı gösterilmesine ve göz önüne alınmalarına hizmet ediyorsa etik olarak meşrudur.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, Çeviren Ahmet Mumcu (2nd edn, İnkılap Yayınevi İstanbul 2002), 234.

¹⁰⁵ *Political question doctrine* için bkz. <http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine> ET: 1.12.2014; keza bkz. Michael E. Tigar, *Judicial Power, the “Political Question Doctrine,” and Foreign Relations*, 17 *UCLA Law Review* 1135-1179, see 1135-1136 (1970), <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty_scholarship/> ET 01.12.2023.

¹⁰⁶ <<http://harvardlawreview.org/topics/political-question-doctrine/>>; <<http://www.stanfordlawreview.org/print/article/removal-political-question>> ET 1.11. 2014.

¹⁰⁷ Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁰⁸ Bkz. Göksu, Hasan Tuna, Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/155563>> (ET: 20.12.2023. Metin, Sevtap, Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95934>> (ET: 20.12.2023); Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, Anayasa Yargısı, C. 28, (2011). www.anayasa.gov.tr <https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf> ET 10.12.2023.



Anayasa yargısı demokratik ve halka dayalı değildir. Anayasa yargısı, egemenliğin bir bölümünün halk tarafından seçilmeyen ve halka hesap vermeyen bir kuruma devri demektir.¹⁰⁹ Kelsen'e göre, kanunu iptal etmek *negatif yasa koyuculuktur* oysa yasa yapımı yasama organının tekelindedir.¹¹⁰ Acaba AYM, organından daha akıllı olduğu için mi, bu görev onlara verilmiştir? Yasama organı kendisine güvenmiyor mu? Bu görüşe göre anayasa yargısı aristokratik veya juristokratik bir kurumdur. Anayasa yargısının meşruluğu çözümlenebilmiş bir sorun değildir.¹¹¹

AYM' ler, demokratik değildir ama demokrasi ile bağdaşabilir. Meşruiyetin şartları yargısal aktivist olmamalı, hak temelli yorum yapmalı (siyasi temelli yorum değil); bireysel başvuru çok iyi işlemelidir. Anayasa yargısının meşruluğunu güçlendirmek için üyeler yargısal aktivizmde bulunmamalı, kendi kendilerini sınırlamalı, anayasaya uygun yorum yapmalı, hak temelli yorum sistemini benimsemelidir. Anayasa yargısı seçimle gelen demokratik bir kurum değildir ama demokrasiyle uyuşabilmesi mümkün olabilir.

Günümüzde AYM olmayan ülkeler vardır; İngiltere, Danimarka, İsveç ve Hollanda gibi ülkelerde AYM yoktur. Çin'de de Temyiz Mahkemesi, aynı zamanda anayasa yargısı fonksiyonunu görmektedir.

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi dünyada, sadece yargı yoluyla değil, Cumhurbaşkanı, Senato ve yasama komisyonları tarafından da yapılmaktadır. Ancak ABD'de 1803'lerde başlamak üzere, demokratikleşme dalgalarına paralel olarak, giderek yaygınlık kazanan yöntem anayasa yargısı yoludur.

Yargısal aktivizm (*judicial activism*) kavramı, 1940'lı yılların başından itibaren ABD hukukunda muğlak bir kavram olarak vardır. Yargısal aktivizm kavramını ilk kez Arthur M. Schlesinger Jr 1947 senesinde yazdığı bir makalede kullanmış, hâkimleri orta yolcular, yargısal aktivistler (*judicial activists*) ve kendisini sınırlama şampiyonları (*champions of self-restraint*) olarak üçe ayırmıştı.¹¹² Robert H. Jackson'a göre, *mahkemeler mahkeme olarak hareket etmeyi bırakıp politikayı kontrol eden organlar haline geldiklerinde, hukuk devleti emin ellerde değil demektir*. Anayasa mahkemelerinin, anayasaya uygun olan işlemleri iptal etmelerine (doğruluktan ayrılımlarına) geniş anlamda *yargısal aktivizm* denilebilir. Supreme

¹⁰⁹ Mehmet Turhan, "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu", in Anayasa Hukuku İncelemeleri-1, (AYM Yayını Ankara 2006), 51-53.

¹¹⁰ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated By Anders Wedberg, (Cambridge, Massachusetts, USA, 3rd edn, The 20th Century Legal Philosophy Series, Harvard University Press, 1949), 268 vd.

¹¹¹ Bkz. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, (Harvard University Press, Printed in U.S.A, 2004) ss. 1+286; Bursalı, Osman Safa, "Ran Hirschl Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Kitap Değerlendirmesi", <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/254700>> ET 26.12.2023.

¹¹² M. Ali Zengin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini*, (Adalet Yayınevi 2014), 45, 46.

Court'un *Baker v. Carr*¹¹³ kararında savunulan siyasi sorun doktrinine göre, hâkimler, siyasi sorunları çözmemeli, bunu siyasi organlara havale etmelidirler.

Federal Yüksek Mahkeme kararına göre, anayasa yargısı, yasama ve yürütmenin işine müdahale etmemelidir. Bu konuda görevli mahkeme değil, siyasi kurumlar olmalıdır. Mahkemeye yönelik bir hukuk normu olmamalıdır. Konu mutlak olarak siyasetin içerisindeki bir konu değil, siyasi tercih sorunu olmalıdır. Yargısal aktivizm hukuki ilişkinin özüne ilişkin bir sorun iken, *yargı darbesi* yapısal bir meseledir, sisteme karşı bir başkaldırıdır. Türk AYM'nin ünlü 367 kararı, kısa ömürlü bir *hukuk darbesi*dir. Hâkim, bu durumda, artık kanunun ağız değil, siyasi ve toplumsal yaşamı etkileyen kişi olmaktadır.

Doktrinde hâkimler hükümeti veya yargı iktidarı (*juristocracy*) denilen şey, yargının siyasi kurumlar üzerindeki vesayetidir; halka karşı yargının iktidarındır. Alexander Hamilton, en az tehlikeli organ olarak yargıyı gösteriyordu ama İkinci Dünya Savaşı sonrasında anayasa yargısı çok güçlendi.¹¹⁴ Anayasa mahkemelerinin Doğu Bloğunun yıkılmasından sonra özgürlükleri korumadaki fonksiyonu arttı. ABD'de Bush-el-Gore çekişmesini Supreme Court çözmüştü. Alman AYM, bireysel başvuru yoluyla ülkenin önemli sorunlarına el attı. Türkiye'de AYM'nin, bazı kararları ile gücünü artırdığı belirtilebilir.

Son zamanlarda yeni anayasacılığın merkezine oturtulan, yeni bir siyasi rejim türü doğmuştur, jüristokrasi. Siyasi sistem ne kadar zayıf, karar alamaz, çözüm üretmez bir durumda ise jüristokrasi o oranda genişler. Siyasi karar veren ama seçilmemiş olan yargı, diktatör veya mutlak hükümdarı çağırabilir. Parlamentoların anayasaya uygun olarak çıkardıkları tasarruflara karşı yargının müdahale etmemesi gerektiği konusunda ABD'de "*political question*" ve Almanya'da "*auto limitation (judicial self restraint)*" doktrinleri gelişmiştir. ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin (FYM) başlattığı yargısal aktivizm, giderek yaygınlaşmıştır. Yargısal aktivizm, mahkemelerin hukuk dışına çıkarak kendi kişisel politik görüşlerine dayanarak siyaset yapmalarındır.¹¹⁵ Yargısal aktivizmin hâkimler hükümetine yol açabileceği endişesi vardır.

Yargı bağımsızlığı, yargının keyfiliği, başıbozukluğu, gelişigüzel davranması, denetimsiz olması demek değildir. Yetki ve görev, nimet ile külfet birlikte olur; ayrıca, yetki verilen kişinin denetlenmesi de gerekmektedir. Montesquieu'nün deyişiyle *elinde kuvvet bulunduran kimse, onu kötüye kullanmaya meyledir*. Yargı denetlenmediği zaman, "hâkimler aristokrasisi", "hâkimler diktatoryası", "hâkimler hükümeti", "yargısal aktivizm" veya "hâkimler devleti" denilen oluşum mey-

¹¹³ Baker v. Carr 369 U. S. 186 (1962).

¹¹⁴ Bilindiği gibi, anayasa yargısı ve mahkemelerinin fikir babası sayılan Hans Kelsen, AYM kararlarının doğası gereği siyasi olduğunu belirtmiştir.

¹¹⁵ Bkz. Turhan Fezyioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye'de*, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını Ankara 1951) 343-344.



dana gelir. Şu üç durumdan biri bile varsa o ülke hâkimler devletidir, denilebilir; bu 3 durum şunlardır; Yargı, yasama ve yürütmeyi yaygın şekilde denetlerse; yargı, bağımsızlık şemsiyesi altında hiçbir denetime tabi olmazsa; hâkimler kanun koyucuyu aşarak hukuk oluşturursa, hâkimler devleti veya hâkimler diktatoryası söz konusu olabilir.

ABD’de Federal Yüksek Mahkeme’nin dünya ekonomik krizinden sonra, *sosyal içerikli kanunlara* karşı çıkması, sendikaların tepkisine yol açmış ve kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemesi pek sevimli görülmemeye başlanmıştı. Bilindiği gibi, Başkan F. Roosevelt’in “Yeni Düzen” (New Deal) politikasına karşı çıkan Federal Yüksek Mahkemenin görüş farkı krize yol açmıştı.

Anayasa mahkemeleri bazı kararlarında kendi kendini sınırlayacağına (judicial self-restraint), siyaseti sınırlama yoluna girmiş ve kendi yetkilerini yorum yoluyla sürekli genişletmişler, aktivist bir tutum (judicial activism) izlemişlerdir. Bireysel ve siyasal haklarda cimri, hükümeti sınırlamada cömert davranmış, hak temeline değil, ideoloji temeline, veya tersi bir tutum takınmışlar, bu haliyle anayasa mahkemeleri bir açıdan birilerinin bekçisi ve sığınağı olmuşlar, dengeyi bulamamışlardır. Yabancı sermaye konusunda da anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizm olarak değerlendirilebilecek kararları vardır. Temsililiği yeterince olmayan anayasa yargısı organı, yargısal yorum adı altında kanun yapabilmekte ve bu da hukuki güvenliği tehdit edebilmektedir.

Vesayet, siyaset ve siyasetçiye belli bir güvensizlik ifade eden ve çoğunluk iktidarını belli bürokratik denetleme mekanizmaları ile denetlemeyi ve sınırlandırmayı amaçlayan devlet anlayışıdır. Vesayet demokrasiyi ve hukuk devletini etkisizleştirir, içini boşaltır. Vesayet, ipotek koymaktır; kurumsal açıdan siyasi aklın yetersiz olduğu görüşüne dayanır.

Yargıtay’a göre, yargı, yasama ve yürütmeden farklıdır. Yargı ne zaman siyaset konularına müdahale ederse, o zaman meşruiyetini yitirir ve sorgulanmaya başlar. AYM, yargısal aktivizim yaparak, “*şeklen denetleyemediği Anayasa hükmünü uygulanamaz hale getirme, kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel başvuruları kabul etme, soruşturmalara müdahil olma, kovuşturmaları yapılamaz hale getirme*” şeklinde Anayasa’ya aykırı olarak verdiği kararları ile görev ve yetkilerini, Anayasa ve kanunlardan üstün görmek suretiyle Anayasa’yı uygulanamaz hale getirmiştir. Devletin cebri gücünü ve görevleri gereği Devletin kamu gücünü elinde bulunduran kimselerin, sahip oldukları kamu gücünü Anayasa’ya aykırı bir şekilde kullanmalarının, Anayasayı ihlal etme eyleminin işlenmesinde kolaylık sağlayacağı aşikârdır.¹¹⁶

Aslında, herkese ayar veren yargı da, kendisine ayar verilen yargı da doğru değildir. Yargının da siyasetin de yargısallaşması yanlıştır. Bu konuda Türk AYM’nin iyi örnekler yanında kötü örnekler de verdiğini söyleyebiliriz. Anayasa yargısı,

¹¹⁶ Yargıtay 3 CD (n 7).

“kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminden” “kanunların uygulanmasının denetimine” doğru bir eğilim içerisindedir. Anayasa yargısı yasamanın denetlenmesiyle yetinmeyip artık yargının da denetlenmesine yönelmektedir. 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde jüristokrasi uygulamaları olmuş, AYM anayasa değişikliklerini şekilden girip esastan iptal etmiş, ilginç kararlar vermiş ve yargısal aktivizmde bulunmuştur. 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde AYM’ ye, hak temelli bir görev değil, resmi ideolojiyi koruma görevi verilmiştir. AYM, Adnan Menderes ve arkadaşlarını yargılayıp idama mahkûm edilmesi süreciyle ilgili olarak, Menderes hakkında olumlu yönde görüş bildirmeyi suç sayan Tedbirler Kanununun 1 inci maddesini Anayasaya uygun bulmuştur. AYM, 27 Mayıs 1960 tarihli askeri müdahalesinin bir devrim olduğunu belirtmiş, darbelerini değil, Menderes’i suçlamıştır.

Yargıtay’a göre, AYM, yargı organlarının Anayasa’nın 14. maddesine hangi suçların gireceğini yorumlamalarının sağlıklı olmayacağını, mutlaka anayasal ya da yasal düzenleme yapılmasının gerektiğini söylemekte ise de, bugüne kadar, Anayasadan veya kanundan yetki almadığı halde, yürütmeyi durdurma kararı vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun doğru uygulanmadığından bahisle iptali gibi norm denetimi ile ilgili kararlarında, TCK’nın 220/6. maddenin iptali gibi veya sonradan kendisine tali görev olarak verilen bireysel başvuru kararlarında, anayasal veya yasal bir yetkisi olmamasına rağmen, anayasal yetkisini sürekli artırmak suretiyle, bireysel başvuruya ilişkin yetkinin verilmesi üzerine de birçok devlet organı üzerinde vesayetini ortaya çıkmasına sebep olmuştur.¹¹⁷

Vesayet sistemi, bizde demokrasinin konsolide olmasının önündeki en büyük engellerden biridir. Her zaman var olan ama darbe zamanlarında doruğa çıkmış, anayasa ve hükümet sistemleri dâhil her şeyi bozmuştur.¹¹⁸ 1961 sonrasındaki hükümetlerin ortalama ömürlerinin kısa oluşları ve muktedir olamayışları sonucunda *siyaset kurumu* güçsüz kalmış ve boşluğu vesayet kurumları doldurmuştur. İstikrarsız dönemlerin sonucu, Türkiye’ye vesayet rejimi olarak geri dönmüş, siyaset kurumu ağır darbe yemiştir. Darbelerin gerekçesi irdelendiğinde siyaset mekanizmasının istikrarı sağlayamadığı, koalisyonların beceriksizliği, milletvekili pazarlıkları, azgınlaşan terör olayları gibi nedenlere dayanıldığı görülecektir. Kuşkusuz ki bu durum çıkış garantili vesayet kurumlarını güçlendirmiştir.

*Bize göre, gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse ona görev olarak verilen bireysel başvuru yolu son derece önemlidir; bunun usulünü, esasını ve ülkenin hedefleri ile uyumunu yasama organı belirler.*¹¹⁹

¹¹⁷ Yargıtay 3 CD (n 7).

¹¹⁸ Bkz. Hayri Keser, “Başkanlık Sistemi”, (Yeni Türkiye Dergisi, Mart-Nisan 2013, Yıl 9, Sayı 51) 437 vd.

¹¹⁹ İsrail’in haksız olarak, 1948’den itibaren Filistin topraklarını planlı olarak işgal etmesi karşısında, İsrail’in haksız saldırılarını ve yaptığı soykırımı durdurmak isteyen BM Genel Kurulu ve BM

2. Bireysel başvurunun usulüne uygun olarak işleminin değeri

Konumuz bireysel başvuru kaynaklı olduğu için kısaca bireysel başvuru üzerinde durmak istiyoruz. 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren AYM, bireysel başvuru almayı kabul ederek, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı koruma imkânı getirmiştir. Yargıtay, Danıştay veya ilgili biriminin kararının muhataba tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde başvurunun açılması gerekir. Bireysel başvurunun, niteliği gereği kural olarak ihlale neden olan işlem veya eylem aleyhine öncelikle kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.¹²⁰

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun, AYM tarafından bireysel başvurunun esas incelemesinde uyacağı prensipleri belirlemiştir. Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi AYM kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz. Buna göre, yapılacak incelemenin, başvuruya konu edilen kamu işleminde bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve varsa bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlı olarak yapılması gerekmektedir. Anayasa'ya göre AYM tarafından bu sınırlamanın dışına çıkılarak kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılması mümkün değildir,¹²¹ ama bunun yaptırımı mevzuatta yoktur.

Bununla birlikte bireysel başvuru, sadece insan hakları konularında bir çalışma olup, diğer temyiz mahkemelerine karşı bir üstünlük değil bir iş bölümü sayılmalıdır. Anayasa Mahkemeleri ülkedeki temyiz mahkemelerinin üstü konumuna

Güvenlik Konseyi kararlarına karşı veto gücünü kullanan ABD'nin bu vetosunu iptal eden FYM'nin bir kararını şu ana kadar duymadık. Günümüzde yirmi binin üzerinde katledilen olduğu Filistinlinin en temel insan hakkı olan yaşama, su, ekmeğe, gıda, elektrik, mülkiyet ve tüm haklarını, Batı'nın *koşulsuz desteği* ile herkesin gözleri önünde açığa ihlal eden bu yapıya karşı iptal kararı veren bir Batı ülkesi anayasa mahkemesini, uluslararası mahkemeyi veya AIHM kararını duymadık. Oysa günümüzde katledilen Filistinlilerin % 70'i çocuk ve kadındır. Bu ölümler İsrail'e koşulsuz destek veren Batı dünyasının tavrından kaynaklanmakta ama medeni ülkelerin hiçbirinin yüksek mahkemesi sesini çıkarmamaktadır ve bu durum, 1948'den beri devam etmektedir. Dünyanın en gelişmiş ülkelerinin 1960'dan beri darbeler, vesayetler ve diğer sinsi taktikler ile hedefe koydukları Türkiye'ye karşı devam ettirdikleri kirli vekâlet savaşları ve 40 yıldır da kullandıkları bölücü ve yıkıcı terör, yaptıkları plan, strateji ve taktikler ile açık ve sinsi olarak sürmektedir. Bkz. ve krş. Michael E. Tigar, *Judicial Power, the "Political Question Doctrine," and Foreign Relations*, 17 *UCLA Law Review* 1135-1179, see 1135-1136, (1970), <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty_scholarship> ET 01.12.2023.

¹²⁰ Anayasa'nın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "*Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*". 6216 Sayılı Kanununun 45'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "... *başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir*". Ayrıntı için bkz. Saadet Yüksel, "*Avrupa Konseyi Sistemi İçinde Bireysel Başvuru Yolu*", (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu Armağanı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, Karasu, Güller vs edts) 77 vd.

¹²¹ Anayasa'nın 148/4 maddesi (EK: 7.5.2010-5982/18. md): "*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*"

gelmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de ülke mahkemelerine göre bir üst mahkeme olmadığı açıktır. AYM'ye bireysel başvuru yolu, bir mahkeme kararının aynı veya bir üst ya da yüksek mahkemede tekrar gözden geçirilmesini amaçlayan temyiz yolu gibi bir kanun yolu olarak getirilmemiştir. Bireysel başvuru yolunda bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilip edilmediği araştırılmakta olup, bireysel başvurunun önceki yargılamanın devamı niteliğinde olduğundan söz edilemez. Bu nedenle bireysel başvuruyu "olağanüstü kanun yolu" olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bireysel başvuru sui generis bir hukuki yoldur.¹²²

Anayasa şikâyeti, başka yollarla giderilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik *istisnai* ve ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Anayasa şikâyeti ne mevcut kanun yollarının devamı, ne de hukuk düzeni içinde görülen uygulama hatalarının *düzeltilebileceği* kanun yolu değildir. Bu yol, sadece bir temel hak ihlalinin *denetlenebileceği* istisnai bir hukuk yolu, *olağanüstü* bir hukuki çözümdür. Bireysel başvuru, kamu gücünün işlem, eylem veya ihmali nedeniyle temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin *iç hukuk yollarını tükettikten sonra* başvurdukları istisnai, olağanüstü ve ikincil nitelikte (tali) bir hak arama yoludur. İkincillik ilkesi ile bağlantılı olarak takdir alanı doktrini (margin of appreciation) kabul edilmiştir. İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi öncelikle idare ve yargı mercilerine ait olduğu için bireysel başvuru, ikincildir; bu yol, istinaf veya temyiz yolu da değildir.¹²³

Bireysel başvuru, konusu ve tarafları diğer mahkemelerdeki yargılamalardan tamamen farklı olan, temel hak ve özgürlüklerin ihlali söz konusu ise bu ihlalin tespit edilmesine yarayan, Anayasa Mahkemesi'nin ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yaptığı farklı bir hukuk yolu olup, bir süper temyiz makamı değildir. AYM, diğer mahkemelerde yapılan yargılamalarda Anayasa ile AIHS ve ek protokollerinde korunan temel haklarından birinin ihlal edilip edilmediği yönünde denetim yapmakla görevlidir. Bireysel başvuru üzerine yapılacak inceleme sonucunda, AYM tarafından başvuruya konu olan işlem, eylem veya ihmalin, başvuru-
cunun Anayasa'da güvence altına alınan ve AIHS ile ek protokolleri kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğinin tespit edilmesi halinde, ihlal kararı verilecektir. Bireysel başvuruların büyük çoğunluğunu mahkeme kararlarına yönelik başvurular oluşturmaktadır. AYM kendisini yüksek mahkemeler üzerinde süper bir temyiz mahkemesi olarak görmemeli, temyiz mahkemeleri olan ve kendisi gibi yüksek mahkeme konumunda bulunan Yargıtay ile Danıştay kararlarını, yeniden yargılama görüntüsü altında kararı bozmak suretiyle kendi görev ve yetkilerine yasal dayanaktan yoksun olarak gereğinden fazla ve yetkisini aşacak şekilde

¹²² Ayrıntı için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, (11th ed. Yetkin, Ankara, Ekim-2023), 869 vd.

¹²³ Bkz. Hasan Tahsin Gökcan, "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (Mart-Nisan 2018) Yıl 30, Sy. 135, 17.



anlam yüklememelidir.¹²⁴ AYM, bireysel başvuru sonucunda AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'ye ek protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini inceleyen, Yargıtay ile Danıştay'ın yetki ve görev alanında bulunan temyiz incelemesinde gözetilmesi gereken hususlara müdahale yetkisi bulunmayan ve AİHM'ye yapılan bireysel başvurular öncesinde tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak yetki ve görev alanı dâhilinde süzgeç görevi görmesi gereken bir yüksek mahkemedir. AYM, bireysel başvuru uygulamaları ile anayasa ve kanunlara uymayarak süper temyiz mahkemesine dönüşmemelidir.

Kişi, kanun yollarını kullanamamış ise, örneğin dosyasını temyiz etmediği için karar kesinleşmiş ise, bireysel başvuru yolunu kullanamaz, çünkü bireysel başvuru ikincil nitelik taşır. İhlale neden olduğu için dava konusu yapılan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuru, anayasa mahkemelerine normların genel mahkemelerce doğru yorumlanıp yorumlanmadığını denetleme yetkisi vermez. Aksi halde bu denetim, anayasa mahkemelerini süper temyiz mahkemesi haline getirir ki bunun sakıncalı olduğu açıktır. Kanunların nasıl anlaşılması gerektiği konusunda içtihat oluşturmak, AYM'nin görevi değildir. AYM, derece mahkemeleri ve Yargıtay'ın kanunlara verdiği anlamı kabul etmek durumundadır.

AYM, ilk derece mahkemelerinin ve Yargıtay'ın yorumda hata yapıp yapmadıkları ile ilgilenmez; temyiz incelemesi yapmaz, sadece insan hakları incelemesi yapar. Usul sorunları ile ilgilenmez, çünkü bireysel başvuru yolu, istinaf veya temyiz yolu değildir.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak için, kişinin dava ehliyeti olmalıdır. Başvuru için süre, işlemin kesinleşmesi tarihinden itibaren bir aydır. Tüm iç yargı yolları tüketilmiş değilse, bireysel başvuruda bulunamaz. İspanya'da Anayasa Mahkemesine başvuru yolu (*amparo*), 3 Ekim 1979 tarihli 2 nolu çerçeve kanununun 41 ila 47. maddelerinde düzenlenmiş olup, anayasa-da yazılı temel hakların tesis ve korunmasını amaçlamıştır. Amparo başvurusu, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra, ilgilisi, ombudsman veya savcılık tarafından yapılmaktadır. Bireysel başvuru süresi Rusya'da bir yıldır, iç hukuk yollarının tükenmesi aranmaz. Ayrıca Rusya'da yasama işlemi de iptal edilebilir, işlemlerden sadece taraflar (inter partes etki) değil, herkes etkilenir (erga omnes etki).

Anayasa'nın 154/1 ve 155/1'inci maddelerine göre, Yargıtay ve Danıştay'ın kararları kendi alanında nihaidir; "Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar." (AY., m. 154). "Danıştay, idari mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mer-

¹²⁴ Yargıtay 3 CD (n 7).

ciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.” denilmektedir. Yüksek seçim Kurulu ile ilgili olarak Anayasa’nın 79’uncu maddesinde, “Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.” denilmektedir. AYM, kendisine yapılan bireysel başvuru taleplerinde, Yargıtay (AY, m. 154) ve Danıştay (AY, m. 155)’ın verdiği kararları adeta bozmakta, gereği için talimat vermekte ama Yüksek Seçim Kurulu (AY, m. 79) kararlarını gün itibariyle inceleme dışında tutmaktadır. Bu durum da eleştiri konusu yapılabilmekte, Yüksek Seçim Kurulu ile Yargıtay-Danıştay arasındaki farkın anlamı sorgulanabilmektedir.

3. Yasama dokunulmazlığının değerlendirilmesi

Yasama sorumsuzluğu kavramı İngiltere’de söz hürriyeti olarak başlamış, 1689 tarihli *Bill of Rights* ile teminata kavuşmuştur. Bununla hedeflenen, parlamentonun ve dolayısı ile millî iradenin bağımsızlığı, kamu yararının korunması ve üyenin tehditlere karşı koyabilmesidir. Kapsamı, meclisteki işlemlerin (*proceedings in parliament*) tamamıdır. Meclis görüşmelerini yayımlayan medya da İngiltere’de *Parliamentary Papers Act* (1840) ve *Law of Libel Amendment* (1888) gereğince yasama sorumsuzluğu kapsamındadır. Fransa’da, Almanya’da (1949/42) ve Türkiye’de de durum benzerdir; (1924/20, 1961/87, 1982/97 (oy, söz, düşünce). Meclis aksine bir karar almışsa Mecliste ileri sürülen düşünce, Meclis dışında açıklanamaz. Bu konudaki mekân sadece Meclis binası değil, Parlamento (alt komisyonları dâhil) çalışmalarının yapıldığı her yerdir. *Vurma (darb)* ve *şiddet* fiilleri koruma sınırları dışındadır. Meclis İçtüzüğüne göre, üyeye Meclisten geçici çıkarma cezası verilebilir. Meclis çalışmalarını ile ilgili olmayan sözler nedeniyle manevi tazminat davası açılabilir.¹²⁵

Yasama dokunulmazlığı kavramı İngiltere’de ortaya çıkmıştır. Fransa’da (1958/26), ABD’de çok önemli bir suç olmayınca milletvekili tutulamaz, tutuklanamaz. İngiltere, ABD ve Fransa’da, günümüzde, yasama dokunulmazlığının çok dar yorumlandığı belirtilebilir. Bu usul, cerbezeli konuşan üyelerin dilinden kurtulmak için, gözetim altına alınmasını engellemeyi amaçlayan bir yöntemdir. ABD Başkanlık sisteminde güvenoyuna ihtiyaç yoktur ama Kongre araştırma yapabilir, bütçeyi ret edebilir; yürütmeyi denetleyebilir. ABD Anayasası tutuklanmama imtiyazını kabul etmiş (1. Bölüm, 6. M., 1. Fıkra); ancak FYM bunu dar olarak yorumlamıştır. ABD’de trafik kurallarını ihlal eden Kongre üyesinin tutuklanmama imtiyazı olmadığı gibi ABD’de cezai alanda Kongre üyelerinin tutuklanmama konusunda dokunulmazlıkları da yoktur. FYM, yalancı şahitlikten mahkûm olan üyenin dokunulmazlığının bulunmadığını belirtmiştir.¹²⁶

¹²⁵ Özbudun, Ergun, “Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 59, (2005) 29; bkz. Y. 4. HD, E 1966/3490, K 1966/7470, 08.07.1966.

¹²⁶ Türkiye Büyük Millet Meclisi, *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, (TBMM Yayını, Ankara, 2019), 29.



Venedik Komisyonu Raporuna göre Avrupa'nın çoğunda dokunulmazlık vardır ve bu kurum kaldırılmamalıdır.¹²⁷

Türkiye'de yasama dokunulmazlığı 1921 Anayasası hariç tüm anayasalarda kabul edilmiştir (1876/79; 1924/17; 1961/79, 2; 1982/83-2-3-4). Yasama dokunulmazlığı, ceza konusunda geçici dokunulmazlık demektir.

Anayasa'nın 84/2 maddesine göre milletvekilliğinin düşmesi sebeplerinden biri, kesin hüküm alma halidir. Anayasa'nın 84/2 maddesi ile aynı anlamda TBMM İçtüzüğü'nün 136/2'de; TBMM üyeliğine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen milletvekili hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurul'un bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatının sona ereceği düzenlenmiştir. Milletvekili seçilmeye engel suçlar, Anayasa'nın 76. maddesinde ele alınmış, taksirli suçlar hariç *toplam bir yıl* veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar milletvekili olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan suçların birinden *kesin hüküm ile sonuçlanmış* olan mahkûmiyetler, af ile infaz gerçekleşmemiş olsa dahi bir kişinin milletvekili olarak seçilmesine engel olmakla birlikte Anayasa m. 84/2 gereği mevcut milletvekilliğini de düşürmektedir.¹²⁸ Türk hukukunda milletvekilliğinin düşmesi kurumuna, 1995 yılında yapılan değişiklik ile son hali verilmiştir.

Yasama dokunulmazlığının iki istisnası vardır; ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması şartıyla anayasanın 14 üncü maddesindeki haller. Bu durumlarda dokunulmazlık yoktur. Suçüstü hali, CMK'nın 2'nci maddesinde belirtilmektedir. Dokunulmazlık konusunda aleyhine karar alınan bir *milletvekili*, 7 gün içerisinde AYM'ye alınan kararın iptali için başvuruda bulunabilir, AYM 15 gün içinde kararını verir.

4. Yokluk kavramı ve Anayasanın 14'üncü maddesinin yok sayılması

Konumuzun odak noktalarından biri de yokluk kavramı olduğundan kısaca analiz etmek istiyoruz. Yokluk, bir işlemin hukuk dünyasına hiç girmediğini, hiç doğmadığını belirten bir kavramdır. Özel hukukta ve idare hukuku alanında kabul edilmekle birlikte, AYM'nin yokluk kararı verebilip-veremeyeceği anayasa hukukunda tartışılmaktadır. Anayasa yargısında yokluk tartışmaları konjonktürel olarak nüksetmektedir ve siyasal zemine göre gündeme getirilmektedir. Bir hukuki işlemin çok ağır bir sakatlığı varsa, kurucu unsurların biri eksikse o işlem yok hükmündedir. Bir hukuki işlem, emredici şekil kurallarına aykırı ise veya yetki gaspı, ağır yetki tecavüzü gibi bir sakatlıkla malul ise yok hükmündedir.¹²⁹

¹²⁷ Venice Commission, "Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities", Adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014), <<http://www.venice.coe.int/webforms/documents>> ET 20.10.2014.

¹²⁸ Yargıtay 3 CD (n 7).

¹²⁹ Bkz. Metin Günday, *İdare Hukuku Dersleri* (İmaj, 2002, 6th edn) 152; Bkz. Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, (Ankara, Seçkin 2018) 31.

Yokluk bir işlemin baştan itibaren yok olmasıdır, iptal ise farklı bir kavramdır ve geriye yürümez. Verilen bir karar, ağır yetki tecavüzü (gaspı) mahiyetinde ise yoktur veya hükümsüzdür. Bir örnek vermek gerekirse, TBMM, AYM' nin yerine geçerek bir siyasal partiyi kapatamaz, Meclisin bu kararı yok hükmündedir. Yokluk sorununda AYM resen harekete geçemez. Kıta Avrupa'sında, Kelsen'in görüşleri doğrultusunda, iptal kurumu kabul edilmekte ama yokluk veya yok hükmünde sayılma kavramları kabul edilmemektedir. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi yokluk kavramını kabul etmektedir. Türkiye'de 12 Mart 1971 Muhtırası sonrasında TBMM'nin teklif ve oylama iradesi üzerindeki cebir nedeniyle, bu süreçte yapılan Anayasa değişiklikleri ve buna uygunluk veren organların iradesinin sağlığı tartışılmıştır.

Yokluk konusunda 23.06.2020 tarih ve 7248 sayılı kanun örnek verilebilir (RG.1.7.2020/31172). 27 Mayıs 1960 darbesini yapanlar tarafından kurulan *Yasıstada Mahkemesi* diye anılan mahkemenin tüm kararlarını "yok" sayan bu kanun, Cumhuriyet tarihimizde bir ilk olarak kabul edilebilir. 1924 Tarih ve 491 Sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Geçici Kanunun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Neden Olunan Mağduriyetlerin Giderilmesi Hakkında Kanun Teklifi, Meclis'te 23 Haziran'da yapılan oylama sonucunda kabul edilmiştir. Kanun yürürlük ve yürütme dâhil 3 madde ve 8 geçici maddeden ibarettir.

Özel hukukta yokluk kanunla belirlenmiştir. İdare hukukunda yokluk ise doktrin ve yargı içtihatlarıyla belirlenmektedir. *Yargıtay Ceza Genel Kurulu* da yokluk kavramını kabul etmektedir. 1961 ve 1982 Anayasaları yokluktan söz etmez. Anayasa, bir kamu kurumuna açıkça yetki vermemişse bu durum, öyle bir yetkinin olmadığını gösterir. Çünkü Anayasa 6'ncı maddesinde, bizzat, kimsenin Anayasadan almadığı bir yetkiyi kullanamayacağını açıkça belirtmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında "yokluk" konusunda açık veya kapalı bir sözcük (lafız) yoktur, aksine iptal kararının geriye yürümezliği ilkesi vardır. Anayasa açık yetki vermemişse, yorum yoluyla yetki kullanılamaz.

1982 Anayasası, AYM'ye böyle bir yetki vermediği için, AYM tarafından "yokluk" uygulanamaz. Yokluk kavramı ile TBMM'nin yetkilerine karşı bir tutum belirlenmesi ve böylece mahkemenin siyasi tartışmaların içerisine çekilmek istenmesi çok tehlikeli bir yoldur. Yokluk teorisi, hukuk güvenliğini zedeler, hukuki, sosyal ve siyasal ortamı zedeler, kamu hukuku ilkeleri ile uyumsuz. AYM iptal kararı veya iptal talebinin reddi kararı verebilir, ama yokluk veya yorumlu red kararı vermemelidir; yokluk kararı ancak çok istisnai durumlarda mümkün olabilir. *AYM, 1961 ve 1982 döneminde "yokluk kararı" hiç vermemiştir.*

Anayasa'nın 14. maddesinde çerçevesi çizilen faaliyetler konusunda 3713 sayılı Kanun'un terör ve terör suçları tanımında aynı kavram ve kurumlara vurgu yapıldığı ve TCK'da düzenlenen Anayasayı ihlal suçunun unsurları ve madde gerekçesinde özellikle Anayasa'nın başlangıç hükümlerine yaptığı atıf ve korunan



hukuki yarar birlikte değerlendirdiğinde; TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.¹³⁰ Bir kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle kullanılan kavramların anlamlarının hukuki değerlendirme sonucunda ortaya çıkması tek başına *hukuken öngörülebilirlik* ilkesine aykırı görülmemektedir. *AİHM içtihatlarında, birçok kanunun kaçınılmaz olarak az veya çok belli bir derecede muğlaklık içerdiğini*, muğlaklık barındıran bu kanunların yorumlanması ve uygulanmasının ise bir uygulama sorunu olduğunu haklı olarak belirtmiştir.¹³¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, haklar, *demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıkı sıkıya orantılı bir şekilde* kullanılmalıdır, demek suretiyle Anayasanın 14. maddesinin Devlete verdiği yetkinin çerçevesini çizmiştir.¹³² *AİHS'nin 17. maddesindeki hak ve özgürlüklerin yine hak ve özgürlükleri kullanarak ortadan kaldırılmasının yasaklanacağına* ilişkin düzenleme ile Anayasamızın ilgili maddesindeki kanun koyucunun amacı, ayrıca yargısal kararlar değerlendirildiğinde; anayasal düzene yönelik suç oluşturan söylem ve eylemlerin Anayasanın 14. maddesi kapsamında olduğu söylenebilir.¹³³

AİHM içtihatlarında, bir yasal hüküm ne kadar açık şekilde kaleme alınmış olursa olsun, ceza hukuku da dâhil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsur olduğunu kabul etmiştir.¹³⁴ Hatta AİHM,

¹³⁰ “*Aksi halde, Türkiye Cumhuriyeti'nin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne kasteden, pek çok kanlı terör eylemi ile irtibatlandırılan ve haklarında yukarıda sayılan mutlak terör suçlarından soruşturma veya kovuşturma bulunup, henüz yakalanamayan ve kırmızı bültenle aranan Fetullah Gülen, Şerif Ali Tekalan, Recep Uzunalli, Adil Öksüz, Ekrem Dumanlı, Cemil Bayık, Murat Karayılan, Duran Kalkan, Sabri Ok ve Ali Ekber Doğan ve bunlar gibi şüpheli ya da sanıkların, milletevkeili seçilmelerinin, yemin ederek göreve başlamalarının ve TBMM'ye girmelerinin önü açılır ki bu durumun hukukten isabetli olduğunu savunmanın izahı kabul olduğunu söylemek mümkün değildir.*” Yargıtay 3. CD, E 2023/12611, 08.11.2023.

¹³¹ Case Of Lindon, Otchakovsky-Laurens And July V. France, Applications nos. 21279/02 and 36448/02 and, 22 October 2007 § 41: “...Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez. Kesinlik arzu edilirse da beraberinde aşırı katılığı da getirebilir ve kanunun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerekir. Buna göre, birçok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok belirsiz olan ve yorumlanması ve uygulanması pratik meseleler olan terimlerle ifade edilmektedir...” (§ 41: “...Whilst certainty is desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice...”).

¹³² Case Of De Becker v Belgium App. no 214/5, (n 86). AİHM kararlarında ayrıntı için bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, “*AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğü*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, İfade Özgürlüğü Özel Sayısı, Sayı 25, Yıl 7, 2016/1, s. 1-19.

¹³³ Anayasa'nın 14. maddesinin yorumuyla ilgili olarak bkz. Yargıtay 9. CD, 15/10/2008 tarihli ve E 2008/6292, K 2008/11012 sayılı kararı. Ayrıca bkz. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634>> ET 05.12.2023.

¹³⁴ Case Of Kafkaris v. Cyprus, Application no. 21906/04, 12 February 2008, § 141, (<<https://hudoc.echr.coe.int/>) (ET. 15.12.2023): “141. Mahkeme, içtihadında, bir yasal hükmün taslağı

istisnai olmakla birlikte, konuya ilişkin iç hukukta bir düzenleme bulunmamasına rağmen, belli durumlarda *common law kuralları* veya uluslararası hukukun prensiplerinin de müdahaleye hukuki temel oluşturabileceğini belirtmiştir.¹³⁵

Anayasanın 14. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin bağımsızlığı ve demokrasisi, yani varlığı için olmazsa olmaz unsurları belirlemiştir. 14. madde, aynı zamanda Anayasa'nın ve değiştirilemez maddelerin de zırhı konumundadır. Hiçbir devlet, varlığına kasteden bir suçu işlemekle suçlanan kişinin dokunulmazlığını kabul etmez. Aksi bir kabul adalet, hak, nesafet ve eşitlik kuralıyla bağdaşmayacağı gibi adalete olan inancı sarsıp kamu vicdanını, Türk Milletini rahatsız eder. Hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanuni düzenleme ile sınırlanamaz. İngiltere'de diğer ülkelerin aksine tek bir anayasal metin bulunmamaktadır. Birleşik Krallık, yasalar ve ilkeler bütünüdür. İngiliz Anayasasının büyük bir bölümü kanunlar, mahkeme kararları ve antlaşmalar gibi yazılı ve yazısız kurallar doğrultusunda şekillenmiştir.¹³⁶ Amerikan hukukunun da temelde İngiliz hukuku olduğunu söyleyebiliriz.

ne kadar açık olursa olsun, ceza hukuku da dâhil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsurunun bulunduğunu kabul etmiştir. Şüpheli noktaların aydınlatılmasına ve değişen şartlara uyum sağlanmasına her zaman ihtiyaç duyulacaktır. Yine, kesinlik son derece arzu edilir olsa da, aşırı katılığı da beraberinde getirebilir ve hukukun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerekir. Buna göre, birçok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok belirsiz olan ve yorumlanması ve uygulanması pratik meseleler olan terimlerle ifade edilmektedir. Mahkemelere verilen hüküm vermenin rolü, tam olarak, ortaya çıkan gelişmenin suçun özünü tutarlı olması ve makul olarak öngörülebilmesi koşuluyla, yoruma ilişkin şüpheleri ortadan kaldırmaktır. ...” (141. § “ The Court has acknowledged in its case-law that however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain ... provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen.”).

¹³⁵ The Sunday Times v. The United Kingdom, 26 April 1979, Application No. 6538/74, § 49; <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-sunday-times-v-united-kingdom/>>; Case of Groppera Radio AG and others v Switzerland, 28 March 1990; 49. Prg.: **“Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez; deneyimler bunun ulaşılamaz olduğunu göstermektedir. Yine, kesinlik son derece arzu edilir olsa da, aşırı katılığı da beraberinde getirebilir ve hukukun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerekir. Buna göre, pek çok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok belirsiz olan ve yorumlanması ve uygulanması pratik meseleler olan terimlerle ifade edilmektedir.”**; (49. § : **“Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice”**).

¹³⁶ Yargıtay 3 CD (n 7).



14'üncü madde yok sayılarak, başvuruçunun temel hakkının ihlal edildiğini belirtilmiş, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, istinaf ve Yargıtay kararı yok sayılarak, bu konuda bir kanun boşluğu olduğu belirtilmiş ve yerindelik denetlenmiştir. Oysa 5237 sayılı TCK'nın 302 ila 308. maddelerinde *Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar* ile 309 ila 316. maddelerinde *Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçların Anayasanın 14. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken suçlar arasında yer aldığı* açıktır.

Bu belirsizlikler söz konusu 14. maddenin uygulanmasında zorluklar çıkartsa da, bu durum Anayasanın bu hükmünün uygulanmama gerekçesi olamaz. Zira içtihat hukukunun ağırlıklı olarak uygulandığı Anglo Sakson sisteminde ceza hukukunun çok önemli kavramlarındaki belirginleşme yargı kararlarıyla sağlanmaktadır.

Anayasa koyucunun iradesinin, yürütme organının varlığını ortadan kaldırma ya yönelik bir faaliyette bulunulduğu takdirde milletvekilinin dokunulmazlıktan yararlanmaya devam etmemesi gerektiği yönünde olduğu açıktır.¹³⁷

Belirtilen nedenlerle teröre ve şiddete teşvik eden ifadeler koruma altında olmaz, çünkü terörün başladığı yerde sözün hükmü kalmaz.¹³⁸

Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 45 ve devamı maddeleri gözetildiğinde; asli görevi norm denetimi olan AYM'nin bir Anayasa hükmüne yönelik inceleme ve denetleme yetkisinin *şekil bakımından denetleme ile sınırlı olduğu ve tali nitelikteki bireysel başvuru yolu* ile bir Anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılamayacağı veya uygulanmasının imkânsız hale getirilemeyeceği son derece belirgindir. AYM'nin yürürlükte olan Anayasa normunu esastan iptal etme yetkisinin bulunmadığı, Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyerek denetleyebildiği ve yürürlükte bulunan Anayasa normunun uygulanmasını bireysel başvuru yoluyla ortadan kaldıracak veya işlevsiz hale getirecek şekilde bir karar vermesinin hukuken mümkün olmadığı da açıktır. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne her yönden yönelen tehdidin ağırlığı ile orantılı olacak bir biçimde içtihat istikrar ilkesi de gözetilerek Anayasa koyucunun 14. maddede bilinçli bir tercihin ürünü olarak bıraktığı boşluğun, yargı kararları ile doldurularak belirli hale getirilmesi, ilgili Anayasa normunun işlevinin korunması hukuk devletinin bir gereğidir.¹³⁹

SONUÇ

Bu makale, yasama dokunulmazlığının iki istisnasından biri olan, seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması şartıyla Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki suçlardan mahkûm olanların yasama dokunulmazlığından yararlanıp-yararlanamayacağı konusu ile sınırlıdır. Çalışmanın amacı, AYM ile Yargıtay'ın bu ko-

¹³⁷ Yargıtay 3 CD (n 7).

¹³⁸ İstatistikler ve bu paragraf için bkz. *Anayasa Yargısı*, C. 33, (AYM Yayını, Ankara 2016) 4-7.

¹³⁹ Bkz. Yargıtay Başkanlığı'nın Basın Açıklaması (n 79).

nudaki farklı görüşlerini hukuki açıdan analiz etmektir. Ele aldığımız bu konuda, Yargıtay Başkanlığı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi ve AYM'nin verdiği kararlarda çoğunluğun kararına muhalif olan AYM Üyelerinin düşünceleri arasında genelde bir görüş farkı bulunmamaktadır. Bu makalenin konusu, yasama dokunulmazlığı konusunda, bu 4 farklı birim ile AYM çoğunluğu arasındaki görüş farkının incelenmesidir.

AYM, incelediğimiz dava dosyalarında görüldüğü gibi, önüne gelen başvurulara, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden hak ihlali kararı vererek, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması amacıyla başvurunun yeniden yargılanmasına başlanmasına, mahkûmiyet hükmünün infazının durdurulmasına, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanmasına ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesine şeklindeki işlemlerin yerine getirilmesine ve tazminata hükmedilmesine karar vermektedir. AYM, Anayasa'nın 153/son maddesi gereğince verdiği kararların yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığı hükmünü belirtmektedir. Yargıtay ise, ortada Anayasa'nın 153/son hükmünde geçen nitelikte bir karar olmadığı için uygulanmasının söz konusu olamayacağını açıklamaktadır.

AYM, norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin *nihai yorum yetkisinin* kendisine ait olduğunu belirtirken, Yargıtay, haklı olarak, böyle bir durumun söz konusu olmadığını, ilgili makamların da kendileriyle ilgili Anayasa maddelerini yorumlama yetkisine sahip olduklarını belirtmektedir.

AYM'ye göre *belirlilik ve öngörülebilirlik*, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak içerikte olmasını, bunun da ancak anayasa hükmü veya kanunla mümkün olabileceğini ve madde içeriğinin de kaliteli, açık, belirgin olmasını ifade ederken, Yargıtay ve çoğunluk görüşüne karşı olan AYM üyeleri, belirliliğin yargı kararlarıyla da mümkün olabileceğini ve AİHM kararlarının da bu yönde istikrar kazanmış olduğunu belirtirler. Yargıtay'a göre, bir anayasa maddesinin kazuistik şekilde düzenlenmemiş olması, o normun *belirlilik ve öngörülebilirlik* ilkesine aykırılık teşkil ettiği anlamına gelmez. AYM, kanunilik unsurunu anlatırken, düzenleme temel haklara *ne oranda müdahale ediyorsa* söz konusu düzenlemede *aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselir*, demektedir. Yargıtay'a ve karşı görüş yazan AYM üyelerine göre, belirlilik ilkesi, yalnızca *kanuni belirliliği* değil, daha geniş anlamda *hukuki belirliliği* de ifade eder. Hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması, yalnızca "kanuni düzenleme ile sınırlama" şeklinde gerçekleştirilemez. *Normlara dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir nitelikleri haiz olması şartıyla Yargıtay içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir*. Nitekim ABD Anayasası bu konuda bir hüküm içermediği halde uygulamada problem olmamıştır. Kaldı ki AYM, FYM'den, Türkiye'deki yargı ayrılığı sistemi ve başka nedenlerle farklıdır.



Yargıtay ve çoğunluk görüşüne karşı olan AYM üyeleri, *olağan kanun yolları tüketilmeden* Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun yapılamayacağını *Anayasa m. 148/3 ve 6216 Sayılı Kanununun 45'inci maddesinin 2'nci fıkrasının* açık ve amir hükmü olduğunu ve AYM'nin bunu açıkça ihlal ettiğini belirtmektedirler.

Yargıtay ve karşı görüş yazan AYM üyeleri, AYM'nin, Anayasa'yı ve ilgili mevzuatı, yetkisi olmadığı halde, ya uygulamadığını veya yanlış uyguladığını anlatmaktadırlar. Yargıtay ve karşı görüş yazan AYM üyeleri, asli görevi norm denetimi olan AYM'nin bir anayasa hükmüne yönelik inceleme ve denetleme yetkisinin *şekil bakımından denetleme ile sınırlı olduğunu*¹⁴⁰ ve tali nitelikteki bireysel başvuru yolu ile bir Anayasa hükmünü yürürlükten kaldıramayacağını, uygulanmasını imkânsız hale getiremeyeceğini belirtirler. Yargıtay ve karşı görüş yazan AYM üyeleri, AYM'nin yürürlükte olan anayasa normunu esastan iptal etme yetkisinin bulunmadığını, Anayasa değişikliklerini sadece *şekil* bakımından inceleyerek denetleyebildiğini ve yürürlükte bulunan Anayasa normunun uygulanmasını bireysel başvuru yoluyla ortadan kaldıramayacağını, işlevsiz hale getiremeyeceğini, bunun hukuken mümkün olmadığını, belirtirler. Yargıtay ve karşı görüş yazan AYM üyeleri, Anayasa koyucunun 14'üncü maddede *bilinçli bir tercihin ürünü* olarak bıraktığı boşluğun, yargı kararları ile doldurularak belirli hale getirilmesi, ilgili Anayasa normunun yürürlüğünün ve işlevinin korunmasının *hukuk devletinin bir gereği* olduğunu anlatmaktadırlar. AYM, Anayasa'nın 14'üncü maddesini zımnen ilga edemez, işlevsiz hale getiremez.

Yargıtay'a ve karşı görüş yazan AYM üyelerine göre, Anayasanın 14'üncü maddesinin uygulanması bakımından yasama organının konuya müdahil olması bir gereklilik olamaz. Konunun Yargıtay içtihatları ile belirginleştirilmesi ve zenginleştirilmesi yerinde olduğu gibi, aksi düşünce, bir düzenleme yapılmıncaya kadar 14'üncü maddenin uygulanamayacağı anlamına gelecek, *Anayasanın üstünlüğü* ilkesi zedelenecektir.

Anayasa'nın egemenlik başlığı altında düzenlenen 6'ncı maddesi¹⁴¹ ve Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11/1 maddesi¹⁴² herkes gibi AYM'yi *de bağlamaktadır*. Anayasa, hiçbir istisna belirtmemiş ve hiçbir kuruma veya kişiye, ihlal yetkisi vermemiştir. Anayasa'nın 14'üncü ve 148/3'ncü maddesi,¹⁴³ ilgili kanunun 45/2'inci maddesi de uygulanmalıdır.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Anayasa'nın 148/1'inci maddesine göre, "... Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler...".

¹⁴¹ Anayasa'nın 6'ncı maddesine göre, "...Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."

¹⁴² Anayasa'nın 11/1'inci maddesine göre "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır."

¹⁴³ Anayasa'nın 148/3'inci maddesine göre, "(Bireysel) Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, (Kanun Numarası:

Anayasa yargısının, *Anayasa'nın bir hükmünün diğer bir hükmüne aykırı olduğuna* karar verme yetkisi olmadığı gibi, bireysel başvurularda norm denetimi yapmak suretiyle bir *anayasa veya kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varması da*, hukuka aykırı ve yetki aşımıdır. Anayasa yargısının Anayasa'ya ve kanunlara aykırı olarak verdiği kararları ile görev ve yetkilerini Anayasa'nın üstünde görmesi anlayışı, *anayasa yargısının meşruiyeti* tartışmasını gündeme getirmiştir.

Anayasa'nın 76'ncı maddesine göre *bir yıl hapse mahkûmiyeti* olan birinin bu mahkûmiyeti, -af ile infaz gerçekleşmemiş olsa dahi- milletvekili olarak seçilmesine engeldir ve bu, Anayasa m. 84/2 gereği mevcut milletvekilliğini de düşürür.¹⁴⁵

Yargıya ve anayasa yargısına verilen görev, Anayasayı ve kanunları uygulamamak değil, tam aksine, uygulamaktır. Anayasanın bir maddesine dayanıp, diğer maddesini işlevsiz kılmak, yargısal aktivizmdir. Yargının görevi, herhangi bir nedenle kendisine kanunla belirlenen kuralı değiştirmek değildir. Çünkü kuralları belirleyen, esas olarak, yasama organıdır. Yargı organı, Meclisin yaptığı kurallara uymalı ve konulan kuralları uygulamalıdır. Yargının bir bölümü kuralları uygular, diğer bölümü uygulamazsa sorun çıkar. Yargı organı, Anayasa, kanun ve ilgili mevzuatı uygular, yargısal aktivizm yapamaz. Yargısal aktivizm, anayasa yargısının kırmızı çizgisi sayılabilir.

Sorunun Anayasa ve kanun hükümlerine göre çözümlenmesine AİHM içtihatları engel değildir. AİHM içtihatlarında da, bir yasal hüküm ne kadar açık şekilde kaleme alınmış olursa olsun, yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsur olduğu kabul edilmektedir.

Vesayet, siyaset ve siyasetçiye belli bir güvensizlik ifade eden ve çoğunluk iktidarını belli bürokratik denetleme mekanizması ile denetlemeyi ve sınırlandırmayı amaçlayan devlet anlayışıdır. Vesayet demokrasiyi ve hukuk devletini etkisizleştirir, içini boşaltır; vesayet, ipotek koymaktır, kurumsal açıdan siyasi aklın yetersiz olduğu görüşüne dayanır.

Anayasa yargısında siyasi konulara olabildiğince girilmemeli, girilme zorunluluğu varsa, hukuk gerçeklerine sırtını dönmeden karar verilmelidir. Gerek FYM, gerekse AİHM kararları bir bütün olarak incelendiğinde, genel olarak, hukukun gerçeklerinden kopuk veya görmezden gelinerek karar vermedikleri söylenebilir. Bazı Amerikalı hukukçular, ABD'nin, kuruluşundan 20'nci yüzyılın başlarına kadar ülke yönetiminde, ABD'nin birlik ve beraberliğini koruyan en önemli faktörün FYM olduğunu belirtirler. FYM, 20'inci yüzyılın başına kadar, ülkesinin birliğini

6216, Kabul Tarihi: 30.3.2011, RG 03. 04. 2011/27894.6216 Sayılı Kanun'un 45/2 maddesine göre, "... başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir".

¹⁴⁵ Anayasa'nın 76/1'inci maddesine göre, "...taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar..." "...affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler."



ve beraberliğini temin etmiş, -istisnalar hariç- ele aldığı olaylarda genel olarak özgürlük-güvenlik dengesini gözetmiştir. Bu denge sarsıldığı zaman bu durumdan öncelikle yargı organları zarar görür.

Özgürlük-güvenlik dengesi, evrensel hukukun kabul ettiği bir ilkedir. Özgürlük-güvenlik dengesi atbaşı gitmek zorunda olup, terazi asla adaletten şaşmamalıdır. Hiç şüphe yok ki Türkiye, temel hak ve hürriyetler alanında dünyanın *marka ülkesi* olmalıdır. Türkiye, insan hakları konusunda, teori ve uygulamada en olgun anlamda, dünyanın *örnek ülkesi* olmalıdır ve bunda hiçbir şüphe yoktur. Bunun için de, ilk çağlardan itibaren tartışılan özgürlük-güvenlik dengesinde kantarın topuzu kaçırılmamalı, denge bozulmamalıdır. Özgürlüğe önem vermek, güvenliğe aykırı olmadığı gibi, güvenliğe önem vermek de, özgürlüğe aykırı değildir. Birimiz güvende değilsek, hiçbirimiz güvende değiliz. Güvenliğin olmadığı Gazze’de, Filistinlilerin özgür de olmadığı bir kez daha görülmüştür.

Yasama faaliyeti temelde siyasedir ve siyaset mekanizması tarafından yürütülür. Anayasa yargısı dâhil yargı mekanizması ise esas olarak tekniktir ve mahkemeler tarafından yerine getirilir. Yargının kendi arasında ve kamuoyu önünde yapılan tartışma, AYM ile Yargıtay arasındaki bir konu olarak mütalaa edilmekte ise de, Meclis meselenin hep odak noktasında bulunmaktadır. Çünkü kuralları Meclis koyar ve yargı bu kuralları uygular.

AYM çoğunluğu ile Yargıtay arasındaki bu sorunun halli, *ilk olarak* Anayasa ve kanuna uymakla çözümlenmelidir. *İkinci olarak* her iki taraf, çözümü kendi aralarında yapmalıdırlar. *Üçüncü olarak* çözüm, TBMM’nin takdirindedir. İlk iki çözüm yolu gerçekleşmediği takdirde, TBMM, bir an önce yeni anayasa veya anayasa değişikliği yapmakla veya kısmen kanunla sorunu çözebilir. Değişiklik ile özellikle bireysel başvuru konusunda, AYM’ nin, Yargıtay’ın ve Danıştay’ın sınır ihtilafları yeniden düzenlenebilir. Herhangi bir Anayasa veya kanun maddesini *uygulamama yetkisinin* olup-olmadığı, Anayasa’yı yorumlama tekelinin bulunup-bulunmadığı, Anayasa ve kanun uygulanmadığı takdirde bunun sonucunun ne olacağı gibi diğer hususların açık bir dille belirtilebilmesi Meclisin takdirindedir.

Hak ve hukuk dağıtımı, kuyumcu terazisi gibi hassas tartılmalı, Anayasa ve kanun hükmü uygulanmalı ve sonuç adil olmalıdır. *Gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse ona görev olarak verilen bireysel başvuru yolu önem taşımaktadır. Bunun usulünü, esasını, uyumunu ve çıkabilecek sorunların nihai çözümünü Yasama Organı belirleyebilir.*

Bu sorun çözülmediği takdirde, ülkede hukuk devleti, yargıya güven, yüksek mahkemelerin güvenilirliği, “*yok sayma*”nın yargıya getireceği olumsuzluklar aksamalara fırsat verebilir. Bu durumdan Türkiye zarar görecektir, hiçbir yüksek mahkemenin kazancı da olmayacaktır. Türkiye’de yargının zayıf taraflarının tahkim edilmesi ile yargı kurumu güçlenecek, sorunlar daha rahat çözülebilecektir. Bağımsızlığımız ve geleceğimiz için özgürlük, adalet ve güvenlik temel esaslardır.

KAYNAKÇA

Atay EE, *İdare Hukuku*, Seçkin, Ankara 2018.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2012-2013, Ankara 2015, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2014, Ankara 2015, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2015, Ankara 2016, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2016/1, Ankara 2017, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar*, 2018/1, Ankara 2019, AYM Yayınları.

Anayasa Mahkemesi: *Yıllık Rapor 2017*, AYM Yayınları, Ankara, 2018.

Anayasa Mahkemesi: *Yıllık Rapor 2018*, AYM Yayınları, Ankara, 2019.

Doehring K, *Genel Devlet Kuramı*, Çeviren Ahmet Mumcu, İkinci Baskı, İnkılap Yayınevi, İstanbul 2002.

Fendoğlu HT, *Anayasa Hukuku*, 11. B., Yetkin, Ankara, Ekim-2023.

Feyzioğlu T, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de*, Ankara 1951, AÜSBFY, ss.1+384.

Günday M, *İdare Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002.

Gökcan HT, “*Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2018, Yıl 30, Sy. 135, s. 9-76.

Hirschl R, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Printed in U.S, 2004, ss. 1+286.

Kaboğlu İÖ, *Anayasa Yargısı, Demokrasi Kavramının Dönüşümü Üzerine*, İmge Kitabevi, İstanbul, 1994.

Keser H, “*Başkanlık Sistemi*”, Yeni Türkiye, Mart-Nisan 2013, Yıl 9, Sayı 51.

Kelsen H, *General Theory of Law and State*, Translated By Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, USA, Third Printing, The 20th Century Legal Philosophy Series, Harvard Universty Press, 1949, ss. xxxiii+516.

Köker L, “*Seçim Sistemleri ve Siyasi Çoğulculuk: Demokratik Meşruluk Açısından Bir Değerlendirme*”, 55 Makale, s. 1071 vd.



Onar E, ”Türkiye’de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler”, Anayasa Hukuku İncelemeleri-1, AYM Yayını, Ankara 2006, s. 1-40.

Özbudun E, ”Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 59, 2005, ss. 109-115.

Türkiye Büyük Millet Meclisi: *ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri*, Ankara, 2019, ss. XVII-318.

Turhan M, ”Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, Anayasa Hukuku İncelemeleri-1, AYM Yayını, Ankara 2006, s. 41-70.

Turhan M, ”Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, AÜSBFD, C. 62, Sy 3, Prof. Dr. Yavuz Sabuncuya Armağan, Temmuz-Eylül 2007.

Venice Commission, ”Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities”, Adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014), <[http://www.venice.coe.int/webforms/ documents](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/) (ET: 20.10.2014).

Yüksel S, ”Avrupa Konseyi Sistemi İçinde Bireysel Başvuru Yolu”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, (Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu Armağanı, Karasu-Güller vs eds), Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, ss. 77-87.

Zengin MA, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Yargısal Aktivizm Doktrini*, Adalet Yayınevi, 2014, s. XIV-264.

Türk Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi E 2021/33, K 2021/23, 31.03.2021.

Anayasa Mahkemesi E 1963/16, K1963/83, 8.4.1963.

C.K. (GK), B. No. 2014/19685, 15.3.2018.

Ayhan Bilgen (GK), B. No. 2017/5974, 21.12.2017.

Erdem Gül ve Can Dündar (GK), B. No. 2015/18567, KT: 25.2.2016; RG. 10.03.2016/29649; Bireysel Başvuru, 2016, s. 785 vd.; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18567> (ET: 10.12.2023).

Ersin Basın ve Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti. ve diğerleri başvurusu (Özgür Gündem Gazetesi), BV Tarihi. Başvuru 26/9/2016, Başvuru Numarası: 2016/54096, Karar Tarihi: 30/6/2021.

Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, R.G. Tarih ve Sayı: 5/10/2022 – 31974, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/26689> (ET: 10.12.2023).

Kadri Enis Berberoğlu, B. No. 2017/27793, 18.7.2018.

Kadri Enis Berberoğlu (3), <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/32949> (ET: 10.12.2023). R.G. Tarih ve Sayı: 3/2/2021-31384, Karar Tarihi: 21/1/2021, Başvuru Numarası: 2020/32949.

Leyla Güven Başvurusu, No. 2018/26689, Karar Tarihi: 7/4/2022, R.G. Tarih ve Sayı: 5/10/2022 – 31974.

Mustafa Ali Balbay, 2012/1272, 4.12.2013 (*Bireysel Başvuru*, 2012-2013, s. 253 vd). (*Resmi Gazete*, 13 Aralık 2013/28850).

Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi (GK), 2014/15220, 4.6.2015.

Mehmet Mercan, 2013/2001, 16.5.2013.

Murat Hikmet Çakmakçı, B. No. 2016/35094, 15.2.2017.

Mustafa Hamarat [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898> (ET: 27.11.2023).

Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluşu Partisi, B. No. 2017/20127, 7. 6. 2017.

Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634> (05.12.2023).

Sebahat Tuncel, 2012/1051, 20.2.2014.

Selahattin Demirtaş (GK), B. No. 2016/25189, 21.12.2017.

Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18.06.2014.

Abd Federal Yüksek Mahkeme Kararları

Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939).

Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979).

INS v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

Overruled by Baker v. Carr]. Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969).

Luther v. Borden, 48 U.S. 1 (1849).

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993).

İnternet Kaynakları

<<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/155563>> (ET: 20.12.2023).

<<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95934>> (ET: 20.12.2023).



- <<http://elamparo-granada.com>> (ET:1.11.2014).
- <<http://harvardlawreview.org/topics/political-question-doctrine>>
- <<http://www.stanfordlawreview.org/print/article/removal-political-question>> (ET: 1.11. 2014).
- <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&>> (ET: 1.11.2014).
- <http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine> (ET: 1.12.2014).
- <https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf> (ET: 10.12.2023).
- <<http://www.hup.harvard.edu/catalog>> (1.12.2014).
- <http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine> (ET:1.12.2014).
- <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2023/53898>> (ET: 27.11.2023).
- <<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article>> (ET:1.12.2014).
- <<https://www.yargitay.gov.tr/item/1755/basin-aciklamasi>> (ET: 10.11.2023).
- Michael ET, *Judicial Power, the “Political Question Doctrine,” and Foreign Relations*, 17 *UCLA Law Review* 1135-1179, (1970), <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5873&context=faculty_scholarship/> (ET: 01.12.2023).
- Göksu, Hasan Tuna, Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/155563>> (ET: 20.12.2023).
- Metin, Sevtap, Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95934>> (ET: 20.12.2023).
- Dworkin, “*Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri*”, *Anayasa Yargısı*, C. 28, (2011). www.anayasa.gov.tr <https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf> (ET: 10.12.2023).
- Ran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, (Harvard University Press, Printed in U.S.A, 2004) ss. 1+286; Bursalı, Osman Safa, “*Ran Hirschl Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Kitap Değerlendirmesi*”, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/254700>> ET 26.12.2023.
- Venice Commission, “*Report on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunities*”, Adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014), <<http://www.venice.coe.int/webforms/documents>> ET 20.10.2014.
- Kafkaris v. Cyprus, *Application no. 21906/04*, 12 February 2008, § 141, <<https://hudoc.echr.coe.int/>> ET 15.12.2023.

Case Of Lindon, Otchakovsky-Laurens And July V. France, Applications nos. 21279/02 and 36448/02 and, 22 October 2007.

The Sunday Times v. The United Kingdom, 26 April 1979, Application No. 6538/74; <<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-sunday-times-v-united-kingdom>> Case of Groppera Radio AG and others v Switzerland, 28 March 1990.

KISALTMALAR

- ABD : Amerika Birleşik devletleri.
AY : Anayasa.
AYM : Anayasa mahkemesi.
BB : Bireysel Başvuru.
Bkz : Bakınız.
C : Ceza.
CD : Ceza Dairesi.
ET : Erişim tarihi.
E : Esas.
FYM : Federal Yüksek Mahkeme
GK : Genel kurul.
K : Karar.
KT : Karar tarihi.
m : Madde.
MİT : Milli İstihbarat Teşkilatı.
RG : Resmi Gazete.
s. : Sayfa.
TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi.
TCK : Türk Ceza Kanunu.
Y : Yargıtay.



SUİSTİMALCİ ANAYASACILIK VE UYGULAMALARI: MACARİSTAN VE POLONYA ÖZELİNDE DEĞERLENDİRME

*Abusive Constitutionalism and Its Practices:
A Case Study of Hungary and Poland*

Dilara YÜZER ELTİMUR*

Özet

20. yüzyılda savaş, ekonomik kriz gibi global sorunlar ve kitlesel göç hareketleri, demokratik yollarla seçilen popülist liderlerin halkın büyük oranda desteğini alarak, ülkelerin yönetimlerinde güçlü şekilde iktidara gelmesini sağlamıştır. Popülist iktidarların güçlerini ve istikrarlarını pekiştirme gayesiyle anayasa mekanizmalarını ve demokratik kurumları anayasa değişiklikleri yoluyla güdümüne alması ise doktrinde suistimalci anayasacılık kavramı ile açıklanmaktadır. Günümüzde hukukun üstünlüğü ilkesine, demokrasiye ve insan haklarına halel getiren suistimalci anayasacılık uygulamaları birçok ülkede yaygın şekilde görülmektedir. Özellikle Doğu Avrupa ülkelerinden olan Macaristan ve Polonya’da popülizmin yükselişe geçmesi, otoriter eğilimlerinin hızla artmasına ve insan haklarına dayanan özgürlükçü demokrasiye ilişkin tartışmalarının yoğun şekilde gündeme gelmesine sebep olmuştur. Ayrıca Macaristan, Avrupa’da son on yılda yeni anayasanın yapıldığı tek örnek olduğundan, süreci anayasacılık yönünden değerlendirmek önem arz etmektedir.

Çalışmada öncelikle anayasacılık kavramından hareketle karşılaştırmalı anayasa hukuku literatüründe suistimalci anayasacılık kavramına ilişkin yaklaşımlar ortaya konulacaktır. Bu minvalde suistimalci anayasacılık uygulamalarının temel kaynaklarına değinilerek, bu uygulamaların en bariz şekilde görüldüğü ülkelerden olan Macaristan ve Polonya özelinde değerlendirmeler yapılacaktır. Ayrıca suistimalci anayasa uygulamaları karşısında Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin tutumu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Anayasacılık, suistimalci anayasacılık, popülizm, otoriter rejim, ABAD, AIHM

Abstract

In the 20th century, global problems such as wars, economic crises and mass migration movements have led to the rise of democratically elected populist leaders who have gained the support of the public and come to power in countries. The concept of abusive constitutionalism is explained in the doctrine as populist governments manipulating constitutional mechanisms and democratic institutions through constitutional amendments to consolidate their power and stability. Nowadays, abusive constitutionalism practices that undermine the rule of law, democracy and human rights are widespread in countries. Especially in the Eastern European countries of Hungary and Poland, the rise of populism has led to a rapid increase in authoritarian tendencies and intensified debates on libertarian democracy based on human rights. Additionally, since Hungary is the only example in Europe where a new constitution was adopted in the last decade, it is important to evaluate the process from a constitutionalism perspective.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.11.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, dilara.eltimur@bakircay.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1398-8938>.



In this study, firstly, the approaches to the concept of abusive constitutionalism in the comparative constitutional law literature will be presented. In this respect, the main sources of abusive constitutional practices will be mentioned and evaluations will be made in Hungary and Poland, which are the countries where these practices are most evident. Furthermore, the attitude of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights towards abusive constitutional practices will be evaluated.

Keywords: Constitutionalism, abusive constitutionalism, populism, authoritarian regime, CJEU, ECtHR.

GİRİŞ

Dünya çapında küreselleşme, ekonomik krizler, savaş ve yoğun göç hareketleri dolayısıyla artan huzursuzluk halkın desteğinin bu sosyal ve kültürel değişim dinamiklerinden toplumu uzak tutabileceğini düşündüğü güçlü parti ve liderlere yönelmesine sebep olmuştur. Son yıllarda popülist liderlerin halk desteği ile yükselişi sonrasında ise demokratik düzeni aşındırmak için anayasal mekanizmaları kötüye kullanması sonucu anayasal demokrasiler ciddi krizler yaşamıştır. Özellikle bazı Avrupa ülkelerinde 2000’li yıllardan bu yana otoriter eğilimlerin artması, popülizmin yükselmesi ve beraberinde insan haklarına dayanan özgürlükçü demokrasilerden sapma eğilimi sonucu suistimalci anayasacılık uygulamaları yaygın şekilde görülmeye başlanmıştır.

Demokrasileri darbe gibi geleneksel devirme yöntemleri yerine otoriter ve yarı otoriter rejimler yaratmak amacıyla anayasal araçların kullanımı eğilimi artmıştır¹. Anayasacılığın özüne yönelik müdahaleler sebebiyle ortaya konulan suistimalci anayasacılık doktrini, demokratik yolla seçilen iktidarların da popülist anayasa müdahalelerine sıkça başvurduklarını ve liberal demokratik normlarda kayda değer bir erozyon yaşandığını göstermektedir².

Anayasaların yaşayan belge olma niteliği ve çağın gereklerine ayak uydurma ihtiyacı göz önünde tutulduğunda hiçbir koşulda ve surette değişmezliğini savunmak mantıklı değildir. Bu bağlamda da yapılan her anayasal değişikliğinin tek başına demokratik değerlerin temelini ciddi ölçüde ihlal edeceğini öne sürmek de yerinde değildir. Bununla birlikte, iktidar süreci incelendiğinde, anayasal değişikliklerin, demokrasinin kademeli zayıflatılması sürecinde bütünün bir parçası ya da adımı olarak büyük sonuçlar doğurabildiği görülmektedir. Bu bağlamda “*bütünün, parçalarının toplamından daha büyüktür*”³. Dolayısıyla da otoriter rejimler oluşturmak amacıyla anayasa değişikliği yapılması ve anayasa mekanizmalarının

¹ David Landau, ‘Abusive Constitutionalism’ (2013) 47(1) *University of California Davis Law Review* 191

² Roxalind Dixon and David Landau, ‘Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators’ (2021) 7 *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law* 51.

³ Yaniv Roznai and Tamar Hostovsky Brandes, ‘Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine’, (2020) *Law and Ethics of Human Rights*, 14 (1) 19.

demokratik düzenin zayıflatılması için işletilmesi genel olarak suistimalci anayasacılık kavramı ile ifade edilmektedir⁴.

Suistimalci anayasacılık kavramını tam ve net şekilde tanımlamanın güçlüğü ortada olduğundan, çalışmamızda öncelikle bu kavram açıklanarak, suistimalci anayasacılık uygulamalarının kaynakları ortaya konulacaktır. Bu doğrultuda Doğu Avrupa ülkelerinden olan Macaristan ve Polonya’da on yılı aşkın süredir anayasacılık ve hukukun üstünlüğü ile ilgili temel güvencelerden taviz verilmesi pahasına gerçekleştirilen anayasal düzenlemeler çerçevesinde suistimalci anayasacılık uygulamaları değerlendirilecektir. Ayrıca suistimalci anayasacılık uygulamalarına karşın ATAD ve AİHM’in yaklaşımı ortaya konulacaktır.

I. ANAYASACILIK KAVRAMI

Anayasa, asgari anlamında, iktidar gücü veya otoritesini kuran, yapılandıran ve sınırlarını tanımlayan bir dizi normdan (kurallar, ilkeler veya değerler) oluşur. Bu bağlamda anayasalar geçmişten günümüze devletlerin demokratik düzenin kurulmasında kullandıkları en önemli araçlardan biri olmuştur. Dolayısıyla anayasacılık⁵ da ilk olarak demokratik rejimlerin kuruluş ve işleyişine ilişkin bir olgu olarak ortaya çıkmıştır⁶. Anayasa kavramının⁷ her türlü devlet biçimi anlamına gelmesinin dayanağı olarak Aristoteles’in “politeia” kavramının “anayasa” olarak yanlış

⁴ Landau (n 1) 191.

⁵ İngilizce “constitutionalism” kavramının karşılığı olarak literatürümüzde anayasacılık kavramı kullanılmaktadır. Lakin doktrinde bazı yazarlar tarafından “constitutionalism” teriminin karşılığı olarak “anayasacılık” ifadesi de kullanılmaktadır. Anayasacılık kavramı sadece anayasanın yapımı yahut varlığını değil, hak ve özgürlükler karşısında devlet iktidarının sınırlanmasına yönelik özgün amacı da yansıtmaktadır. Bu sebeple de yazarlar tarafından anayasacılık kavramının kullanılması yeğlenmektedir. Bkz. Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi* (1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015) 3; Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet* (Naturel Yayıncılık 2005). Anayasacılık kavramı doktrinde, “*anayasacılık, meşruiyetçilik, anayasa taraftarlığı, devlet yönetiminin önceden belirlenmiş yasalara ve ilkelere dayanması gerektiği yönündeki yaklaşımı savunan görüş*” şeklinde ifade edilmektedir” Adil Şahin, ‘Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısında Evrilme’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2011) 15(3) 333.

⁶ Landau (n 1) 211.

⁷ “Anayasa” kavramı, İngilizce’deki modern anlamını, İngiliz hukuk terminolojisinin evrimi sırasında kazanmıştır. Aslında İngilizce “constitution” kelimesi Latince “constitutio” kavramından türetilmiş olup, günümüzde “anayasa” kavramını içeriğiyle örtüşmemektedir. II. yüzyıldan sonra, anayasalar, hükümdar tarafından çıkarılan bir kanunlar derlemesi anlamına gelmeye başlamıştır. Anayasa kavramı, İngiliz Orta çağ yorumcuları tarafından sıklıkla kullanılmakzen İtalyanlar tarafından lex (kanunlar) ve edictum (majistraların beyannameleri) ile eşanlamlı olarak sıklıkla kullanılmıştır. Anayasa kavramı öncelikle kurma ve biçimlendirme olgusunu karşılayacak şekilde kullanılmış olup, kişi hak ve güvence altına alınarak modern anlamıyla kullanımı ise ancak XVIII. yüzyılda başlamaktadır. Bu çerçevede ilk anayasa olan 1787 ABD Anayasası ve 1791 Fransız Anayasası’ndan hareketle anayasa kavramı tanımlanabilir. Bkz. Giovanni Sartori, ‘Constitutionalism: A Preliminary Discussion’ (1962) 56(4) The American Political Science Review, 853, 859.



çevirisinden kaynaklandığını belirten Sartori, anayasanın salt devletin kuruluş, işleyiş ve örgütlenişe ilişkin kullanımını eleştirerek, teleolojik yaklaşımı benimsemiştir⁸. Sartori'ye göre anayasacılığın telosu devlet iktidarının sınırlandırılarak bireylerin haklarının garanti altına alınmasıdır⁹. Bu sebeple anayasacılığın, sınırlı iktidar yahut devlet olarak tanımlanmasının¹⁰ temel nedeni de insan haklarını korumaktır. Lakin doktrinde kimi yazarlar tarafından “constitutionalism” kavramı anayasacılık olarak ifade edilerek, iktidarın sınırlanması olarak açıklanmıştır¹¹. Bu yazarlara göre “anayasacılık” kavramı ise devletin anayasasına bağlılığını ifade edilmektedir. Fakat doktrinde yerleşik kullanılan kavramın anayasacılık olduğunu belirtmek gerekir.

Anayasacılık kavramının kökü anayasa kavramından türetilmiş olmasına ve kavramlar arasında sıkı ilişki de söz konusu olmasına rağmen her iki kavram eş anlamlı sonuçlar doğurmamaktadır. Anayasalar, anayasacılığın biçimini, özünü ve meşruiyetini değerlendirme aracı olarak hizmet ettiği anayasacılıktan ayrılır¹². Anayasacılık, anayasaların meşrulaştırıldığı uluslararası normatif sistemlerin 20. yüzyılın ortalarından beri gelişimine dayanan anayasalar hakkındaki düşüncenin sistemleştirilmesi olarak anlaşılabilir¹³. Bu anlamda anayasa ulusal, anayasacılık ise ulusötesi bir anlam içermektedir.

Anayasacılık kavramı, anayasal tüm değerleri koruma amacıyla geliştirilen bir kavram olarak salt anayasa yapımına indirgenemez zira bir gelişmeyi ve sürekliliği yansıtır¹⁴. Bu bağlamda anayasacılık hem hukukun üstünlüğü ilkesine sürekli bağlılığı hem de mutlak gücü kontrol etmeyi temsil etmektedir¹⁵. Mutlak güç hukuka bağlanarak bir ölçüde kontrol altına alınsa da bu gücün ayrılması kontrolünü de daha imkanı kılacaktır. Bu durumda anayasacılığın diğer önemli unsuru olan kuvvetler ayrılığı ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Locke ve Montesquieu, kuvvetler ayrılığı doktrininin felsefi temellerini atarak¹⁶ anayasacılığın odak unsurunu ortaya koymuştur. Kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde de devlet iktidarının sınırlandırılması amacı yatmakla birlikte anayasacılığın özünün hak ve özgürlüklerin güvence

⁸ Ibid 861.

⁹ Ibid 856; Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (9. Baskı, Siyasal Kitabevi 2015), 4; Semih Batur Kaya, ‘Anayasacılık Bakımından Devlet: Bir Kuramsal Deneme’ (2022) 17(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 541.

¹⁰ Mehmet Turhan, ‘Anayasa ve Anayasacılık’ (1994) 27(3) Amme İdaresi Dergisi 3.

¹¹ Özbudun (n 5) 3; Şahin (n 5) 333.

¹² Larry Catá Backer, ‘From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems’ (2009) 113 (3) Penn State Law Review 676.

¹³ Ibid.

¹⁴ Topuzkanamış Ş E, *Halka Ait Anayasacılık* (On İki Levha 2021) 9.

¹⁵ Jorge González-Jácome, ‘From abusive constitutionalism to a multilayered understanding of constitutionalism: Lessons from Latin America’, (2017) 15 (2) *International Journal of Constitutional Law* 450.

¹⁶ Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 235, 242.

altına alınması olduğu düşünüldüğünde bu ilkenin de amaca giden yolda bir araç olduğu anlaşılmaktadır.

Tushnet, “*anayasacılığın hem güç kullanımını hem de haklı kısıtlamalarını meşrulaştıran bir ideoloji olduğunu*” öne sürmektedir. Bu yönde anayasacılığı siyasi gücü hem sınırlayan hem de artıran bir unsur olarak değerlendirmektedir. Bu sebeple de anayasacılığın, bir yandan kamu gücüne yönelik katı kısıtlamalar ile öte yandan kamu gücüne yönelik geniş gerekçeler arasında konumlandırılacak farklı rejimleri kapsayan daha geniş bir yelpazeye sahip olduğu iddia edilmektedir¹⁷. Bu bağlamda siyasi gücü meşrulaştıran ve aynı zamanda sınırlayan anayasanın meşruiyeti de önemlidir. Çünkü değerlerin bir fonksiyonu olan meşruiyet anayasacılığın da temeli olarak hizmet etmektedir¹⁸.

Her devletin bir anayasası olmasına rağmen, içlerinden ancak bazıları anayasaldır¹⁹. Çünkü bazı anayasalar salt iktidarın gücünü korumak ve meşrulaştırmak amacına hizmet etmekte ve hak ve özgürlüklerin korunmasını öncüllememektedir. Bu durumda bir devletin anayasası olmasının gerçek anlamda anayasacılığa uygun olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlamamaktadır. Bu bağlamda günümüzde tüm anayasaların anayasacılığın gereklerine uygun olduklarını ifade etmek güçtür. Bu bağlamda Sartori anayasaları garantiste (gerçek), nominal ve sahte anayasalar olarak üç kategori altında değerlendirmiştir. Anayasanın gerçeklik niteliği, iktidarın sınırlandırılması amacı, hak ve özgürlüklerin korunması amacına sahip olmasıyla ölçülür²⁰. Nitekim garantiste niteliği olmayan bir “anayasa” ile yönetilen devlet “anayasal devlet” niteliğinde değildir²¹. Nominal anayasalar ise kuralların toplamından ibaret olan yalnızca örgütsel anayasalardır. Bu anayasalar belirli bir yönetimde siyasi gücün uygulanmasını düzenleyen ancak kısıtlamayan anayasalardır. Anayasacılığın telosu ile bağlantıları olmayan bu anayasalar gerçek anlamda bir anayasa değildir²². Sahte anayasalar da tıpkı nominal anayasalar gibi anayasacılığın telosuna uygunluk göstermese de siyasi sistemin işleyişi ve yönetim mekanizması hakkında gerçek bilgi verir. Sahte anayasalar ise siyasi sistemin işleyişi hakkında güvenilir bilgi vermezler²³.

Backer, tarafından anayasacılık beş unsur temelinde açıklanmıştır. Backer’e göre “*Anayasacılık (1) bir sınıflandırma sistemidir; (2) temel amacı anayasaların özelliklerini tanımlamak olan (siyasi gücü kurumsal bir aygıt içinde düzenleyen),*

¹⁷ Mark Tushnet, ‘Authoritarian Constitutionalism’ (2015) 100 Cornell Law Review 451–453; Jâcome (n 15) 450.

¹⁸ Backer (n 12) 676.

¹⁹ Sartori (n 7) 858.

²⁰ Örneğin, Başta ABD olmak üzere genel olarak Batı ülkeleri anayasaları garantiste anayasalara örnektir. Turhan (n 10) 8.

²¹ Sartori (n 7) 861.

²² Ibid.

²³ Turhan (n 10) 9; Sartori (n 7) 861.



(3) tasarlandığı veya uygulandığı şekliyle anayasal sistemin meşruiyetini belirlemek için kullanılan, (4) hükümetin temel varsayımı olarak hukukun üstünlüğüne dayalı (hükümetin, bireylerin kişisel refahı en üst düzeye çıkarma amaçları için hükümetin güç kullanma yeteneğini sınırlayacak şekilde kurulması ve işletilmesi) ve (5) herhangi bir bireyin kontrolü dışındaki bir kaynaktan türetilen önemli değerler ölçeğine dayanan.”²⁴. Anayasacılığın özünün suistimali de bu unsurların aksine anayasal değişikliklere gitmek suretiyle söz konusu olmaktadır. Anayasacılığın en etkin silahı anayasa yargısı olduğundan, anayasanın fonksiyonel etkinliği de anayasa yargısı ile sağlanır. Dolayısıyla da anayasaların suistimali de ilk önce anayasa mahkemelerinin görev ve yetkilerine yönelik müdahaleler ile başlamaktadır.

II. SUİSTİMALCİ ANAYASACILIK KAVRAMI

Anayasa değişikliği mekanizmasının ya da yeni anayasa yapımının demokrasiyi zayıflatma gayesiyle kullanımı suistimalci anayasacılık kavramını²⁵ açıklamaktadır²⁶. Bu kavram, bir hükümet yahut iktidar partisinin kendi güç ve otoritesini pekiştirmek amacıyla ve demokrasiyi baltalamak suretiyle anayasayı kullandıkları durumu ifade etmektedir. İktidardaki güçlü başkanlar ve partiler, anayasal değişiklikleri, iktidarlarını kontrol etmeyi amaçlayan kurumları etkisiz hale getirecek şekilde tasarlayarak iktidarlardan düşmelerini zorlaştırmaktadırlar. Bu durum aynı zamanda yargı erkini manipüle etmeyi, özgür basını susturmayı ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini sınırlamayı içerebilir. Demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerini aşındırmak yahut ortadan kaldırmak için anayasal mekanizmaların ve prosedürlerin kullanılması yoluyla anayasanın istismar edilmesi söz konusu olur. Sonuçta ortaya çıkan anayasalar sözde hala demokratik anayasalarda bulunan pek

²⁴ Backer (n 12) 679.

²⁵ Bu kavramı ifade etmek üzere anayasa hukuku literatüründe, popülist anayasacılık (*populist constitutionalism*)”“otoriter anayasacılık (*authoritarian constitutionalism*)”“anayasal parçalanma (*constitutional dismemberment*)”, “anayasasızlaştırma” gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bkz. Landau (n 1) 189-260; Richard Albert, “Constitutional Amendment and Dismemberment’ (2018) 43(1) The Yale Journal of International Law 1-84; Jan-Werner Müller, Populism and Constitutionalism’ in Oxford Handbook of Populism Cristóbal Rovira Kaltwasser et al. (eds), (Oxford University Press 2017) 590-606. Michaela Hailbronner ve David Landau, ‘Introduction: Constitutional Courts and Populism’ *Blog of the International Journal of Constitutional Law* (22 Nisan 2017) <<https://verfassungsblog.de/introduction-constitutional-courts-and-populism/>> Date of Access 25.10.2023; Tushnet (17) 391-462; Fakat Halmai, popülist anayasacılığın bir tezat olduğunu iddia etmekte ve “popülist anayasaların” olabileceğini fakat popülizmin değerlerinin anayasacılığın değerlerine zıt olması nedeniyle “popülist anayasacılığın” olamayacağını belirtmektedir. Gábor Halmai, ‘Populism, Authoritarianism And Constitutionalism’ (2019) 20(3) German Law Journal 312. Fakat anayasacılık kavramını basitçe bir anayasa altında hükümet etme pratiği olarak anlarsak, popülist anayasacılık bir çelişki değildir. Aksine, anayasaların ve anayasal uygulamaların popülist karakterini vurgulayan ve popülist bir yörüngede gelişmelerini öneren bir teoridir. Popülist iddiaları, anayasalarda halkın rolüne ilişkin daha yaygın kabul gören açıklamalara, özellikle de kurucu iktidar teorisine atıfta bulunup, gerekçelendirmektedir. Oran Doyle, ‘Populist Constitutionalism and Constituent Power’ (2019) 20 *German Law Journal* 164.

²⁶ Landau (n 1) 195-196.

çok unsuru içerse de yakından bakıldığında demokratik düzenin altını oymak için önemli ölçüde elden geçirildikleri görülmektedir²⁷.

Suistimalci anayasacılık uygulamaları genellikle demokratik anayasaları resmen benimsemiş ancak evrensel norm ve değerlere tam olarak saygı gösterilmeyen ülkelerde daha sıklıkla görülmektedir. Suistimalci anayasacılık uygulamalarıyla temelde iktidarı bir yönetici elinin elinde toplamak veya muhalefeti bastırmak hedeflenmektedir. Nitekim bu kavram, demokratik denetim ve dengeleri zayıflatmak ve bireysel hak ve özgürlükleri ihlal etmek için anayasanın teknik ayrıntılarından ve belirsizliklerinden yararlanmayı içerir. Anayasacılık esasında temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp devlet iktidarını sınırlamak amacıyla yapılan faaliyetleri içerdiğinden aksine faaliyetler zaten anayasacılık kavramı ile örtüşmektedir²⁸. Bu sebeple de suistimalci anayasacılık kavramının kullanımı doktrine eleştirilmekte ve suistimal edilenin anayasacılık değil anayasa değişikliği mekanizmaları olduğu vurgulanmaktadır²⁹. Nihayetinde bu kavram, anayasa değiştirme mekanizmalarının kötüye kullanımını ifade etmektedir³⁰.

Çağdaş demokrasilerde gelişen ve değişen sosyal, ekonomik, siyasal koşullara, çağın gereklerine ve halkın ihtiyaçlarına binaen anayasada değişiklik yapılması mümkündür. Lakin suistimalci anayasa ile halk, demokratik yöntemlerle kendisi için en iyisinin yapıldığı yanılmasıdır³¹. Çünkü siyasi iktidarlar liberal demokrasiyi ve demokratik düzeni koruma kisvesi altında meşru yöntemlerden biri olan anayasa değişikliği yoluyla demokratik düzeni aşındırmaktadır. Günümüzde anayasalara, yeterince saygı gösterilmemesinin esas nedeni de iktidarın suistimalci anayasacılık uygulamaları sonucunda halkın anayasal çözümlere fazla güven duymamasından ileri gelmektedir³². Zira bu durumda halk, anayasaların siyasi iktidarı sınırlandırma yeteneğinin körelendiğini düşünmektedir.

III. SUİSTİMALCİ ANAYASACILIK ANLAYIŞININ DİĞER ANAYASACILIK ANLAYIŞLARINDAN FARKLARI

Suistimalci anayasacılık kavramını ortaya koyarken, bu kavramın elit anayasacılık ve devrimci anayasacılık kavramlarıyla ilişkisine ve farklılıklarına değinmek yerinde olacaktır. Elit anayasacılık ve suistimalci anayasacılık, anayasanın

²⁷ Macaristan, Kolombiya ve Venezüella örneklerinden bu durum doğrudan görülmektedir. Landau (n 1) 191.

²⁸ Kemal Gözler, *Elveda Anayasa* (Ekin Yayınları 2021) 84; Topuzkanamış (n 14) s. 46; Ahmet Ekinci ve Kaplan Arık, 'Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırları Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi' (2020) 5(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 75.

²⁹ Kemal Gözler, '1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)' <<https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>> Erişim Tarihi: 08.10.2023.

³⁰ Ekincive Arık (n 28) 76.

³¹ Topuzkanamış (n 14) 47.

³² Turhan (n 10) 3.



uygulanması sırasında egemen güçlerin çıkarlarının öncelikli olduğu anayasacılık anlayışıdır. Elit anayasacılıkta³³, anayasa dar bir çerçevede yorumlanır ve sınırlı bir grup tarafından yönetilirken, suistimalci anayasacılıkta, anayasanın yorumu tamamen manipüle edilir. Ancak, her iki yaklaşım da halkın çıkarlarını korumak ve demokratik süreçleri desteklemek yerine, çoğunlukla siyasi ve ekonomik elitlerin çıkarlarını öne çıkarmayı hedefler. Elit anayasacılık, genellikle güçlü bir merkezi yönetim yapısı ve yargı sistemi oluşturmayı hedefler. Suistimalci anayasacılık da genellikle anayasanın istismar edildiği, otoriter veya totaliter bir rejimin oluşmasına yol açabilecek bir yaklaşımdır. Hükümetin ve siyasi iktidarın güçlendirilmesi ve hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal edilmesini desteklemesi yönleriyle her iki anayasacılık anlayışı kesişmektedir.

Anayasanın halkın çıkarlarına hizmet etmesi ve toplumun farklı kesimlerinin ihtiyaçlarını karşılaması gerektiğini savunan devrimci anayasacılık anlayışı ile anayasanın temel hak ve özgürlükleri korumak yerine hükümetin çıkarlarını korumak için kullanıldığı suistimalci anayasacılık anlayışı arasındaki temel fark, devrimci anayasacılığın toplumsal adaleti destekleyen bir yaklaşım olması, suistimalci anayasacılığın ise anayasanın manipüle edilmesi ve güç sahiplerinin çıkarlarına hizmet etmesiyle karakterize edilmesidir. Devrimci anayasacılık³⁴, toplumsal dönüşümü ve sosyalizmi hedefleyen bir anayasa teorisi ve pratiği olarak genellikle katılımcı demokrasiyi ve insan haklarını desteklerken, suistimalci anayasacılık, genellikle sınırlı bir grup veya tek bir liderin gücünü artırmayı hedeflemektedir. Her iki yaklaşımın tek ortak yönü anayasa yoluyla değişim arayışında olmalarıdır.

IV. SUİSTİMALCI ANAYASACILIK UYGULAMALARININ TEMEL KAYNAKLARI

A. Popülizm

Siyaset biliminde demokrasiden gerileme ve uzaklaşmayı ifade etmek üzere kullanılan popülizm kavramı³⁵ suistimalci anayasa uygulamalarının odağında yer almaktadır. Herhangi bir siyasi rejim tipine bağlı olmaksızın ortaya çıkabilen bir kavram olarak popülizm³⁶ günümüzde farklı ülkelerin ortak özelliği haline gelmiştir³⁷. Lakin popülizmin ortaya çıktığı kültürlerin çeşitliliği göz önüne alındığında

³³ 1999 ve 2007 yılları arasında Nijerya örneğinde seçkinler ve onların demokratik devlet inşasındaki rolleri hakkında ayrıntılı bilgi ve için bkz. Kehinde A. Bolaji, 'Elitist Politics and Constitutionalism in Nigeria' (2007) 7(3) *The Constitution* 49-69.

³⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Stephen Gardbaum, 'Revolutionary Constitutionalism' (2017) 15(1) *International Journal of Constitutional Law* 173 vd.

³⁵ Kemal Gözler, 'Demokrasi Nereye Gidiyor? Nerede Hata Yaptık?' (2018) 7(14) *Anayasa Hukuku Dergisi* 572; Gözler (n 28) 84.

³⁶ Fournier T, 'From Rhetoric to Action, a Constitutional Analysis of Populism' (2018)8 *EUI Working Papers* 1; Ernesto Laclau, 'Popülizm: Bir Ad Ne İçerir?' (2011) 1(1) *Hayriye Özen (çev) Atılım Sosyal Bilimler Dergisi* 145; gülden Çamurcuoğlu, 'Çoğunlukçu Demokrasiye Yönelim Olarak Popülizm2' (2019) 10(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 280.

³⁷ Popülist bir parti ya da popülist bir programın ulusal bir seçimi kazanmasıyla Macaristan,

popülizme tüm ülkelerde ortak olan tek bir sosyo-politik sebep bulmak zordur³⁸. Popülizmin tek bir biçimi olmadığından ve her biri son derece farklı siyasi sonuçlar doğurabilebilecek mahiyette ortaya çıkabildiğinden bu kavram aynı anda farklı yönlerle bakabilmektedir³⁹. Siyasal rejimlerde farklı dönemlerde ortaya çıkabilen popülizmin⁴⁰ yükselişine ilişkin öne sürülen sosyo-politik görüşlerin de dayanakları birbirinden farklı olmaktadır⁴¹. Bu bağlamda popülizm çok çeşitli gündem ve uygulama stratejileriyle ilişkili olduğundan ve temel bileşenleri farklı anayasal ortamlara uyum sağlayabildiğinden⁴² popülizme ilişkin uygulama ve imgeler de net bir tanımdan yoksundur⁴³. Popülizm kavramının üzerinde uzlaşa sağlanmış tek bir tanım ve içerik söz konusu olmasa da⁴⁴ temelinde halk egemenliğine dayanan⁴⁵ ve halkı en iyi şekilde temsil etme iddiası taşıyan⁴⁶ bir ideoloji bulunmaktadır.

Bir siyasal rejim türünden yola çıkarak popülizm lehine çıkarım yapmak güçtür. Çünkü ABD ve Filipinler başkanlık rejimi, Avusturya, Macaristan, Almanya, Polonya ve Çek Cumhuriyeti parlamenter cumhuriyetler, Birleşik Krallık parlamenter monarşi ve Fransa yarı başkanlık rejimidir. Farklı devletlerin federal (ABD, Almanya, Avusturya) veya üniter devlet (Fransa, Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Filipinler) niteliği de çıkarım yapmaya yeter güçte değildir⁴⁷. Fakat hepsinin ortak özelliği ise anayasal demokrasidir. Dolayısıyla da çoğunluğun üstünlüğü ile hukukun üstünlüğünün bir sentezi olan anayasal demokrasinin⁴⁸ kendine özgü özellikleri olmadan popülizmin ortaya çıkması mümkün gözükmemektedir. Öte yandan popülizm, popülist bir retorik oluşturmak için de anayasal demokrasiden ilham almaktadır. Bu retorik, siyasi iktidara çıktığında ise amacına yönelip içinde geliştiği anayasal sistemi yok etmeyi hedeflemektedir⁴⁹.

Filipinler, Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Fransa, Polonya, Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti gibi farklı birçok ülke için popülizm ortak bir payda olmuştur. Fournier (n 36) 1.

³⁸ Fournier (n 36) 1.

³⁹ Bugarcic B, 'The Two Faces of Populism: Between Authoritarian and Democratic Populism' (2019) 20 German Law Journal 390.

⁴⁰ Çamurcuoğlu (n 36) 289.

⁴¹ Fournier (n 36) 1.

⁴² Oran Doyle, Erik Longo Andrea Pin, 'Populism: A health check for constitutional democracy?' (2019) 20(3) German Law Journal 401.

⁴³ Özgür Gökmen, "Jan-Werner Müller, What Is Populism? (2017) 2 (2) Markets, Globalization & Development 2;

⁴⁴ Halmai (n 25) 296-297; Topuzkanamış (n 14) 32 vd; Duygun A M, 'Popülist Anayasacılığa Giriş' (2020) 9 (18) *Anayasa Hukuku Dergisi* 400.

⁴⁵ Çamurcuoğlu (n 36) 289.

⁴⁶ Topuzkanamış (n 14) 33.

⁴⁷ Fournier (n 36) 1.

⁴⁸ Walter F Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order* (Johns Hopkins University Press 2007) 5–12. Naklen Fournier (n 36) 2.

⁴⁹ Fournier (n 36) 1.



Demokrasinin özü çoğunluk yönetimi iken anayasacılığın özü çoğunluk iktidarını sınırlandırmaktır⁵⁰. Anayasacılığın paradoksu olarak ifade edilen bu durumda⁵¹ çoğunluğun popülist politikaları ile anayasacılığın amacından sapma da söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda anayasal demokrasilerde popülizm⁵² kendisini farklı konularda ön plana çıkarabilmektedir. Macaristan’da ve Polonya’da popülistler, liberal olmayan idealleri takip etmeleriyle tanımlanırlar; İtalya’da popülistler ekonomide kemer sıkma politikasıyla mücadele etmekte, göçmenlerin ve mültecilerin gelişine direnmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nde ve Birleşik Krallık’ta popülistler, uluslararası topluluk ve uluslararası organlarla bağlarını keserek egemenliklerini yeniden teyit etmekte, Venezuela’da ise popülistler demokrasiyi totaliter bir rejime dönüştürme çabası içinde hareket etmektedirler⁵³.

Siyaset, karşıt görüşe karşı halkı konumlandığından ve bu bağlamda halka toplumsal bir sınır koyduğundan siyasi hareketlerin popülizmden bağımsız yorumlanması güçtür⁵⁴. Özellikle de siyasi geçiş süreçlerinde popülizm etkisi bu sebeple daha çok görülmektedir⁵⁵.

Bugaric’in belirttiği üzere popülizm demokrasi, hesap verebilirlik veya çoğunlukçu yönetim gibi temel kavramları vurgulayarak insanları bir araya getiren ancak öte yandan bu kavramlara endişe verici bir yön de verebilen iki yüzlü bir kavramdır⁵⁶. Bu bağlamda iyi ya da doğru popülizm demokratik olabilirken, kötü ya da yanlış olan otoriter olarak nitelendirilir⁵⁷. Macaristan ve Polonya’da popülizm, etno-milliyetçilik ve otoriterlik unsurlarını bir araya getirdiği için diğer popülizmlerden farklıdır⁵⁸. Doğu Avrupa’da popülizm bu yönleriyle yaygın olmakla birlikte bu nitelikleri popülizmin her türüne hasretmek mümkün değildir. Otoriter popülizmi ayırt eden şey bu türde sabit olan antagonizm anlayışıdır. Demokratik türde ise kapsayıcılık anlayışı hakimdir⁵⁹. Demokratik popülizm çoğulculuk karşıtı olmayıp aksine kapsayıcıdır. Yunanistan’da Syriza ve İspanya’da Podemos örnekleri oto-

⁵⁰ Özbudun (n 5) 3.

⁵¹ Loughlin M and Walker N, *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press 2007) 1 Naklen Özbudun (n 5) 4

⁵² Fournier, popülizmi anayasal demokrasinin konak, popülizmin ise parazit olduğu betimlemesiyle ortaya koymaktadır. Tıpkı bir parazitin ev sahibinin kaynaklarını onu yavaşça öldürmek için kullanması gibi anayasal demokrasinin de aşamalı olarak yok edilmesi olarak ifade etmektedir. Fournier (n 36) 1, 2.

⁵³ Doyle, Longo and Pin (n 42) 401.

⁵⁴ Laclau (n 36) 145.

⁵⁵ Laclau (n 36) 145

⁵⁶ Bugariç (n 39) 391.

⁵⁷ Halmai (n 25) 298.

⁵⁸ Bojan Bugariç, ‘Central Europe’s descent into autocracy: A constitutional analysis of authoritarian populism’ (2019) *International Journal of Constitutional Law* 597.

⁵⁹ Alain Zysset, ‘Calibrating the response to populism at the European Court of Human Rights’ (2022) 20 (3) *International Journal of Constitutional Law* 984.

riterliğin ve çoğulculuk karşıtlığının zorunlu olarak popülizmin temel unsurları olmadığını açıkça ortaya koymaktadır⁶⁰. Syriza ve Podemos Avrupa’da halkçı, eşitlikçi demokratik ve kapsayıcı siyasal söylem oluşumunda rol oynamışlardır⁶¹.

Popülizm fikrine ilişkin teorik literatür esas olarak, halkı “gerçek”, “saf” veya “otantik” olarak tasvir etmektedir⁶². Yozlaşmış seçkinler ve saf halk arasındaki ayrımı merkez alan popülizm özünde bir ahlaki politika biçimidir⁶³. Bir ideoloji olarak popülizm halkı insanlar ve diğerleri olmak üzere iki karşıt gruba ayrılmış olarak tasavvur eder⁶⁴. Bu bağlamda popülizmin asıl arzuladığı şey ise bu kutuplaşmayı aşmak değil daha ziyade tüm nüfusun bir alt kümesini genel iradenin sahibi olarak tanımlamaktadır⁶⁵. Dolayısıyla da popülizmin popülist seçkinlerin hakimiyetini ortaya çıkardığı ifade edilmektedir⁶⁶.

Popülizm bir siyasal mantık aracı olarak her çeşit görüşün ‘halk’a referansla savunulması sonucu oluşur. Dolayısıyla da popülizmin en temel özelliği halk iradesinin vurgulanması ve halkın temsil edildiğinin savunulmasıdır⁶⁷. Bu bağlamda hem ayrımcı ve dışlayıcı hem de eşitlikçi ve demokratik siyasal politikalarda kullanılabilir⁶⁸. Tanör’e göre “*bu tezlerin birleştirici noktası siyasal ve anayasal gelişmelerimizi, ‘bürokrasi’ adını verdikleri bir tabaka ya da ‘sınıf’ ile ‘halk’ adını verdikleri kesim arasındaki ‘çelişki’yle açıklamalarıdır. Bu şemada, ‘egemen’ ve ‘ezen’ rolünü oynayan ‘bürokrasi’dir.*”⁶⁹ Dolayısıyla da popülist retorik⁷⁰ temel olarak çoğunluğun ve hukukun üstünlüğünün manipülasyonu argümanlarından oluşmaktadır⁷¹. Çünkü popülizm, anayasal demokrasi dengesini, çoğunluğun artık hukukun üstünlüğünün yanında yer almadığı aksine kısıtlandığı bir güç dengesine dönüştürmektedir⁷².

⁶⁰ Bugaric (n 58) 599, dp. 10; Zysset (n 59) 984.

⁶¹ Onur Yıldız, ‘Popülist İtirazdan Popülist İdareye: SYRIZA ve PODEMOS Örnekleri’ (2015) 39 (2) Mülkiye Dergisi 291, 293.

⁶² Zysset (n 59) 983; Müller, bu ontolojiyi karakterize etmek için “tek, homojen, otantik insanlar” ifadesini kullanmaktadır. Gökmen (n 43) s. 2.

⁶³ Zysset (n 59) 983.

⁶⁴ Gökmen (n 43). 3.

⁶⁵ Gökmen (n 43) 4.

⁶⁶ Çamurcuoğlu (n 36) 277.

⁶⁷ Topuzkanamış (n 14) 33; Duygun (n 43) 454; Çamurcuoğlu (n 36) 277.

⁶⁸ Yıldız (n 61) 93.

⁶⁹ Bülent Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri* (Yapı Kredi Yayınları 2010) 107.

⁷⁰ Popülist retoriği ortaya koyarken seçimden önce ve sonrası söylemler arasında fark vardır. Örneğin, seçimden önce anayasanın azınlıkların zorbalığını barındırdığı ifade edilirken, seçim sonrası anayasanın, çoğunluğun seçimine uygun olması gerektiği belirtilir. Seçimden önce birleştirici ve homojen bir dil kullanılırken, seçimden sonra tavizsiz bir dil kullanılır. Fournier (n 36) 3.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.



Nihayetinde iyi ya da doğru nitelendirilen popülizm demokratik olabilirken, kötü ya da yanlış nitelendirilen popülizm otoriterdir⁷³. Popülizmin otoriter hedeflere ulaşmak için bir araç olarak kullanılması da suistimalci anayasa uygulamalarına kaynaklık etmektedir.

B. Popülist İktidar

Suistimalci anayasacılık kavramı, temel olarak popülist⁷⁴ iktidarların otoriter rejimler kurmak amacıyla anayasal araçları kullanmasını ifade etmek üzere kullanıldığından suistimalci anayasa uygulamalarının da esas kaynağı popülist iktidarlar ve kurma gayretinde oldukları otoriter rejimdir. Bu sebeple de suistimalci anayasacılık ile popülist iktidarlar arasında simbiyotik bir bağ olduğu ileri sürülmektedir⁷⁵.

Demokratik olmayan, otoriter tipte rejimler ve uygulamaları; popülizm, illiberalizm, çoğunlukçuluk ve milliyetçiliğin toplumlarda önemli etki kazandığı dönemlerde gündeme gelmiştir⁷⁶. Çünkü demokratik seçimlerde seçilen, genellikle kendilerini halkın tek gerçek temsilcisi ve muhalefeti düşman olarak gösteren kutuplaştırıcı kampanyaların ardından, popülist liderler iktidara geldiklerinde, her alanda güçleri üzerindeki kurumsal kontrolleri kaldırmaya başlamaktadırlar⁷⁷.

Popülistler iktidar olduktan sonra siyasal rejimde önemli kurumları ele geçirecek, bu kurumları popülist hedeflerini gerçekleştirmek üzere ve iktidarda kalmalarını destekleyecek yönde hizmet edecek şekilde organize etmektedirler⁷⁸. Otoriterliklerini kademeli şekilde pekiştirme amacıyla hareket eden popülist iktidar demokratik kurumları kontrol altına alana kadar bu kurumları etkisiz hale getirmek için öncelikle kurumların güçlerini sınırlandırır. Sonrasında ise yargı mercilerini kendilerine sadık üyelerle doldurma çabasına girerler. Yani demokratik kurumları kontrol edene kadar etkisiz bırakıp, kontrol altına aldıktan sonra ise güçlendirmek ve meşrulaştırmak için kullanırlar. Bu bağlamda gerek yargı gerekse de medya alanında önce sınırlama sonra da kontrol altına alma çabası gösterilir. Bu durumda demokratik kurumlar ve kitle iletişim araçları otoriterleşme mekanizmaları olarak kullanılır ve yargının tarafsız ve bağımsızlığı zedelenecek şekilde üzerinde tahakküm kurulur. Netice olarak ise siyasetin yargısallaştırılması gündeme gelir.

⁷³ Halmay (n 25) 298.

⁷⁴ Popülist kavramına kaynaklık eden “popüler” kavramına ilişkin farklı alanlarda birçok tanım mevcut olsa da anayasa hukuku literatüründe popülist kavramı halka ait olan değer ve düşünceleri yansıtmaya anlamında kullanılmaktadır. Topuzkanamış (n 14) 13.

⁷⁵ Sergei Guriev and Elias Papaioannou, ‘The Political Economy of Populism’ (2020) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3542052> Date Of Access: 28.10.2023.

⁷⁶ István Hegedüs and Zsuzsanna Végh, ‘Illiberal Democracies: What can the European Union do in case a member state regularly and systematically breaches European values and regulations?’ (24 April 2015) <<https://europatarsasag.hu/en/open-space/illiberal-democracies-what-can-european-union-do-case-member-state-regularly-and>> Date of Access: 25.10.2023.

⁷⁷ Yoznai and Brandes (n 2) 20.

⁷⁸ Duygun (n 43) 414.

Popülist iktidarlar anayasal demokrasinin ekosistemini değiştirmek için özel bir retorik kullanır⁷⁹. Popülist uygulamalar genellikle, seçimle göreve gelen, yasal olarak kısıtlanmış iktidarın ahlaki değeri olan anayasal demokrasiye bir tehdit oluşturmaktadır⁸⁰. Anayasal denge sistemi, halk iradesinin hem ifade edilmesini hem de uygulanmasını engelleyerek onları popülist memnuniyetsizlik için birincil hedef haline getirmektedir. Anayasal ilkeler, popülist lider tarafından kanalize ettiği insanlara karşı farazi bir muhalefet içinde duran yasal ve siyasi bir seçkinler tarafından yönetilir. Dolayısıyla popülizm ile anayasal sınırlamaların kaldırılması arasında güçlü bir ilişki vardır⁸¹. Yani popülist partiler iktidara geldiğinde bir siyasi muhalefet stratejisi olarak popülist retorik, somut anayasal değişikliklere dönüşmektedir⁸².

Parlamentoda anayasayı değiştirme nisabına tek başına ulaşabilen popülist iktidar için anayasanın katılık niteliği de kolayca aşılabılır ve anayasal değişiklik yapılabilir. Popülist iktidarların parlamento çoğunluğunu bu şekilde elde edebildiği ülkelerde suistimalci anayasacılık uygulamalarının da önü açılmaktadır. Bu durumda anayasa kavramına ve anayasacılık düşüncesine atfedilen değeri popülist iktidar şekillendirmektedir⁸³.

C. Otoriter Rejim

Soğuk Savaş'ın sona ermesinden bu yana ve özellikle son birkaç yılda, karşılaştırmalı anayasa hukuku araştırmacıları, anayasacılık ile otoriterlik arasındaki sorunlu ilişkiyle ilgilenmektedirler⁸⁴. Günümüzde suistimalci anayasa uygulamalarının da otoriter rejimlerde sıklıkla görüldüğü hatta otoriter rejimlerin suistimalci anayasacılığa doğrudan kaynaklık ettiğini ileri sürmek mümkündür.

Otoriter hükümetlerde hukuk, otoritelerini sağlamlaştırma ve meşrulaştırmada kilit bir araçtır ve bu bağlamda anayasalar siyasi meşruiyet yaratır. Yani bu hükümetler salt yasal olmayan mekanizmalarla yönetim sağlamaz⁸⁵. Aksine anayasaların meşruiyet kaynağı olarak kullanılması söz konusudur. Otokratik liderler, iktidarı ele geçirdikten ve bir süre iktidarda kaldıktan sonra, yürürlükteki anayasayı kaldırmaya ya da anayasa değişikliği yapmaya karar verebilirler. Hiçbir anayasal reform tek başına normatif anayasacılıkla tutarsız gibi görünmese de bu tür reformlar sık sık gerçekleştiğinde ve bir bütün olarak değerlendirildiğinde, değişikliklerin normatif anayasacılığı tehdit ettiği ileri sürülebilir⁸⁶.

⁷⁹ Fournier (n 36) 2.

⁸⁰ Oran (n 25) 162, 163.

⁸¹ David Landau, 'Populist Constitutions' (2018) 85 The University of Chicago Law Review 521.

⁸² Fournier (n 36) 6 vd

⁸³ Gözler (n 35) 576.

⁸⁴ Landau (n 1) 189; Jácome (n 15) 449.

⁸⁵ Jácome (n 15) 449.

⁸⁶ Tushnet (17) 433.



Anayasa değişiklikleri iktidarın eylem ve işlemlerine hem iç hem de uluslararası alanda meşruiyet sağlar. Buna ek olarak, otokratlar anayasalardan devlet aygıtının bir parçası olan farklı kurumları veya sektörleri koordine etmelerine ve güçlerini desteklemelerine imkân sağlayacak yönde yarar sağlar. Bu bağlamda otoriter anayasalar, iktidar sahibinin uzun süre görevde kalmasına izin veren bir rejimi kısmen de olsa demokratik kisveye büründürür⁸⁷.

Suistimalci anayasa uygulamalarının görüldüğü ülkelerde seçimler yapılmaya devam ettiğinden rejim, tam bir otoriter rejim olarak nitelendirilmemektedir. Fakat bu ülkelerde temel hak ve hürriyetler ve hukuk devleti ilkesi yaygın şekilde ihlal edildiğinden çoğulcu toplum yapısı ortadan kaldırılmakta dolayısıyla da bu rejimleri tam anlamıyla demokratik olarak nitelendirmek mümkün olmamaktadır⁸⁸.

V. SUİSTİMALCİ ANAYASACILIK UYGULAMALARININ MACARİSTAN VE POLONYA ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Macaristan ve Polonya'nın anayasa uygulamaları, demokratik standartlara uygun olmayan ve otoriterleşmeye doğru ciddi ölçüde kayan bir eğilim göstermektedir. Doğu Avrupa'da FIDESZ (Macar Yurttaş Birliği) ve PiS'in (Hukuk ve Adalet Partisi) demokratik düzene ve değerlere ilişkin uygulamaları Freedom House'un 2020 yılı Dünya'da Özgürlük raporunda; Macaristan'ın artık demokrasiyle yönetilmediği ve Polonya'nın da Çin ve Rusya'nın etkisi altında kalarak özgürlüklerin kısıtlanması konusunda aynı yönde ilerlediği belirtilmiştir. Nitekim 2017-2021 yılları demokrasi skorunda Macaristan ve Polonya şimdiye kadarki en sert düşüşü gören ülkelerdir⁸⁹. Çünkü bu ülkeler kendilerine açıkça Avrupa'nın hukuki sınırlarının dışında bir pozisyon belirleyerek, Avrupa Birliği'nin hukukun üstünlüğünü uygulama mekanizmasını "siyasi" olarak görmekte ve hukukun üstünlüğünün genel kabul görmüş bir tanımı olmadığını öne sürmektedirler⁹⁰.

Macaristan ve Polonya'nın otoriter popülistleri, demokrasiyi ve temel hakların korunmasını dengelemek gibi bir amaçları olmadığından anayasacılık değerlerinden uzak durmaktadırlar⁹¹. Anayasal kuralların manipülasyonu ile popülist retorik belirginleşmekte ve hukukun üstünlüğü ilkesinin temel bileşenleri ortadan kaldırılmaktadır⁹². Bu durum aynı zamanda ülkelerin demokratik kurumlarına ve insan haklarına yönelik tehdit oluşturmaktadır. Her iki ülke de yargı bağımsızlığına yönelik düzenlemelerin yanı sıra medya özgürlüğünü kısıtlayan ve sivil toplum örgütlerine baskı uygulayan düzenlemeler yapmıştır. Son yıllarda Polonya ve Maca-

⁸⁷ Jácome (n 15) 449.

⁸⁸ Gözler (n 35)

⁸⁹ <https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-04/NIT_2021_final_042321.pdf> Date of Access: 10.11.2023.

⁹⁰ <https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-04/NIT_2021_final_042321.pdf>Date of Access: 10.11.2023.

⁹¹ Halmai (n 25) 303; Doyle, Longo and Pin (n 42) 401.

⁹² Fournier (n 36) 12.

ristan'da popülist iktidarlar parlamento kanalıyla Anayasa Mahkemesi'ne "dost" yargıçlar yerleştirilmesine olanak tanıyarak kuvvetler ayrılığı ilkesini önemli ölçüde aşındırmıştır⁹³. Bu durum, Avrupa Birliği ve diğer uluslararası örgütler tarafından eleştirilmiş ve bazı yaptırımlar uygulanmıştır. Çalışmamızda bu iki ülkenin değerlendirilmesinin sebebi, Avrupa'nın göbeğinde demokrasi mevzilerinin aşamalı şekilde hükümetin denetimi altına alınmasına somut birer örnek olmalarından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla da çalışmamızda anayasa ve kanun değişiklikleri yoluyla demokratik düzeni ciddi ölçüde aşındıran suistimalci anayasa uygulamaları özellikle Macaristan ve Polonya örnekleri temelinde açıklanacaktır.

A. Macaristan

Macaristan'da on yılı aşkın süre boyunca temel yasal, politik ve kurumsal değişiklikler, sistematik olarak yargının bağımsızlığına, medya özgürlüğüne ve temel hak ve özgürlüklere zarar vererek hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını zayıflatmıştır⁹⁴.

Macaristan'daki son anayasal gelişmelerin, karşılaştırmalı anayasa hukuku analizi bir anayasal rejimin kademeli olarak bozulmasıyla mücadele ederken karşılaştığı zorluklar üzerine detaylı düşünülmesini sağlamaktadır⁹⁵. Nitekim Müller'e göre liderleri anayasacılığı ve hukukun üstünlüğünü tasfiye etmekle meşgul olan Macaristan'da son yıllarda yaşananlar hukuk devletinde yaşanan olağan krizlerden biri olmanın yanı sıra demokrasinin de saldırı altında olduğunun bir göstergesidir⁹⁶. Özellikle ülkede yapılan anayasa değişiklikleri sonucunda yeni anayasanın, hükümet üzerindeki anayasal denetimi azalttığı ve Anayasa Mahkemesi'ni nötralize ettiği görülmektedir⁹⁷. Viktor Orban'ın popülist stratejisi ile adeta bir anayasal devrim gerçekleştirmişti⁹⁸.

Macaristan'da, 1970-1980'lerde Marksist filozof János Kis gibi bölgenin önde gelen muhalifleri çıkmasına rağmen⁹⁹ 2010 yılından sonra otoriter eğilim hızla yükselişe geçmiştir. Çünkü 2010 yılında yapılan seçimlerinde FIDESZ partisi parlamentoda anayasa değişikliği için gerekli olan 2/3 çoğunluğa ulaşmış ve sonrasında ise yeni anayasa yapım sürecine gidilmiştir¹⁰⁰. Venedik Komisyonu Raporu'nun

⁹³ Zysset (n 59) 981.

⁹⁴ The International Commission of Jurists (ICJ), A Facade of Legality: COVID-19 and the Exploitation of Emergency Powers in Hungary, 2022 <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/02/Hungary-A-Facade-of-Legality-legal-briefing-2022-ENG.pdf>> Date of Access: 25.10.2023.

⁹⁵ Renáta Uitz, 'Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary' (2015) 13(1) International Journal of Constitutional Law 279.

⁹⁶ Jan-Werner Müller 'The Hungarian Tragedy' (Spring 2011) 5.

⁹⁷ Hegedüs and Végh (n 76) 1.

⁹⁸ Fournier (n 36) 10.

⁹⁹ Müller (n 96) 5.

¹⁰⁰ Duygun (n 43) 418.



sonuç kısmında¹⁰¹, taslağın hazırlanması da dahil olmak üzere anayasa yapım sürecinin ve yeni anayasanın nihai kabulü sürecinin, şeffaf olmadığına, yeterli bir kamuoyu tartışması için iktidar ile muhalefet arasındaki diyalogun eksikliğine, yeterli bir kamuoyu oluşması için fırsatların yetersiz ve zaman çerçevesinin çok dar olduğuna ilişkin olumsuz yönde görüşlerini ortaya koymuş ve bu süreçlerin daha şeffaf ve kapsayıcı olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁰².

Macaristan'da ilk yazılı anayasa 1949 yılında yürürlüğe girmiş olup, 2012 yılına değin Macaristan komünist dönem anayasasında yapılan değişiklikler ile yönetilmiştir¹⁰³. Macaristan'da 18 Nisan 2011 tarihinde "Temel Kanun" adıyla kabul edilen yeni Anayasa 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup¹⁰⁴, bugüne değin ise dokuz kez değiştirilmiştir¹⁰⁵.

2012 Macaristan Anayasası'nda izleyen genel seçimlerden itibaren olmak üzere milletvekili sayısı 386'dan 199'a düşürülmüştür. Nitekim 2014 seçimlerinde FIDESZ oyların %52'sini, sandalyelerin ise %68'ini elde etmiştir¹⁰⁶. 8 Nisan 2018'de yapılan genel seçimlerde ise FIDESZ/KDNP (Hristiyan Demokratik Halk Partisi) ittifakı seçim sistemi sayesinde kazandığı yüzde 49,2'lik oy oranıyla, parlamento düzeyinde yüzde 66,8'lik çoğunluk sağlamış ve parlamentoda 199 sandalyenin 133'ünü elde etmiştir¹⁰⁷. Böylelikle FIDESZ/KDNP ittifakı Macar Anayasası'na göre anayasa değişikliği için gerekli olan üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunu da elde etmiştir¹⁰⁸. 2022 Macaristan genel seçimlerinde ise FIDESZ/KDNP koalisyonu 2018 yılında aldığı oy oranını daha da arttırarak %53 oy oranıyla parlamento'nun 135 sandalyesini elde etmiştir¹⁰⁹.

Başbakan Victor Orban, Macaristan'ın son yıllarda Avrupa değerlerini ve uygulamalarını sorguladığını ve Birliğin "Hıristiyan değerlerine" dayalı bir yönetime ihtiyaç olduğunu açıkça belirtmiştir. Nitekim Orban hükümetinin 2010 seçimlerinde oyların yüzde 52,7'ünü alarak ve kötü giden ekonomiyi yöneten sosyalistleri devirerek iktidara gelmesinden bu yana Macaristan giderek muhafazakâr bir

¹⁰¹ CDL-AD (2011) 016-e, par. 144 <<https://www.venice.coe.int>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁰² CDL-AD (2011) 016-e, par. 144 <<https://www.venice.coe.int>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁰³ Ablonczy B, *Conversations on the Fundamental Law of Hungary* (Elektromédia 2012) 6.

¹⁰⁴ Ibid 10; Péter Paczolay, 'Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin Yetkilerinde Değişiklik' (2012) 29 *Anayasa Yargısı Dergisi* 370.

¹⁰⁵ 'The Fundamental Law of Hungary' <<https://www.parlament.hu/documents/125505/138409/Fundamental+law/73811993-c377-428d-9808-ee03d6fb8178>> Date of acces 25.10.2023.

¹⁰⁶ Fournier (n 36) 11.

¹⁰⁷ IPU New Parline, 'Hungary-National Assembly' <https://data.ipu.org/parliament/hu?chamber_id=13415> Date of acces 29.10.2023.

¹⁰⁸ Müller (n 96) 5; Gözler (n 35) 576.

¹⁰⁹ Bkz. <<https://www.parlament.hu/web/house-of-the-national-assembly/list-of-mp>> Date of Access: 27.10.2023.

yapıya evrilmiş¹¹⁰ ve Avrupa değerlerinden her geçen gün daha çok sapma eğilimi göstermiştir¹¹¹. Avrupa'da illiberal bir demokrasi inşa eden ve göreve geldiği günden bu yana ülkeyi çoğunlukçu bir otokrasiye dönüştüren Orban ve Macaristan'ı AB değerlerinden hızla uzaklaştırmıştır¹¹². Bu bağlamda rejimi yorumlayan Müller, Macaristan'da ortaya çıkan rejimin faşizm değil son derece yetenekli, güce aç, güç kaybetmek istemeyen ve etkili bir şekilde tek partili bir devlet inşa eden bir politikacının işi olduğunu belirtmektedir¹¹³.

3 Nisan 2022 seçimi sonrasındaki ilk hükümet brifinginde Bakan Gergely Gulyás, “savaş, harekete geçebilen bir hükümet gerektirdiğinden”, yürütmenin, Anayasa'daki acil durum tanımını komşu ülkelerdeki insani felaketleri ve savaş çatışmalarını içerecek şekilde genişleterek, anayasayı değiştirmeye çalışacağını belirtmiştir¹¹⁴. 2022 yılında da hükümet, anayasa değişikliği yoluyla otoriterliğini arttırma eğiliminde olacağının sinyalini vermiştir.

1. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığına Aykırı Düzenlemeler

Macaristan'da yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına etki edecek değişiklikler aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere temel olarak Anayasa Mahkemesi'nin ve Ulusal Yargı Kurulu'nun yapısına ve yetkilerine yönelik olmuştur. Bu bağlamda anayasal demokrasilerde konumu itibarıyla çok önemli bir kurum olan Anayasa Mahkemesi'nin ve ayrıca hakimlerin seçimi, görevlendirilmesi, mahkemelerin yönetimi gibi yargının adil şekilde işlenmesini tesis etmekle yükümlü Ulusal Yargı Kurulu'na ilişkin değişikliklerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

a. Anayasa Mahkemesi'nin Yapısının Değiştirilmesi ve Yetkilerinin Kısıtlanması

Anayasa mahkemeleri, anayasal güçler dengesini koruyan tartışmasız en önemli kurumlardandır¹¹⁵. Bu sebeple anayasa mahkemeleri komünizm sonrası Orta ve Doğu Avrupa'da demokrasiye geçişin ana sembolü olarak tanıtılmıştır¹¹⁶. 1 Ocak 1990'da Alman modeli esas alınarak kurulan Macaristan Anayasa Mahkemesi¹¹⁷,

¹¹⁰ Landau (n 1) 208.

¹¹¹ Hegedüs and Véghe (n 76) 1,2.

¹¹² İrem Nart, 'Abusive Constitutionalism in the Heart of the Europe: Cases of Hungary and Poland' (2021) 3 Journal of International Relations and Political Science Studies 32.

¹¹³ Müller (n 96) 8.

¹¹⁴ Vlad Maksimov, 'Orbán to change the constitution, again' (22.04.2022) <https://www.euractiv.com/section/politics/short_news/orban-to-change-the-constitution-again/> Date of access: 27.10.2023

¹¹⁵ Kriszta Kovács and Gabor Atilla Tóth, 'Hungary's Constitutional Transformation' (2011) 7 European Constitutional Law Review 185.

¹¹⁶ Sunniva Christophersen Haugen, The Hungarian Judiciary: A Guardian in Need of Rescuing? A study of judicial independence in Hungary since the transition o democracy in 1989 (Master's Thesis Department of Comparative Politics University of Bergen 2014) 6.

¹¹⁷ Gábor Halmai, 'Ungarns Verfassungsgericht: Das Imperium schlägt zurück' (04. 02.2013)



anayasal kurumların gelişimi için önemli bir dayanak noktasıydı ve Mahkeme'nin amacı, yıllarca süren gayrimeşru uygulamalarla lekelenen siyasi ve adli süreçleri denetlemektir¹¹⁸. Bu sebeple de Macaristan'da suistimalci anayasacılığın en bariz etkisi Anayasa Mahkemesi'nin yapısı ve yetkileri çerçevesinde gerçekleşmiştir.

Macaristan Anayasa Mahkemesi, faaliyete geçtiği ilk yıllardan itibaren diğer siyasi organlara karşı durmasıyla tanınmıştır ve 2000'li yılların başında dünyanın en güçlü ve aktif anayasa mahkemesi olarak nitelendirilen mahkemelerden biri olmuştur¹¹⁹. Çünkü 1989 Anayasası uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin sorumluluğu Anayasa'nın bütünlüğünü korumak ve Anayasa'ya uygun olmayan tüm normları iptal etmektir. Ayrıca herkes bir kanun veya hükmün anayasaya aykırılığına karşı herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın dava açma (actio popularis) ve ilgili hükmü iptal ettirme hakkına sahiptir¹²⁰.

Macaristan'da Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni Anayasa ile değişmiştir¹²¹. Macaristan Anayasa Mahkemesi'nde hukuk normlarının denetimini herhangi bir kimsenin talep etme imkânı yeni anayasanın yürürlüğe girmesiyle ortadan kaldırılmıştır¹²². Yürütme, resmi olarak yargının işlevini ortadan kaldırmasa da anayasal yetkilerinin görelî alanlarını kendi yararına olacak şekilde değiştirebilmektedir¹²³.

FIDESZ partisi, Anayasa Mahkemesi'nin hükümete karşı bir denge unsuru olarak hareket etme kabiliyetini azaltmıştır¹²⁴. FIDESZ, kendini halkın gerçek sözcüsü ve ayrıca ulusal iradenin sadık uygulayıcısı ilan ederek, mahkemeler gibi seçilmemiş organların aksine gerçek demokrat olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini kısıtlayarak, hükümeti denetlemekle görevli tüm bağımsız organları zayıflatmaya çalışmıştır.

Anayasa yargıçlarını seçme sistemi değiştirilerek, Anayasa Mahkemesi'nin gücü ve bağımsızlığı tehlikeye atılmıştır. İlk önce mahkemede üye sayısını arttırılarak, hükümete yakın yeni üyeler atanmıştır. Mahkemedeki yargıç sayısı 11'den

Verfassungsblog on Matter Constitutional <https://verfassungsblog.de/ungarns-verfassungsgericht-das-imperium-schlagt-zuruck/> Date of Access: 12.10.2023.

¹¹⁸ Morten Kinander, 'Comparing courts: The accountability function of the constitutional courts of Poland and Hungary' (2014) 39(2) Review of Central and Eastern European Law

¹¹⁹ Kinander (n 118) 145-190.

¹²⁰ Kovács and Tóth (n 115) 185; Actio Popularis yetkisi Mahkeme'nin yetkilerinden en öne çıkan ve Avrupa'da oldukça sıra dışı olmasına rağmen bu yetkinin tanınması Macaristan Anayasa Mahkemesi'ni güçlü mahkemelerden biri haline getirmiştir. Haugen (n 116) 67. Paczolay (n 104) 367.

¹²¹ Paczolay (n 104) 368.

¹²² Duygun (n 43) 419, dp. 133.

¹²³ Zysset (n 59) 981.

¹²⁴ Doyle (n 25) 165.

15'e çıkarılmış olup¹²⁵ üyelerin görev süresi de 9 yıldan 12 yıla çıkarılmıştır¹²⁶. Yargıçları seçme sürecini değiştirip, Mahkeme'nin üye sayısını genişleten FIDESZ hükümeti, seçilecek onbeş yargıcın dokuzunu seçebilmiştir¹²⁷. Yargıçlar, gerekçe dahi göstermeksizin hükümetin beklentileri lehine oy kullanmışlardır¹²⁸.

2011 Anayasa değişikliği çerçevesinde Mahkeme başkanını seçme yetkisi Mahkeme'den alınarak parlamentoya verilmiştir¹²⁹. Ayrıca, bir zamanlar FIDESZ tarafından desteklenen, ancak gözden düşen eski bir anayasa mahkemesi yargıcının yerine, bir zamanlar Olimpiyat eskrim şampiyonu olan birini başkan olarak atamıştır¹³⁰.

Görevinden ayrılan devlet memurları tarafından alınan ikramiyenin geriye yönelik olarak vergilendirilmesine ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilince Meclis tarafından Anayasa Mahkemesi'nin mali ve bütçe konuları üzerinde yetkisi kısıtlanmıştır¹³¹. Yapısı değiştirilen Anayasa Mahkemesi'nin bu defa yetkisi de sınırlanarak bütçe, vergi ve mali konulardaki yasaları denetleme görevine son verilmiştir¹³². Bu durumda 2013 yılında kabul edilen bir vergi kanunu, bir bireyin anayasal olarak güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğinde ya da böyle bir vergi belirli azınlık gruplarına uygulanıyorsa, Anayasa Mahkemesi'nin kalıcı olarak yapabileceği hiçbir şey yoktur¹³³. Nihai olarak da Mahkeme'ye başvuru mekanizmasını zorlaştırılmıştır. Bu yolla anayasa yargısının işlevsel etkinliği oldukça sınırlanmıştır¹³⁴.

11 Mart 2013 yılında kabul edilen Dördüncü Anayasa Değişikliği¹³⁵ ile Anayasa Mahkemesi'nin, 1 Ocak 2012'de Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden önceki içtihatlarına (1989 ile 2011 yılları arasındaki) başvurması engellenerek¹³⁶ ve ayrıca

¹²⁵ Kim Lane Scheppele 'Understanding Hungary's Constitutional Revolution' in Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania, Armin von Bogdandy and Pál Sonnevend (eds) (Bloomsbury Publishing 2015) 115.

¹²⁶ Paczolay (n 104) 371.

¹²⁷ Scheppele (n 126) 115.

¹²⁸ Scheppele (n 126) 115.

¹²⁹ Paczolay (n 104) 370.

¹³⁰ Müller (n 96) 8.

¹³¹ Landau (n 1) 208.

¹³² Bütçe ve vergi kanunları anayasaya uygunluk denetimine ancak düşünce, din, vicdan özgürlüğüne, yaşam hakkına, kişisel verilerin korunması hakkına, insan onuruna ve vatandaşlık hakkına aykırılık iddiasıyla dava açılması halinde konu edilebilecektir. Paczolay (n 104) 371.

¹³³ Scheppele (n 126) 117.

¹³⁴ Paczolay (n 104) 370 vd.

¹³⁵ İnsan Hakları İzleme Örgütü Doğu Avrupa ve Balkanlar araştırmacısı Lydia Gall, Macaristan'da 2013 Anayasa değişiklikleri ile hükümetin hukukun üstünlüğünü hor gördüğünü, anayasa mahkemesini baypas etme ve anayasayı kendi siyasi amaçları için alt üst etme istekliliğini ortaya koyduğunu belirtmiştir. 'Hungary: Constitution Changes Warrant EU Action Government Action to Bypass Court Undermine Rule of Law' <<https://www.hrw.org/news/2013/03/12/hungary-constitution-changes-warrant-eu-action>> Date of Access: 20.10.2023.

¹³⁶ Bu durumda Anayasa Mahkemesi, evlilik özgürlüğü, siyasi partilerin medyaya erişimi, ifade özgürlüğü ve hatta ölüm cezasına ilişkin içtihatları da dahil olmak üzere eski anayasayı



anayasada yapılan esasa ilişkin değişiklikleri inceleme yetkisi kaldırılarak Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri ciddi ölçüde sınırlandırılmıştır¹³⁷. Temel Kanun metnini değiştiren 2013 tarihli bu değişikliğin ardından, Anayasa Mahkemesi çok sınırlı bir yetkiye yani sadece usuli inceleme yetkisine sahip olmuştur¹³⁸. Yapılan bu anayasa değişikliği esasında 2012'de Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin hükümet tarafından çıkarılan sorunlu yasaları (emeklilik yaşının düşürülmesi, seçim reformu) iptal eden bir dizi kritik kararına doğrudan yanıt niteliğindedir¹³⁹. FIDESZ hükümeti Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen reform hükümlerini anayasa kuralı haline getirmek suretiyle hukuk krizlerini aşma yoluna gitmiştir.

Macaristan'da yaşanan tüm bu gelişmeler anayasa yargısının siyaset ekseninden bağımsız şekilde değerlendirilemeyeceğini ve doğrudan etkileşim halinde olduğunu açıkça ortaya koymaktadır¹⁴⁰. Nitekim popülist iktidar, suistimalci anayasa uygulamaları yoluyla iktidarını pekiştirmenin yanı sıra Macaristan'da anayasa tarihini tümüyle başkalaştıracak hamleler yapmıştır¹⁴¹. Anayasa Mahkemesi'ne erişimi sınırlamak, anayasal ihlallere ulaşmasını zorlaştırmak, sınırsız siyasi takdir yetkisinin olduğu kör noktalar yaratma ve anayasal değerleri geçersiz kılma tehlikesi taşımaya rağmen Mahkeme'nin yetkisinde kısıtlanmasında herhangi bir beis görmemişlerdir¹⁴².

b. Ulusal Yargı Kurulu'nun Yapısına ve Yetkilerine İlişkin Değişiklikler

Dördüncü Anayasa Değişiklikleri çerçevesinde Macaristan Temel Kanunu'nun 25(5) hükmünde yapılan değişiklikle mahkemelerin idaresine ilişkin merkezi sorumlulukların Ulusal Yargı Ofisi Başkanı tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca yargı özyönetim organlarının mahkemelerin idaresine katılacağı belirtilmiştir. Temel Kanun'un 25(6) hükmünde yapılan değişiklikle Devlet Başkanı'nın önerisi üzerine, parlamentonun dokuz yıllık bir dönem için bir yargıcı Ulusal Yargı Kurulu Başkanı seçeceği ifade edilmiştir¹⁴³. Bu sürenin parlamento

uygularken aldığı hiçbir karara atıfta bulunamayacaktır. Yani 1 Ocak 2012'den sonra alınan her kararın yargısal denetimi kısıtlanmıştır. Fournier (n 36) 14.

¹³⁷ Zeldin W, 'Hungary: Constitutional Amendments Adopted' Library of Congress (22.02.2023) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2013-03-19/hungary-constitutional-amendments-adopted/>> Date of Access: 12.10.2023; Halmá (n 118); Fournier (n 36) 14.

¹³⁸ Gárdos-Orosz F, 'Unamendability as a Judicial Discovery? Inductive Learning Lessons from Hungary' *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* Ricjard Albert ve Bertil Emrah Oder (eds) (Springer International Publishing 2018) 235.

¹³⁹ 'Hungary: Constitution Changes Warrant EU Action Government Action to Bypass Court Undermine Rule of Law' <<https://www.hrw.org/news/2013/03/12/hungary-constitution-changes-warrant-eu-action>> Date of Access: 20.10.2023.

¹⁴⁰ Paczoly (n 104) 370.

¹⁴¹ Duygun (n 43) 422.

¹⁴² Scheppele (n 126) 116.

¹⁴³ CDL-AD (2013)012 <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

üyelerinin üçte birinin blok çoğunluğuyla süresiz olarak uzatılabilmesi de mümkün kılınmıştır¹⁴⁴. Ulusal Yargı Ofisi Başkanı'nın seçilebilmesi için ise Parlamento üyelerinin oylarının üçte iki çoğunluğu gerekmektedir¹⁴⁵.

Mahkemelerin yönetimini denetlemesine, hakimlerin seçimi ve görevlendirilmesine ilişkin yetkileri bulunmasından dolayı en yüksek yargı özyönetim organı olan Ulusal Yargı Kurulu¹⁴⁶ başkanına davaların görüleceği mahkemeyi değiştirme yetkisi tanınmıştır¹⁴⁷. Yetkilerin, tek bir kişi gibi hareket eden Ulusal Yargı Kurulu Başkanı'nın elinde hesap verilebilirlik sağlanmadan aşırı derecede yoğunlaşması, yeterli denetim ve dengeye tabi olmaması, Ulusal Yargı Kurulu'nun denetim yetkisinin zayıf olması ve ayrıca Başkanı'nın kararları üzerinde Kurul'un herhangi bir yargısal denetim bulunmaması Venedik Komisyonu tarafından eleştirilmiştir¹⁴⁸. Nitekim Avrupa Konseyi'nin başka hiçbir üye ülkesinde, yargıçları ve üst düzey görevlileri seçme yetkisi de dahil olmak üzere, bu kadar önemli yetkiler tek bir kişiye verilmemiştir¹⁴⁹.

Macaristan'da Ulusal Yargı Kurulu'na, 1 Ocak 2012'den 30 Kasım 2019'a değin Orban'ın yakın arkadaşı ayrıca eşi de FIDESZ partisinden milletvekili olan Tünde Hando başkanlık etmiştir. Hando'nun yargıç ve savcı atamalarına keyfi müdahalede bulunması sebebiyle de eleştirilmektedir. Bu durumda da genişletilen Başkan'ın yetkilerine ilişkin yapılan eleştirilerin ne kadar yerinde olduğunu gözler önüne sermektedir. Nitekim Kurul'a hükümete yakın bir kimsenin Başkanlık etmesi yargı bağımsızlığının ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin sekteye uğramasına sebebiyet vermiştir.

2. İfade ve Medya Özgürlüğünü Kısıtlayıcı Düzenlemeler

Otoriter hükümetlerin suistimalci anayasa uygulamalarının en yoğun görüldüğü alanlardan biri de medyanın bağımsızlığının kısıtlanmasıdır. Böylelikle kamu-

¹⁴⁴ CDL-AD (2012)001 <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁴⁵ CDL-AD (2012)001 <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁴⁶ Ulusal Yargı Kurulu, Curia (Yüksek Mahkeme) başkanı atanarak, diğer 14 üye ise görevlendirilmiş hâkimler tarafından toplantı sırasında gizli oyla ve oy çokluğuyla seçilmektedir. Ulusal Yargı Kurulu'nun yedi üyesi bölge mahkemesi, beş üyesi genel Mahkeme, bir üyesi temyiz mahkemesi, bir üyesi iş ve idare mahkemesi hâkimleri ile bir üyesi de Anayasa Mahkemesi başkanı olmak üzere on beş üyeden oluşmaktadır. Kurul hâkimlerinin en az 5 yıllık meslek tecrübesine sahip olmaları gerekmektedir. Macaristan Ulusal Yargı Kurulu (National Judicial Council) Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.enj.eu/images/stories/pdf/factsheets/obt_hungary.pdf> Date of Access: 20.10.2023.

¹⁴⁷ Dördüncü Anayasa Değişikliğinin 14 maddesi ile Temel Kanun'un 27. maddesi değiştirilerek Ulusal Yargı Kurulu Başkanı'na mahkemeden makul bir süre içinde karar alma ve dava yükünün mahkemeler arasında dengeli bir şekilde dağıtılması amacıyla genel yetkili mahkemeden farklı ancak herhangi bir davayı karara bağlamak için aynı yargı yetkisine sahip bir mahkemeye davayı atama yetkisi tanınmıştır. CDL-AD (2013)012 <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁴⁸ CDL-AD (2012)001 <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁴⁹ CDL-AD (2012)001 <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.



oyunun bilgilenme ve haber kanallarının kapatılarak ya da bu kanallar hükümetin güdümüne sokularak medyanın demokrasiyle örtüşen çoğulcu bir ifade alanı olması engellenmektedir.

FIDESZ hükümetinin anayasal demokrasi ilkelerini zayıflatmaya yönelik bir diğer önemli müdahalesi medyayı sınırlandırmak olmuştur¹⁵⁰. En önemlisi, hükümet gaddar bir basın yasası çıkarmıştır. Bu türden retorik ise, elbette popülizmin temelini oluşturmaktadır¹⁵¹. Böylelikle hükümet, Macar medyasının büyük çoğunluğunu kontrol altına almayı amaçlamıştır¹⁵².

Macar medyasının %80'i doğrudan ya da dolaylı şekilde hükümet kontrolü altında olsa da bununla yetinilmemiş ve 1 Ocak 2011'de ahlaka ya da kamu düzenine yönelik girişimlerde bulunulması halinde medya özgürlüğünü kısıtlamak üzere idari bir otorite kuran yasa kabul edilmiştir¹⁵³. Bu bağlamda yazılı ve görsel medyayı denetlemek üzere bir denetleme organı olarak Ulusal Medya ve İletişim Kurulu kurulması ve Kurul üyelerinin iktidar partisi üyeleri arasından seçilmesi şart koşulmuştur. Söz konusu yasa, televizyondan internet sitelerine kadar çeşitli haber ağlarını denetim altına alması ve yasayı ihlal eden medya kuruluşlarına yüksek para cezaları getirmesi nedeniyle ifade özgürlüğünü kısıtlayan birçok düzenleme de içermektedir¹⁵⁴. AB üyesi bir ülke tarafından yürürlüğe konulan bu düzenleme AB tarafından acil müdahale gerektiren bir durum olarak nitelendirilip, Birlik üyesi ülkeler tarafından Avrupa Temel Haklar Şartı'nın 11. maddesi ile çelişmesi sebebiyle eleştirilmiştir. Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin kararı ve Avrupa kurumlarının¹⁵⁵ baskısı sonucunda özgürlükleri kısıtlayan bu yasa iptal edilmiştir¹⁵⁶.

Yeni Macar Anayasası'nın 9/2. maddesi¹⁵⁷ ise basın özgürlüğünü eski anayasada olduğu gibi garanti altına alınmış bir hak olarak değil de bir devlet yükümlülüğü haline getirmiştir. 2011 Anayasası ile basın özgürlüğünün devletin iyi ni-

¹⁵⁰ Fournier (n 36) 13.

¹⁵¹ Müller (n 96) 8.

¹⁵² Örneğin, Macaristan'ın kamu televizyonu, AB mülteci referandumu sırasında hükümetin konumunu %95 oranında desteklemiştir. Devlete ait TV ağı M1, AB mülteci kotalarına ilişkin referandum kampanyası sırasında, dengeli haber yapma yasal yükümlülüğüne rağmen, prime time haber programlarında güçlü bir hükümet yanlısı propaganda yapmıştır. Yakın hükümet bağları olan işadamı Andrew Vajna tarafından satın alınan TV2 de ikinci sırada en güçlü hükümet yanlısı propoganda yapan medya kuruluşu olmuştur. Bkz. <<https://hungarianspectrum.org/2016/10/04/dri-monitoring-hungarian-tv-coverage-of-the-refugee-referendum/>> Date of Access: 11.10.2023.

¹⁵³ Nart (n 113) 32.

¹⁵⁴ Nart (n 113) 32.

¹⁵⁵ CDL-AD (2013)012-e <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁵⁶ Fournier (n 36) 13.

¹⁵⁷ Macaristan Anayasası madde 9/2 "Macaristan basın özgürlüğünü ve çeşitliliğini tanıyacak ve koruyacak ve demokratik kamuoyunun oluşması için gerekli olan bilginin özgürce yayılması için gerekli koşulları sağlayacaktır" <https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011> Date of Access: 11.10.2023.

yetine ve yükümlülüklerine saygı gösterme arzusuna bağlı kılınması haklı olarak eleştirilmektedir¹⁵⁸.

2013 yılında kabul edilen Macaristan Temel Yasasında Dördüncü Değişiklik ile siyasi kampanyalar dışında her türlü siyasi içerikli reklam sınırlandırılmıştır. Sonuç olarak, muhalefet günlük hayattaki politikalara ve Orban tarafından alınan kararlara medya yoluyla tepki gösterememekte ve ifade özgürlüğü ihlal edilmektedir¹⁵⁹. Ayrıca nefret söylemiyle mücadele açısından ifade özgürlüğüne kısıtlama getiren düzenlemeler yapılmıştır¹⁶⁰.

Son yıllarda da Macaristan’da ifade ve basın özgürlüğü konusunda endişe verici gelişmeler yaşanmaktadır. Hükümetin kontrolündeki medya organları yaygın bir şekilde propaganda yaparken, bağımsız medya organlarına yönelik baskılar ciddi ölçüde artmıştır¹⁶¹. Ayrıca hükümet, medya kurumlarına yönelik vergi cezaları ve gazetecilere yönelik baskılarla bağımsız medyanın çalışmalarını engellemeye çalışmaktadır. 2020 yılında Covid-19 salgınına yönelik alınan önlemler kapsamında parlamentoda kabul edilen acil durum yasası ile¹⁶² basın özgürlüğü daha da kısıtlanmıştır. Yasa ile medya organlarının salgınla ilgili haberler yaparken, hükümetin onaylamadığı kaynaklardan bilgi almaları yasaklanmıştır. Ayrıca büyük bir topluluk önünde, salgından korumanın etkinliğini engelleyebilecek veya önleyebilecek nitelikte gerçek dışı ya da gerçeği yanıltıcı şekilde beyanda bulunan kişiler için 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür¹⁶³. Bu hükmün Macaristan hükümetinin koronavirüsle mücadelesine ilişkin görüşlerini ifade eden basın mensupları için de işletilmesi muhtemel olduğundan, bu düzenleme medyanın üzerinde oluşturulan baskıyı ve basın özgürlüğüne yönelen ihlali gözler önüne sermektedir¹⁶⁴. Bu yasa aynı zamanda hükümetin ülkeyi kararnameler ile yönetmesine herhangi bir süre sınırı koymadığı ve pandeminin seyri ile sınırlı olmadığı için eleştirilmiştir¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Fournier (n 36) 13.

¹⁵⁹ Fournier (n 36) 14.

¹⁶⁰ Scheppele (n 126) 117. Macaristan Temel Kanun’un IX. maddesine şu fıkra eklenmiştir. (5) “İfade özgürlüğü hakkı, Macar ulusunun veya herhangi bir ulusal, etnik, ırksal veya dini topluluğun onurunu ihlal etmek amacıyla kullanılamaz. Bu tür topluluk üyeleri bir görüşün ifade edilmesine karşı şikayetlerini mahkemede ileri sürme hakkına sahip olacaktır” CDL-REF (2013)014 <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁶¹ Örneğin, Macaristan’da hükümet, özel bir medya kuruluşu olan RTL’nin ayrımcı bir uygulamayla reklam gelirleri için %50’lik üst sınırdan vergilendirilmesi planından Avrupa Komisyonu’na yapılan şikâyet üzerine vazgeçmiştir. Konrad Bleyer-Simon, ‘Orta Avrupa’dan basın özgürlüğü manzaraları’ (31.01.2023) <<https://tr.boell.org/tr/2023/01/31/orta-avrupadan-basin-ozgurlugu-manzaralari>> Erişim tarihi: 12.10.2023.

¹⁶² Act XII of 2020 on the containment of coronavirus (31 March 2020) <<https://perma.cc/9LMR-YS3L>> Date of Access: 15.10.2023.

¹⁶³ Act XII of 2020 on the containment of coronavirus (31 March 2020) <<https://perma.cc/9LMR-YS3>> Date of Access: 15.10.2023.

¹⁶⁴ Duygun (n 43) 417, dp.121.

¹⁶⁵ The International Commission of Jurists (ICJ), A Facade of Legality: COVID-19 and the



Nitekim The International Press Institute (IPI) tarafından yayımlanan 2022 Genel Seçimleri Öncesinde Macaristan'da Medya Özgürlüğü raporunda¹⁶⁶ da FIDEZS hükümetinin, medya çoğulculuğunu sistematik olarak aşındırma, bağımsız basını susturma ve hükümet yanlısı anlatıyı daha da sağlamlaştırmak için piyasayı manipüle etme çabalarını sürdürdüğü belirtilmiştir.

3. Seçim Yasası Değişiklikleri

FIDEZS, 2014 seçimlerinde parlamento çoğunluğunu garanti altında tutmak amacıyla seçim kanunlarında değişikliğe gitmiştir¹⁶⁷. Bu doğrultuda parlamento seçimlerinden birkaç ay önce kabul edilen 2013 tarihli Seçim Kanunu ile %5 olan seçim barajı %10'a çıkarılmış ve hatta koalisyon durumunda %15'e dönüştürülmüştür¹⁶⁸. Buna ek olarak, seçim bölgeleri, FIDEZS'in çoğunlukçu bölgelerde zafer kazanmasını sağlayacak kriterlere göre değiştirilmiştir¹⁶⁹. Dolayısıyla da Macaristan'da seçim barajı oranı ittifaka katılan parti sayısına bağlı olarak arttığından orantısız olduğundan bahisle eleştirilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin FIDEZS hükümetinin seçim reformuna ilişkin düzenlemeyi iptal etmesi üzerine anayasa değişikliği yapılarak, iptal edilen hükümler anayasal norm haline getirilmiştir Bu bağlamda Dördüncü Anayasa Değişikliği ile Temel Yasa'nın IX(3) maddesi değiştirilmiştir¹⁷⁰. Seçimlerden önceki kampanya dönemlerinde yapılan siyasi propagandaların eşit koşullar altında ve ücretsiz şekilde münhasıran kamu yayıncılığı yoluyla yayınlanacağı düzenlenmiştir¹⁷¹.

2022'de Macaristan Yüksek Mahkemesi, hükümetin e-posta ile bülten yollayıp, muhalefete karşı kampanya yürüterek, seçimlerle ilgili düzenlemeleri ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁷². Hükümet ise karara karşı Anayasa Mahkemesi'ne baş-

Exploitation of Emergency Powers in Hungary, 2022 <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/02/Hungary-A-Facade-of-Legality-legal-briefing-2022-ENG.pdf>> Date of Access: 25.10.2023.

¹⁶⁶ 'On Report: Media Freedom in Hungary Ahead of 2002 Election' <https://ipi.media/wp-content/uploads/2022/03/HU_PressFreedomMission_Report_IPI_2022.pdf> Date of Access: 11.10.2023.

¹⁶⁷ Duygun (n 43) 423.

¹⁶⁸ Fournier (n 36) 13.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ "Demokratik bir toplumun oluşmasına yönelik olarak gerekli olan uygun bilginin yayılmasına yönelik olarak kamuoyu oluşturmak ve fırsat eşitliğini sağlamak amacıyla, siyasi reklamlar medya hizmetlerinde, münhasıran ücretsiz olarak yayınlanır. Parlamento Üyeleri ve Avrupa Parlamentosu Üyelerinin seçiminden önceki kampanya döneminde Parlamento Üyelerinin genel seçimi veya Avrupa Parlamentosu Üyelerinin seçimi için ülke çapında adaylık listeleri oluşturan kuruluşlar tarafından çıkarları doğrultusunda yayınlanan siyasi reklamlar münhasıran kamu yayıncılığı yoluyla medya hizmetleri ve Kardinal Kanun tarafından belirlendiği üzere eşit koşullar altında yayınlanacaktır." CDL-REF(2013)014 <<https://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

¹⁷¹ Duygun (n 43) 423.

¹⁷² Hükümet, Rusya ve Ukrayna arasındaki savaşa cevaben şubat ayı sonunda e posta yoluyla

vurmuştur. Macaristan Anayasa Mahkemesi ise Yüksek Mahkeme'nin kararını iptal ederek, Anayasa'ya aykırı bulmuştur¹⁷³. Çoğunluğunu iktidar yanlısı üyelerin oluşturması dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı da seçim mevzuatını ihlal ettiğinden bahisle eleştirilmektedir.

B. Polonya

Seçimlerde başarılı olan iktidarların açık ve net hedefi yönetim biçimini radikal şekilde dönüştürmek ise bu durumda anayasa değişikliklerinin de siyasetin sıradan bir aracı olarak kullanılması söz konusu olabilmektedir¹⁷⁴. Hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu bir demokrasiyi anayasa değişiklikleriyle otokraziye dönüştürmek, anayasalarda değişmezlik yasağı öngörülüp öngörülmediğine bakılmaksızın çoğu anayasal demokraside geçerli bir hukuki çözüm olarak görülmesi de¹⁷⁵ uygulamada bu yola başvurulmaktadır. Nitekim Polonya makamları, Sovyet tarzı adalet sistemini yeniden tesis etmek için Polonya Anayasası'nı defalarca ve kasten ihlal etmiştir¹⁷⁶. 2015 yılında oyların 37,58'ini alarak iktidara gelen PiS, Macaristan örneğinde olduğu gibi yönetimi ele geçirdikten sonra anayasal değişikliklerin yanı sıra yasal değişiklikler yoluyla da yargı bağımsızlığı tehlikeye atacak politikalar üretmiştir¹⁷⁷. Polonya'da da Macaristan ile aynı doğrultuda hükümetin yargı üstünde egemenlik kurma gayesi Anayasa Mahkemesi ile başlayıp sonrasında diğer yargı mercilerine de sirayet etmiştir¹⁷⁸. 2023 yılı seçimlerinde ise PiS iktidarı parlamentodaki çoğunluğunu kaybetmiştir¹⁷⁹.

Polonya'da değişikliklerin Anayasa Mahkemesi'nde yoğunlaşması, hükümetin Anayasa Mahkemesi'ni kontrol etme ve sonrasında Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak anayasaya aykırı kanunlara itirazların önüne geçmek amaçlıdır¹⁸⁰.

içeriğinde "...bu nedenle muhalefetin Macaristan'ın Ukrayna'ya asker ve silah göndermesi gerektiği yönündeki tutumunu sorumsuzca buluyor ve desteklemiyoruz" ifadesinin yer aldığı bir bülten göndermiştir. Hungary Today, "Constitutional Court Annuls Top Court Ruling on Govt's Suspected Election Law Violation" <<https://hungarytoday.hu/constitutional-court-top-court-kuria-ruling-govt-suspected-election-law-violation/>> Date of Access: 09.10.2023

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi, bültende geçen "muhalefet" teriminin belirli bir siyasi partiye atıfta bulunmadığını, ancak hükümetin pozisyonuna ilişkin hükümet dışı pozisyonu genel, her şeyi kapsayan bir terim olarak tanımladığını tespit etmiştir. Bkz. Hungary Today, "Constitutional Court Annuls Top Court Ruling on Govt's Suspected Election Law Violation" <<https://hungarytoday.hu/constitutional-court-top-court-kuria-ruling-govt-suspected-election-law-violation/>> Date of Access: 09.10.2023

¹⁷⁴ Gardbaum (n 34) 174.

¹⁷⁵ Gárdos-Orosz (n 138), 231.

¹⁷⁶ Laurent Pech, L, Patryk Wachowiec and Dariusz Mazur, 'Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action' (2021) 13 Hague Journal on the Rule of Law 1.

¹⁷⁷ Duygun (n 43) 423-424.

¹⁷⁸ Ibid 425.

¹⁷⁹ Polish Election Result Shakes Up CEE <<https://centraleuropeantimes.com/2023/10/polish-election-result-means-new-v4-era/>> Date of Access: 22.10.2023.

¹⁸⁰ Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 2.



1. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığına Aykırı Düzenlemeler

Polonya'da yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına olumsuz yönde etki edecek değişiklikler aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere Anayasa Mahkemesi'ne, Yüksek Mahkeme'ye ve Ulusal Yargı Kurulu'na yönelik olmuştur. Bu çerçevede hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkesine bağlı kalınmasını sağlayan Anayasa Mahkemesi'ne, yargının adil, etkin ve bağımsız ve tarafsız işlenmesini sağlayan Ulusal Yargı Kurulu'na ve en üst mahkeme olan Yüksek Mahkeme'ye ilişkin değişiklikler değerlendirilecektir.

a. Anayasa Mahkemesi'nin Yapısının Değiştirilmesi ve Yetkilerinin Kısıtlanması

Polonya'da Anayasa Mahkemesi'ni merkeze alan yargı reformunun bir sonucu olarak 7 Ekim 2021'de Polonya Anayasa Mahkemesi, AB tarihinde yeni bir ilke imza atarak belirli alanlarda AB hukukunun ulusal mevzuata üstünlüğünü reddeden karar vermiştir¹⁸¹. 2015 yılından bugüne yaşanan gelişmeler, Polonya anayasacılığında yargı bağımsızlığını baltalayan bir sürecin başlaması açısından önemli dönüm noktalarına sahiptir. Bu noktada Polonya Anayasa Mahkemesi'nin AB yasalarının Polonya Anayasası'ndan mutlak olarak üstün olmadığına ilişkin kararı son dönemde çok tartışılmıştır¹⁸².

Göreve geldiği ilk haftalarda Anayasa Mahkemesi'nde beş hâkimi değiştiren hükümet¹⁸³, 4 Kasım 2016 tarihinde yürürlüğe giren "Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Kanun" ile yeni seçilecek hâkimlerin atanmasına ilişkin prosedürü de düzenlemiştir¹⁸⁴. Polonya makamları Aralık 2016'da, Anayasa Mahkemesi başkanının emekliye ayrılması üzerine Polonya Devlet Başkanı'nın Anayasa'yı açıkça ihlal ederek, AYM'ye vekaleten bir başkan atamasıyla Anayasa Mahkemesi'nin kontrolünü ele geçirebilmiştir¹⁸⁵. Başkan vekili, hukuksuz atamasından sonraki ilk yirmi dört saat içinde, Polonya parlamentosu tarafından geçerli bir yasal dayanak olmaksızın

¹⁸¹ AB hukukunun üstünlüğüne karşı olarak Polonya Anayasa Mahkemesi tarafından alınan bu karar sonrasında uluslararası alanda "polest" yani Polonya'nın AB'den ayrılmasına ilişkin tartışmalar da gündeme gelmiştir. Bu hususta Avrupa Komisyonu Polonya'ya karşı tüm yetkilerini kullanacağı uyarısında bulunmuştur. Avrupa Komisyonu Başkanı Ursula von der Leyen ise en büyük önceliklerinin Polonya vatandaşlarının haklarının korunmasını ve Avrupa Birliği üyeliğinin sağladığı avantajlardan yararlanmasını sağlamak olduğunu belirtmiştir.

¹⁸² Nart (n 112) 35.

¹⁸³ Devlet Başkanı tarafından yeni atanan beş Anayasa Mahkemesi üyesinin yemin ederek göreve başlaması engellendikten sonra parlamentodaki PIS çoğunluğu tarafından beş yargıç yeniden atanmıştır. Duygun (n 43) 424.

¹⁸⁴ Nart (n 112) 36.

¹⁸⁵ Polonya Anayasa Mahkemesi'nin nasıl kontrol altına alındığına ilişkin ayrıntılı bir analiz için bkz. Dariusz Mazur and Waldemar Żurek, W, 'So-called 'Good change' in the Polish system of the administration of justice' (06.01.2017) <https://www.jura.unibonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Sanders/Dokumente/Good_change_-_7_October_2017_-_word.pdf> Date of Access: 24.10.2023.

aday gösterilen üç hâkimi kabul etmiştir. Akabinde ise toplantıda hazır bulunan 14 yargıçtan sadece hukuka aykırı olarak atanan üç kişinin ve mevcut iktidar çoğunluğu tarafından atanan üç yargıcın oy kullandığı bir oylamanın ardından ise Başkan seçilmiştir¹⁸⁶. Böylelikle Başkan Rzepliński'nin yerini PiS destekli Yargıç Julia Przyłębska almıştır¹⁸⁷.

Polonya'da, 14 Şubat 2020 tarihinde yürürlüğe giren “susturma yasası (muzzle act)” ile bağımsız bir yargı organına sahip olmayan ilk AB üye devleti olarak kabul edilebilir. Bu durum Polonya yargısında “kötüden daha kötüye giden bir durum” olarak nitelendirilmiştir¹⁸⁸. Çünkü bu yasa ile AB tarihinde ilk kez, AB ve AİHS yargı bağımsızlığı gerekliliklerinin açıkça anayasaya aykırı ve sistematik bir şekilde ihlal edilmesi yasallaştırılmıştır¹⁸⁹. Halk arasında susturucu olarak nitelendirilen bu yargı reformunu eleştirmeleri halinde yargıçların para cezasından görevden alınmaya kadar çeşitli şekillerde cezalandırılmalarının önünü açan yasa aynı zamanda rejimin baskıcı karakterini de ortaya koymaktadır¹⁹⁰. 2015 parlamento seçimlerinden hemen sonra başlayan kasıtlı ve sürekli şekilde hukukun üstünlüğünün geriletilmesi sürecinin doruk noktası olarak nitelendirilen bu yasa¹⁹¹ uygulamada herhangi bir Polonyalı yargıcın, AB hukuku görevlerini yerine getirdiği ve AB hukukunun üstünlüğü gerekliliklerini uyguladığı için disiplin soruşturmalarına, kovuşturmalara ve yaptırımlarına maruz kalması sonucunu doğurabilecektir¹⁹². Yargıçlar için yeni disiplin suçu türleri getiren bu yasanın temel amacı, Polonyalı yargıçların 19 Kasım 2019 tarihli Avrupa Adalet Divanı kararında yer alan tavsiyeleri uygulamalarını engellemektir. Aynı zamanda bu yasa Polonya hükümetinin Avrupa Adalet Divanı'nın 19 Kasım 2019 tarihli kararına karşı verdiği yasal yanıtı da teşkil etmektedir¹⁹³.

Polonyalı yargıçların oluşturduğu en büyük birlik olan Iustitia¹⁹⁴ 28 Ekim 2020'de Anayasa Mahkemesi'nin statüsü hakkında açıklamalarda bulunmuştur¹⁹⁵.

¹⁸⁶ Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 7.

¹⁸⁷ Nart (n 112) 36.

¹⁸⁸ Dariusz Mazur, ‘Annual report for 2020 From bad to worse-the Polish judiciary in the shadow of the ‘muzzle act’ (2020) Themis Association of Judges 1 vd.

¹⁸⁹ CDL-AD(2020)017 par. 43 <<http://www.venice.coe.int/>>Date of Access: 10.10.2023.

¹⁹⁰ Nart (n 112) 37.

¹⁹¹ Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 6.

¹⁹² Ibid 3.

¹⁹³ Claudia-Y Matthes, ‘Judges as activists: how Polish judges mobilise to defend the rule of law’ (2022) 38(3) East European Politics 475; Mazur (n 188) 3.

¹⁹⁴ Bağımsız, apolitik ve kendi kendini yöneten nitelikte bir yargıçlar birliği olduğunu belirten Iustitia, ana misyonunun, Avrupa Birliği üyesi olan Polonya'nın demokratik temelleri olan özgürlük ve haklarını savunmak olduğunu belirtmektedir. Farklı uluslararası yargıç örgütlerinin de bir parçası olarak 25 yılı aşkın bir süredir faaliyet gösteren birlik Polonya'da 3,500'den fazla hâkimi temsil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.iustitia.pl/en/>> Date of Access: 20.10.2023.

¹⁹⁵ ‘Position of the Polish Judges Association Iustitia over the status of the **Constitutional Tribunal**’



Yargı organlarının bağımsızlıklarının ellerinden alındığını, yargıçlarının tamamı politikacılar tarafından seçilen ve politikacılara bağımlı olan Anayasa Mahkemesi'ne Polonya vatandaşları güvenmediğini vurgulamışlardır¹⁹⁶. Mahkeme, yargının bir organı olmak yerine siyasetçilerin bir aracı haline gelmiştir. Iustitia, hukuka aykırı bir şekilde oluşturulmuş olan Anayasa Mahkemesi'ni artık meşru olarak tanımadığını açıklayarak, kararlarının geçerli ve nihai olarak kabul edilip edilemeyeceği değerlendirmesinin yapılması hususunda çağrı yapmıştır¹⁹⁷.

2021 yılında ise Polonya'da mahkemeler tarafından verilen kararların açıkça ve düzenli olarak göz ardı edildiği; kararların ihlalinin seçilmiş yetkililer tarafından alenen teşvik edildiği; yargı makamlarına atanan kişilerin Avrupa Adalet Divanı kararlarının uygulanmasını engellemek için yürütme ile koordinasyon içinde olduğu ve yargıçların rutin olarak taciz ve karalama kampanyalarına maruz kaldığı bir ülke haline gelmesine sebep olmuştur¹⁹⁸. Bunun üzerine 2017'den bu yana Polonya'da, yargıçlar ve yargıç dernekleri yasal yollara başvurup, halka açık etkinlikler düzenleyerek Avrupa kurumlarını Polonya hükümetine karşı sağlam durmaya davet etmiştir¹⁹⁹.

b. Yüksek Mahkeme'ye İlişkin Yasal Değişiklikler

Susturma yasası, Nisan 2020'de Polonya Yüksek Mahkeme Başkanı Małgorzata Gersdorf'un görev süresi sona erdiğinde seçim için gereken yeter sayıyı azaltılarak ve Polonya Devlet Başkanı'nın seçim süresince bir Yüksek Mahkeme başkan vekili atamasını sağlayarak, iktidar partisinin Yüksek Mahkeme Birinci Başkanlığı görevini devralmasını sağlamıştır²⁰⁰. Bu değişiklikler, Devlet Başkanı Andrzej Duda'nın seçilmesi Polonya Anayasası hükümlerini ihlal etmesine rağmen, Małgorzata Manowska'nın, 23 Mayıs 2020 tarihinde Yüksek Mahkeme Birinci Başkanı olarak seçilmesini mümkün kılmıştır²⁰¹.

2017 yılında Yüksek Mahkeme yargıçlarının emeklilik rejiminde yapılan açıkça anayasaya aykırı değişiklikler ve buna bağlı olarak Yüksek Mahkeme Başkanı'nın sabit süreli görev süresini zamanından önce sona erdirmeye yönelik yine anayasaya aykırı girişimle ilgili olarak Avrupa Komisyonu, Polonya makamlarına Yüksek

(28.01.2020) <<https://www.iustitia.pl/en/activity/opinions/4022-position-of-the-polish-judges-association-iustitia-over-the-status-of-the-constitutional-tribunal>> Date of Access: 20.10.2023.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 7.

¹⁹⁸ Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 6.

¹⁹⁹ Matthes (n 193) 468 vd.

²⁰⁰ Mazur (n 188) 4.

²⁰¹ 'Position of the Board of the "Themis" Judges' Association of 28 May 2020 regarding the appointment of the First President of the Supreme Court' <<http://themis-sedziowie.eu/materials-in-english/position-of-the-board-of-the-themis-judges-association-of-28-may-2020-regarding-the-appointment-of-the-first-president-of-the-supreme-court/>> Date of Access: 21.202023.

Mahkeme yasası ile mevcut Yüksek Mahkeme yargıçlarına daha düşük bir emeklilik yaşı uygulanmaması ve Polonya Devlet Başkanı'nın Yüksek Mahkeme yargıçlarının aktif yargı yetkisini uzatma konusundaki takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde değiştirilmesini sağlamalarını tavsiye etmiştir²⁰². Fakat tavsiyelere riayet edilmeyince 2 Temmuz 2018 tarihinde Adalet Divanı'nda ihlal davası açılmıştır. Adalet Divanı 24 Haziran 2019 tarihinde verdiği kararlarla²⁰³ Yüksek Mahkeme hâkimlerinin emeklilik yaşının düşürülmesine ilişkin Polonya mevzuatının, hakimlik teminatı ilkesi de dahil olmak üzere yargı bağımsızlığı ilkesiyle uyumlu olmaması nedeniyle AB hukukuna aykırı olduğuna hükmetmiştir²⁰⁴. Adalet Divanı kararının gereği üzerine Polonya emekli edilen Yüksek Mahkeme üyelerini yeniden göreve başlamıştır²⁰⁵.

Yüksek Mahkeme'nin yapısında yapılan değişikliklerle ilgili olarak, iktidar AB'nin kaygılarını göz ardı etmeye devam etmiş, Anayasa'ya ve AB hukukuna aykırı olarak Disiplin Kurulu ve Olağanüstü İnceleme ve Kamu İşleri Kurulu'nu kurarak, bu kurumlara devlet başkanı tarafından hukuka aykırı²⁰⁶ atamalar yapmıştır²⁰⁷. Yargıyı yürütmeye tabi kılmak amacıyla olağan mahkemelerdeki yönetici pozisyonlarına da iktidara yakın kişiler atanmıştır. Örneğin, 2020'de Olağan Mahkeme Yargıçları Ana Disiplin Komiseri ve bağımsız yargıçlara ilişkin açtıkları disiplin soruşturmalarıyla tanınan Piotr Schab Varşova Bölge Mahkemesi Başkanı, yardımcısı Przemysław Radzik ise Başkan Yardımcısı olarak atanmışlardır²⁰⁸. 2022 yılının ortalarında Schab, Varşova'daki Temyiz Mahkemesi başkanlığına, Radzik de yardımcılığına atanmıştır.

c. Ulusal Yargı Kurulu'nun Yapısına ve Yetkilerine İlişkin Değişiklikler

Polonya Ulusal Yargı Kurulu 1990 yılında kurulan yargıçların ve mahkemelerin bağımsızlığının korunması açısından temel bir öneme sahip olan 25 üyesi bulunan kolektif bir anayasal organdır²⁰⁹. 1997 yılında anayasal statüye kavuşarak,

²⁰² Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 8.

²⁰³ Case C-619/18 REC, 24.05.2019, Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court). Karar için bkz. <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-619/18&language=FR>> Date of Access: 12.10.2023.

²⁰⁴ Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 8.

²⁰⁵ Duygun (n 43) 427.

²⁰⁶ Bu iki yeni kuruma atanan kişilerin, Devlet Başkanı'nın Yüksek Mahkeme'deki boş koltukları ilan ederken Başbakan'ın karşı imzasını almaması nedeniyle herhangi bir yasal dayanağı olmayan bir usulle atanmış olmaları, Dahası, aynı kişilerin birçoğunun Polonya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararını ihlal ederek atanmış olması ve ayrıca, yeni Ulusal Yargı Konseyi'nin Yüksek Mahkeme'de görev alacak adaylar için belirlenen kriterleri de önemli ölçüde gevşetmesi sonucu hukuka aykırı atandıkları öne sürülmektedir. Ibid 9-10.

²⁰⁷ Ibid 9.

²⁰⁸ Mazur (n 188) 4.

²⁰⁹ Mazur and Zurek (n 185) 37.



anayasada yargısal bir organ olarak nitelendirilen Kurul'un yapısında da değişikliğe gidilerek daha güçlü bir konuma getirilmiştir²¹⁰.

26 Ocak 2017 tarihinde yapılan değişiklikle Ulusal Yargı Kurulu'ndan yargıç atama yetkisi alınarak Polonya Parlamentosu'nun alt meclisi olan Sejm'e verilmiştir. Böylelikle gelecekte hakimlerin seçiminde siyasi faktörlerin etkili olması sağlanmıştır²¹¹. Ayrıca, hakimlere disiplin cezası vermekle görevli Disiplin Dairesi kurularak, bu düzenlemelere karşı çıkan hakimlere baskı yapmak için önemli bir araç olarak kullanılmıştır²¹². Öte yandan, emeklilik yaşının erkeklerde 70'ten 65'e, kadınlarda 60'a düşürülmesi, Yüksek Mahkeme'den birçok yargıcın emekli olmasının ve Yüksek Mahkeme'nin yeniden yapılandırılmasının önünü açmıştır²¹³. Yeni üyelerin atama yetkisi ise PiS güdümündeki Ulusal Yüksek Yargı Kurulu'nda olduğundan böylelikle Yüksek Mahkeme de hükümetin hegemonyası altına girmiştir²¹⁴.

Polonya'da hakimlerin emeklilik yaşının düşürülmesi hem yargı bağımsızlığı ilkesini hem de hâkimlerin görevden alınmaması ilkesine aykırı olup, ülkede vatandaşların yargının bağımsızlığına olan güvenini azaltan önemli faktörlerdendir²¹⁵.

Yasa değişikliği ile mevcut üyelerin görev sürelerinin sona erdirilmesinin Anayasa'nın 187. maddenin 3. hükmünü²¹⁶ ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Ayrıca Anayasa tarafından 4 yıl olarak güvence altına alınmış olan düzenlemenin kolayca aşılması her gelen hükümetin Konsey üyelerini beğenmediğinde onları bu şekilde değiştirmesinin önünü açtığından ve bu durumun kurumsal hafızanın oluşmasına engel teşkil edeceğinden bahisle doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir²¹⁷.

Bu değişiklikle de yetinilmeyerek Polonya Anayasası'nın 187. maddesinin 1. hükmünü²¹⁸ açık ve ciddi şekilde ihlal edici yönde Kurul'un yapısına ilişkin de-

²¹⁰ Yazıcı, Hilal, 'Bazı Ülke Örnekleri ve Uluslararası Belgelerde Yargı Kurulları Hakimlerin Atanma ve Disiplin İşlemlerine İlişkin Yetkileri' (2014) 72 (2) İÜHF 772-773.

²¹¹ Mazur and Zurek (n 185) 38.

²¹² Polonya Anayasası madde 187/3 "Ulusal Yargı Kurulu üyeleri olarak seçilen kişilerin görev süresi 4 yıldır."

²¹³ Nart (n 113) 36.

²¹⁴ Duygun (n 43) 426.

²¹⁵ Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 9; Mazur and Zurek (n 185) 38.

²¹⁶ Polonya Anayasası madde 187/3 "Sejm (Meclis) tarafından Milletvekilleri arasından seçilen 4 üye ve Senato tarafından Senatörler arasından seçilen 2 üye. 2. Ulusal Yargı Kurulu, üyeleri arasından, bir başkan ve iki başkan yardımcısı seçer. 3. Ulusal Yargı Kurulu üyeleri olarak seçilen kişilerin görev süresi 4 yıldır. 4. Ulusal yargı Kurulu'nun kuruluş yapısı, faaliyet kapsamı ve çalışma düzeni ve ayrıca üyelerinin seçilme şekli kanunla düzenlenir." <<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>> Date of Access: 18.10.2023.

²¹⁷ Mazur and Zurek (n 185) 38.

²¹⁸ Polonya Anayasası madde 187/1 "1. Ulusal Yargı Kurulu şöyle oluşur: 1) Yargıtay Birinci Başkanı, Adalet Bakanı, Danıştay Başkanı ve Cumhurbaşkanınca atanan bir kişi. 2) Yargıtay, umumi mahkemeler, idare mahkemeleri ve askeri mahkemeler arasından seçilen 15 hâkim. 3)

ğişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikle Konsey'in iki daire şeklinde çalışması öngörülmüş olup, üyelerin statüsü farklılaştırılmıştır. Bu durumda Anayasa'da Ulusal Yargı Kurulu homojen bir organ olarak tanımlanmış olmasına rağmen Konsey üyeleri eşit konuma sahip olmayacaktır²¹⁹.

Şubat 2020 tarihli susturma yasası (muzzle law) ile Polonya'da yargı özyönetim organları herhangi bir önemden yoksun bırakılmıştır²²⁰. Bu yasa ile Polonya Devlet Başkanı'na, Anayasa'ya aykırı bir şekilde, bir hâkimin atanması prosedüründeki eksiklikleri bir hâkimi aday göstererek düzeltme hakkı verilmiştir²²¹. Ayrıca yargı özyönetim organları, hakimlik makamı ve üst düzey yargı pozisyonları için adaylar hakkında görüş bildirme ve değişikliklere ilişkin eleştirel kararlar alma haklarını kaybetmişlerdir²²². Yargıçlara karşı yürütülen cezai kovuşturmaları siyasileştirilen öte yandan yargıçlara yargı derneklerine üyeliklerini açıklama yükümlülüğü getiren bu yasanın²²³ yargı bağımsızlığına halel getirecek tüm unsurları mahiyetinde barındırdığı açıktır.

2. İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması

PiS, 2015 yılında iktidara geldiğinden bu yana medya üzerindeki kontrolünü güçlendirerek tartışmalı siyasi gündeminin haberleştirilmesini kontrol altına almaya çalışmıştır. Kamu televizyonu ve radyo yayıncılarının başkanlarını değiştirerek eski milletvekillerinden birini TVP'nin Polonya merkezli devlet televizyonunun (TVP) başına atamıştır²²⁴.

Medya çoğulculuğunun aleyhine faaliyetlerde bulunan Polonya hükümeti²²⁵, ülkenin ana akım medyasını kontrol eden, muhalif basın mensupları ve medya kuruluşlarını hedef alan bir dizi yasal düzenleme çıkarmıştır. Bunun en önde gelen örneklerinden biri, 2016'da kabul edilen ve kamu yayıncılığına siyasi etki sağlayan bir yasa olan "Medya Kanunu" dur. 2016'dan bu yana kamu medyasının

Sejm (Meclis) tarafından Milletvekilleri arasından seçilen 4 üye ve Senato tarafından Senatörler arasından seçilen 2 üye." <<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>> Date of Access: 18.10.2023.

²¹⁹ Mazur and Zurek (n 185) 38.

²²⁰ Ocak 2020'de yargıçlar, Senato ve Avrupa Komisyonu tarafından alınan aksi yönde tutum bu yasanın kabul edilmemesini sağlayamamıştır. Bu bağlamda ne yargıçların 1.000 Cübbelinin Yürüyüşü çağrısında bulunarak kamuoyundan tepki yaratması ne parlamentonun ikinci kanadı olan Senato'nun ara ret kararı ne de Avrupa Komisyonu tarafından dile getirilen eleştiriler Sejm'in susturma yasasının kabul edilmesini engellemiştir. Matthes (n 193) 475.

²²¹ Mazur (n 188) 3.

²²² Ibid.

²²³ Ibid.

²²⁴ Annabelle Chapman, 'Pluralism Under Attack: The Assault on Press Freedom in Poland' (2017) Freedom House Report 16.

²²⁵ Media Freedom Rapid Response, "Media Freedom at a Crossroads, Journalism in Poland faces uncertain future ahead of election" <<https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2023/10/MFRR-Report-Media-Freedom-at-a-Crossroads.pdf>> Date of Access: 20.10.2023.



yönetim kurullarına yapılan atamaları denetleyen Ulusal Medya Konseyi (NMC) üyelerinin kendileri de parlamento tarafından atanmaktadır²²⁶. Ulusal Medya Konseyi, iktidar partisinin kamu yayıncıları üzerindeki kontrolünün devam etmesini sağlamıştır²²⁷. 2022 yılında Sejm, hepsi hükümet destekçisi olan üç yeni üye atarken, kalan iki üye muhalefet partileri tarafından sağlanan bir listeden Devlet Başkanı tarafından atanmıştır. Bu üç kişi iki çoğunluk PiS'in NMC'yi beş yıl daha kontrol etmesini sağlamıştır²²⁸.

VI. SUİSTİMALCI ANAYASACILIK UYGULAMALARI KARŞISINDA AVRUPA ADALET DİVANI VE AİHM

Macaristan ve Polonya, Avrupa Birliği'ne 2004 yılında üye olurken, Kopenhag kriterleriyle örtüşen kapsamlı yasal reformlar yaparak hızlı bir dönüşüm yaşamışlardır. Fakat her iki ülkede de üyelikleri sonrasında demokratik ilkelerin hayata geçirilmesi konusunda sıkıntılar yaşanmıştır²²⁹. AB de bu ihlallere karşı her iki ülke için 7. madde kapsamında harekete geçmeye karar vermiştir²³⁰. Ayrıca güncel ve önemli bir gelişme olarak, Adalet Divanı 2022'de Macaristan²³¹ ve Polonya'nın²³² popülist hükümetlerinin fonların kesilmesine yaptıkları itirazı reddetmiştir.

Macaristan ve Polonya'da yapılan anayasal ve yasal düzenlemeler ve beraberinde getirilen antidemokratik uygulamalar sonucunda Avrupa Birliği değerlerinden uzaklaşılmasına ilişkin eleştiriler de sıkça yöneltilmektedir²³³. Bu eleştirilerin odağı AB'de hukukun üstünlüğü krizinin olduğuna ve AB'nin bu illiberal eylemleri önleyici politikalarının ve donanımının yetersiz olduğuna ilişkindir²³⁴.

Hızla gelişen suistimalci anayasacılık uygulamaları sonucu insan haklarına dayanan demokrasilerden kopma eğilimi gösteren devletlere karşı Avrupa Adalet Divanı ve AİHM'in rolü ve yaklaşımını da değerlendirmek gerekmektedir. Popülist hükümetlerin yerel kurumlarla kurduğu otoritelerini pekiştirmeye yönelik araçsal

²²⁶ Media Freedom Rapid Response, "Media Freedom at a Crossroads, Journalism in Poland faces uncertain future ahead of election" <<https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2023/10/MFRR-Report-Media-Freedom-at-a-Crossroads.pdf>> Date of Access: 20.10.2023.

²²⁷ Chapman (n 224) 16.

²²⁸ Media Freedom Rapid Response, 'Media Freedom at a Crossroads, Journalism in Poland faces uncertain future ahead of election' <<https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2023/10/MFRR-Report-Media-Freedom-at-a-Crossroads.pdf>> Date of Access: 20.10.2023.

²²⁹ Coella, S D, 'Avrupa Birliği'nde Hukukun Üstünlüğü Krizi ve Aday Ülkelere Yönelik Önleyici Politikaların Siyaseti' (2020) 38 Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 72-73.

²³⁰ Ibid 72.

²³¹ C-156/21, Judgment of the Court (Full Court) of 16 February 2022, Hungary v Parliament and Council <<https://curia.europa.eu/juris/>> Date of Access: 12.10.2023.

²³² C-157/21, Judgment of the Court (Full Court) of 16 February 2022, Poland v Parliament and Council <<https://curia.europa.eu/juris/>> Date of Access: 12.10.2023.

²³³ Hegedüs and Véghe (n 76)

²³⁴ Coella (n 229) 69; Chapman (n 224) 15.

ilişkinin uluslararası yargıya da uzanıp uzanmadığı sorunu ve etkili bir uluslararası yargı organı olarak AIHM'in suistimalci anayasacılığa karşı AIHS'i yorumu ve uygulaması da bu bağlamda üzerinde durulması gereken önemli bir konudur²³⁵.

A. Macaristan

AB Parlamentosu Macaristan'a yönelik aldığı kararda anayasanın yapım süreci, parlamenter denetim süreçlerine yapılan müdahaleler, anayasa mahkemesine, seçme, medya ve dini gruplara ilişkin yapılan değişiklikleri eleştirerek, Macaristan'a eleştiriler doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapması için tavsiyelerde bulunmuştur²³⁶.

Venedik Komisyonu da yargı alanında yapılan değişikliklerin yargı bağımsızlığını tehdit ettiğini belirtmiştir²³⁷. Ayrıca Komisyon, Medya Hizmetleri ve Kitle İletişimine İlişkin Kanun, Basın Özgürlüğüne İlişkin Kanun ve Kitlesel Reklam Gelirlerinin Vergilendirilmesine İlişkin Mevzuat²³⁸ ve seçim mevzuatı değişikliklerine ilişkin görüşlerinde²³⁹ demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelere riayet edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Hükümet'in parlamentodaki çoğunluğuna dayanarak kanuni yolla yargıçları zorunlu şekilde emekliye ayırma teşebbüsleri AB Adalet Divanı'nın kararı ile başarısız olmuştur²⁴⁰. Nitekim Divan²⁴¹, yargıçların emeklilik yaşının 70 yaşından 62 yaşa düşürme değişikliğinin 2000/78/CE²⁴² sayılı Direktife aykırı olduğuna karar vermiştir²⁴³.

Avrupa Komisyonu mevzuatında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılık yaptığı iddiasıyla Macaristan'ı 15 Temmuz 2022'de Divan'a sevk ederek ihlal prosedürünü başlatmıştır²⁴⁴. Komisyon, yasanın bireylerin temel haklarını

²³⁵ Zysset (n 59) 981.

²³⁶ 'European Parliament resolution of 3 July 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the European Parliament resolution of 16 February 2012' <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0315_EN.html?redirect> Date of Access: 12.10.2023.

²³⁷ CDL-AD (2021)036; CDL-AD(2019)004 <<http://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

²³⁸ CDL-AD (2015)015; CDL-AD(2021)039 <http://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

²³⁹ CDL-AD (2021)039 <<http://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

²⁴⁰ Duygun (n 43) 422.

²⁴¹ Affaire C-286/12 (06.11.2012) <<https://curia.europa.eu/juris/>> Date of Access: 12.10.2023

²⁴² Establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, 27 November 2000 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078>> Date of Access: 13.10.2023.

²⁴³ Tezcan D, 'Hâkim Güvenceleri Açısından 26 Haziran 2016 tarihli Baka- Macaristan Büyük Daire Kararı İle İlgili Bazı Gözlemler' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3689.

²⁴⁴ Macaristan makamları, Komisyonun eşitlik ve temel hakların korunmasına ilişkin endişelerine yeterince yanıt vermediği ve uyumsuzluğun giderilmesine yönelik herhangi bir taahhüt içermediği için Komisyon, 2 Aralık 2021 tarihinde Macaristan'a gerekçeli mütalaa göndermiştir. Yapılan



ve temel haklarla ilgili olarak AB değerlerini ihlal ettiği görüşündedir²⁴⁵.

FIDEZS'in yargı reformunu eleştiren Yüksek Mahkeme Başkanı Andras Baka'nın görev süresi Temel Kanun'un yürürlüğe girmesi ile sona erdiğinden Baka görevden alınmıştır. Hakimlik teminatı ile bağdaşmayan bu müdahale²⁴⁶ AİHM önüne taşınmıştır. Macar hukuk sisteminde, Yüksek Mahkeme üyelerinin mahkemeye erişim hakkını açıkça kapatılmamış olsa da görev süresinin sona ermesi Temel Kanun'a konan bir hükümle gerçekleştirilmiştir. Bu işleme karşı, anayasa şikâyeti de dahil olmak üzere yargı denetimi imkânı söz konusu olmadığından mahkemeye erişim hakkının²⁴⁷ ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir²⁴⁸. Bu karar, davalı devlet veya AİHM tarafından popülizm şeklinde nitelendirilmeksizin de popülizmin başvuru sahibi tarafından sunulan olgularda ve argümanlarda zaten mevcut olabileceğine örnektir²⁴⁹.

B. Polonya

Polonya makamları, AB hukukunu sıkça ihlal ettiğinden²⁵⁰ 3 Ocak 2016 tarihinde Avrupa Komisyonu, hukukun üstünlüğü ilkesini Polonya ile ilgili olarak ilk kez harekete geçirmiştir. Bu adım, öncelikle Polonya Anayasa Mahkemesi'nin durumu ve yeni iktidar çoğunluğunun işine gelmediğini düşündüğü kararları açıkça ihlal etmesiyle gerekçelendirilmiştir.

Polonya, Avrupa Birliği Anlaşması'nın (ABA) madde 7(1) prosedürüne²⁵¹ ve

değişikliklerin AB ikincil mevzuatının, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın (TFEU), Avrupa Birliği Antlaşması'nın (TEU) ve AB Temel Haklar Şartı'nın çeşitli hükümlerini ihlal ettiği belirtilmiştir. "Commission refers Hungary to the Court of Justice of the EU over violation of LGBTIQ rights" <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2689> Date of Access: 15.10.2023.

²⁴⁵ "Commission refers Hungary to the Court of Justice of the EU over violation of LGBTIQ rights" <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2689> Date of Access: 15.10.2023.

²⁴⁶ Tezcan (n 248) 693.

²⁴⁷ Baka v. Hungary, App. No. 20261/12, 27 May 2014, par. 120-122.

²⁴⁸ AİHM Başvuranın görevinin zamanından önce sona erdirilmesinin sadece başvuruları değil, gelecekte diğer yargıçları ve mahkeme başkanlarını da yargıyı etkileyen yasal reformlar ve daha genel olarak yargının bağımsızlığı ile ilgili konularda kamusal tartışmalara katılmaktan caydırmış olabileceği belirtilerek müdahalenin demokratik toplumda gereklilik kıstası taşımadığından hareketle ihlal kararı vermiştir. Baka v. Hungary, App. No. 20261/12, 27 May 2014, par. 173 vd.

²⁴⁹ Zysset (n 59) 978.

²⁵⁰ Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 1; Matthes (n 193) 472.

²⁵¹ Üye Devletlerin üçte birinin, Avrupa Parlamentosu'nun veya Avrupa Komisyonu'nun gerekçeli önerisi üzerine Konsey, Avrupa Parlamentosu'nun onayını aldıktan sonra üyelerinin beşte dördünün çoğunluğuyla hareket ederek, bir Üye Devlet tarafından Madde 2'de atıfta bulunulan değerlerin ciddi bir şekilde ihlal edilmesine yönelik açık bir risk bulunduğunu tespit edebilir. Böyle bir tespitte bulunmadan önce, Konsey söz konusu Üye Devleti dinler ve aynı usule uygun olarak hareket ederek kendisine tavsiyelerde bulunabilir. Bkz. Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law COM/2017/0835 final-2017/0360 (NLE) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017PC0835>> Date of Access: 16.10.2023.

Avrupa Konseyi'nin özel izleme prosedürüne aynı anda tabi olan ilk AB üyesi devlet olmuştur²⁵². Bu bağlamda hukukun üstünlüğü, insan hakları ve demokrasi ilkelerinin ihlaline karşı, AB'nin en etkili ve silahlı ABA'nın 7.maddesidir²⁵³. Çünkü bu madde kapsamında üye ülke Avrupa Konseyi'ndeki oy hakkından yahut mali yardımdan yoksun bırakılabilmektedir²⁵⁴.

Polonya tarafından hukukun üstünlüğünün ciddi bir şekilde ihlal edilmesine yönelik açık bir riskin tespitine ilişkin Avrupa Konseyi'ni teklifinde; bağımsız ve meşru bir anayasal denetimin eksikliği, Polonya parlamentosu tarafından Polonya yargısına ilişkin olarak yargı bağımsızlığı konusunda ciddi endişeler doğuran ve Polonya'da hukukun üstünlüğüne yönelik sistemik tehdidi önemli ölçüde arttıran yeni mevzuatın kabul edilmesi hususları vurgulanmıştır. Bu bağlamda 15 Aralık 2017 tarihinde Senato tarafından onaylanan Yüksek Mahkeme Kanunu ve Ulusal Yargı Konseyi Kanunu ve diğer bazı kanunlarda değişiklik yapan Ulusal Yargı Konseyi Kanunu, Olağan Mahkemeler Teşkilatı Kanununda değişiklik yapan Olağan Mahkemeler Teşkilatı Kanunu ve ayrıca Ulusal Yargı Okulu Kanunu'na dikkat çekilmiştir²⁵⁵.

Avrupa Adalet Divanı 2021 yılı Mart ayında yargıçların atanma şekline ilişkin olarak²⁵⁶, Ekim ayında ise²⁵⁷ mahkemelerin kanuniliğinin ve Polonya Devlet Başkanı'nın yargıçları kendi istekleri dışında başka mahkemelere nakletme uygulaması ve sürecinin AB hukuku ile bağdaşmadığı kararı almıştır²⁵⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Polonya'daki ciddi davaların çoğunda²⁵⁹ sessiz kalmış olsa da 2017 yılında yargı alanında yapılan reformlardan sonra AİHM, AİHS'in 6. maddesi bağlamında birçok ihlal kararı vermiştir. Bu kararlar yeni kurulan yargı mercilerinin kanunla kurulmuş mahkeme niteliğine sahip olmaması²⁶⁰ ve görevden uzaklaştırılan yargıçların mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğine ilişkindir²⁶¹.

²⁵² Pech, Wachowiec and Mazur (n 176) 2.

²⁵³ Doktrinde 7. madde prosedürü nükleer seçenek olarak ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Laurent Pech, 'Article 7 TEU: From 'Nuclear Option' to 'Sisyphian Procedure'?' U. Belavusau and A. Gliszczynska-Grabias (eds), *Constitutionalism under Stress* (Oxford University Press 2020) 157.

²⁵⁴ Coella (n 229) 70.

²⁵⁵ Bkz. COM/2017/0835 final-2017/0360 (NLE), Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law COM/2017/0835 final-2017/0360 (NLE) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017PC0835>> Date of Access: 13.10.2023.

²⁵⁶ C-824/18 (02.03.2022) <<https://curia.europa.eu/juris/>> Date of Access: 12.10.2023.

²⁵⁷ C-487/19 (06.01.2021) <<https://curia.europa.eu/juris/>> Date of Access: 12.10.2023.

²⁵⁸ Matthes (n 193) 475.

²⁵⁹ Solska and Rybicka v. Poland, App. No. 30491/17 and 31083/17, 20 September 2018.

²⁶⁰ Xero Flor w Poland Sp. z o.o. v. Poland, App. No. 4907/18, 7 May 2021; Reczkowicz v. Poland, App.No. 43447/19, Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland, App. No. 49868/19, 57511/19, 08 February 2022.

²⁶¹ Broda and Bojara v. Poland, App. No. 26691/18 and 27367/18, 29 June 2021.



AİHM Büyük Dairesi, 2022’de Polonya hakkında Ulusal Yargı Kurulu yargıcı Grzęda’nın yargısal reformlar kapsamında görevinin süresinden önce sona erdirilmesi ve bu kararın herhangi bir yargısal denetime tabi olmamasına ilişkin başvuruyu adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. AİHM yargıç Grzęda’nın görev süresini sona erdiren karara karşı yargı denetiminin mümkün olmamasının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir²⁶².

2023 yılı Avrupa Komisyonu Hukukun Üstünlüğü raporunda²⁶³, medya kuruluşlarına işletme ruhsatı verilmesinde adil, şeffaf ve ayrımcı olmayan usullere uyulmasının sağlanması ve ayrıca Avrupa standartlarının dikkate alınarak, kamu hizmeti medyasının bağımsız yönetişimini ve editoryal bağımsızlığını artıracak kural ve mekanizmaların güçlendirilmesi hususlarında ilerleme kaydedilmediği belirtilmiştir²⁶⁴.

SONUÇ

Herhangi bir siyasal sistemde her türden görüşün halkın çoğunluğunun iradesine atıfla savunulması olarak ifade edilen popülizmin, iktidarlar tarafından otoriter hedeflere ulaşmak için siyasal bir araç olarak kullanımı, suistimalci anayasacılığa dayanak olmaktadır. Nitekim günümüzde popülist iktidarların anayasa normlarını manipüle etmesi sonucunda hukuk devletinin temel ilkelerinin ihlali sıkça gündeme gelmektedir. İktidarların istikrarlarını ve çıkarlarını koruma amacıyla geliştirdikleri popülist politikaları ve suistimalci anayasacılık uygulamalarıyla demokrasiyi tahribata uğratması, tarihi çok eskilere dayanan bir politika olmakla beraber seçimle göreve gelen iktidarın, demokrasi maskesi düştüğünde temel haklar, özgürlükler ve demokrasi ilkeleri açısından bazı sorunlar gün yüzüne çıkabilmektedir.

Doğu Avrupa’da özellikle Macaristan ve Polonya örneklerinde çoğunlukçu demokrasiye yönelen popülizmin yükselişi ile birlikte iktidarın otoriter eğilimleri ivme kazanmıştır. Anayasa ve anayasal denetim mekanizmaları iktidarların otoriterliklerini meşrulaştırıp, sağlamlaştırmada kilit bir araç olarak kullanılmıştır. Her iki ülkede de yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına olumsuz yönde etki edecek değişiklikler ilk önce anayasacılığın en etkin silahı olan anayasa yargısı alanında gerçekleştirilmiştir. Hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkesine bağlı kalınmasını sağlayan Anayasa Mahkemesi’nin yapısına ve yetkisine ilişkin yapılan önemli değişikliklerin ve ayrıca yargının adil, etkin, bağımsız ve tarafsız işlemlerini sağlayan Ulusal Yargı Kurulu’na yönelik değişikliklerin suistimalci anayasacılık uygula-

²⁶² Grzęda v. Poland, App. No. 43572/18, 15 March 2022.

²⁶³ SWD(2023)821 (05.07.2023) <https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/48_1_52627_coun_chap_poland_en.pdf> Date of Access: 30.10.2023.

²⁶⁴ Media Freedom Rapid Response, ‘Media Freedom at a Crossroads, Journalism in Poland faces uncertain future ahead of election’ <<https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2023/10/MFRR-Report-Media-Freedom-at-a-Crossroads.pdf>> Date of Access: 20.10.2023.

maları olduğu açıktır. AB'nin en yeni anayasası olan 2012 tarihli Temel Kanun ile Macaristan'da yeni anayasa yapımı yoluyla, Polonya'da ise anayasa değişikliği yoluyla suistimalci anayasacılık uygulamaları bariz şekilde gerçekleştirilmiştir. Ayrıca çoğulcu demokrasi anlayışına aykırı şekilde ifade ve medya özgürlüğüne ket vuracak düzenlemeler yapılmıştır. Bu yöndeki popülist politikalar sonucunda gerçekleştirilen suistimalci anayasacılık uygulamaları, anayasacılığın hak ve özgürlükleri güvence altına alma amacına aykırı nitelik taşımakta ve insan haklarına dayanan demokrasilerden kopma eğilimine sebep olmaktadır.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) 2. maddesinde ifade edildiği üzere hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarına saygı Birlik'in üzerine kurulduğu en önemli değerlerdendir. Fakat son yıllarda Avrupa Birliği üyesi ülkelerinden özellikle Polonya ve Macaristan'da yargı organlarının bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyen, kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyen, temel hak ve özgürlüklere müdahale eden hukuki politikalar ABA'da benimsenen ve Birlik'in üzerine kurulduğu belirtilen ilkelerin taraf ülkelerde tam anlamıyla korunamadığını ortaya koymaktadır. AB kurumları, Macaristan ve Polonya'nın yürüttüğü politikalara karşı bazı yaptırım mekanizmalarını devreye soksa da suistimalci anayasacılık uygulamalarına ket vurma konusunda bu yaptırımların çok etkili olamadığı görülmektedir. Ayrıca teknolojik gelişmeler dolayısıyla medyanın hızla ivmelendiği bir dönemde, uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinin birçok Avrupa ülkesinde medyanın kontrolünün ele geçirilmesini engellemede pek başarılı olamadığı ortaya çıkmıştır.

Hukuk devletinde adil ve serbest seçimlerle seçilen çoğunluk, halkı temsil ederek, siyasi tercihleri belirlerken bireylerin haklarının korunmasını sağlayan hukukun üstünlüğü ilkesi ile sınırlandırılmıştır. Dolayısı ile de iktidarlar anayasal ve yasal düzlemde yaptıkları tüm işlem ve eylemlerde öncelikle bu ilkeyi gözetmek durumundadır. Lakin iktidarların otoritelerini arttırmalarının önünde engel olarak gördükleri anayasal kurumları etkisizleştirip, bu kurumların bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını ihlal ederek, anayasal denetim ve denge mekanizmalarının kontrolünü ele geçirme gayesine ulaşmaları başta kuvvetler ayrılığı ilkesinin zedelenmesine ve bir devletin anayasal demokrasi kimliğinin dönüşmesine sebebiyet vermektedir.

Çağdaş demokrasilerde değişen sosyal, ekonomik, siyasal koşullara, çağın gereklerine ve halkın ihtiyaçlarına binaen anayasalarda değişiklik yapılması yahut yeni anayasa yapımı mümkündür. Fakat her koşulda anayasal bir devlette demokrasi salt oy vermeye indirgenmemeli, seçimler adil şekilde yapılmalı, hukukun üstünlüğü ilkesine dayanılmalı, iktidarın tüm işlem ve eylemleri tarafsız ve bağımsız yargının denetimi altında olmalı, özgür medya ile kamuoyu oluşturulmalı ve kuvvetler ayrılığı ilkesine riayet edilmelidir. Bu bağlamda anayasayı değiştirme usulü ve denetim mekanizmasının, anayasacılığın özüne aykırı surette kötüye kullanılmaması, suistimalci anayasacılığın önüne geçilmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Ablonczy B, *Conversations on the Fundamental Law of Hungary* (Elektromédia 2012).

Albert R, ‘Constitutional Amendment and Dismemberment’ (2018) 43(1) *The Yale Journal of International Law*.1-84.

Backer L C, ‘From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems’ (2009) 113 (3) *Penn State Law Review* 671-730.

Bolaji K A, ‘Elitist Politics and Constitutionalism in Nigeria’ (2007) 7 (3) *The Constitution* 49-69.

Bugarić B, ‘The Two Faces of Populism: Between Authoritarian and Democratic Populism’ (2019) 20 *German Law Journal* 390-400.

Bugarić, B, ‘Central Europe’s descent into autocracy: A constitutional analysis of authoritarian populism’ (2019) *International Journal of Constitutional Law* 597-616.

Chapman A, ‘Pluralism Under Attack: The Assault on Press Freedom in Poland’ (2017) *Freedom House Report* 1-16.

Coella, S D, ‘Avrupa Birliği’nde Hukukun Üstünlüğü Krizi ve Aday Ülkelere Yönelik Önleyici Politikaların Siyaseti’ (2020) 38 *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 69-85.

Çamurcuoğlu G, ‘Çoğunlukçu Demokrasiye Yönelim Olarak Popülizm2 (2019) 10(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 277-291.

Dariusz M, ‘From bad to worse – the Polish judiciary in the shadow of the ‘muzzle act’’, *Themis Association of Judges* 31 December 2020 <http://themis-sedziowie.eu/wp-content/uploads/2021/01/Themis_From-bad-to-worse_ang.pdf> Date of Access 15.10.2023.

Dixon D and Landau D, ‘Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators’ (2021) 7 *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law* 49-80.

Doyle O and Longo E and Pin, A, ‘Populism: A health check for constitutional democracy?’ (2019) 20(3) *German Law Journal* 401–407.

Doyle O, ‘Populist Constitutionalism and Constituent Power’ (2019) 20 *German Law Journal* 161–180.

Duygun A M, ‘Popülist Anayasacılığa Giriş’ (2020) 9 (18) *Anayasa Hukuku Dergisi* 397-464.

Ekinci A ve Kaplan Arık A, ‘Devlet Başkanının Anayasal Dönem Sınırını Uzatan ya da Ortadan Kaldıran Anayasa Değişikliklerinin Anayasa Değiştirme İktidarının Kötüye Kullanılması Bağlamında Değerlendirilmesi’ (2020) 5(1) *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 71–122.

Erdoğan M, *Anayasal Demokrasi* (Siyasal Kitabevi 2015).

Fournier T, 'From Rhetoric to Action, a Constitutional Analysis of Populism' (2018)8 EUI Working Papers 1-18

Gardbaum S, 'Revolutionary Constitutionalism' (2017) 15(1) *International Journal of Constitutional Law* 173–200.

Gárdos-Orosz F, 'Unamendability as a Judicial Discovery? Inductive Learning Lessons from Hungary' *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* Ricjard Albert ve Bertil Emrah Oder (eds) (Springer International Publishing 2018) 231-258.

Gökmen Ö, "Jan-Werner Müller, What Is Populism? (2017) 2 (2) *Markets, Globalization & Development* 1-8.

Gözler K, 'Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri' (2016) 4 *Ankara Barosu Dergisi* 25-36.

Gözler K, 'Demokrasi Nereye Gidiyor? Nerede Hata Yaptık?' (2018) 7(14) *Anayasa Hukuku Dergisi* 569-583.

Gözler K, '1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte Mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme (Versiyon 4)' <<https://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>> Erişim Tarihi: 08.10.2023

Guriev S and Papaioannou E, 'The Political Economy of Populism' (2020) <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3542052> Date Of Access: 28.10.2023.

Hailbronner M and Landau, D, 'Introduction: Constitutional Courts and Populism' *Blog of the International Journal of Constitutional Law*' (22 Nisan 2017) <<https://verfassungsblog.de/introduction-constitutional-courts-and-populism/>> Date of Access 25.10.2023.

Halmay G, 'Ungarns Verfassungsgericht: Das Imperium schlägt zurück' (04.02.2013) *Verfassungsblog on Matter Constitutional* <<https://verfassungsblog.de/ungarns-verfassungsgericht-das-imperium-schlagt-zuruck/>> Date of Access 10.10.2023.

Halmay G, 'Populism, Authoritarianism And Constitutionalism' (2019) 20(3) *German Law Journal* 296-313.

Halmay G, 'Ungarns Verfassungsgericht: Das Imperium schlägt zurück' (04.02.2013) *Verfassungsblog on Matter Constitutional* <<https://verfassungsblog.de/ungarns-verfassungsgericht-das-imperium-schlagt-zuruck/>> Date of Access: 12.10.2023.



Haugen, S C, *The Hungarian Judiciary: A Guardian in Need of Rescuing? A study of judicial independence in Hungary since the transition to democracy in 1989* (Master's Thesis Department of Comparative Politics University of Bergen 2014)

Hegedüs I and Végh Z, 'Illiberal Democracies: What can the European Union do in case a member state regularly and systematically breaches European values and regulations?' (24 April 2015) <<https://europatarsasag.hu/en/open-space/illiberal-democracies-what-can-european-union-do-case-member-state-regularly-and>> Date of access: 25.10.2023.

Kaya S B, 'Anayasacılık Bakımından Devlet: Bir Kuramsal Deneme' (2022) 17(2) *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 542-567.

Kovács K and Tóth G A, 'Hungary's Constitutional Transformation' (2011) 7 *European Constitutional Law Review* 183-203.

Kinander M, 'Comparing courts: The accountability function of the constitutional courts of Poland and Hungary' (2014) 39(2) *Review of Central and Eastern European Law* 145-190.

Laclau, E, 'Popülizm: Bir Ad Ne İçerir?' (2011) 1(1) Hayriye Özen (çev) *Atılım Sosyal Bilimler Dergisi* 135-146.

Landau D, 'Abusive Constitutionalism' (2013) 47(1) *University of California Davis Law Review* 189-260.

Landau D, 'Populist Constitutions' (2018) 85 *The University of Chicago Law Review* 521-543.

Matthes C Y, 'Judges as activists: how Polish judges mobilise to defend the rule of law' (2022) 38(3) *East European Politics* 468-487.

Mazur D and Żurek, W, 'So-called 'Good change' in the Polish system of the administration of justice' (06.012017) <https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Sanders/Dokumente/Good_change_-_7_October_2017_-_word.pdf> Date of Access: 24.10.2023.

Mazur D, 'Annual report for 2020 From bad to worse-the Polish judiciary in the shadow of the 'muzzle act' (2020) Themis Association of Judges 1-19.

Müller J W, 'The Hungarian Tragedy' (Spring 2011) *Politics Abroad* <https://lapa.princeton.edu/conferences/hungary11/muller_the_hungarian_tragedy.pdf> Date of Access 10.10.2023

Müller J W, 'Populism and Constitutionalism' in *Oxford Handbook of Populism* Cristóbal Rovira Kaltwasser et al. (eds), (Oxford University Press 2017) 590-606.

Nart İ, 'Abusive Constitutionalism in the Heart of the Europe: Cases of Hungary and Poland' (2021) 3 *Journal of International Relations and Political Science Studies* 27-44

Oder B E, *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık* (Anahtar Kitaplar Yayınevi 2004).

Özbudun E, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015).

Paczolay P, 'Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin Yetkilerinde Değişiklik' (2012) 29 *Anayasa Yargısı Dergisi*

Pech, L and Wachowiec P and Mazur D, 'Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action' (2021) 13 *Hague Journal on the Rule of Law* 1-43.

Richard A, 'Constitutional Amendment and Dismemberment' (2018) 43 (1) *The Yale Journal of International Law* 1-84.

Sartori G, 'Constitutionalism: A Preliminary Discussion' (1962) 56(4) *The American Political Science Review* 853-864.

Scheppele K L, 'Understanding Hungary's Constitutional Revolution' in Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania, Armin von Bogdandy and Pál Sonnevend (eds) (Bloomsbury Publishing 2015) 111-124.

Şahin A, 'Siyasal Düşünceler Tarihinde "Sınırlı Devlet" Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısında Evrilme' (2011) 15(3) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 311-362.

Tezcan D, Hakim Güvenceleri Açısından 26 Haziran 2016 tarihli Baka- Macaristan Büyük Daire Kararı İle İlgili Bazı Gözlemler' (2016) 65 (4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3687-3694.

Topuzkanamış Ş E, *Halka Ait Anayasacılık* (On İki Levha 2021).

Turhan, M 'Anayasa ve Anayasacılık' (1994) 27(3) *Amme İdaresi Dergisi* 3-12.

Turhan, M *Anayasal Devlet* (Naturel Yayıncılık 2005)

Tushnet M, 'Authoritarian Constitutionalism' (2015) 100 *Cornell Law Review* 391-462.

Uitz R, 'Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary' (2015) 13(1) *International Journal of Constitutional Law* 279-300.

Uygun O, *Devlet Teorisi*, (On İki Levha 2021).



Tanör B, *Anayasal Gelişme Tezleri* (Yapı Kredi Yayınları 2010).

Yazıcı H, ‘Bazı Ülke Örnekleri ve Uluslararası Belgelerde Yargı Kurulları Hakimlerin Atanma ve Disiplin İşlemlerine İlişkin Yetkileri’, (2014) 72(2) *İÜHF* 759-784.

Yıldız O, ‘Popülist İtirazdan Popülist İdareye: SYRIZA ve PODEMOS Örnekleri’ (2015) 39 (2) *Mülkiye Dergisi* 291-296.

Roznai Y and Brandes T H, ‘Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine’ (2020) 14(1) *Law and Ethics of Human Rights* 1-24.

Zeldin W, ‘Hungary: Constitutional Amendments Adopted’ Library of Congress (22.02.2023) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2013-03-19/hungary-constitutional-amendments-adopted/>> Date of Access: 12.10.2023.

Zysset A, ‘Calibrating the response to populism at the European Court of Human Rights’ (2022) 20 (3) *International Journal of Constitutional Law* 976-1005.

Çevrimiçi kaynaklar

Act XII of 2020 on the containment of coronavirus (31 March 2020) <<https://perma.cc/9LMR-YS3>> Date of Access: 15.10.2023.

COM/2017/0835 final-2017/0360 (NLE), Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law COM/2017/0835 final-2017/0360 (NLE) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017PC0835>> Date of Access: 13.10.2023.

‘European Parliament resolution of 3 July 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the European Parliament resolution of 16 February 2012’ <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0315_EN.html?redirect> Date of Access: 12.10.2023.

Hungary Today, ‘Constitutional Court Annuls Top Court Ruling on Govt’s Suspected Election Law Violation’ <<https://hungarytoday.hu/constitutional-court-top-court-kuria-ruling-govt-suspected-election-law-violation/>> Date of Access: 09.10.2023.

‘Hungary: Constitution Changes Warrant EU Action Government Action to Bypass Court Undermine Rule of Law’ <<https://www.hrw.org/news/2013/03/12/hungary-constitution-changes-warrant-eu-action>> Date of Access: 20.10.2023.

IPU New Parline, ‘Hungary-National Assembly’ <https://data.ipu.org/parliament/hu?chamber_id=13415> Date of Access: 29.10.2023.

<<http://www.venice.coe.int/>> Date of Access: 10.10.2023.

<<https://curia.europa.eu/juris/>> Date of Access: 12.10.2023.

<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2689> Date of Access: 15.10.2023.

<<https://www.sejm.gov.pl/>> Date of Access: 18.10.2023.

<https://freedomhouse.org/sites/default/files/2021-04/NIT_2021_final_042321.pdf> Date of Access: 10.11.2023.

<<https://tr.euronews.com>> Date of Access: 15.10.2023.

The International Commission of Jurists (ICJ), ‘A Facade of Legality: COVID-19 and the Exploitation of Emergency Powers in Hungary’ 2022 <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/02/Hungary-A-Facade-of-Legality-legal-briefing-2022-ENG.pdf>> Date of Access: 25.10.2023.

‘The Fundamental Law of Hungary’ <<https://www.parlament.hu/documents/125505/138409/Fundamental+law/73811993-c377-428d-9808-ee-03d6fb8178>> Date of Access: 25.10.2023

Media Freedom Rapid Response, ‘Media Freedom at a Crossroads, Journalism in Poland faces uncertain future ahead of election’ <<https://www.ecpmf.eu/wp-content/uploads/2023/10/MFRR-Report-Media-Freedom-at-a-Crossroads.pdf>> Date of Access: 20.10.2023.

‘On Report: Media Freedom in Hungary Ahead of 2002 Election’ <https://ipi.media/wp-content/uploads/2022/03/HU_PressFreedomMission_Report_IPI_2022.pdf> Date of Access: 11.10.2023.

Polish Election Result Shakes Up CEE <<https://centraleuropeantimes.com/2023/10/polish-election-result-means-new-v4-era/>> Date of Access: 22.10.2023.

‘Position of the Polish Judges Association Iustitia over the status of the Constitutional Tribunal’ (28.01.2020) <<https://www.iustitia.pl/en/activity/opinions/4022-position-of-the-polish-judges-association-iustitia-over-the-status-of-the-constitutional-tribunal>> Date of Access: 20.10.2023.

Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law COM/2017/0835 final-2017/0360 (NLE) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52017PC0835>> Date of Access: 16.10.2023.

Simon, K B, ‘Orta Avrupa’dan basın özgürlüğü manzaraları’ (31.01.2023), <<https://tr.boell.org/tr/2023/01/31/orta-avrupadan-basin-ozgurlugu-manzaralari>> Erişim tarihi: 12.10.2023.



Vlad Makszimov, ‘Orbán to change the constitution, again’ (22.04.2022) <https://www.euractiv.com/section/politics/short_news/orban-to-change-the-constitution-again/> Date of Access: 27.10.2023.

EBEDİYET KAYDI: ASLÎ KURUCU İKTİDARIN EBEDÎ MİRASI

Eternity Clause: Eternal Heritage of Constituent Power

Uğur YAKASIZ*

*“Anayasa, milletin tamamıyla arzularını ve meclisin mahiyetini
ve gerçek şeklini gösterir bir kanundur.”*

Mustafa Kemâl ATATÜRK

Özet

Hızla yenileşerek değişen ekonomik, sosyal ve siyasal yaşamda hukuk sistemlerinin de bu durumdan etkilenmemesi kaçınılmazdır. Nitekim yönetmelikler, kanunlar hatta anayasal hükümler durağan olmaktan ziyade muhtelif amaçlar dahilinde ve farklı yasal işlemler yoluyla değişmekte olan hukuk metinleridir. Hukuki metinlerin, bunların düzenlediği ekonomik siyasal ve sosyal yaşamın değişimi bir vakıa iken hukuk yazınında “ebediyet”, “sonsuzluk” gibi kavramların göze çarpması oldukça ilginçtir. Yerleşiklik ve ebediyet kayıtları, bazı anayasal hüküm, ilke ve değerlerin değiştirilmesini kısıtlayan ve bazen de tamamen yasaklayan anayasal normlardır. Anayasaların bu tür kayıtlarla koruduğu ilke ve değerler incelendiğinde, demokrasi, temsili hükümet, cumhuriyet, din-devlet ilişkisi, insan hakları gibi devlet ve toplumun en temel unsurlarına veya evrensel haklara ilişkin oldukları görülmektedir. Kayıtların kullanılmasındaki amaç; kısıtlarla pratik gücü sınırlamak, genel yasaklarla ise devletin temel unsurlarının, rejimin muhtemel tahrifini veya yok edilmesini engellemektir. Özellikle ebediyet kayıtlarının varlığıyla, ilgili anayasal hüküm ilke ve değerlerin hukuk içi yollarla ilgası veya değiştirilmesi anayasa koyucu tarafından engellenir. Çalışmamızın konusunu oluşturan ve birçok anayasada da kendine yer bulan bu kayıtlar, anayasal değişikliğin sınırı klişe tabiriyle kırmızı çizgisidir. Yerleşiklik ve ebediyet kaydı kavramı çalışmamızda tanımlanıp tarihsel gelişimi incelenecek, hukuki niteliği açıklanacak ve anayasa yargısındaki yeri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, anayasa değişikliği, değiştirme yasağı, ebediyet kaydı, yerleşiklik kaydı

Abstract

In the rapidly changing economic, social and political life, it is inevitable that the legal systems will not be affected by this situation. As a matter of fact, regulations, laws and even constitutional provisions are legal texts that amend for various purposes and through different legal processes, rather than being static. While the amendment of legal texts and the changing of economic, political and social life they regulate is a fact, it is quite interesting that a concept such as “eternity”

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.11.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Avukat, Giresun Barosu, Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, avukatyakasiz@gmail.com, <https://orcid.org/0009-0004-4175-0518.



stand out in the literature of law. Entrenchment clauses and eternity clauses are constitutional norms that constrain or sometimes completely prohibit the amendment of certain constitutional provisions, principles and values. As the principles and values protected by constitutions with such provisions are examined, it is seen that they are related to the most basic elements of state and society or universal rights such as democracy, representative government, republic, religion-state relationship, human rights. Purpose of using the clauses is to limit the practical power with restrictions, and to prevent the probable distortion or destruction of the basic elements of the state and regime with general prohibitions. Especially with the existence of eternity clauses, the abolition or modification of the relevant constitutional provisions, principles and values by legal means is prevented by the constituent power. These clauses, which are the subject of our study and are also included in many constitutions, are the limit of constitutional amendment, the stop lines of it in cliché terms. The concept of entrenchment and eternity clauses and their historical basis, legal character will be explained and their place in the constitutional judiciary will be discussed in our study.

Keywords: Constitution, constitutional amendment, entrenchment clause, eternity clause, prohibition of amendment

GİRİŞ

Ebediyet veya sonsuzluk kavramları, modern hukukla çelişik durumdadır. Bi-rey ve toplumun algısının genel olarak geçmiş ve gelecekte müteşekkil olduğu düşünüldüğünde ebediyet veya sonsuzluk, dünyevî olmaktan çok mistik olarak nitelendirilebilecek kavramlardır. Modern hukuk, sürekli gelişen toplum yapısına ayak uydurma kabiliyetindeki bir araçtır. Ancak görevi, sadece toplumda var olan düzenin salt açıklamasından ibaret değil, siyasal sosyal ve ekonomik istikrarı sağlamak ve toplumun değişimine yön vermektir. Öyleyse hukukun dinamik karakteri gereği, hukuk metinleri de dinamik olmalı, çağın isterlerine karşılık vermek için değişmeli ve gelişmelidir.

Kanun ve normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alan hukuk metinlerinin değişmesi, ilga edilmesi gibi işlemler alışlagelmiştir. Birçoğu yazılı ve sert (katı) olan anayasalarda da değişiklikler yapılmak suretiyle söz konusu dinamizm anayasacılıkta devam etmektedir. Peki ya toplumun ve devletin üzerine bina edildiği en geniş mutabakat ürünü ve en üst hukuki norm olan anayasanın içerdiği mühim ilke ve değerler, kimi zaman anayasanın ruhu, korunmak istenirse ne olacaktır? Bu durumda anayasa koyucular, yerleşiklik kayıtları ve ebediyet hükümleri ile değişiklikleri kısıtlama veya yasaklama yoluna gitmişler ve korumayı amaçladıkları hüküm ve ilkelerin hukuk içi yollarla değişmesini önlemiş veya zorlaştırmışlardır. Suber'e göre bunlar, bir anayasanın belirli bölümlerinde yapılan değişiklikleri veya belirli koşullar altındaki değişiklikleri ya "normal" değişikliklerden daha zor hale getiren ya da imkansız, başka bir deyişle yasal olarak kabul edilemez kılan hükümlerdir.¹ Peki bu kayıtların hukuki niteliği nedir? Yasamanın ve gelecek nesillerin üzerindeki antidemokratik bir kural mı yoksa anayasa ve anayasal değerleri "kötü emellerden" koruyan akıllıca bir araç mıdır?

¹ P. Suber, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. (New York: Lang, 1990), s. 75

I. TARİHSEL SÜREÇ – ANTİKİTEDEN MODERN ÇAĞLARA

Bu bölümde ebediyet kayıtlarının öncülü olan düzenlemelerden başlayarak Kuzey Amerika ve Avrupa'daki ilk örneklerinden bahsedilecektir, daha sonra modern örnekler ve Türk Anayasalarında bulunan ebediyet kayıtları incelenecektir.

A. Öncül Kayıtlar

Ebediyet kayıt veya hükümleri anayasacılık tarihiyle paralel şekilde Kuzey Amerika'da geliştirilmiş olsa da Yunan şehir devletlerindeki bazı hukuki metinler ve Yakın Çağ'da Avrupa anayasal gelişmeleri arasında sayılan kimi yasalar, biçimsel olarak değiştirilemezliği yani ebediyet kaydının öncüllerini ihtiva eder. Antik Yunan'da, kanun koyucular yerleşiklik kayıtlarını “güçlülerin yasayı kendi isteklerine uyacak şekilde değiştirmelerini önlemek için güvenceler” olarak kullandılar.² Bu tür kayıtlar birçok Yunan şehir devletinde düzenlenmiş ve birçoğu da onları ihlal edenler için yasadışı, müsadere veya sürgün gibi oldukça sert cezalar öngörmüştür.³ Bu bilgilerle dayanarak hukuki metinlerde salt değiştirilemezliğin antik döneme kadar giden geçmişlerinin bulunduğu, modern anayasacılıktan uzun zaman önce işlevleriyle ortaya çıktığı söylenebilir.

Yakın Çağ Avrupası'nda, değiştirilemeyen hükümlerin ve yasaların bilinen dört örneği vardır, öyle ki İngiliz İç Savaşı ve monarşisinin geçici olarak kaldırılması sırasında ortaya çıkan ilk iki metin, “*Agreement of the People*” (1647/1649) ve “*Instrument of Government*” (1653), doktrinde değiştirilemez olarak yorumlanan hükümler içermektedirler.⁴ Danimarka ve Norveç Kralı III. Frederick tarafından yayımlanan ve her iki ülkenin mutlakiyetçi anayasal belgesini oluşturan 1665 tarihli Lex Regia veya Kongeloven (Kral Yasası), ön sözünde “reddedilemez” (*uimodsigelig*) ve “sonsuz dek” (*till ævig tiid*) geçerli olduğunu hükme bağlamaktadır.⁵ Son olarak Macaristan'da 1741 tarihli “Soyluların özgürlükleri ve ayrıcalıklarına dair VIII. Yasa” da öğretide değiştirilemez olduğu ifade edilen hukuki metinlerden biridir.⁶

XVII. yüzyılın sonlarına doğru John Locke, değiştirilemezlik kavramını İngiltere'den Kuzey Amerika sömürgelerine getirmiş ve 1669 tarihli “*Fundamental Constitutions of Carolina*”, yani koloninin Locke tarafından yazılan şartının de-

² E.M. Harris, *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: Essays on Law, Society, and Politics*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), s. 22

³ D.M. Lewis, “Entrenchment-Clauses in Attic Decrees”, içinde P.J. Rhodes (Ed.), *Selected Papers in Greek and Near Eastern History*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), s. 136-149.

⁴ M. Schwartzberg, *Democracy and Legal Change*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2007)

⁵ 1665 Kongeloven [Kral Yasası], şuradan ulaşılabilir: <<https://-danmarkshistorien.dk/vis/materiale/kongeloven-1665>

⁶ Z. Szenté, “The Historic Origins of the National Assembly in Hungary”, (*Historia Constitucional*, 8, 2007), s.227-244



ğişmez olduğu, 120'nci ve son bölümünde Locke tarafından şiirsel bir dille ifade edilmiştir, ki biz de tarafımızca yapılan çeviriyle birlikte yazıldığı gibi aktarmayı uygun görüyoruz:

“...These fundamental constitutions, in number a hundred and twenty, and every part thereof, shall be and remain the sacred and unalterable form and rule of government of Carolina forever. Witness our hands and seals, the first day of March, sixteen hundred and sixty-nine.”

[...Sayıları yüz yirmi olan işbu temel yasalar ve bunların her bölümü, sonsuza dek Carolina hükümetinin kutsal ve değiştirilemez şekli ve kuralı olacak ve öyle kalacaktır. Ellerimiz ve mühürlerimiz şahittir, 1 Mart, 1699]

Locke'un “değiştirilemezlik” kavramını Kuzey Amerika'ya getirmesinden sonra birçok koloni şartı, farklı şekillerle ebediyet kayıtlarının öncüllerini kullanmıştır. Ancak modern anayasacılık tarihindeki ilk yerleşiklik kaydını görmek ancak 1776'da mümkün olmuştur.

B. Modern Anayasacılıkta Ebediyet Kayıtları

1. Kuzey Amerika

2 Temmuz 1776'da, New Jersey Anayasasıyla modern anayasacılıkta yerleşiklik kayıtlarının tarihi “biraz paradoksal” olarak başlamıştır, öyle ki koloninin anayasası bir değişiklik mekanizması öngörmemektedir ancak tüm parlamenterlerin edeceği yemin metnini düzenleyen 23'üncü madde değişmez bir hükümdür⁸:

“Ben, A.B., New Jersey Kolonisi Yasama Konseyinin [veya duruma göre meclisinin] bir üyesi olarak ne bana söz konusu koloninin kamu refahı için zararlı görünecek ve bu koloni şartının üçüncü maddesinin Yasama Konseyi ve meclisi üyelerinin seçimlerinin yıllık olacağını belirleyen kısmını iptal edecek veya yürürlükten kaldıracak olan; ne de söz konusu şartın yirmi ikinci bölümünün jüri tarafından yargılanmaya ilişkin kısmı veya aynı şartın on sekizinci veya on dokuzuncu maddelerinin herhangi bir bölümünü veya kısımlarını iptal edecek, yürürlükten kaldıracak veya değiştirecek herhangi bir yasa, oylama veya işlemi onaylamayacağımı ciddiyle beyan ederim.”⁹

⁷ J. Locke, “The Fundamental Constitutions of Carolina”, içinde London, C. & J. Rivington (Ed.) The Works of John Locke, Dokuzuncu Cilt, On İkinci Baskı (1824), s. 175-199, s.198

⁸ Michael Hein, “Constitutional Norms for All Time?”, (European Journal of Law Reform, 2019) s.226-242

⁹ 1776 New Jersey Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/nj15.asp

23'üncü madde, koloni anayasasının sayılı maddelerinde yapılacak herhangi bir değişikliği yasaklamaktadır. Her ne kadar 1776 tarihli New Jersey Anayasası bir değişiklik mekanizması içermiyor olsa da değişikliğin genel yasağı yani bir ebediyet kaydı olan bu hükmün mefhumu muhalifinden hareketle anayasanın geri kalan maddelerinde değişiklik yapılabileceği kolaylıkla anlaşılabilir. Nitekim Gözler'e göre değiştiriliş usulünü düzenlemeyen anayasalar alelade kanunlar gibi değiştirilebilir.¹⁰ Hükümlerinde yapılacak değişiklikler için ayrıca bir usul öngörmeyen anayasada değişiklik usulü, zorunlu olarak kanunlarla aynı şekildedir. Öyleyse sadece esasa ilişkin bir yasak içeren 1776 tarihli New Jersey Anayasası, sert-yumuşak anayasa ayrımında hangi kategoriye dahil edilmelidir? Bu sorunun cevabı, aşağıda Sert Anayasa başlığında verilecektir.

2. Avrupa

Avrupa'da ilk ebediyet kaydı, Fransız Devrim Savaşları sırasında İsviçre'de kurulan kısa ömürlü bir "kardeş cumhuriyet"¹¹ olan Helvetia Cumhuriyeti'nin 1798 tarihli anayasasının 2'nci maddesinin son cümlesinde karşımıza çıkar: "... *Hükümet şekli, değişse bile, her zaman bir temsili demokrasi olarak kalacaktır.*"¹² Fransızlar tarafından dayatılan anayasa, temsili demokrasiyi bir ebediyet kaydıyla korumayı amaçlar. Öyle ki işgal sonrası İsviçre'de yapılan bu anayasanın temel unsuru temsili demokrasi ile birlikte merkezi bir hükümetti ve bu durum XII. yüzyılın sonundan bu yana kendi kendini yöneten kantonlar eliyle yürütülen doğrudan demokrasi ve güçlü federalizmle tam bir zıtlık içerisindeydi.¹³

Avrupa'daki ikinci genel yasak 1814 Norveç Anayasası'nda görülür. 1814 Norveç örneğinin önemi, anayasanın ruhunu korumayı amaçlayan ilk genel yasak olmasından ileri gelir. Anayasa'nın 110'uncu madde hükmünün ilgili bölümü şu şekildedir: "... *ancak böyle bir değişiklik asla bu anayasanın ilkeleriyle çelişmemeli, yalnızca bu Anayasanın ruhunu değiştirmeyen belirli durumlardaki değişikliklerle ilgili olup...*"¹⁴ Smith'e göre düzenlenen bu kayıt, "esasen değiştirilemez normlara ilişkin mevcut tüm maddelerin en açık uçluları arasında yer alır".¹⁵ Bu haklı bir değerlendirmedir nitekim Anayasa, yasağı belirli hükümlerle sınırlı tutmamıştır. Değişikliğin çelişmeyeceği anayasal ilkelerin ne olduğu veya anayasanın ruhu-

¹⁰ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, On üçüncü Baskı, (Bursa: Ekin, 2008) s.16

¹¹ Kardeş Cumhuriyetler (Fransızca: *républiques sœurs*), Devrim Savaşları sırasında I. Fransız Cumhuriyeti'ne bağlı devrim ordularının ele geçirdiği bölgelerde kurduğu cumhuriyetlerdir.

¹² 1798 Helvetia Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.verfassungen.ch/verf98-i.htm>>

¹³ Michael Hein, "Constitutional Norms for All Time?", (European Journal of Law Reform, 2019) s.226-242

¹⁴ 1814 Norveç Krallığı Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://lovdata.no/dokument/HIST/lov/1814-05-17-18140517>>

¹⁵ E. Smith, "Old and Protected? On the 'Supra-Constitutional' Clause in the Constitution of Norway", (Israel Law Review, 44/3, 2011), s.368-388, s.373



nun neleri içerdiği düzenlenmemiştir dolayısıyla kaydın kapsamı net bir şekilde belirlenmemektedir.

1870’te İkinci Fransız İmparatorluğu’nun dağılmasından ve Üçüncü Cumhuriyet’in kurulmasından sonra, monarşistler ve cumhuriyetçiler arasındaki mücadele sonucu ülkenin 1875 tarihli mevcut anayasasında kapsamlı değişiklikler yapılmış ve 1884’teki bu değişikliklerle birlikte ebediyet kayıtları ilk kez mevcut bir anayasa değişikliği yoluyla eklenmiştir. 1884 Değişiklikleri ile cumhuriyetçiler, daha evvel 1804 ve 1853’te yaşadığı gibi monarşiye dönüşü engellemeyi amaçlamış, hükümet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilmesini yasaklamıştır.¹⁶ Aynı minvaldeki hükümlere ve ebediyet kayıtlarına Dördüncü ve hâlen yürürlükte olan Beşinci Cumhuriyet anayasalarında da rastlanır. Üçüncü Cumhuriyet’in rejimi koruyan ebediyet kaydı, daha sonra birçok Avrupa ülkesinde de görülecek bir uygulama olup kayıtların kıtada yaygınlaşmasına olanak vermiştir. Fransa’daki bu uygulamadan sonra birçok anayasa ebediyet kaydını kullanmış, özellikle monarşinin kaldırıldığı ülkeler cumhuriyet rejimini korumak için Fransız örneğinden esinlenerek anayasalarında ebediyet kayıtlarına yer vermişlerdir.

3. Türk Anayasacılığında Ebediyet Kayıtları

a. 1924 Anayasası

Türkiye’de anayasacılık daha eskiye dayansa da ilk ebediyet kaydına 1924 Anayasası’nda rastlanır. Anayasa’nın, değişiklik sürecini düzenleyen 102’nci maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir:

“...İşbu kanunun şekli Devletin Cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tadil ve tağyiri hiçbir suretle teklif dahi edilemez.”

Üçüncü Cumhuriyet Anayasası’na eklenen hükümlerle paralel olarak, monarşiyi lağvedip bir cumhuriyet rejimi tahsis eden Türkiye de 1924 yılında kabul ettiği 491 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile monarşinin restorasyonunu önleme amacıyla söz konusu kaydı anayasada düzenlemiştir.

b. 1961 Anayasası

27 Mayıs 1960 Askerî Darbesi sonrası hazırlanan 1961 Anayasası, aslı kurucu iktidarın anayasasıdır. Öyle ki 1961 Anayasası, kendisinden önce mevcut olan anayasanın usulüne uyarak değişiklik yapmak suretiyle oluşmuş bir anayasa değildir, tamamen yeni bir anayasadır. Hâlbuki darbe öncesi yürürlükte bulunan 1924 Anayasası, 102’nci maddesinde değiştirme usulünü belirtmiş ve bununla yetinmeyip aynı maddede bir ebediyet kaydı da düzenlemiştir. Buna rağmen askerî darbe sonucu idareyi eline alan Millî Birlik Komitesi, 12/6/1960 tarih ve 1 sayılı “1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanunu’nun bazı hükümlerinin kaldırılması

¹⁶ Gabor Halmay, “Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?”, (Constellations 19/2, 2012) s.183

ve bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkında Geçici Kanun” ile mevcut anayasanın kimi hükümlerini “hukuk dışı” olarak değiştirmiş ve kimilerini de yürürlükten kaldırmıştır. 1960 Darbesi’nin ortaya çıkardığı kurucu iktidar, yeni bir anayasa yapmak görevini üstlenmiş ve 1961 Anayasası doğmuştur. Yeni anayasa da bir önceki örneğini takip ederek 9’uncu maddesinde¹⁷ devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini öngörmüştür. Buna karşılık ebediyet kaydını, değişikliğin usulüne ilişkin hükümlerle birlikte değil ayrı bir maddede ve madde numarası belirtmeden düzenlemiştir.

c. 1982 Anayasası

Günümüzde Türkiye Cumhuriyeti’nin anayasası, 1982 Anayasası’dır. Tıpkı 1961 Anayasası gibi, 1982 Anayasası da 12 Eylül 1980 tarihindeki askerî müdahale sonrası ortaya çıkmıştır ve aslı kurucu iktidarın anayasasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki anayasa hazırlama sürecinde Danışma Meclisince kabul edilen metin, 11’inci maddede yalnızca devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin hükmün değiştirilmesini yasaklamaktaydı, bu durumun gerekçesi olarak da Üçüncü Fransız Cumhuriyeti Anayasası’ndaki hükümden esinlenen 1924 Anayasası’nın ilgili hükmünün, 1961 Anayasası’na “sadece tarihi niteliğinden dolayı” konulduğu ve Danışma Meclisinin de aynı nedenle hükmü tekrarladığı belirtilmiştir.¹⁸ Ancak Milli Güvenlik Konseyi’ndeki görüşmeler sırasında hüküm değiştirilmiş ve devlet şeklinin cumhuriyet olduğuna ilişkin 1’inci maddeye ek olarak, 2’nci maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini; Devletin bütünlüğünü, resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti belirleyen 3’üncü madde hükmünü değişmezlik kapsamına alan bugünkü 4’üncü madde ortaya çıkmıştır, Milli Güvenlik Konseyi gerekçesinde bu genişletmenin niçin yapıldığına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Anayasa’nın “değiştirilemeyecek hükümler” başlığıyla düzenlenen 4’üncü maddesi şöyledir:

“II. Değiştirilemeyecek hükümler

MADDE 4- Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”¹⁹

¹⁷ 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Devlet şeklinin değişmezliği” başlığıyla düzenlenen 9’uncu maddesi şu şekildedir: “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.”

¹⁸ T.C. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), İkinci Baskı, (Ankara: Epa-Mat, 2019) s.23

¹⁹ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>>

II. HUKUKİ NİTELİK

Anayasal normlar olan ebediyet kayıtlarının hukuki niteliğinin anlaşılması için öncelikle anayasanın normlar hiyerarşisindeki yeri, sert (katı) anayasa gibi kavramların bilinmesi gerekir. Aşağıda bunlara kısaca değinilecek, daha sonra ebediyet kayıtları incelenecektir.

A. Anayasa ve Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Hukuk bilimi, doğa bilimlerinde olduğu gibi neden ve sonuç ilişkisine dayanmamakta, hiyerarşik normatif ilişkileri incelemektedir.²⁰ Hans Kelsen'e göre hukuk sistemi bir ve aynı düzeyde birbirleriyle işbirliği halindeki normlardan değil aralarında astlık ve üstlük ilişkisi olan hukuk normlarından oluşur.²¹ Normlar arasındaki astlık ve üstlük ilişkisinden anlaşılması gereken temel sonuçlar şudur ki, hiçbir norm kendisinden üstün olan norma aykırı olamaz.

Normlar hiyerarşisinde anayasa, kanunların üstünde yer alır ve hiyerarşide anayasanın altında yer alan normlar anayasaya aykırı olamazlar.²² Anayasaların birçoğunda olduğu gibi 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlığıyla düzenlenen 11'inci maddesinde yer alan hüküm²³ de Anayasa'nın diğer hukuk normlarından üstünlüğünü açıkça vurgulamaktadır.

B. Sert (Katı) Anayasa

Birkaç istisna²⁴ dışında modern anayasalar genellikle serttir, yani hükümlerinin değiştirilmesi adi yasalardan daha zordur. Bu tür anayasalarda değişiklik yapmak için yasama organında artan çoğunluklar, çift meclis onayı veya halkoylaması gibi adi yasalarda yapılacak değişikliklerde öngörülme-yen usullerin gerçekleşmesi gerekir. Ancak sertlik; sadece değişiklik usulünün kanunlara nispeten zorlaştırılması demek değildir, anayasanın değişikliğiyle ilgili kanunlardan farklı herhangi bir hüküm düzenlemesi yeterlidir. Öyle ki kanunlarla aynı usulle değiştirilen anayasalarda, değişikliğin usulüne ilişkin bir düzenleme olmasa bile yasak niteliğinde bir kayıt bulunması o anayasayı sert yapacaktır. Nitekim Gözler'e göre yazılı bir anayasanın sert olmaması iki şekilde mümkündür, anayasa ya kanunlar gibi değiştirilebileceğini beyan eder ya da değişiklik hakkında hiçbir hüküm içermez.²⁵ Öyleyse sert anayasanın tanımı şu şekilde olmalıdır: Hükümlerinde yapılacak değişikliği açıkça kanunlardan farklılaştıran veya değişikliğe dair genel, geçici veya durumsal

²⁰ W. Friedmann, *Legal Theory*, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967), s. 276

²¹ Hans Kelsen, "On the Theory of Interpretation", (*Legal Studies*, 10/2, 1990), s.127–135.

²² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, İkinci Baskı, (Bursa: Ekin, 2018), s. 257

²³ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11. maddesinde yer alan hüküm şöyledir: "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*"

²⁴ Sert olmayan bazı anayasalar: 1987 Yeni Zelanda, 2005 Esvatini anayasaları yazılı olmasına karşın sert değildir. Her ikisi de tek bir belgede kodlanmayan Birleşik Krallık ve İsrail anayasaları da sert değildir.

²⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, On üçüncü Baskı, (Bursa: Ekin, 2008) s.16

bir kısıt ya da yasak içeren anayasa sert anayasadır. Örneğin yukarıda bahsettiğimiz 1776 New Jersey Anayasası, bir değişiklik usulü öngörmese de serttir zira bir ebediyet kaydı yani genel yasak kodlamıştır.

Sert anayasalara örnek olarak 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası verilebilir, zira Anayasa'nın "Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma" başlığıyla düzenlenen 175'inci maddesi, kanunlardan farklı bir değişiklik usulü düzenler:

"Madde 175 – (Değişik: 17/5/1987-3361/3 md.) Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür... Meclisce üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır..."

Bir anayasanın sert olduğuna ilişkin bilgiye sadece anayasa değişikliği için kanunlardan farklı bir hüküm düzenlenmesinden ulaşılabılır. Bununla birlikte 175'inci madde; usulü, yalnızca değişiklik kanununun kabulü için gereken oy sayısı yönünden değil tekliften başlayarak neredeyse tamamen farklılaştırmış ve zorlaştırmıştır.

C. Yerleşiklik Kayıtları

Tablo 1. Yerleşiklik Kayıtlarının Yapısal Tipolojisi²⁶

| Derece/Kapsam | Genel | Geçici | Durumsal |
|---------------|-------------------------|--------------------------|----------------------------|
| Yasak | Genel Değişiklik Yasağı | Geçici Değişiklik Yasağı | Durumsal Değişiklik Yasağı |
| Kısıtlama | Genel Değişiklik Kısıtı | Geçici Değişiklik Kısıtı | Durumsal Değişiklik Kısıtı |

Birçok anayasa sert olmakla kalmaz ve ek yerleşiklik kayıtları düzenler. Göttingen Üniversitesi'nden M. Hein tarafından 210 anayasa incelenerek yapılan çalışmaya göre bunlardan 152'si (%72.4) en az bir yerleşiklik kaydı içermektedir.²⁷ Yerleşiklik kayıtları (İng. *entrenchment clause*), bir anayasanın bazı bölümlerinde yapılan değişiklikleri veya belirli koşullar altındaki değişiklikleri ya "normal"

²⁶ Michael Hein, "Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?" (Acta Polit, 54/2, 2019), s.196-224

²⁷ A.g.e.s.196-224



değişikliklerden daha zor ya da yasal olarak kabul edilemez kılan hükümlerdir.²⁸ Böylece kimi anayasalar, anayasanın bazı hükümlerine genellikle usul veya esasa dayalı sınırlamalar getirerek üstünlük atfederler.

Yerleşiklik kayıtlarının anayasada değişikliğe olan etkileri farklıdır. Öyle ki kimi kayıtlar değişikliği kısıtlarken kimileri de yasaklamaktadır. Ayrıca kayıtlar, kapsamları yönüyle de farklılaşır zira yasak veya kısıt, genel nitelikte olabileceği gibi süreli veya durumsal da olabilir.

Genel değişiklik kısıtları olarak bilinen ilk tür kayıtlar anayasanın belirli bölüm veya bölümlerini ayırık tutarak ilgili hükümlerde yapılacak değişiklikleri anayasanın geri kalanında yapılacak değişikliklere göre ulaşılması daha zor usullere tabi tutan kayıtlardır.²⁹ Örneğin Ukrayna Anayasası'nın 156'ncı maddesi; Anayasa'nın birinci, üçüncü ve on üçüncü bölümlerinde yapılacak değişiklikler için ek bir referandum öngörmektedir.³⁰

Değişiklikler üzerindeki kısıtlama veya yasaklar, geçici de olabilir. Öyle ki bu kayıtlardan bazıları sınırlı bir süre için geçerlidir. Geçici kısıtlamalar, yasama organında daha yüksek bir çoğunluk veya ek bir referandum gibi usuller öngörerek değişiklikleri yalnızca belli bir süre için gerçekleştirmeyi zorlaştırır; buna karşılık geçici değişiklik yasakları öngörülen süre zarfında yapılacak değişikliği imkansız hâle getirir.³¹ Her iki tür geçici hüküm, bir anayasanın yürürlüğe girmesinden sonra münferiden, her değişiklikten sonra tekrar eden sabit süreler halinde veya genel seçimler gibi belirli anayasal olaylardan sonra tekrar eden dönemlerde uygulanabilir. Örneğin 1975 Yunanistan Anayasası'nın 110'uncu maddesinde düzenlenen hüküm³², bir anayasa değişikliğinin tamamlandığı tarihten itibaren beş yıllık süre dolmadan yapılacak bir anayasa değişikliğini açıkça yasaklar.

Değişikliklere yönelik durumsal yasak veya kısıtlamalar, savaş veya kuşatma gibi "anayasa dışı" hâllerde işlevseldirler, yukarıda belirtilen yerleşiklik kayıtlarına benzer şekilde durumsal yasaklar belirli hâllerde anayasal değişiklikleri önlerken durumsal kısıtlamalar, bunların başarılmasını yalnızca zorlaştırır.³³ Durumsal kısıtlama hükümlerinin bir örneği bulunmamaktadır ancak durumsal yasakların

²⁸ P. Suber, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. (New York, Lang, 1990), s. 75

²⁹ Y. Roznai, *Unconstitution Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), s.168

³⁰ 1996 Ukrayna Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>

³¹ Michael Hein, "Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?" (*Acta Polit*, 54/2, 2019), s.196-224

³² İlgili maddenin 6'ncı fıkrası hükmü şu şekildedir: "Bir önceki revizyonun tamamlanmasından itibaren beş yıl geçmeden Anayasanın revizyonuna izin verilmez."

³³ Michael Hein, "Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?" (*Acta Polit*, 54/2, 2019), s.196-224

örneklerini görmek mümkündür. Estonya Cumhuriyeti Anayasası'na göre olağanüstü hâl ve savaş durumunda anayasa değiştirilemez.³⁴

Ebediyet kaydı (İng. *eternity clause*, Alm. *ewigkeitsklausel*) veya süper-yerleşiklik kaydı olarak da bilinen genel değişiklik yasakları, anayasanın belirli hüküm, değer ve ilkelerinde yapılacak değişiklikleri yasaklayan hükümlerdir.³⁵ Ebediyet kaydı içeren anayasaların bazıları yasağın konusunu net bir biçimde düzenlemezler. Öyle ki kimi anayasalarda “anayasanın ruhunu” değiştiren değişiklikler yasaklanır. Ebediyet kayıtlarının ve ek yerleşikliğin esas amacı, demokrasi gibi, devletin benimsediği temel değerleri korumaktır.

Suteu'ya göre genellikle daha güçlü önleyici veya engelleyici koruma gerektiren bir anayasal normun içeriğinin özel durumundan bahsederken, devlet tarafından benimsenen benzersiz derecede önemli değerleri ifade ettiğini aklımızda tutarız, çünkü böyle bir korumanın olmaması o devletin anayasal kimliğini ihlâl etme veya en azından baltalama riskini içerir.³⁶ U. K. Preuss'a göre anayasada korunan bu değerler anayasal kimliği oluşturur ve “eğer ebedî normatif hükümler değiştirilirse, anayasada yer alan yönetimin kolektif benliği -ya da kimliği- çöker”.³⁷ Tüm bu değerlendirmeler ışığında kolaylıkla söylenebilecektir ki ebedî hükümler, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) vurguladığı gibi ulusötesi (transnasyonal) ve pozitif hukukun değiştiremeyeceği değerlere dayanmaktadır:

*“Ebedî güvence dediğimiz şey sayesinde, Anayasa bir yandan temel demokratik düzenin kurumlarının yavaş ya da hızlı ayrışmasının tarihsel deneyimine yanıt verir. Öte yandan, Alman Anayasası'nın, özellikle Birleşmiş Milletler'in kuruluşundan sonraki uluslararası değişiklikler dikkate alındığında, pozitif hukukun değiştiremeyeceği evrensel bir temele sahip olduğunu açıkça belirtmektedir.”*³⁸

Jacobsohn'a göre “ebedî kayıtlar”, temel anayasal ilkelerin özünü korur ve aynı zamanda bu tür ilkelerin geniş bir şekilde inşa edilmesini sağlar.³⁹ Horst Dippel'e göre modern anayasacılık on esas üzerine kuruludur. Bunlar; halk egemenliği, evrensel ilkeler üzerine kurulu bir temel, haklar beyannamesi, sınırlı hükûmet, anayasanın üstünlüğü, temsili hükûmet, kuvvetler ayrılığı, hesap verebilirlik ve

³⁴ 1992 Estonya Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/index.html>>

³⁵ O. Preuss, “The Eternity Clause as a Smart Instrument”, (Hungarian Journal of Legal Studies 57/3, 2016), s.289-304

³⁶ S. Suteu, Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism, (Oxford: Oxford University Press, 2021)

³⁷ U.K. Preuss. “The implications of ‘Eternity Clauses’: the German Experience”, (Israel Law Review, 44/3, 2011) s.429-448

³⁸ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08

³⁹ G.I. Jacobsohn, Constitutional Identity, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010)



sorumlu hükümet, bağımsız yargı ve son olarak anayasa değişiklikleri için öngörülmiş düzenli bir prosedür olarak sıralanabilir.⁴⁰ Gerçekten de değişmezlik sonucu doğuran kayıtların da işbu temel esaslarda yoğunlaştığı görülmektedir. Bu durum mantıklıdır, zira toplumun en geniş mutabakat ürünü olan (olması gereken veya öyle olduğu varsayılan), egemenlik gücünü kullanan organlardan oluşan devletin üzerine bina edildiği anayasadaki temel ilke ve esasların değişmesi hukukun sınırlarını da aşan siyasal ve sosyolojik bir kırılmaya yol açabilecek, bireyin evrensel haklarını zedeleyebilecektir (en azından anayasal açıdan korunması bırakabilecektir).

Anayasada açıkça öngörülen yasak göz önüne alındığında ebediyet hükümlerinin aynı anayasanın değiştirme usulüne uyararak da olsa değiştirilemeyeceği hatalı bir çıkarım olmayacaktır. Diğer bir deyişle, ebediyet kaydının varlığı anayasal değişikliğin üzerindeki maddî (esasa ilişkin) sınırdır.

Yasamanın, kanun yaparken evrensel hukuk ilkeleri ve anayasaya uyması beklenir. Aynı durum çoğunlukla bir kanun biçiminde yapılan anayasa değişikliği için de geçerlidir. Kanunların ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi de şüphesiz anayasa mahkemelerinin alanına girmektedir. Peki değişmez hükümlerin anayasa yargısına etkisi nedir?

III. ANAYASA MAHKEMESİ - EBEDÎ HÜKÜMLERİN KORUYUCUSU

Anayasa yargısının meşruiyeti sorununu bir kenara bırakırsak anayasa değişikliğinin denetimi ile ilgili karışımıza üç mesele çıkmaktadır. Birinci mesele anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini inceleme yetkisi var mıdır? İkinci mesele anayasa mahkemelerinin usul ve esas denetimi yetkisi var mıdır? Üçüncü ve son konu ise mahkemelerin ebediyet kayıtlarına nasıl yaklaştığıdır.

A. Anayasa Değişiklerinin Denetimi Yetkisi

Anayasa mahkemeleri (veya kimi sistemlerde yüksek mahkemeler), anayasa değişikliklerinin denetiminde yetkili midir? Bu sorunun yanıtını verebilmek için öncelikle söz konusu ülke anayasasına bakılmalıdır. Basitçe söylenebilecektir ki, anayasa, mahkemeyi değişiklikleri inceleme konusunda açıkça yetkilendirmişse mahkeme yetkilidir. Örneğin 1980 Şili Anayasası'nın 93'üncü maddesindeki ilgili hüküm uyarınca, anayasa mahkemesi "*Kongre'nin onayına sunulan... anayasa değişiklik süreci sırasında ortaya çıkabilecek anayasaya uygunluk sorunlarını çözmeye*" yetkisini haizdir. Bu nedenle Şili Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu süreç içinde değerlendirebilecektir.

Anayasada anayasa değişikliklerinin incelenmesi açıkça yasaklandığında da anayasa mahkemesinin yetkisiz olduğu sonucuna kolayca ulaşılabilecektir.

⁴⁰ H. Dippel, "Modern Constitutionalism: An Introduction to a History in Need of Writing", (Legal History Review, 73, 2005), s.153-170

1976'da yapılan değişiklikler sonucu 1950 Hindistan Anayasası'nda bu durumun örneğini görmek mümkündür. 1976'da Anayasa'nın 368'inci maddesinde yapılan değişiklikle⁴¹ Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini incelemesi açıkça yasaklanmış, ayrıca yasamanın kurucu gücü üzerinde herhangi bir sınırlama olamayacağı da hükme bağlanmıştır.⁴² Anayasa'nın kesin hükmü gereği Hindistan Yüksek Mahkemesi değişiklikleri inceleme yönünden yetkisizdir. Ancak bu durum uzun sürmemiş, 1980 yılında yüksek mahkeme, içinde 368'inci maddedeki değişikliğin de bulunduğu 42. Anayasa Değişikliği'ni iptal etmiştir. Aşağıda mahkemenin bu kararının doktrinal gerekçesine değinilecektir.

Anayasa, anayasa mahkemelerinin değişiklikleri inceleme yönünden yetkisi konusunda sessiz de kalabilir. Örneğin 1961 Türk Anayasası (1971'e kadar), 1949 Alman Anayasası, 1958 Fransız Anayasası, 1920 Avusturya Anayasası ve Amerika Birleşik Devletleri Anayasası gibi birçok örnekte anayasa metni, değişiklikleri inceleme yetkisini düzenlemez. Gözler'e göre bu durumda yargı denetimine ilişkin iki farklı model bulunmaktadır, Avrupa ve Amerika modelleri birbirinden ayrışır ve Amerikan yargısal denetim modelinde tüm mahkemeler, dava ve ihtilaflar hakkında karar verirken yasal eylem ve normların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini haizdir.⁴³ Bu modelin olduğu ülkelerde mahkemelerin ve nihaî mercii olarak Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi kolaylıkla tesis edilebilir, zira mahkemeler veya yüksek mahkeme önündeki bir dava esnasında taraflar değişikliğin usulüne uygun yapılmadığına ilişkin veya esasa ilişkin sınırların ihlâl edildiğine dair itirazda bulunabilecektir.⁴⁴ Bu sistemde, her mahkemenin, yasal işlemler sırasında taraflarca ileri sürülen gerekçelerin kabul edilebilirliğini inceleme yetkisi vardır.⁴⁵ Böyle bir durumda mahkemelerin veya yüksek mahkemenin bu iddiayı incelemesi, anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğunun denetimi demektir. Dolayısıyla anayasanın, anayasa değişikliklerini inceleme konusunda özel bir yetkilendirme yapmasına gerek yoktur.

Avrupa sisteminde ise durum farklıdır. Bu sistemin olduğu ülkelerde, anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi, açıkça bir anayasal hükümden kaynaklanmalıdır zira Avrupa modelinde bir ihtisas mahkemesi olan anayasa mahkemesinin "genel bir yargı yetkisi" yok-

⁴¹ Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin iptal kararından önce 1950 Hindistan Anayasası'nın 368'inci madde 4'üncü fıkrası hükmü şeklindedir: "Bu Anayasa'da (III. Kısım'daki hükümler dahil) yapılan veya bu madde uyarınca yapılmış olduğu iddia edilen hiçbir değişiklik... herhangi bir nedenle herhangi bir mahkemede sorgulanamaz."

⁴² 1950 Hindistan Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_English.pdf>

⁴³ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, (Bursa, Ekin, 2008)

⁴⁴ A.g.e s.11

⁴⁵ A.g.e s.11



tur, sadece “sınırlı ve özel bir yargı yetkisi” vardır.⁴⁶ Nitekim bu sistemin olduğu ülkelerde anayasalar, anayasa mahkemesini kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda açıkça yetkilendirirler.⁴⁷ “*Expressio unius est exclusio alterius*”⁴⁸ ilkesinden hareketle anayasa, anayasa mahkemesinin yetkileri arasında anayasa değişikliğinin denetimini saymamışsa, bu anayasa mahkemesini yetkilendirmediği anlamına gelir. Sonuç olarak eğer anayasa, değişiklikleri inceleme yetkisi konusunda sessiz kalıyorsa anayasa mahkemesi değişikliklerin denetimi konusunda yetkiye sahip değildir. Yetkilendirilmeyen mahkemenin, anayasa değişikliklerini inceleyememesi gerekir. Buna rağmen bazı anayasa mahkemelerinin, kendini yetkili gördüğü vakıadır.

Anayasa değişikliğinin denetimi konusunda sessiz olan anayasalar, kanunların denetimi konusunda aynı tutumu sergilemez. Anayasa mahkemeleri kanunların denetimi konusunda açıkça yetkilendirilir. Mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekte yetkili oldukları şüphesizdir. Bu durumdan hareketle kimi anayasa mahkemelerinin, anayasa değişikliklerinin de birer kanun oldukları yorumuyla, değişikliğin denetiminde kendilerini yetkili gördükleri vakıadır. Örneğin Türk Anayasa Mahkemesi, 16.6.1970 tarih 1970/31 sayılı⁴⁹ ve 13.4.1971 tarih 1971/37 sayılı⁵⁰ kararlarında anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetiminde yetkili olduğunu beyan etmiştir zira anayasa değişikliği kanunları da kendi yargı yetkisine dahil olan kanunlardır. Yukarıda açıklandığı üzere mahkemenin bu kararlarındaki yorumu kimi hukukçularca dayanaktan yoksun görülmektedir. Ancak anayasa mahkemelerinin kararları bağlayıcıdır ve kanun yorumu da geçerlidir. Eğer mahkeme kanun terimini anayasa değişiklik kanunu olarak yorumlar ve bu kanunlar üzerinde denetim yetkisi bulunduğunu beyan ederse kararın geçerliliğine itiraz edilemeyecektir. Anayasa Mahkemesi’nin yorumları eleştirilebilir fakat kararları geçerlidir ve hukuki sonuçlar doğurur.⁵¹

B. Usul ve Esas Denetimi Yetkisi

Anayasa değişikliklerinin usul bakımından anayasaya uygunluğunun denetimi, başka bir deyişle, anayasa değişikliklerinin biçimsel uygunluğunun denetimi, anayasada öngörülen teklif, müzakere, kabul, tasdik ve ilân işlemleri gibi koşulların

⁴⁶ A.g.e s.12

⁴⁷ 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 147’inci maddesi, 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 93’üncü maddesi örnek verilebilir.

⁴⁸ Roma Hukukunda, “birini ifade etmek, ötekini dışlamaktır” anlamına gelen yorum ilkesi.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, 16.6.1970 tarih ve E. 1970/1 K. 1970/31 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 8, s.313-340

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, 13.4.1971 tarih ve E. 1970/41 K. 1971/37 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 9, s.416-449

⁵¹ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, (Bursa, Ekin, 2008), s.25

gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin doğrulanmasından oluşur.⁵² Birçok anayasa, anayasayı değiştirebilmek için parlamento üye tamsayısının veya kullanılan toplam oy sayısının üçte ikisi veya beşte üçü gibi nitelikli çoğunluklar öngörür veya anayasa değişikliklerinin referandum yoluyla onaylanmasını sağlar. Bir anayasa değişikliğinin bu usul kurallarına uygun olarak yasalaşıp yasalaşmadığının doğrulanması, anayasa değişikliğinin şekil ve usule uygunluğunun incelenmesi demektir. Örneğin bir anayasa değişikliği, anayasada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu aranırken, parlamento tarafından üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile kabul edilirse, bu anayasa değişikliği anayasaya usul yönünden aykırı olur. Diğer bir deyişle anayasa değişikliği anayasada öngörülen şartları taşııyorsa geçersiz olacaktır. Eğer anayasa metni mahkemeyi anayasa değişikliklerinin denetiminde yetkilendirir veya mahkeme kendini yetkili görürse, doğal olarak değişiklikleri usul yönünden inceleyebilecek ve usule aykırı olanları da iptal edebilecektir.

Peki mahkemeler biraz daha ileri gidip değişikliğin esasını inceleyebilir mi? Eğer bu soruya olumlu yanıt verecek ise bu durumda doğal olarak anayasada değişikliğin esasına ilişkin yasak veya kısıtlar öngörülmüş olmalı ve anayasa mahkemeleri değişikliklerin denetimi konusunda yetkili bulunmalıdır. Gözler'e göre anayasada hükme bağlanan maddî sınırların geçerliliği "tartışmasızdır", zira anayasaya aslı kurucu iktidar tarafından konulmuştur ve anayasa tarafından oluşturulan ve düzenlenen tali kurucu (değiştirici) iktidar, anayasanın öngördüğü sınırlara bağlıdır.⁵³ Örneğin yukarıda bahsettiğimiz ebediyet kayıtları veya belirli anayasal değerlerle ilgili yapılacak değişiklikleri zorlaştıran kimi yerleşiklik kayıtları anayasal değişikliğin maddî sınırlarıdır zira bunlara ilişkin usul şartlarına uyulup uyulmadığının tespiti için önce değişikliğin konu bakımından ilgili anayasal hüküm veya değerlere ilişkin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer anayasa açıkça bir maddî sınır öngörüyor ve anayasa mahkemeleri de denetimde yetkiliyse değişiklik esas yönünden de incelenmelidir zira değiştirici iktidar, anayasada öngörülen şekil şartlarına uyduğu gibi esas şartlarına da uymalıdır. Bu koşullara uyulmadan yapılacak bir değişiklik mahkemelerce iptal edilebilecektir. Gözler'e göre sonuç olarak, anayasa değişikliklerinin, anayasa mahkemeleri tarafından usul bakımından incelenemediği ülkelerde, değişiklikler maddî sınırlara uygunluk yönünden yani esas bakımından da incelenebilir, bu iki mesele arasında "hukuki bir fark yoktur".⁵⁴ Öyleyse anayasanın maddî sınır içerdiği ve anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkili oldukları ülkelerde usul de esas da incelemenin konusu olabilecektir. Bunun yanı sıra esas denetimi, anayasada yasaklanmış olabilir. Örneğin 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, çelişkili bir biçimde 4'üncü maddesinde bir ebediyet kaydı kodlarken 148'inci maddede anayasa değişikliğine ilişkin yargısal denetimin "sadece" şekil yönünden yapılabileceğini

⁵² A.g.e s.27

⁵³ A.g.e s.53-54

⁵⁴ A.g.e s.54



hükme bağlamaktadır. Böyle bir durumda anayasa mahkemesinin değişikliği esas bakımından inceleyemeyeceği açıktır zira esas incelemesinde yetkili değildir.⁵⁵

Anayasa maddi sınır içermiyorsa basitçe esas denetiminin mümkün olmayacağı söylenebilir. Zira anayasa mahkemesinin esasları hangi sınırlara uygunluk yönünden inceleyeceği belirsizdir çünkü anayasa böyle bir sınır veya yasak öngörmemiştir. Bununla birlikte bahsetmek gerekir ki anayasa bir maddi sınır, yasak içermiyor olsa da anayasa mahkemesinin değişiklikleri esas yönünden inceleyebileceği de öğretide savunulan bir görüştür. Örneğin Roderick O’Hanlon’a göre anayasa değişikliği üzerinde örtülü (zımnî) maddî sınırlar bulunur, O’Hanlon doğal hukukun anayasaya üstünlüğünü savunur “tüm pozitif hukuktan üstün bir hukuk vardır, yasayla veya hatta Anayasa’nın basit bir değişikliğiyle değiştirilemez.”⁵⁶ Varlığı savunulan bu sınırlar anayasanın metninden değil öğretilerdeki yorumdan kaynaklanır. Bu nedenle Marie-Françoise Rigaux, bu sınırları “doktrinsel bir yorumdan çıkarılan maddî sınırlar” olarak adlandırır.⁵⁷ Anayasada “örtülü maddî sınırlar” bulunduğunu savunan kimi hukukçular mevcut olduğu gibi bu yönde kararlara da rastlanır. Örneğin yukarıda sözü geçen Hindistan Yüksek Mahkemesi’ne göre “sınırlı değiştirici iktidar, Hindistan Anayasası’nın temel özelliklerinden biridir ve bu nedenle, bu yetki üzerindeki sınırlamalar ortadan kaldırılamaz.”⁵⁸ Anayasada bu yönde bir hüküm bulunmazken Yüksek Mahkeme’nin kararında “örtülü maddî sınırlar” fikrini benimsediği görülmektedir. Sonuç olarak 368’inci maddeye anayasa değişikliğinin denetlenemeyeceği ve sınırlandırılmayacağı yönünde fıkralar ekleyen 42. Anayasa Değişikliği yüksek mahkeme tarafından iptal edilmiştir.

Ebediyet kayıtlarının anayasal hüküm ve ilkelere sağladığı değiştirilemezlik, anayasanın bizzat yetkilendirmesi veya anayasa mahkemelerinin yetkin oldukları yorumuyla korunmaktadır. Ancak bu hüküm ve ilkeleri ortadan kaldırma veya tahrif etme amacı gütmeyen ve sadece yeni bir ekleme yapmakla yetinen değişikliklerin yapılabildiği görülmektedir. Örneğin 1949 Federal Alman Anayasası 79’uncu madde 3’üncü fıkrası, anayasanın 1 ilâ 20’nci maddelerindeki temel nitelikleri etkileyen bir değişiklik yapılamayacağını hükme bağlar. Ancak bu yasaklama, 20’nci maddeye yeni bir fıkra eklemeye engel sayılmamış ve daha önce Anayasa’da yer almayan “direnme hakkı”, 24 Haziran 1968 tarihli Federal Kanunla 20’nci maddenin yeni 4. fıkrası olarak Anayasa’ya girmiştir.⁵⁹

⁵⁵ 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda değişiklik konusu ile ilgili daha fazla bilgi için bakınız: Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1993)

⁵⁶ Roderick O’Hanlon, “Natural Rights and the Irish Constitution”, (Irish Law Times, 8, 1993) s.10

⁵⁷ Marie-Françoise Rigaux, “La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante”, (1984)

⁵⁸ Minerva Mills Ltd. v. Union of India (Yargılama Tarihi: 31.7.1980), A.I.R 1980 S.C. 1789, 1981 SCR (1) 206

⁵⁹ S.E. Finer, Five Constitutions, (Great Britain, Penguin Books, 1979), s.205

SONUÇ

Yasal düzenlemelerde salt değiştirilemezliğin, modern hukuktan ve günümüzden çok önce antik döneme kadar uzanan geçmişleri olduğu görülmektedir. Antik dönemden bu yana sistemler, değiştirilemez hükümler düzenlemişlerdir. Değişmez hüküm ve yasalar Yeni Çağ boyunca Avrupa’da görülmüş ve XVIII. yüzyıl sonlarında Kuzey Amerika’da modern anayasacılığın ilk ebediyet kaydı kodlanmıştır. Ebediyet kayıtlarının Kuzey Amerika’dan Avrupa’ya olan göçü ilk örneğini İsviçre’de verse de kıta içinde yaygınlaşması Üçüncü Fransız Cumhuriyeti Anayasası’na eklenmesinden sonra olmuştur. Bu türden bir kodifikasyonun asıl ereği pratik gücü sınırlamak, insanın sahip olduğu hakların ve devletin temel unsurlarının, rejimin tahrifini veya yok edilmesini engellemektir. Modern anayasacılıkta görülen sertlik-katılık, ek yerleşiklik gibi uygulamaların amacı da farklı değildir. Anayasalar sertlikle, hükümlerinin değişmesinde yasalardan daha yüksek bir meşruiyet aramakta; ek yerleşiklik kayıtlarıyla, anayasanın kimi hükümlerinin değişikliğini farklılaştırarak veya yasaklayarak bu hükümlere muhtelif yollarla üstünlük atfetmektedir. Eğer anayasal hükümler, bir hiyerarşi içindeler ise -ki ek yerleşikliğin varlığı usul ve esas yönünden ve doğal hukuk normlarının, ebediyet kayıtları veya anayasa mahkemeleri eliyle korunması anayasa üstü bir durum olarak yorumlanabilir- pozitif hukuk anlayışı içinde bir anayasal normlar hiyerarşisinden söz edilmesi gerekebilecektir. Pek tabii anayasanın tüm hükümleri anayasaldır ve normlar hiyerarşisinde kanunlara ve astlarına göre eşit üstünlükte dirler ancak yerleşik veya ebedi hükümlerin anayasal kimliğe etkisi, devlet ve toplum açısından vazgeçilmez değeri; anayasanın kendisi yorumlanırken veya anayasa değişiklik kanunlarının anayasaya uygunluğu değerlendirmeye tabi tutulurken pozitif hukuk açısından da anlam ifade etmektedir.

Yerleşiklik ve ebediyet kayıtları, yazılı anayasaların çoğunda bulunan anayasal hükümlerdir. Bu kayıtların anayasa değişikliğine etkisi farklı derecelerde mümkündür. Sırf bu hükümlerin varlığıyla anayasanın öngördüğü “normal” prosedürden farklı olarak anayasa değişikliği kısıtlanabilir veya yasaklanabilir. Anayasaların bu tür kayıtlarla koruduğu ilke ve değerler incelendiğinde, demokrasi, temsili hükümet, cumhuriyet, din-devlet ilişkisi, insan hakları gibi devlet ve toplumun en temel unsurlarına veya evrensel haklara ilişkin oldukları görülmektedir. Modern toplum yaşamı ve hukukun genel prensipleri düşünüldüğünde bu değerlerin ortadan kalkmasının hukukun sınırlarını aşan derin siyasal ve sosyal sorunlara yol açacağı açıktır. Anayasal değişikliğin maddî sınırları olan ebediyet kayıtları, bu açıdan bakıldığında oldukça akılcıca bir araçtır. Ancak bu tür hükümler, değiştirici iktidarın yetkisini aşırı sınırlayacak derecede değil, hukuk metoduna uygun şekilde dar yorumlanmalıdır. Zira ebedi hükümlerin oldukça açık uçlu, net tanımlanması zor kavramlar olduğu ve neredeyse her türden değişikliğin anayasanın bu hükümleri ile bir şekilde bağdaştırılabileceği olasıdır. Geniş bir yorum, değiştirici iktidarın yetkisini yok etme tehlikesini içerir.



Ebediyet kayıtlarının en belirgin sonucu, korunan anayasal hüküm ve ilkelere hukuk içi yollarla ortadan kaldırılamamasıdır. Değiştirilemez hükümler içeren anayasalar ve anayasa mahkemelerinin yorumları göz önüne alındığında, değiştirici iktidarın ebedi hükümleri işlevsiz kılması kural olarak mümkün görülmemektedir. Aslı kurucu iktidarın belirlediği yasak, ancak yine hukuk dışı bir aslı kurucu iktidar tarafından ve yeni bir anayasa ile aşılabilecektir. Bu nedenle, İki Almanya'nın (Doğu-Batı) birleşmesinden sonra muhtemel yeni anayasanın yürürlüğe girebilmesi için düzenlenen ve "kaçış hükmü" olarak adlandırılan "Anayasanın geçerlilik süresi" başlıklı 146'ncı madde ile halkın kurucu iktidarına atıf yapan 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası -ki çok sayıda değiştirilemez hüküm içerir-, halka yeni anayasanın kabulü ve mevcut Anayasa'nın usul ve esas sınırlarından kaçınma yetkisini açıkça verirken aynı zamanda ebedi hükümlerden tek "kaçış" yolunu da göstermektedir:

*"Almanya'nın birleşmesini ve özgürlüğünü tamamlamasından sonra, bütün Alman halkı için geçerli olan bu Anayasa, Alman halkının serbest iradesiyle kabul edeceği bir Anayasanın yürürlüğe girdiği günde geçerliliğini kaybeder."*⁶⁰

KAYNAKÇA

Yasa & Anayasalar

1665 Kongeloven [Kral Yasası], şuradan ulaşılabilir: <<https://danmarkshistorien.dk/vis/materiale/kongeloven-1665>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1776 New Jersey Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/nj15.asp> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1814 Norveç Krallığı Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://lovdata.no/dokument/HIST/lov/1814-05-17-18140517>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1798 Helvetia Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.verfassung.ch/verf98-i.htm>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1924 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1950 Hindistan Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI_English.pdf> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

⁶⁰ 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012.pdf>

1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1975 Yunanistan Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://www.constituteproject.org/constitution/Greece_2008.pdf> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1980 Şili Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <https://www.constituteproject.org/constitution/Chile_2021> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1992 Estonya Cumhuriyeti Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://president.ee/en/republic-of-estonia/the-constitution/index.html>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023)

1996 Ukrayna Anayasası, şuradan ulaşılabilir: <<https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>> (Erişim Tarihi: 5.2.2023).

T.C. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), İkinci Baskı, (Ankara: Epa-Mat, 2019)

Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi, 13.4.1971 tarih ve E. 1970/41 K. 1971/37 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 9, s.416-449

Anayasa Mahkemesi, 16.6.1970 tarih ve E. 1970/1 K. 1970/31 sayılı Karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 8, s.313-340

BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 - 2 BvE 2/08, şuradan ulaşılabilir: http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html

Minerva Mills Ltd. v. Union of India (Yargılama Tarihi: 31.7.1980), A.I.R 1980 S.C. 1789, 1981 SCR (1) 206, şuradan ulaşılabilir: <<https://main.sci.gov.in/judgment/judis/4488.pdf>> (Erişim tarihi: 5.2.2023)

Kitap & Makaleler

Dippel, Horst, “Modern Constitutionalism: An Introduction to a History in Need of Writing”, (Legal History Review, 73, 2005), s.153-170

Finer, S.E., Five Constitutions, (Great Britain: Penguin Books, 1979)

Friedmann, Wolfgang, Legal Theory, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967)

Gözler, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, On Üçüncü Baskı, (Bursa: Ekin, 2008)

Gözler, Kemal, Judicial Review of Constitutional Amendmends, (Bursa: Ekin, 2008)

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı (Bursa: Ekin, 2018)

Halmi, Gabor, “Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution?”, (Constellations, 19/2, 2012). s.182-203, s.183



Harris, E.M., *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: Essays on Law, Society, and Politics*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2006)

Hein, Michael, “Constitutional Norms for All Time?” (*European Journal of Law Reform*, 21/3, 2019) s.226-242

Hein, Michael, “Impeding constitutional amendments: why are entrenchment clauses codified in contemporary constitutions?” (*Acta Polit*, 54/2, 2019), s.196-224

Jacobsohn, G.I., *Constitutional Identity*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010)

Kelsen, Hans, “On the Theory of Interpretation”, (*Legal Studies*, 10/2, 1990), s.127–135

Lewis, D.M., “Entrenchment-Clauses in Attic Decrees”, içinde Rhodes, P.J., (Ed.), *Selected Papers in Greek and Near Eastern History*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), s.136-149

Locke, John, “The Fundamental Constitutions of Carolina”, içinde London, C. & Rivington J. (Ed.) *The Works of John Locke*, Dokuzuncu Cilt, On İkinci Baskı, (1824), s.175-199

O’Hanlon, Roderick, “Natural Rights and the Irish Constitution”, (*Irish Law Times*, 8, 1993) s.10

Preuss, Ondrej, “The Eternity Clause as a Smart Instrument”, (*Hungarian Journal of Legal Studies* 57/3, 2016), s.289–304

Preuss, U.K., “The implications of ‘Eternity Clauses’: the German Experience”, (*Israel Law Review*, 44/3, 2011) s. 429–448

Rigaux, M.F., “La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante”, (1984)

Roznai, Yaniv, *Unconstitution Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, (Oxford: Oxford University Press, 2017)

Schwartzberg, Melissa, *Democracy and Legal Change*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2007)

Smith, Eivind, “Old and Protected? On the ‘Supra-Constitutional’ Clause in the Constitution of Norway”, (*Israel Law Review*, 44/3, 2011), s.368-388

Suber, Paul, *The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change*. (New York: Lang, 1990)

Suteu, Silvia, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, (Oxford: Oxford University Press, 2021)

Szente, Zoltan, “The Historic Origins of the National Assembly in Hungary”, (*Historia Constitucional*, 8, 2007), s.227-244

Witkowski, Zbigniew & Serowaniec, Maciej, “Eternity clause – a natural or only apparent means of protecting the Constitution?” (*Toruńskie Studia Polsko-Włoskie*, 2022) s.173-186

İLAÇ ÜRETİCİSİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Criminal Liability of the Drug Manufacturer

Uğur AŞKIN*

Özet

Dünya Sağlık Örgütü ilacı; “fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları, alanın yararı için değiştirmek veya incelemek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün” şeklinde tanımlamaktadır. Alman İlaç Kanunu § 2 ise ilaçları, “insanların veya hayvanların vücudunda kullanılmak üzere, insan ve hayvan hastalıklarını ya da hastalığa bağlı ağrıları tedavi edici, hafifletici veya önleyici ya da insanların veya hayvanların vücuduna uygulanan veya insanlara ya da hayvanlara verilen ya fizyolojik fonksiyonları farmakolojik, immünolojik veya metabolik etki aracılığıyla iyileştiren, onaran veya etkileyen ya da tıbbi teşhis tayini için özgülümlü maddeler ile bu maddelerden oluşmuş müstahzarlar” şeklinde ifade etmiştir.

Mevzuatımızda, Alman hukukunda olduğu gibi ilaç üreticilerinin ceza sorumluluğunu düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu itibarla ilaç üreticilerinin ceza sorumluluğu 5237 sayılı TCK’daki genel suç tiplerinin haricinde özel olarak düzenlenmemiştir. Doktrindeki tanıma göre ilaç üreticisi; bir hastalığı tedavi etmek veya düzeltmek amacıyla insanlara ve hayvanlara tatbik edilebilen her çeşit madde birleşimlerini bir araya getirenler ile bunları kendi ayırt edici marka ve unvanları ile satan gerçek veya tüzel kişilerdir.

Günümüzde kullanılan ilaçların yararları olduğu gibi yan etkileri kapsamında zararları da bulunmaktadır. Dolayısıyla birçok kişi bu ilaçlar sayesinde sağlığına kavuştuğu gibi zarar da görebilmektedir. Bu kapsamda ilaç üreticisinin fiilleri neticesinde bazı suçlar oluşabilir. Bunlar; kasten öldürme veya yaralama, taksirle öldürme ve yaralama, zehirli madde katma, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçlarıdır. Çalışmamızda endüstriyel ilaç üreticilerinin ve ilaç üretme fiilinde bulduklarında eczacıların sayılan suçlar kapsamında ceza sorumlulukları açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: İlaç, ilaç üreticisi, eczacı, suç, ceza sorumluluğu.

Abstract

The World Health Organization defines the drug as “a substance or product that is used or intended to be used to modify or study physiological systems or pathological conditions for the benefit of the field”. German Drug Law § 2 drugs, people or animals to be used in the body of human and animal diseases, or disease-related pain, curing, mitigating or preventive or applied to the body of humans or animals or people or animals or physiological functions given to the pharmacological, immunological or metabolic effect through healing, repairing, or affecting or for the determination of a medical diagnosis that’s formed from the preparation of materials with özgülümlü expressed in the form of these materials.

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 30.01.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

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



In our legislation, as in German law, there are no special laws regulating the criminal liability of pharmaceutical manufacturers. For this reason, the criminal liability of pharmaceutical manufacturers is not regulated separately, except for the general types of crimes contained in the TCK No. 5237. According to the definition in the teaching, a drug manufacturer is a natural or legal person who combines all kinds of combinations of substances that can be applied to humans and animals to treat or correct a disease and sells them with their own distinctive brands and titles.

As well as the benefits of the drugs used today, there are also harms within the scope of side effects. Therefore, many people are able to harm their health as well as recover thanks to these drugs. In this context, some crimes may occur as a result of the actions of the drug manufacturer. These are; intentional killing or wounding by negligent behavior, killing and wounding by taxi, adding toxic substances, trafficking in spoiled or modified food or drugs, making or selling drugs in such a way as to endanger the life and health of people. In our study, the criminal responsibilities of industrial pharmaceutical manufacturers and pharmacists within the scope of the crimes will be explained when they commit the act of producing drugs.

Keywords: Pharmaceutical, pharmaceutical manufacturer, pharmacist, crime, criminal liability.

GİRİŞ

İlaçlar, insan sağlığının bozulması halinde iyileştirme görevini yerine getirmekle birlikte, üretimi veya kullanılması aşamasında ortaya çıkan hatalar nedeniyle zararlı sonuçlara da sebep olabilmektedir¹. Ülkemizde ilaç kullanımından doğan olumsuz neticelere ilişkin istatistiksel bir veri bulunmamaktadır. Ancak Amerika Birleşik Devletlerinde yıllık ortalama bir milyonu aşan ilaç hatası gerçekleştiği rapor edilmektedir. Bunların yaklaşık 44 bin ile 100 bin kadarı ölümlere sonuçlanmaktadır².

ABD’de İlaç Hatalarını Rapor Etme ve Önleme Koordinasyon Konseyi (NCC MERP) tarafından ilaç hatası; “ilacın sağlık çalışanının, hastanın veya üreticinin kontrolünde olmasına rağmen, hastanın ilaçtan zarar görmesine ya da uygun olmayan ilacı almasına sebep olan önlenebilir bir olay” olarak tanımlanmıştır³.

Tıp ve eczacılık alanında yan etkisi olmayan ve tümüyle zararı bulunmayan bir ilacın olmadığı kabul edilmektedir. Gerçekten ilaçların prospektüsünde olumlu etkilerinin yanı sıra olası yan etkileri de belirtilmektedir⁴. Esas olan ilacın kulla-

¹ Mahmut Koca, “Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, 2009 (3-4), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23; Mükerrrem Betül Aycan, “İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı”, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08- 09 Mayıs 2009, Kayseri, 1.

² Hakan Hakeri, “İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötörü İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Sorumluluğu”, in: İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No. 15, İstanbul, 2008, 156.

³ <https://www.nccmerp.org/about-medication-errors>, Erişim Tarihi: 02.01.2024.

⁴ Alman İlaç Kanunu § 11’de aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilaç prospektüsünde hangi hususların açıklanması gerektiği tek tek sayılmaktadır. Örneğin, ilacın madde veya endikasyon grubu veya etki şekli, doğru kullanımı için dozaj, uygulama türü, uygulama sıklığı, gerekirse tıbbi ürünün tam olarak ne zaman uygulanabileceği, ilacın etkisini etkileyebilecek ölçüde diğer ilaçlar veya diğer ajanlarla etkileşimleri ve ürünün belirtildiği şekilde kullanılması halinde oluşabilecek yan etkileri gibi hususların prospektüste yer alması gerekir.

nılmasıyla oluşan tehlikenin, kullanılmaması durumundaki tehlikeden daha fazla olmasıdır.

Mevzuatımızda ilaç üreticilerin sorumluluğuna ilişkin özel bir kanun bulunmamaktadır. Dolayısıyla ilaç üreticilerinin cezai sorumluluğu belirlenirken, 5237 sayılı TCK ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ile bu alandaki yönetmelikler çerçevesinde hareket edilmektedir.

Alman hukukunda İlaç Kanunu (*Arzneimittelgesetz- AMG*) içerisinde ilaç üreticilerinin cezai sorumlulukları 17. bölümde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir⁵. Buraya bakıldığında ilaç üreticilerinin fiilleri, cezai yaptırımın süresine ve türüne göre farklı maddelerde yer almaktadır. Gerçekten AMG’de ilaç üreticilerinin gerçekleştirdikleri fiillerin cezası üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılanlar § 95’te, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılanlar ise § 96’da ve son olarak idari para cezasını gerektirenler § 97’de cezai yaptırımı bağlanmaktadır⁶.

İlaç kullanıma bağlı gerçekleşen neticelerden cezai sorumluluğun tespiti bazı zorluklar içermektedir. Bunun sebebi gerçekleştirilen hatalı ilaca ilişkin fiil ile ortaya çıkan netice arasında zamansal ve mekânsal farklılığın bulunmasıdır. Ayrıca ilacın üretiminden kullanılmasına kadar geçen evrede ilaç üreticisi, hekim, eczacı ve hastanın bizzat kendisine kadar birçok kişinin sürece katılmasından dolayı nedensellik bağının tespiti de zordur⁷. Bu çalışmanın konusunu, ilacın üretim safhasından kullanımına kadar geçen süreçteki fiilleri sebebiyle ilaç üreticisinin cezai sorumluluğu oluşturmaktadır.

İlaç üreticisinin cezai sorumluluğuna ilişkin mevzuatımızdaki karışıklık, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile giderilmiştir⁸. Nitekim 1262 sayılı Kanun’daki suçlar,

⁵ Alman Anayasası’nın 74’üncü maddesiyle Alman İlaç Hukuku’nun temelleri oluşturulmuştur. Bu maddeye göre; “devlet, insanları ve hayvanları tehdit eden bulaşıcı hastalıklara veya müşterek tehlike oluşturan şeylere karşı gerekli tedbirleri alır. Bununla birlikte devlet; tıbbi ürünler, ilaçlar, zehirler, uyuşukluk veren maddeler ve diğer sağlık ürünlerinin ruhsatlandırılmasını yapar ve gerekli tedbirleri alır”. Bu maddenin uygulanmasını ve ilaçlara ilişkin hukuki ve cezai kuralları belirlemek amacıyla Alman İlaç Kanunu (AMG) çıkarılmıştır.

⁶ Wolfgang A. Rehmann, *Arzneimittelgesetz (AMG)*, (5. Auflage, C.H. Beck 2020), § 97, kn. 1-2.

⁷ Hakan Hakeri, *İlaç Hukuku*, (2. Baskı, Astana 2018), 222; Koca (n 1) 24; ABD’de hekimin ilaç hatalarına ilişkin Güvenli İlaç Uygulamaları Enstitüsü- Institute for Safe Medication Practices (ISMP) tarafından şu örnekler rapor edilmiştir: 4 yaşındaki bir çocuğa hekim tarafından grip aşısı yerine Pfizer-BioNTech COVID-19 aşısı yapıldı. Pfizer-BioNTech COVID-19 aşısı, 4 yaşındaki bir çocukta EUA için onaylanmamıştır. FDA şu anda Pfizer-BioNTech tarafından 5-11 yaş arası çocuklarda yapılan bir COVID-19 aşısı çalışmasından elde edilen verileri incelerken, bu grubun altında kalan bir çocuğa aşı yapılması önemli riskler taşımaktadır. Neyse ki, çocuk aşından hiçbir yan etki görmemiştir. Bkz. <<https://www.ismp.org/resources/mix-ups-between-influenza-flu-vaccine-and-covid-19-vaccines>> Erişim Tarihi: 18.10.2023.

⁸ Nitekim 5728 sayılı Kanun’un 43’üncü maddesiyle, 1262 sayılı Kanun’un 19. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: “Ruhsatsız olarak müstahzar imal edenler veya bu suretle imal edilen



kabahat olarak değiştirilerek bir eylemin hem TCK kapsamında hem de 1262 sayılı Kanun'da suç olarak düzenlenmesinin önüne geçilmiştir⁹.

I. İLAÇ VE İLAÇ ÜRETİCİSİ KAVRAMI

1. İlaç

Uluslararası alanda Dünya Sağlık Örgütü (*World Health Organization/ WHO*) ilacı şu şekilde tanımlamaktadır: “*Fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları, alanın yararı için değiştirmek veya incelemek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün*”¹⁰. Alman İlaç Kanunu¹¹ § 2 ise ilaçları, insan ve hayvan hastalıklarını ya da hastalığa bağlı şikayetleri gidermek, azaltmak veya önlemek amacıyla vücuda uygulanarak fiziksel işlevleri farmakolojik, immünojenik veya metabolik vasıtalarla eski haline getiren veya tıbbi tanı konulmasına yardımcı olan müstahzarlar şeklinde tanımlanmaktadır¹². Ayrıca bu Kanun'da gıda maddeleri, cildi ve saçları güzelleştirmeye yarayan maddeler, tütün ürünleri, hayvan yemleri, tıbbî aygıtlar ile bunların parçaları ve de organlar ilaç olarak kabul edilmemektedir¹³.

Mevzuatımızda ilaç, “işpençiyari ve tıbbî müstahzar” veya “beşeri tıbbî ürün¹⁴” olarak adlandırılmaktadır. Bu kavramlar çeşitli düzenlemelerde tanımlanmaktadır. 1262 sayılı İşpençiyari ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu'nun 1'inci maddesi ilacı; “*kodexste muharrer şekil ve formül haricinde ve fennî kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususî bir nam altında ticarete*

müstahzarları bilerek satan, satışa arz eden veya sattıranlara, müstahzar imaline salahiyet sahibi oldukları takdirde, beş yüz Türk Lirasından on bin Türk Lirasına kadar; müstahzar imaline salahiyet sahibi olmadıkları takdirde, bin beş yüz Türk Lirasından yirmi bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bu müstahzarlar kendilerine atfedilen tedavi vasıflarını haiz olmadığı veya bu vasıfları azaltacak veya kaybedecek şekilde veya saf olmayan maddelerden imal edildiği anlaşıldığı takdirde 18 inci maddede yazılı ceza tatbik olunur. Memleket dışında yapılmış müstahzarları ruhsatsız olarak ticaret amacıyla ithal etmek veya bunların özelliklerini bilerek satmak veya satışa arz etmek veya sattırmak kaçakçılıktır. Bu fıkrada yazılı suçları işleyenler hakkında Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümleri tatbik olunur”.

⁹ Hakeri, İlaç Hukuku (n 7) 218; Koca (n 1) 351.

¹⁰ <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js4893e/9.html>, Erişim Tarihi: 06.09.2023.

¹¹ Alman İlaç Kanunu'nun (AMG) 1. maddesinde ilacın ayırt edici özellikleri şu şekilde belirtilmiştir: “İnsanlarda veya hayvanlarda kullanılarak, 1. Hastalıkları, ağrıları ve vücut hasarlarını iyileştiren, hafifleten, önleyen ya da tanılayan, 2. Vücudun bedensel yapısını, işlevlerini ya da ruhsal durumunu ortaya çıkartan, 3. İnsan ya da hayvandan üretilmiş etken maddelerin yerini alan, 4. Parazitleri veya yabancı maddeleri vücuttan atan, yok eden ya da zararsız hale getiren, 5. Vücudun yapısı, mevcut durumu ya da işlevlerini veya ruhsal durumunu etkileyen madde ya da madde müstahzarlarıdır”. Bkz. Rehmann (n 6) § 1, kn. 1-2.

¹² https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/, Erişim Tarihi: 12.08.2023.

¹³ Erwin Deutsch and Andreas Spickhoff, *Medizinrecht*, (6. Auflage, C. H. Beck 2008), kn. 1189.

¹⁴ Tıbbî ürün kavramı için bkz. Deutsch and Spickhoff (n 12) 753 vd.; Heinz-Uwe Dettling and Christina Koppe-Zagouras, “Antiinfektiva und Desinfektiva: Arzneimittel, Medizinprodukte, Biomedizin oder Kosmetika ?- Beispiel Chlorexid-Produkte-“, *Pharmarecht*, 2010 (4), 161.

çkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar” ifadeleriyle açıklamaktadır¹⁵. Buradan hareketle ilacın tanımı şu şekilde yapılabilir: Hastalıkları iyileştirmek veya belirleyebilmek ya da bunlardan korumak amacıyla insanlara tatbik edilen Sağlık Bakanlığınca ruhsatlandırılmış her nevi madde veya bileşimdir¹⁶.

Maddenin hangi halde olduğu ya da nerede üretildiği ilaç vasfını etkilemez. Aynı şekilde maddenin Bakanlıkça ruhsatlandırılmamış olması veya eczanelerden tedarik edilip edilmemesi de ilaç niteliğini değiştirmez. Ayrıca insanların gıdadan alamadıkları bir besini tamamlamak amacıyla kullanılan gıda destekleri ilaç değildir¹⁷.

Hukuki olarak ilaçlar; orijinal, jenerik, taklit ve sahte olmak üzere dört grupta sınıflandırılır. Orijinal ilaçlar, klinik çalışmalarla desteklenen uzun araştırmalar sonucunda belirli bir hastalığın giderilmesinde veya şikayetlerin azaltılmasında yararlılığı ispat edilmiş ve öncesinde bir benzeri de bulunmayan ürünlerdir¹⁸. Jenerik ilaçlar ise, orijinal ilaçların patent süresi geçtikten sonra orijinal ilaçla aynı miktarda etken madde içererek benzer farmasötik şekil ve formülasyonda olan ilaçlardır¹⁹. Bu ilaçların piyasaya sürülebilmesi için orijinal ilacı üreten firmadan izin alınması gerekmesede Sağlık Bakanlığından ruhsat alınması gerekir²⁰. Taklit

¹⁵ 1262 sayılı Kanun haricinde bu alandaki yönetmeliklerde de benzer şekilde ilacın tanımı yapılmaktadır. Nitekim Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin 4/c maddesine göre, beşeri tıbbi ürün, hastalığı tedavi etmek veya hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koymak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanan doğal veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonudur. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin 4/p maddesine göre ise, ilaç/beşeri tıbbi ürün, hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin madde veya maddeler karışımıdır. Ayrıca Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 4/1-b maddesine göre, beşeri tıbbi ürün, insanlardaki hastalığı tedavi edici veya önleyici özelliklere sahip olarak sunulan veya farmakolojik, immünolojik veya metabolik etki göstererek fizyolojik fonksiyonları düzeltmek, iyileştirmek, değiştirmek veya tıbbi teşhis amacıyla insanlarda kullanılan veya insana uygulanan madde veya maddeler kombinasyonudur.

¹⁶ Sahir Erman ve Çetin Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar*, (1. Baskı, Alfa 1995), 188; Ahmet Kürşat Ersöz, *İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu*, (1. Baskı, On İki Levha 2016), 26- 27; Aycan, “İlaç Nedir ? , 1; Ayrıntılı ilaç tanımı için bkz. Michael Quaas, Rüdiger Zuck and Thomas Clemens, *Medizinrecht*, (4. Auflage, C. H. Beck 2018), § 50, kn. 1-5, 796-797; Rehmann (n 6) § 1, kn. 4.

¹⁷ Quaas, Zuck and Clemens (n 16) kn. 5; Deutsch/ Spickhoff (n 12) kn. 853-858.

¹⁸ Hermann Hofmann and Oliver Schöffski, *Generika und Biosimilars*. In: Oliver Schöffski, Frank-Ulrich Fricke, Werner Guminski (Hrsg.): *Pharmabetriebslehre*. 2. Auflage, Springer, Berlin/ Heidelberg 2008, 398.

¹⁹ Beşeri Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 4/y maddesinde jenerik ilacın tanımı yapılmıştır. Buna göre; “etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyoeşdeğerliliğinin uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlandığı tıbbi ürün” şeklinde jenerik ilaçlar tanımlanmıştır.

²⁰ Hofmann and Schöffski (n 18) 399; Ersöz (n 16) 31.



ilaçlar ise, orijinal ilacın patent süresi geçmeden ve Sağlık Bakanlığının denetimine girmeden piyasaya sürülen, orijinal ilaçla biyoeşdeğerliğe²¹ sahip olan ilaçlardır. Son olarak sahte ilaçlar, etiketinde yazandan farklı maddeler içeren ya da sahte etiket yapıştirilmiş ürünlerdir²². Bu sınıflandırmada orijinal ve jenerik ilaçlar hukuka uygun olmakla birlikte taklit ve sahte ilaçlar hukuka aykırı niteliktedir²³.

2. İlaç Üreticisi

Mevzuatımızda ilaç üreticisi kavramı, Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği'nin 4/1-f maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre; *“İmalatçı/Üretim Yeri İzin Sahibi: Beşeri tıbbi ürün ve/veya etkin maddelerin imalat yetkisine ve iznine sahip gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder”*. İlacın imalatı ise aynı yönetmeliğin 4/1-e maddesinde; *“klinik araştırma ürünleri de dâhil beşeri tıbbi ürün ve/veya etkin maddelerin üretiminde kullanılan başlangıç maddelerinin tartımını, bölünmesini, işlenmesini, primer ambalajlama işlemlerini, sekonder ambalajlama işlemlerini, bitmiş ürün haline getirilmesini, bunlarla ilgili kontrolleri ve seri serbest bırakma faaliyetleri”* şeklinde tanımlanmaktadır.

İlaç üreticisi kavramına ilişkin doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu kapsamda ilaç üreticisi, hastalıkları iyileştirmek veya belirleyebilmek ya da bunlardan korunmak amacıyla insanlara tatbik edilen her nevi madde veya bileşimler ile bunların ham maddelerini veya ara mallarını üretenler ile üretim safhasına katılmasa bile bu malları kendi ticari unvan ve markaları ile satışa çıkaran gerçek veya tüzel kişilerdir²⁴.

İlaç üreticisi kavramı kendi içerisinde gerçek üretici ve görünüşte üretici olmak üzere ikiye ayrılır. Gerçek ilaç üreticisi, bir ilacın ham maddesinin veya ara mallarının üreticisidir. Görünüşte ilaç üreticisi ise²⁵, kendi üretmediği ilaçlara bizzat

²¹ İlacın biyoeşdeğerliği: Aynı veya benzer farmasötik biçimdeki iki ilacın eşdeğer etkilere sahip olmasıdır. Orijinal ilaç ile jenerik ilacın eşdeğer etkilere sahip olması örnek gösterilebilir (Öner Süzer, Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar, 11 <<http://www.onersuzer.com>>).

²² Özlem Yenerer Çakmut, “Taklit – Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası’nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı – 2, 1 Haziran 2007, İstanbul, 126 vd.

²³ Amerika Birleşik Devletleri’nde ruhsatlandırılmayan ilaçlar, doğrudan taklit veya sahte ilaç olarak isimlendirilmemekte, bu tür ilaçlara “off-label” ilaç denilmektedir. Aynı zamanda bu kavram Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) denetiminden geçerek onay aldıktan sonra piyasaya sürülen bir ilacın, prospektüsünde belirtilen hastalık dışında bir hastalığın tedavisinde kullanılması halinde, yani “endikasyon dışı kullanım” halinde de “off-label” ilaç kategorisinde değerlendirilmektedir. Bkz. Wilfried Kügel, Rolf-Georg Müller and Hans-Peter Hofmann, *Arzneimittelgesetz*, (2. Auflage, C. H. Beck 2016), §21 N. 24; Hasan Petek, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, (1. Baskı, Yetkin 2009), 199.

²⁴ Veysel Başpınar, “İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009 Kayseri, 105; Hakeri, İlaç Hukuku (n 7) 157; Ersöz (n 16) 190.

²⁵ Beşeri Tıbbi Ürünlerin İmalathaneleri Hakkında Yönetmelik m.2/a bendinde, Yönetmeliğin fason işlem yapan ilaç üreticilerini de kapsadığı, m.20’de ise fason işlemlerin hangi çerçevede yürütüleceği belirtilmiştir.

üretmiş izlenimi vererek piyasaya süren kişidir²⁶.

Hatalı ilacın üretilmesinde sorumlu olanlar yalnızca ilacı üretenler değildir. Aynı zamanda üretmediği ilacı kendi adına piyasaya süren kişi de (görünüşte üretici) 1262 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca sorumludur²⁷. Bu düzenlemeye göre, ilacı ithal eden kimse, üretmediği ilacı kendi adıyla piyasaya süren kimse olarak sorumludur²⁸. Dolayısıyla kendisi üretmese bile, ilacın ruhsat sahibi olması sebebiyle kendi adına piyasa süren kişi de sorumludur.

Doktrinde, ilacı sağlayanların ve dağıtıcıların ilacın hatalı olduğunu tespit edebilmeleri mümkün olmadığından sorumluluklarına gidilemeyeceği savunulmaktadır. Kanaatimizce de, ilaç dağıtıcıları ve majistral ilaçlar haricinde eczacılar hatalı ilaçlar nedeniyle yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmeleri koşuluyla sorumlu değildir. Zira bu kimselerin hatayı önleme imkanı bulunmadığı gibi ilacın üretimine ilişkin yararlılardan da daha az pay almaktadır²⁹.

II. İLAÇ ÜRETİCİSİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU

1. Genel Açıklamalar

Günümüzde kullanılan ilaçların yararları olduğu gibi yan etkileri kapsamında zararları da bulunmaktadır. Dolayısıyla birçok kişi bu ilaçlar sayesinde sağlığına kavuştuğu gibi zarar da görebilmektedir.

İlaçların gösterdiği etkiler çeşitli faktörlere göre değişmektedir. İlaçlar kompleks içeriklere sahip olduğu için uygulanan hastanın hassasiyetine göre farklı etkiler doğurabilmektedir. Örneğin, hastanın cinsiyeti, beslenme biçimi, var olan diğer hastalıkları, ilacın kullanım şekli ve iklim gibi faktörler ilacın etkisini değiştirerek, zararlı sonuçlara sebep olabilmektedir.

²⁶ Petek (n 23) 145; Ersöz (n 16) 190.

²⁷ 1262 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesine göre; "Müsaadesi istihsal olunarak ticarete çıkarılan yerli müstahzarların safiyetinden ve formülüne muvafık olarak imal edilip edilmemesinden amili ve memalikiyecnebiyeden ithal edilenler için ithal müsaadesi taleplnamesi vermiş olan vekilleri mesul olup lüzum görüldükçe ve bedeli tesviye olunmak üzere laaletayın alınacak numunelerin tahlili suretiyle Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti daimi bir murakabe icra eder".

²⁸ Avrupa Birliği Ürün Sorumluluğu Direktifi'nin 3/III maddesine göre; üreticinin kimliğinin belirlenemediği hallerde, ürünün tüm tedarikçileri üretici sayılır. Ürünü temin eden kişi, zarar gören kişiye ürünü kimden temin ettiğini bildirilmedikçe üretici sayılır. Mevzuatımızda da benzer şekilde 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunun 5'inci maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre; "dağıtıcı, sahip olduğu bilgiler çerçevesinde, güvenli olmadığını bildiği ürünleri piyasaya arz edemez. Dağıtıcı, faaliyetleri çerçevesinde, ürünlerin taşıdığı riskler ve bu risklerden korunmak için alınması gereken önlemler hakkında ilgililere bilgi verir. Üreticinin tespit edilemediği durumlarda, yetkili kuruluşça belirlenecek süre içinde üreticinin veya malı tedarik ettiği kişinin kimliğini bildirmeyen dağıtıcı, üretici olarak kabul edilir. Dağıtıcılar, teknik düzenlemelerle kendilerine getirilen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır".

²⁹ Hakeri, İlaç Hukuku (n 7) 157-158.



Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin³⁰ 4/1-c maddesinde ilaç kullanımıyla ortaya çıkabilecek riskler düzenlenmektedir. Buna göre, ilaç kullanımıyla hastaların sağlığı veya halk sağlığı bakımından beşeri tıbbi ürünün kalitesi, güvenilirliği ve etkililiğiyle ilgili riskler ortaya çıkabileceği gibi çevre üzerinde istenmeyen etkilere neden olabilecek risklerde meydana gelebilir.

İlaç kullanımına bağlı olarak ortaya çıkabilecek risklerin önlenmesi amacıyla belirli kurallar getirilmiştir. İlk olarak, ilaçlar piyasaya sürülmeden önce bazı testlere tabi tutularak ruhsat verilmektedir. İkincisi, ilaçların alınabilmesi için kural olarak hekim tarafından reçete edilmesi gerekir. Böylelikle hastanın fizyolojik ve biyolojik özellikleri ile tedavisine yönelik en uygun ilaç belirlenir³¹.

İlaç üreticilerinin, kurallara aykırı ilaç üretmelerinden veya ilacın prospektüsünde yer almayan yan etkileri sebebiyle ortaya çıkan zararlı neticelerden cezaî sorumlulukları bulunmaktadır. İlk olarak ilaç üretimine ilişkin 1262 sayılı Kanun ile Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği ve Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliğindeki³² kurallara uyulması gerekir. Bunlara aykırı hareket edilmesi nedeniyle ilaç üreticilerinin ortaya çıkan zararlı neticelerden kastlarına veya taksirlerine göre ceza sorumlulukları bulunmaktadır.

İkincisi, ilacın kullanımına bağlı ortaya çıkan zararlı neticeler prospektüsteki eksik bilgilerden kaynaklıysa, bilgilendirme hatasından söz edilir. Burada ilacın kendisinde bir hata bulunmamakla birlikte, kullanımına ilişkin eksik bilgilendirmeden dolayı olumsuz netice ortaya çıkmaktadır³³. Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Estil* kararında, sorumluluğun belirlenmesinde bilgilendirme hatası esas alınmıştır. Bu karara konu olan olayda hasta, narkoz ilacı olan *Estil*'in toplardamar yerine atardamara verilmesi sonucu kolunu kaybeder.

³⁰ Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 31686 sayılı ve 11.12.2021 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmasıyla birlikte 19/1/2005 tarihli ve 25705 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği ile 27/5/1994 tarihli ve 21942 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Farmasötik Müstehzarların Biyoyararlanım ve Biyoçeşitliliğinin Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

³¹ Aşşegül Yıldızdoğan, "İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu", 2015 (6) 89, İstanbul Barosu Dergisi, 84.

³² 30217 sayılı ve 21 Ekim 2017 Tarihli Resmî Gazete.

³³ "İlaç tedarikçilerinin sorumluluğu için, ilacın kullanımı yoluyla zarara yol açıldığı varsayımını haklı çıkaran olguların kesin olarak sunulması gerekir. Davalı, jenerik ilaç tedarikçisidir ve aktif bileşen allopurinol içeren «Allopurinol AbZ 300 mg» ilacını satmaktadır. Davacı, bu ilacı aile doktoru tarafından reçete edildiğini ve yutulması sonucunda göz ve mukoza zarı tutulumu ile birlikte toksik epidermal nekrolizden muzdarip olduğunu iddia etmektedir. Bu nedenle davalıyı bilinen tüm etkiler, yan etkiler, etkileşimler, şüpheli yan etki vakaları ve bilinen hale gelen etkileşimler hakkında, bulgular Stevens-Johnson sendromu ve göz ve mukoza tutulumu ile birlikte toksik epidermal nekroliz olduğu sürece ilişkin bilgilendirilmesi gerekir. İlacın broşürü, ilacın alınmasıyla ilişkili tehlikeleri ve yan etkileri yeterince belirtmemektedir. Özellikle cilt ve aşırı duyarlılık reaksiyonları riskini yetersiz göstermektedir. Dolayısıyla eksik bilgilendirme hatasından ötürü ilaç tedarikçisinin sorumluluğu söz konusudur". (BGH, VI ZR 63/14, 12.05.2015, openJur 2015, 10191).

Mahkeme, ilacın kullanımına ilişkin üreticinin yeterli bilgilendirmede bulunmadığı sonucuna varmıştır. Gerçekten tedaviyi uygulayan hekim ilacın kullanımına ilişkin yeterince bilgilendirilseydi, bu tür olumsuz neticenin ortaya çıkmayacağı kanaatine ulaşılmıştır³⁴.

İlacın prospektüsünde belirtilen yan etkilerine rağmen kullanılması durumunda, hastanın bu olumsuz etkilere rıza gösterdiği sonucuna ulaşılır. Ancak bu etkilerin ilacın kullanımından önce hasta tarafından bilinmesi gerekir. Mevzuatımızda hastanın ilaca ilişkin bilgilendirilmesi Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15'inci maddesinin (e) bendinde düzenlenmektedir³⁵. Buna ilişkin aydınlatma yükümlülüğünü ilaç üreticileri prospektüsler aracılığıyla, hekim ve eczacılar da doğrudan hastayı ilaç hakkında bilgilendirerek yerine getirir³⁶. Böylelikle ilacın kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan yan etkiler sebebiyle ilaç üreticisinin, hekimin veya eczacının ceza sorumluluğu söz konusu olmaz.

Sonuç olarak, ilaç firmalarının ürettikleri ilaçlara ilişkin iki temel sorumluluğu bulunmaktadır. Birincisi, o günkü bilimsel ve teknolojik gelişmelerden yararlanarak faydalı ve tehlikesiz ilaçları kurallara uygun şekilde geliştirmek ve üretmek suretiyle ilaç güvenliğini sağlamaktır. İkincisi ise hastaya gerekli bilgileri sağlayarak (prospektüsler aracılığıyla) ilaçların güvenli ve en doğru şekilde kullanımını belirlemektir³⁷. Bu sorumluluklarını kasten veya kanunda suç olarak düzenlenen hallerde taksirli bir fiille ihlal etmeleri halinde gerçekleşen neticeden ceza sorumlulukları bulunmaktadır³⁸.

³⁴ BGH VersR 1972, 1075-1076.

³⁵ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 'Bilgilendirmenin Kapsamı' başlıklı 15'inci maddesine göre; "Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir".

³⁶ "Bir ilacın olası ciddi yan etkileri durumunda ilaç üreticisinin paket broşüründeki endikasyonlara ek olarak, ilacı reçete eden doktor tarafından da bilgi verilmesi gereklidir. 10 Şubat 1995'te başvuru sahibi, 'Cyclosa' preparatı ile alınan Nikotin arasındaki etkileşimin bir sonucu olarak ortaya çıkan bir Mediapartial enfarktüs (beyin enfarktüsü, inme) geçirmiştir. "Cyclosa" ilacı ile tedavi, davalının etkili bir tedavinin yokluğunda başvurduğu bir prosedürdür. Bu tür bir ilacın kullanılmasından önce, ilaç kullanımına bağlı beklenen risk hakkında hasta, hekim tarafından bilgilendirilmelidir. Bu tür bir eylem, kendi kaderini tayin etme hakkını kullanabilmeleri için tıbbi bir prosedürdür. Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü hekime aittir. Bu nedenle, ilaç broşüründeki endikasyonlara ek olarak yapılan müdahalelerde, ortaya çıkabilecek yan etkilerle ilişkin ilacı reçete eden hekimin, hastayı bilgilendirilmesi gerekir" (BGH, VI ZR 289/03, 15.03. 2005).

³⁷ Michael Mayer, Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschaeden. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Arzneiwesen aus strafrechtlicher Sicht, Dissertation, (Springer-Verlag, Heidelberg 2008), 285; Peter Dieners and Ulrich Reese, *Handbuch des Pharmarechts*, (1. Auflage, C. H. Beck 2010), § 13 kn. 20 ff.; Stefan Fuhrmann, Bodo Klein and Andreas Fleischfresser, *Arzneimittelrecht*, (3. Auflage, C. H. Beck 2020), § 27 kn. 69.

³⁸ Alman hukukunda bu tür hallerdeki cezai sorumluluk için bkz. AMG § 84 I.



İlaç üretim firmaları, ruhsat sahibi olduğu ilaçları kendisi üretmekte veya ithal etmekte ya da başka bir firmaya ürettirmektedir. Esasında ilaç üretimine ilişkin sorumluluğu kural olarak ilacın ruhsat sahibiyle sınırlamak gerekir. Ancak ruhsat alınmadan ya da ruhsat süresi dolmasına rağmen piyasaya sürülen ilaçlar ile ruhsat alınmasına gerek olmayan ilaçlarda “kendi adı altında piyasa süren” kimseler, ilaç üreticisi olarak sorumludur³⁹.

İlacın ruhsat sahibinin ilaç üretimindeki genel yükümlülükleri Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 25'inci maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; “(1) Ruhsat sahibi, piyasada olan bir ürününü herhangi bir nedenle piyasaya veremeyecekse bu durumun oluşmasından en az otuz gün önce Kuruma ürünü piyasaya veremeyeceğini bildirmekle yükümlüdür.

(2) Ruhsat sahibi, ruhsatına sahip olduğu beşeri tıbbi ürünle ilgili olarak aşağıdaki hususlarda Kuruma karşı sorumludur:

a) Beşeri tıbbi ürünün, başvuru ekinde verilen ve Kurum tarafından kabul edilen spesifikasyonlara uygun olarak üretilmesi.

b) Üretim ve kontrol yöntemleri bakımından bilimsel ve teknik ilerlemelerin dikkate alınması ve beşeri tıbbi ürünün genel kabul gören bilimsel yöntemlerle üretilmesini ve kontrol edilmesini sağlamak amacıyla gerekli her türlü değişikliği yapmak üzere Kurumun onayına sunulması.

c) Beşeri tıbbi ürünün doğru ve güvenli kullanımını sağlamak için gerektiği durumlarda kısa ürün bilgilerinin ve kullanma talimatının güncellenmesi.

ç) Beşeri tıbbi ürünle ilgili herhangi bir değişiklik olduğunda, ilgili kılavuz hükümleri çerçevesinde ilgili değişikliğin Kuruma bildirilmesi.

d) Beşeri tıbbi ürün hakkında Kurum tarafından talep edilen hususlara zama-nında cevap verilmesi.

e) Farmakovijilans uygulamaları çerçevesinde İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelikte belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi.

f) Beşeri tıbbi ürünün biyolojik bir tıbbi ürün olması durumunda bulaşabilecek enfeksiyonların önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması.

g) Ruhsatına sahip olduğu beşeri tıbbi ürünün piyasada bulunabilirliğinin sağlanması.

ğ) Beşeri tıbbi ürünün etkililiği veya halk sağlığının korunması gerekçesiyle ruhsatının askıya alınması veya piyasadaki çekilmesi durumunda alınan her türlü tedbirin tüm detaylarıyla birlikte derhal Kuruma bildirilmesi.

h) İthal edilen, ihraç edilen veya lisans altında ülkemizde üretilen beşeri tıbbi ürünlerin kalite veya etkililik veya güvenilirlik nedeniyle; ruhsatlı olduğu diğer ülkelerde ruhsatının askıya alınması veya iptal edilmesi veya piyasadaki çekilmesi veya toplatılması durumunun Kuruma bildirilmesi.

³⁹ Petek (n 23) 288; Hakeri, İlaç Hukuku (n 7) 158.

1) Beşeri tıbbi ürünlerle ilgili belirlenmiş harçların ve ücretlerin ödenmesi.

(3) Ruhsat ya da başvuru sahibi bu Yönetmelikte belirtilen esaslara uygun olarak başvuru yapmak ve Kuruma sunduğu bilgi ve belgelerin doğruluğunun teyidi ile yükümlü olup bu bilgi ve belgelerin sonuçlarından doğacak her türlü sorumluluğu kabul eder.

(4) Ruhsat ya da başvuru sahibi ürünü ile ilgili Kuruma sunduğu tüm belgelerin asıllarını saklamakla ve talep edildiğinde Kuruma sunmakla sorumludur.

(5) Beşeri tıbbi ürünün ruhsatlandırılmış olması ruhsat sahibinin hukuki ve cezai yükümlülüğünü etkilemez”.

İlaç üreticilerinin belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranması durumunda ortaya çıkan zararlı neticelerden cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Bu kapsamda ilaç üreticilerinin gerçekleştirdikleri fiiller kapsamında kasten öldürme veya yaralama, taksirle öldürme veya yaralama, zehirli madde katma, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçların ticareti, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma, ruhsatsız ilaç üretmek veya ruhsatsız ilaç satmak veya sattırmak suçları oluşabilir.

2. Kastan Öldürme veya Yaralama Suçu

İlaç üreticilerinin doğrudan kastla hareket ederek zararlı ilaç üretmeleri pek rastlanılacak bir durum değildir. Ancak ilacın piyasaya sürülmesinden sonra kullanımına bağlı yan etkileri haricinde zararlarının ortaya çıkmasının bildirilmesine rağmen üretiminin durdurulmaması veya piyasadan toplatılmaması durumunda gerçekleşen neticeden ilaç üreticisinin olası kastla ceza sorumluluğu söz konusudur. Örneğin, belirlenen yan etkilerinin haricinde ilacın uzun dönemde kalp romatizmasına neden olduğunun tespit edilmesine rağmen, ilaç üreticisinin ticari kaygılarla ilacın üretimini durdurulmaması durumunda gerçekleşen neticeden olası kastla yaralama veya öldürmeden sorumludur.

İlaç üreticilerinin, ilaçları Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından kabul edilen spesifikasyonlara uygun olarak üretmesi gerekir (Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m. 25/2-a). İlacın üretimine ilişkin bu teknik şartlara aykırı hareket ederek üretilen ilaçların kişilerin ölümüne veya yaralanmasına sebep olabileceğinin öngörülmesine rağmen, bu durumu kabullenerek hareket eden ilaç üreticileri, olası kastla öldürme veya yaralama suçundan sorumludur.

İlaç üreticileri, ruhsatına sahip olduğu beşeri tıbbi ürünün piyasada bulunabilirliğini sağlaması gerekir (Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m. 25/2-g). Hayati destek sağlayan bir ilacı piyasada kasten bulundurmuyarak, kişilerin ölümüne veya yaralanmasına sebep olabileceğinin öngörülmesine rağmen, bu durumu kabullenerek hareket eden ilaç üreticileri, olası kastla öldürme veya yaralama suçlarından sorumludur.

Aynı anda birden fazla ilaç kullanılması halinde, bunların birbirleriyle olan etkileşimleri neticesinde ölüm veya yaralanma neticeleri ortaya çıkabilir. Nitekim ilaca bağlı ölümlerin büyük çoğunluğu ilaç etkileşimlerinden kaynaklandığı bildirilmektedir⁴⁰. Bu tür ilaç etkileşimlerinden kaynaklanan olumsuz neticelerden hekim sorumludur. Zira hekimin birlikte kullanılan ilaçların etkileşimini öngörmemesi, özen yükümlülüğünü ihlal eder. Burada hekim kullanılan diğer ilaçların tespitini yaparak gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir⁴¹.

3. Taksirle Öldürme veya Yaralama Suçu

İlacın üretim aşamasında, üreticinin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesinden dolayı üretilen hatalı ilaçtan kullanıcıların zarar görmesi mümkündür⁴². Ancak bu taksirli fiilin cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça suç olarak düzenlenmesi gerekir (TCK m. 22/1). Bu kapsamda ilaç üreticilerinin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmeleri durumunda gerçekleşen neticelerden biri de ilaç kullanıcılarının ölümü veya yaralanmalarıdır. Bu halde ilaç üreticileri taksirle öldürme veya yaralama suçlarından sorumludur.

İlaç üreticilerinin dikkat ve özen yükümlülüğü, hukuk kuralları ve müşterek tecrübeye göre belirlenir. İlk olarak, ilaç üreticilerinin dikkat ve özen yükümlülüğünün hukuki kaynağını Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği oluşturur. Bu Yönetmeliğin amacı; klinik araştırma ürünleri de dâhil olmak üzere, beşeri tıbbi ürünlerin ve bunların etkin maddelerinin, İyi İmalat Uygulamalarına ve ilgili ulusal ve uluslararası kabul görmüş standartlara uygun olarak imal edilmesine ve bu çerçevede kalite güvence sisteminin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinde, ülkemizde imal edilerek pazara sunulacak beşeri tıbbi ürün ve etkin maddelerin imalatının sadece Kurumca üretim yeri izni verilmiş yerlerde İyi İmalat Uygulamaları prensip ve kılavuzları ile üretim yeri izin belgesine uygun olarak gerçekleştirileceği düzenlenmektedir. Üretim yeri iznine sahip ilaç üreticilerinin yükümlülükleri ise aynı yönetmeliğin 8'inci maddesinde düzenlenmektedir. Bu madde kapsamın-

⁴⁰ Göknur Aktay, İ. Hamit Hancı ve Aysun Balseven, "İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu", 2003 (7) 12, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, 261.

⁴¹ ABD Yüksek Mahkemesi, hekimin bir ilacın başka ilaçlarla birlikte kullanılması halinde bunların karşılıklı etkileşim yaparak yan etkilere neden olabileceği yönünde ABD Tabipler Odasının görüşünü öğrenmesine rağmen, o ilacı hastaya veren doktorun mesleki standartlara aykırı davrandığını belirtmiş ve hekimi sorumlu tutmuştur. Karar için bkz. Cemal Öztürkler, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, (2. Baskı, Seçkin 2006), 412.

⁴² Hatalı ilaçlarda, objektif dikkat ve özensizlikten ötürü ilacın olması gereken üretim standartlarını sağlamaması söz konusudur. Bu kapsamda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden üretim hataları şunlardır: İlaçla ilgili klinik araştırma usulü ve test hataları, kontrol ve denetim hataları ile ilaçtan kaynaklanan yan etkileri inceleme ve uyarı hatalarıdır. Bu konuda bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, (1. Baskı, Seçkin 2007) 143-145; Başpınar (n 24) 103-104.

da ilaç üreticilerinin, ilacın üretimine ilişkin dikkat ve özen yükümlülüğü aşağıdaki hususları kapsamaktadır.

İyi İmalat Uygulamaları Kılavuzunda belirtilen gerekliliklere uygun eğitim almış ve yeterli tecrübeye sahip üretim sorumlusu, kalite güvence sorumlusu, kalite kontrol sorumlusu ve yeterli sayıda uygun personelin istihdam edilmesi,

Etkin maddeyi temin ettiği imalatçı, ithalatçı veya dağıtıcıların; etkin maddenin temin edildiği ülkenin yetkili otoritesinde kayıtlı olduğunu belgelemesi gerekir. Temin ettiği etkin madde ve yardımcı maddelerin güvenilirliğini ve kalitesini doğrulaması,

İmalatını gerçekleştirdiği beşeri tıbbi ürün ve etkin maddelerde ve imalat sürecinin ara basamaklarında gerekli kontrolleri sağlaması,

Kullanılabilir olmayan veya bu niteliğini yitirmiş beşeri tıbbi ürünler ile etkin madde ve yardımcı maddelerin ilgili mevzuata göre imhasını sağlaması,

İyi İmalat Uygulamaları Kılavuzunun gereklerini yerine getirmesi gerekir⁴³.

⁴³ Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri İyi İmalat Uygulamaları (GMP) Kılavuzu'nda Tıbbi ürünler için iyi imalat uygulamalarına ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir: "İyi imalat uygulamaları, ürünlerin kullanım amaçlarına uygun ve ruhsat dosyası, klinik araştırma izni veya ürün spesifikasyonunun gerektirdiği şekilde kalite standartları uyarınca istikrarlı olarak üretildiğini ve kontrol edildiğini güvence altına alır ve Kalite Yönetiminin bir parçasıdır. İyi imalat uygulaması, hem üretim ve hem de kalite kontrol ile ilgilidir. İÜ'nün temel gereklilikleri şunlardır:

(i) Tüm üretim prosesleri açıkça tanımlanır, deneyimlerin ışığı altında sistematik olarak yeniden gözden geçirilir ve tıbbi ürünleri istikrarlı biçimde istenen kalitede ve spesifikasyonlarına uygun olarak üretmeye elverişli bulundukları gösterilir:

(ii) Üretim proseslerinin kritik basamakları ve proseslerde yapılan belirgin değişiklikler valide edilir.

(iii) İÜ için gerekli tüm olanaklar aşağıdakiler de dâhil olmak üzere sağlanır:

- Uygun kalifiye ve eğitimli personel,
- Uygun tesisler ve alan,
- Uygun ekipman ve hizmetler,
- Doğru materyal, kaplar ve etiketler,
- Farmasötik Kalite Sistemi uyarınca onaylanmış prosedürler ve talimatlar,
- Uygun depolama ve nakliye.

(iv) Talimatlar ve prosedürler, talimat formuna özellikle eldeki olanaklara göre uygulanabilir şekilde açık ve anlaşılabilir bir dille yazılır.

(v) Prosedürler doğru biçimde yerine getirilir ve operatörler bu amaçla eğitilir.

(vi) Üretim sırasında, tüm işlemlerin prosedürlere ve talimatlara göre fiilen yapıldığını ve ürünün istenen kalitede ve miktarda olduğunu gösterecek şekilde elle veya diğer kayıt cihazlarıyla kayıt tutulur.

(vii) Her anlamlı sapma tümüyle kaydedilir, kök nedenin belirlenmesi amacıyla araştırılır ve uygun düzeltici-önleyici aksiyonlar uygulamaya geçirilir.

(viii) İzlenecek olan serinin, dağıtımı da dâhil olmak üzere, tüm geçmişine ait üretim kayıtları anlaşılabilir ve kolay erişilebilir formlar halinde saklanır.

(ix) Ürünlerin dağıtımı, kalitelerini etkileyecek herhangi bir riski asgariye indirecek şekilde yapılır ve iyi dağıtım uygulamalarını dikkate alır.

(x) Herhangi bir seriyi, satış veya dağıtım sonrası, geri çekme imkânı veren bir sistem mevcut bulunur.



İlaç üreticileri belirtilen hususlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık göstermesi durumunda gerçekleşen ölümlerden TCK m. 85'deki taksirle öldürme suçundan, aynı sebeple kişilerin vücuduna acı verilmesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması halinde ise TCK m. 89'daki taksirle yaralama suçundan ceza sorumlulukları bulunmaktadır. Örneğin, ilaç üreticilerinin İyi İmalat Uygulamaları Kılavuzu'ndaki kurallara dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı uymayarak doğru materyal, kaplar ve etiketleri kullanmaması nedeniyle ilaçlarda karışıklıklara yol açılması⁴⁴ veya uygun olmayan depolama ve nakliye sürecinden dolayı ilaçların bozularak zararlı neticelerin ortaya çıkması durumunda gerçekleşen neticelerden taksirli ceza sorumlulukları bulunmaktadır⁴⁵.

İkinci olarak, ilaç üreticilerinin dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını müşterek tecrübe kuralları oluşturur. Bu kapsamda ilacın üretim aşamasında o günkü bilimsel ve teknolojik gelişmelerden yararlanılarak ilaç güvenliğinin sağlanması gerekir. Ayrıca ilacın etki alanı ve kullanım şartları ile kime yönelik olduğu doğru tespit edilmelidir. Bu hususların dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı tam olarak yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan neticelerden ilaç üreticisinin taksirli sorumluluğu söz konusudur.

İlaç üreticilerinin hukuk kuralları ve müşterek tecrübeye göre belirlenen dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin hususlara aykırı davranışlarının nasıl belirlenece-

(xi) Piyasaya arz edilmiş ürünlere ilişkin şikâyetler incelenir; kalite kusurlarının sebepleri araştırılır; hatalı ürünlere ilişkin uygun önlemler alınır ve hatanın tekrarı önlenir”.

⁴⁴ Güvenli İlaç Uygulamaları Enstitüsü (ISMP) ilaçların paketlenmesinde veya etiketlenmesinde karışıklıkların oluşmasının temel sebeplerini şu şekilde saymaktadır: Metni okumak için yeterli kontrasta sahip olmayan açık veya kabartmalı etiketler, küçük boyutlu metin/yazı tipi, etiket dağınıklığı ve etiketlerin zayıf okunabilirliği, marka ve/veya jenerik adlar ile grafik tasarımının şirket logolarından daha az öne çıkması, enjekte edilebilirliğin gücü, kap hacmi başına toplam ilaç miktarı yerine yalnızca mL başına konsantrasyonun yazılması, başında sıfır olmadan veya sonunda sıfır ile ifade edilen doz, kuvvet ve/veya miktarların karışıklıklara yol açabilecek şekilde yazımı (2 mg [doğru kullanım] yerine 2,0 mg [yanlış kullanım]), büyük dozlar ve kuvvetler için virgüllerin sayılar içinde uygun şekilde yerleştirilmemesi (10.000 [doğru kullanım] yerine 10000 [yanlış kullanım]), uygulama yoluna verilen önemin yetersiz olması, kap etiketlerinin aynı veya farklı üreticinin başka bir ürününe benzemesi, benzer isimlere sahip ürünler arasında ayırım eksikliği, ürünleri ayırt etmek için kötü kullanım veya renk eksikliğidir. Bkz. <<https://www.ismp.org/resources/more-can-be-done-alleviate-errors-associated-pharmaceutical-product-labeling-and>> Erişim Tarihi: 23.10.2023.

⁴⁵ İlaç konteyner etiketleri, karton etiketler ve ürün ambalajları hakkındaki önemli bilgilerin görsel benzerlikleri ve kafa karıştırıcı veya eksik sunumu ABD'de ilaç hatalarına sıklıkla katkıda bulunmuştur. 1990'larda, eski USP-ISMP İlaç Hataları Raporlama Programının (USP-ISMP MERP) yönetiminin başlarında, programa gönüllü olarak gönderilen raporların ve ölümlerin üçte biri kadarının etiketleme ve paketlenmeden kaynaklı ilaç hatalarından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Günümüzde etiketleme ve paketlenme ile ilgili olaylar, ISMP Ulusal İlaç Hataları Raporlama Programına (ISMP MERP) gönderilen en sık görülen gönüllü rapor türlerinden biri olmaya devam etmektedir. Bu tür hataları tespit edebilecek veya önleyebilecek tıbbi teknolojiye önemli gelişmelere rağmen (örn. barkod tarama, klinik karar desteği), sıklıkla bu etiketleme ve paketlenme ile ilgili olay raporlarıyla karşılaşmaktadır. Bkz. Berman Adrienne, Reducing Medication Errors Through Naming, Labeling, And Packaging, J Med Syst. 2004; 28(1), 9-10.

ği önem arz eder. Burada taksirin çifte fonksiyonundan hareketle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda ilaç üreticilerinin özen yükümlülüğü objektif kriterler dikkate alınarak belirlenir. Ancak taksirin öngörülebilirlik unsuru bakımından sübjektif bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu itibarla taksirin öngörülebilirlik unsuru, ilaç üreticisinin mesleki tecrübesi gibi kişisel özelliklerinden hareketle tespit edilir.

İlaç üreticilerinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı gerçekleşen neticelerden taksirli ceza sorumluluğu için, hareket ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağının da bulunması gerekir. Dolayısıyla ilacın üretimine ilişkin taksirli fiile rağmen, ilacı kullanan kimse bu hatanın haricindeki bir sebeple zarar görmüş ise nedensellik bağı bulunmamaktadır. Bu halde ilaç üreticisinin taksirli ceza sorumluluğu doğmaz. Örneğin, hastanın bu nitelikteki bir ilacı belirtilen miktardan daha fazla alması nedeniyle rahatsızlanması durumunda, mağdurun kusurlu hareketi ile nedensellik bağı ortadan kalkar.

İlacın piyasadan toplatılması durumunda doğrudan ilaç üreticisinin taksirli ceza sorumluluğuna gidilemez. Bunun için ilacın piyasadan toplattırılmasını gerektiren hatanın, üreticinin taksirinden kaynaklanması ve bu taksirli fiil sebebiyle kişilerin ölümüne ya da yaralanmasına sebebiyet verilmesi gerekir⁴⁶.

4. Zehirli Madde Katma Suçu

Zehirli madde katma suçu 5237 sayılı TCK m. 185'te düzenlenmektedir⁴⁷. Bu maddenin birinci fıkrasıyla, her çeşit besine veya şeylere kasten zehir katılması veya bunların bozulması yoluyla insanların yaşamının ve sağlığının tehlikeye düşürülmesi cezalandırılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı bu fiillere taksirle sebebiyet verilmesi yaptırma bağlanmaktadır⁴⁸.

Bu suçu oluşturan fiiller, besin veya şeylere zehirli madde katma veya bunları bozmadır. Zehir, vücutta çözümlenmesiyle birlikte işlevsel görevleri bozan ve

⁴⁶ Koca (n 1) 352; Hakeri, İlaç Hukuku (n 7) 223.

⁴⁷ TCK m. 185'e göre; "İçilecek sulara veya yenilecek veya içilecek veya kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeylere zehir katarak veya başka suretlerle bunları bozarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşüren kimseye iki yıldan *onbeş* yıla kadar hapis cezası verilir. Yukarıdaki fıkarda belirtilen fiillerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlenmesi halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükümlenir".

⁴⁸ "Limitüstü çıkan *oxamyl* isimli ilaç kalıntısının insan sağlığına zarar verebileceği" tespitine yer vermesi ve *Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nun 07/03/2011 tarihli raporunda ise; "numunedeki tespit edilen oxamyl ve pyrimethanil isimli pestisit kalıntı miktarlarının tebliğe aykırı olduğuna, bu haliyle sağlığa az veya çok zarar verecek derecede bozulmuş sayılacağına, 5179 sayılı Kanunun 18. maddesinin ihlali niteliğinde olduğuna," ilişkin görüş bildirilmesi karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 185/2. maddesi kapsamında kaldığı gözetilmeden, "eylemin kabahat niteliğinde olduğu, kanunda suç olarak tanımlanmadığı" gerekçeleri ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, kanuna aykırılıktan dolayı hükmün bozulmasına..." (Yarg. 20. CD., 2015/14387 E., 2017/4771K., 28.9.2017 T.).*

oransal değerine göre canlıyı öldürebilen maddedir⁴⁹. Besin veya şeylerin bozulması ise tüketilebilme niteliğinin yitirilmesine yönelik bileşim ve karakter özelliklerinin değiştirilmesidir.

İlaçlar, TCK m. 185'in lafzında geçen "tüketilecek her türlü şey" kapsamındadır⁵⁰. Dolayısıyla bu maddenin ilaç üreticileri bakımından uygulanabilmesi mümkündür. Ancak bu suç somut tehlike suçlarından olduğu için, üreticilerin ilacı oluşturan maddelerin içerisine zehir katmaları veya ilacın bozulmasına sebebiyet vermeleri, suçun oluşumu için tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu fiillerin kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürmesi gerekir⁵¹. Fakat ilaca zehir katılması veya ilacın bozulması sebebiyle bir kimsenin doğrudan zarara uğraması suçun oluşumu için şart değildir.

Belirli bir kimsenin ilacına zehirli madde katılması veya bunun bozulması durumunda zehirli madde katma suçu değil, failin kastına göre kasten öldürme veya yaralama suçu oluşur. Zira zehirli madde katma suçu, kamunun sağlığına karşı işlenen suçlardandır. Bu sebeple ilacın kamunun tüketimine ve kullanıma sunulması gerekir⁵². Aynı sebeple sadece bir kişinin kullanımı için eczacılar tarafından hazırlanan majistral ilaçlar bakımından da bu suç işlenemez. Ancak eczanede satışa sunulan hazır ilaçların kasten veya taksirle bozulması halinde TCK m. 185'deki suç oluşur⁵³.

İlaç üreticisinin veya majistral ilaçlar bakımından eczacıların, ilaca zehirli madde katmaları sebebiyle belirli kimseler yaralanmış veya ölmüşse, TCK m. 185'teki suçla birlikte failerin kastına göre doğrudan veya olası kastla yaralama veya öldürme suçlarından gerçek içtima kuralına göre ceza verilir. İlaça zehirli madde katılması taksirli bir fiille gerçekleştirilmişse ve kişilerin ölümüne ve yaralanmasına sebep olunmuşsa, TCK m. 185/2'teki suçla birlikte taksirle yaralama ve öldürme suçlarından gerçek içtima kuralına göre tecziye edilir⁵⁴.

⁴⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 02.09.2023.

⁵⁰ Doktrindeki bir görüşe göre; ilaçlar besin olmadığı için TCK m. 185'teki zehirli madde katma suçu kapsamında değil, TCK m. 187'deki bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu kapsamında ele alınmalıdır. Bkz. Erman ve Özek (n 16) 180; Veli Özer Özbek, "Zehirli Madde Katma ve Bozulmuş veya Değiştirilmiş Gıdaların Ticareti Suçları (TCK m. 185 ve m. 186)", 2019 (21) Özel Sayı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 100.

⁵¹ Mustafa Özen, "Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 185- 186- 187)", 2008 (68) 2, İÜHF, 165; Özbek (n 50) 101- 102.

⁵² Köksal Bayraktar ve diğer, Özel Ceza Hukuku - Cilt V - Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (TCK m. 170 - 196), (1. Baskı, On İki Levha 2019), 282; Özbek, (n 50) 100- 101; Doktrindeki bir görüşe göre, TCK m. 185'te düzenlenen zehirli madde katma suçunun oluşabilmesi için yenilecek, içilecek, kullanılacak veya tüketilecek her çeşit besin veya şeyin kamunun tüketimine veya kullanıma sunulması gerekmez. Dolayısıyla belirli sayıdaki kişinin tüketimine sunulan besin ve şeylerde bu suç oluşabilir. Örneğin, parti, kokteyl veya toplantı gibi kişilerin bir araya geldiği davetlerde zehirli besin maddelerinin tüketime sunulması halinde, TCK m. 185'teki zehirli madde katma suçu oluşur. Bkz. Özen (n 51) 169.

⁵³ Koca (n 1) 352; Hakeri, İlaç Hukuku (n 7) 223.

⁵⁴ Bayraktar ve diğer (n 52) 291.

5. Bozulmuş veya Değiştirilmiş Gıda veya İlaçların Ticareti Suçu

Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu TCK m. 186'da düzenlenmektedir⁵⁵. Bu maddenin birinci fıkrasıyla kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak şekilde bozulmuş veya değiştirilmiş şeylerin ya da ilaçların satılması, tedarik edilmesi veya bulundurulması cezalandırılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu suçun resmi izinle yerine getirilen bir meslek faaliyeti kapsamında gerçekleştirilmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmektedir.

Bu suç oluşturur fiiller, maddede belirtilen türdeki şeylerin veya ilaçların satılması, tedarik edilmesi veya bulundurulmasıdır. Satma, ilaçların bedelini ödeyen bir alıcıya verilmesidir. Örneğin, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye atacak şekilde farklılaştırılmış bir ilacı satan ilaç üreticisi, bu suçu işlemiş olur. Tedarik etme ise, hemen ulaşılabilecek bir yerde olmayan ilaçların bir başka kimse aracılığıyla temin edilmesidir. Örneğin, bozulduğunu veya değiştirildiğini bildiği bir ilacı eczacının, ecza deposundan getirtmesi tedarik etme fiilini oluşturur. Son olarak bulundurma ise ilaç üzerindeki fiili egemenliğin kullanım amacı dışında devam ettirilmesidir. Örneğin, maddede belirtilen nitelikteki bir ürüne eczanede yer verilmesi satma değil, bulundurma eylemi kapsamındadır⁵⁶.

Bu suçun işlenebilmesi için satma, tedarik etme ve bulundurma fiilleri öncesinde ilaçların başka bir kimse tarafından bozulması veya değiştirilmesi gerekir. Aksi halde ilaçların bozulması veya değiştirilmesi fiillerinin aynı fail tarafından yerine getirilmesi durumunda TCK m. 187'deki suç oluşur. Ayrıca failin zehirli madde kattığı ilacı daha sonra satması durumunda, zehirli madde katma suçu ile bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçların ticareti suçu birlikte oluşur. Bu durumda her iki suçtan gerçek içtima hükümleri uygulanarak ayrı ayrı ceza verilir⁵⁷.

Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu, somut tehlike suçudur. Bu nedenle maddede belirtilen türdeki şeylerin veya ilaçların satılması, tedarik edilmesi veya bulundurulması suçun oluşumu için tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu şeylerin ve ilaçların kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürmesi gerekir. Fakat suçun oluşumu için zarar tehlikesi yeterli olup, zararın ortaya çıkması şart değildir. Bu zarar tehlikesinin her somut olayda bilirkişiler

⁵⁵ TCK m. 186'ya göre; "Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde bozulmuş, değiştirilmiş her tür yenilecek veya içilecek şeyleri veya ilaçları satan, tedarik eden, bulunduran kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve bin beş yüz güne kadar adli para cezası verilir. Bu suçun, resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrası kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır".

⁵⁶ Erman ve Özek (n 16) 201- 202; Özen (n 51) 176, 177; Özbek (n 50) 111; Bayraktar ve diğer (n 52) 298, 299.

⁵⁷ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, (2. Baskı, Adalet 2014), 5692; Bayraktar ve diğer (n 52) 300.

tarafından tespit edilmesi gerekir⁵⁸.

Bu suç, kamunun sağlığına karşı işlenen suçlardandır. Dolayısıyla ilacın kamu-
nun tüketimine ve kullanımına sunulması gerekir⁵⁹. Örneğin, evindeki bozulmuş
ilacı bu niteliğini bilerek başkasına verme fiili, failin kastına göre kasten yaralama
veya öldürme suçunu oluşturur. Öte yandan eczanelerde veya ecza depolarında bu-
lunan son kullanma tarihi geçmiş ilaçların satılması, tedarik edilmesi veya bulun-
durulması da doğrudan bu suçu oluşturmaz. Zira suçun oluşumu için bu nitelikteki
bir ilacın aynı zamanda bozulmuş olması da gerekir.

İlaçların son kullanım tarihlerinin geçmiş olması veya bulundurulduğu koşul-
lardan dolayı bozulması sebebiyle kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşür-
mesi halinde, ceza sorumluluğunun belirlenmesi için bilinçli taksir ve olası kast
ayrımının yapılması gerekir. Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte⁶⁰, kanaati-
mizce ilaçlar doğrudan kişilerin sağlığını etkilediği için ilaç üretim tesislerinde,
ecza depolarında veya eczanelerde çalışan kimselerin daha bilinçli ve titiz hareket
etmesi gerekir. Aksi halde bu kişilerin olası kastla işlenen bozulmuş veya değiş-
tirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçundan ceza sorumluluğu bulunmaktadır⁶¹.

İçeriği bozulmuş veya değiştirilmiş ilacın satılması neticesinde kişilerin yara-
lanması veya ölmesi halinde, ilaç üreticilerinin ve majistral ilaçlar açısından ec-
zacıların ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekir. Söz konusu kimselerin bu tür
ilaçları satmasıyla, kullanıcıların yaralanmasını veya ölmesini öngörebilmelerine
ve öngörmeleri ihtimalinde neticeyi istemelerine göre hareket edilmesi gerekir. Bu
kimseler bozulmuş veya değiştirilmiş ilaçların, kullanıcıların yaralanmasına veya
ölmesine sebep olabileceğini öngörmemesine rağmen, kendilerinden öngörmeleri
bekleniyorsa TCK m. 186'daki suç ile basit taksirle yaralama veya öldürme su-
çundan gerçek içtima kuralına göre sorumlu olurlar. Burada netice öngörülmesine
rağmen istenmemişse, TCK m. 186 ile birlikte bilinçli taksirle işlenen yaralama

⁵⁸ “TCK 186/1. maddesinde yazılı suç, bağlı hareketli bir suçtur, suçun hareket unsurunu yalnızca, satmak, temin etmek ve bulundurmak eylemleri oluşturur. Bu suç, seçimlik hareketli bir suçtur, failin satma, tedarik etme ve bulundurma eylemlerinden birisini yapması ile suç tamamlanır, hepsini bir arada yapması şart değildir. Ancak fail, bu hareketlerden birden fazlasını bir arada yaparsa bile eylem tek suç olmaya devam eder. Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçların ticareti suçu, bir tehlike suçudur, bu nedenle suçun oluşması için kişilerin hayatı veya sağlığının tehlikeye düşmüş olması yeterlidir, ayrıca kişilerin hayatı ve sağlığının zarar görmesine gerek yoktur. Ancak kişilerin sağlığı ve hayatı zarar görmüş, örneğin bu eylem sonucu kişiler yaralanmış veya ölmüş ise, fail ayrıca bu suçtan da cezalandırılacaktır” (Yarg. 20. C.D., 2016/1926 E., 2016/3564 K., 08.06.2016 T.).

⁵⁹ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar*, (1. Baskı, US- A 2012), 83.

⁶⁰ Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti suçu kasten işlenebilen suçlardandır. Dolayısıyla büyük ilaç üretim tesislerinde, ecza depolarında veya eczanelerde bozulan ilaçların fark edilememesi durumunda taksirle hareket edildiği için bu suç oluşmaz. Bkz. Hakeri, İlaç Hukuku (n 7) 167- 168.

⁶¹ Aynı yönde bkz. Özen (n 51) 178; Bayraktar ve diğer (n 52) 300.

veya öldürme suçu söz konusu olur. Öte yandan bu kimseler, söz konusu ilaçların kullanılmasıyla kişilerin yaralanmasını veya ölmesini öngörmüş ve bu durumu kabullenerek hareket etmişlerse, olası kastla yaralama veya öldürme suçlarından sorumludur. Bu durumda geçitli suç söz konusu olduğu için ayrıca TCK m. 186'daki suç oluşmaz⁶². Dikkat edilmelidir ki, bu ihtimallerin tamamında yaralanma veya ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde bu durumun kişilerin hayatı ve sağlığı bakımından yalnızca tehlike oluşturması halinde, TCK m. 186'daki suç oluşur.

6. Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma Suçu

Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma suçu TCK m. 187'de düzenlenmektedir⁶³. Bu maddenin birinci fıkrasında, kişilerin yaşamlarını tehdit edecek şekilde ilaç üretilmesi veya satılması cezalandırılmaktadır. Bu tür ilaçların ruhsatlı veya ruhsatsız olmasının önemi bulunmamaktadır. Ancak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürmeyen ilaçların ruhsatsız olarak üretilmesi halinde 1262 sayılı Kanun'un 19. maddesindeki 'ruhsatsız ilaç üretmek veya ruhsatsız ilaç satmak veya sattırmak suçu' oluşur. TCK m. 187'nin ikinci fıkrasında ise suçun hekim, eczacı veya resmi izinle yapılan meslek ve sanatı icra edenler tarafından işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmektedir.

TCK m. 187'deki suçun konusunu yalnızca ilaçlar oluşturur. Bu sebeple ilaç sayılmayan ürünlerin bireylerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde üretilmesi durumunda TCK m. 185, bu nitelikteki ürünlerin satılması, temin edilmesi veya bulundurulması halinde ise TCK m. 186'daki suç oluşur.

Bu suçu oluşturan fiiller, kişilerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye atacak şekildeki ilaçların üretilmesi veya satılmasıdır. Bu nitelikteki bir ilacın, üreticisi haricindeki kimseler tarafından ücretsiz verilmesi halinde bu suç oluşmaz. Ayrıca TCK m. 187 somut tehlike suçu olduğu için, üretilen ya da satılan ilaçlardan ötürü doğrudan bir kimsenin zarara uğraması gerekmez⁶⁴. Aksi halde bu nitelikteki bir

⁶² Özen (n 51) 178; Bayraktar ve diğer (n 52) 302.

⁶³ TCK m. 187'ye göre; "Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. Bu suçun tabii veya eczacı tarafından ya da resmi izne dayalı olarak yürütülen bir meslek ve sanatın icrasını kapsamında işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır".

⁶⁴ "Evelle Hilti isimli üründe Norasetildenafil isimli ilaç etken maddesinden şüphe edildiği ve Epimex adlı üründe ise Sildenafil etken maddesi bulunduğu tespit edildiği olayda; "Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma" suçunun oluşabilmesi için, yalnızca ilaç yapma veya satma eylemi yeterli olmayıp, bu ilacın insan hayatına ve sağlığına zarar verecek şekilde yapılması veya satılması gerekir. Yalnızca ilacın izinsiz üretilmesi veya satılması anılan suçu oluşturmayacaktır, burada belirleyici olan ve eylemi suç haline getiren husus, yapılan ve satılan ilacın insan hayatına ve sağlığına zarar verecek nitelikte olmasıdır" (Yarg. 10. CD., 2020/5495 E., 2020/5463 K., 13.10.2020 T.).



ilaç nedeniyle kişilerin hayatı veya sağlığı zarar görmüşse bu durumda hem kasten öldürme veya yaralama hem de TCK m. 187'deki suç oluşur. Ancak fikri içtima kuralı gereği yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmesi gerekir (TCK m. 44)⁶⁵.

Reçetede belirtilen ilacın haricinde eczacılar tarafından kasten başka bir ilacın verilmesi (eş değer olmayan) kişilerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak nitelikteyse “satma fiili” çerçevesinde TCK m. 187'deki suç oluşur. Majistral ilaçların kişilerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak mahiyette olması halinde ise eczacılar ilaç üreticisi sayıldığından “ilaç yapma” fiili kapsamında yine bu suç oluşur.

TCK m. 186'da düzenlenen bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçların ticareti suçu ile bu suç arasında önemli farklar bulunmaktadır. İlk olarak TCK m. 186'daki suçun oluşumu için ilaçların maddede belirtilen nitelikte bozulmuş veya değiştirilmiş olması gerekirken, TCK m. 187'deki suçta ise, bozma ve değiştirme fiilleri haricinde kişilerin yaşamını ve sağlığını tehlikeye sokacak mahiyette olması yeterlidir. İkinci olarak, TCK m. 186'da ilaçlar bu suçun faili tarafından değiştirilmiş veya bozulmuş değildir. Eğer fail, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak şekilde kendi bozduğu veya değiştirdiği ilaçları satarsa TCK m. 187'deki suç oluşur⁶⁶. İlaç haricindeki şeylerin kişilerin yaşamını ve sağlığını tehdit edecek şekilde bozulması durumunda ise TCK m. 185'teki zehirli madde katma suçu oluşur.

7. Ruhsatsız İlaç Üretmek veya Ruhsatsız İlaç Satmak veya Sattırmak Suçu

Ruhsatsız ilaç üretmek veya ruhsatsız ilaç satmak veya sattırmak suçu, 1262 sayılı Kanun'un 19. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasıyla, ruhsatsız olarak ilaç üretilmesi veya bu nitelikteki ilaçların bilerek satılması, satışa arz edilmesi veya sattırılması cezalandırılmaktadır. Bu ilaçların kendilerine yüklenen tedavi özelliklerine sahip olmaması veya bu özellikleri azaltacak ya da yok edecek şekilde veya saf olmayan maddelerden üretilmesi, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halidir. Bu maddeyle aynı zamanda ilaç olmamakla beraber hastalıkları belirlediği veya iyileştirdiği beyanı ile herhangi bir ürünün satışını, pazarlamasını veya reklamını yapanlar da cezalandırılmaktadır. Ayrıca bunların reklamı veya satışı internet ya da diğer elektronik ortamlar üzerinden yapılırsa, 18 inci maddenin üçüncü fıkrası uygulanılarak erişimin engellenmesi kararı verilir.

Maddenin ikinci fıkrasıyla ise yurtdışında yapılmış ilaçları ruhsatsız olarak ticaret amacıyla ithal etmenin veya bunların bu özelliklerini bilerek satmanın

⁶⁵ Yener Ünver, “Sahte, Taklit İlaç ile Kullanım Süresi Dolmuş İlaçların Satışı ve Kullanılması”, Bilim ve Uygulamada İlaç ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 4-6 Haziran 2008, 75.

⁶⁶ Yenerer Çakmut (n 22) 133; “Vicks vapo-ru-ru isimli ilacın sahte olarak üretilerek bulundurulduğunun kabulü karşısında sanığın TCK'nın 187. maddesinde düzenlenen ‘kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üretme ve satma’ suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılarak belirlenmesi...” (Yarg. 20. C.D., 2017/6122 E., 2018/120 K., 10.01.2018 T.).

veya satışa arz etmenin veya sattırmanın kaçakçılık suçunu oluşturacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu durumda Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu hükümleri uygulanır⁶⁷.

Bu suçu oluşturan fiiller ilaç üreticilerinin ruhsatsız olarak ilaç üretmeleri, satmaları veya sattırmalarıdır. Esasında bu suçta söz konusu fiillerin ruhsatsız olarak gerçekleştirilmesi cezalandırılmaktadır. Burada ilaç ruhsatı, ilacın belirli bir yöntem ile hazırlanan farmasötik şekil ve güçte, kabul edilen genel ilaç direktiflerine uygun olarak üretilip piyasaya arz edilebileceğini gösteren bir belgedir (Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m. 4/1-z-dd)⁶⁸. Bu vesika, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından verilmektedir⁶⁹. Kurum, Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 16. maddesindeki kriterleri sağlayan başvuruları ruhsatlandırmaktadır⁷⁰.

Görünüşte ilaç üreticisi olan firmaların, yurt dışından getirecekleri ilaçları ruhsatsız olarak satmaları veya sattırmaları da ikinci fıkra kapsamında suç oluşturmaktadır. Bu itibarla ilaç ruhsatı, ilaç firmalarının bizzat ürettikleri ilaçlarda alınması gerektiği gibi, kendi üretmedikleri ancak ülkemizde kendi adları altında satışa sunacakları ilaçlar içinde gereklidir.

İlaç üreticileri, ilaçları yalnızca ruhsatın ilişkili olduğu endikasyonlara yönelik piyasa sürebilir. Aynı ilacın farklı bir endikasyona yönelik pazarlanabilmesi için yeni bir ruhsat alınması gerekir. Aksi halde ilaç üreticilerinin ruhsatsız ilaç üret-

⁶⁷ “Yapılan arama sonucunda 7350 adet ilaç, 86300 adet hologram, 3470 adet boş kutu, 6538 adet etiketin ele geçirilerek el konulduğu ve numune olarak alınan 177 adet ilacın ise analiz için T.C. Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu Başkanlığına gönderildiği ve düzenlenen analiz raporunda; bir numunede ilaç etken maddesi olan Sibutramin, diğer bir numunede Kafein ve Sibutramin ilaç etken maddeleri, bir kısım numunelerde ilaç etken maddesi olan Kafein, lokal anestezi ilaç etken maddesi olan Lidokain, aminoasit olan L-Arginin, cinsel uyarıcı ilaç etken maddesi olan Sildenafil ve diğer bir numunede Kafein ve Sildenafil etken maddelerinin tespit edildiğinin, numunelerinin T.C. Sağlık Bakanlığının ruhsatına/iznine sahip olmadığının, üzerinde karekod olmayan ilaçların alımı, dağıtımı ve satışının yasak olduğunun, kutusunda karekod bulunmayan ilaçların sahte olarak değerlendirilmesi gerektiğinin, 1262 sayılı Yasa ve bağlı yönetmeliklere aykırı şekilde Sağlık Bakanlığının iznine sahip olmayan ve kaçak olarak ülkeye sokulmuş bu tip ürünlerin kullanılması, verilmesi ve satılmasının 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu gereği suç teşkil ettiği...” (İzmir BAM, 11. CD., E. 2018/746 E., 2018/2634 K., 11.9.2018).

⁶⁸ Bir beşeri tıbbi ürünün araştırılma, geliştirilme, ruhsatlandırılma ve piyasaya sunulma süreçlerine ilişkin temel basamaklar şu şekildedir: 1) Ar-ge çalışmaları, 2) Pre-klinik çalışmalar, 3) Klinik çalışmalar (faz çalışmaları), 4) Ruhsat başvurusu ve ruhsatlandırma süreci. <https://www.titck.gov.tr/faaliyetalanlari/ilac/ilac-ruhsatlandırma> Erişim Tarihi: 03.09.2023.

⁶⁹ Aynı şekilde Almanya’da da ilaç şirketlerinin, tıbbi ürünlerin veya belirli tıbbi maddelerin üretimi için 2001/83/EC Direktifinin 40. maddesinin 1. paragrafı veya Alman İlaç Yasasının 13. maddesi uyarınca resmi izin (üretim izni) almaları gerekir. Bkz. Rehmann (n 6) § 13, kn. 1.

⁷⁰ Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 16. maddesine göre; “Beşeri tıbbi ürüne ruhsat verilirken, ürünle ilgili olarak Kurum tarafından dikkate alınacak kriterler şunlardır: a) Kalitenin, uygun teknolojik ve farmasötik özellikler ile gösterilmiş olması, b) Öngörülen kullanım şartlarındaki etkililiğinin kanıtlanmış olması, c) Güvenliliğinin kanıtlanmış olması”.



mek veya ruhsatsız ilaç satmak veya sattırmak suçundan ceza sorumluluğu doğar. Ancak hekimler, aydınlatılmış rıza ve Sağlık Bakanlığının onayı ile ilaçları endikasyon dışı kullanabilir. Bunun neticesinde bir zararın ortaya çıkması halinde ilaç üreticileri sorumlu değildir.

8. İlaç Üreticisinin Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Haller

İlacın kullanılmasından sonra ortaya çıkan zararlı sonuçlar, ilacın kendisinden değil hastanın biyolojik yapısındaki bazı özel durumlardan kaynaklanabilir. Örneğin, ilacın içeriğindeki bazı maddelere hastanın alerjisi olması sebebiyle ortaya çıkan zararlardan ilaç üreticilerinin sorumluluğu doğmayabilir. Bunun için ilacın üretiminde herhangi bir hata olmaması gerektiği gibi ilacın kullanıma ilişkin bilgilendirmede de bir yetersizlik olmamalıdır. Bu şartların sağlanmasıyla birlikte hastadan kaynaklanan sebeplerle olumsuz neticenin ortaya çıkması halinde, hastanın buna rıza gösterdiği sonucuna ulaşılması gerekir. Buradaki rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için, ilaç içeriğindeki maddelere ilişkin hastanın bilgilendirilmesi ve alerjik durumuna göre tedavi uygulanması gerekir. Bu bilgilendirmeyi ilaç üreticileri prospektüsler aracılığıyla, hekim ve eczacılar da doğrudan hastayı bilgilendirerek yerine getirir.

İlaç üretimine ilişkin resmi makamların verdiği ruhsatın, ilaç aracılığıyla işlenen suçlar bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeni sayılmayacağı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m. 25/5'te düzenlenmektedir. Çünkü buradaki ruhsatlandırma, ilacın belirli bir formül dahilindeki farmasötik şekil ve güçte, kabul edilen ürün direktiflerine uygun olarak üretilip piyasaya arz edilebilmesini sağlar. Dolayısıyla ruhsatlandırılan ilacın, piyasaya sunulmasından belirli bir müddet sonra farklı olumsuz etkilerinin ortaya çıkması veya ruhsatta belirtilen formül dışında üretilmesi mümkündür. İşte bu hallerde ilacın sırf ruhsatlandırılmış olması, gerçekleşen olumsuz neticelerin ilaç üreticisine isnat edilmesini engellemez.

Engel olamayacağı ya da kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya ağır bir korkutma veya tehdit sonucu bir ilacın zararlı olabilecek şekilde üretilmesi halinde, kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal mevcuttur (TCK m. 28). Örneğin, eczacının karşı koyamayacağı cebir sonucunda majistral bir ilacı zararlı sonuçlara sebep olabilecek şekilde hazırlaması halinde, kusuru bulunmamaktadır. Bu durumda ilacın kullanımına bağlı oluşan suçlardan cebir, korkutma ve tehditte bulunan kimse fail olarak sorumludur.

SONUÇ

Günümüzde kullanılan ilaçların yararları olduğu gibi yan etkileri kapsamında zararları da bulunmaktadır. Bu itibarla birçok kişi bu ilaçlar sayesinde sağlığına kavuştuğu gibi zarar da görebilmektedir. İlaçların muhtelif yan etkileri prospektüslerinde açıklanmışsa, kullanıcıların bu etkilere rıza gösterdikleri sonucuna varılır.

Ancak ilacın prospektüsünde yer almayan yan etkilerinin olması veya ilacın üretim aşamasından kaynaklanan bilimsel ve klinik hatalar dolayısıyla gerçekleşen olumsuz neticelerden ilaç üreticisinin ceza sorumluluğu bulunmaktadır.

Mevzuatımızda ilaç üreticisi kavramına ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır. Doktrinde yapılan tanıma göre ilaç üreticisi, hastalıkları iyileştirmek veya belirleyebilmek ya da bunlardan korunmak amacıyla insanlara tatbik edilen her nevi madde veya bileşimler ile bunların ham maddelerini veya ara mallarını üretenler ile üretim safhasına katılmasa bile bu malları kendi ticari unvan ve markaları ile satışa çıkaran gerçek veya tüzel kişilerdir.

Mevzuatımızda ilaç üreticilerinin sorumluluğuna ilişkin özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu kişilerin ceza sorumluluğu 5237 sayılı TCK ve 1262 sayılı Kanun çerçevesinde belirlenmektedir. Esasında ilaç ve ilaç üretim sürecine ilişkin temel kanunumuz olan 1262 sayılı Kanuna ilaç üreticilerinin ceza sorumluluğuna ilişkin maddeler eklenmelidir. Nitekim mukayeseli Alman hukukunda İlaç Kanunu (AMG) içerisinde ilaç üreticilerinin ceza sorumluluğu 17. bölümde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Burada ilaç üreticilerinin fiilleri, cezai yaptırımın süresine ve türüne göre farklı maddelerde yer almaktadır. Gerçekten AMG’de ilaç üreticilerinin gerçekleştirdikleri fiillerin cezası üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılanlar § 95’te, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılanlar ise § 96’da ve son olarak idari para cezasını gerektirenler § 97’de cezai yaptırıma bağlanmaktadır.

Mevzuatımızda ilaç üreticilerine ilişkin temel yükümlülükler, Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 25. maddesinde ve Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliğinin 7. maddesinde belirlenmiştir. Bunlar aynı zamanda ilaç üreticilerinin dikkat ve özen yükümlüğünün kaynağını oluşturur.

İlaç firmalarının ürettikleri ilaçlara ilişkin iki temel sorumlulukları vardır. Birincisi, o günkü bilimsel ve teknolojik gelişmelerden yararlanarak faydalı ve tehlikesiz ilaçlar geliştirmek ve üretmek suretiyle ilaç güvenliğini sağlamaktır. İkincisi ise, hastaya gerekli bilgileri sağlayarak ilaçların güvenli ve en doğru şekilde kullanımını belirlemektir.

İlaç üreticilerinin belirtilen yükümlülükleri kasten veya kanunda suç olarak düzenlenen hallerde taksirli bir fiille ihlal etmeleri halinde gerçekleşen neticeden cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Bu kapsamda ilaç üreticilerinin gerçekleştirdikleri fiiller kapsamında kasten öldürme veya yaralama, taksirle öldürme veya yaralama, zehirli madde katma, bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçların ticareti, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma, ruhsatsız ilaç üretmek veya ruhsatsız ilaç satmak veya sattırmak suçları oluşabilir.

KAYNAKLAR

Aktay G, Hancı İ. Hamit ve Balseven A, “İlaç Etkileşimleri ve Hekim Sorumluluğu”, 2003 (12) 7, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi.

Aycan MB, “İlaç Nedir? İlaç, Gıda ve Kozmetik Farkı”, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık hukuku Sempozyumu, Kayseri, 08- 09 Mayıs 2009.

Başpınar V, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 08-09 Mayıs 2009, Kayseri.

Bayraktar K ve diğer, Özel Ceza Hukuku - Cilt V - Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar (TCK m. 170 - 196), (1. Baskı, On İki Levha 2019).

Berman A, Reducing medication errors through naming, labeling, and packaging, J Med Syst, 2004, 28(1), 9-29.

Dettling H-U and Koppe-Zagouras C, “Antiinfektiva und Desinfektiva: Arzneimittel, Medizinprodukte, Biomedizin oder Kosmetika?- Beispiel Chlorexid-Produkte- Pharmarecht”, 2010 (4).

Deutsch E and Spickhoff A, *Medizinrecht*, (6. Auflage, C. H. Beck 2008).

Diener P and Reese U, *Handbuch des Pharmarechts*, (1. Auflage, C. H. Beck 2010).

Erman S ve Özek Ç, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar*, (1. Baskı, Alfa 1995).

Ersöz AK, İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu, (1. Baskı, On İki Levha 2016).

Fuhrmann S, Klein B and Fleischfresser A, *Arzneimittelrecht*, (3. Auflage, C. H. Beck 2020).

Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar*, (1. Baskı, US- A 2012).

Hakeri H, İlaç Hukuku, (2. Baskı, Astana 2018).

Hakeri H, “İlaç Üretimi ve Uygulanması Sırasındaki Hatalardan Ötürü İlaç Üreticisinin, Hekimin ve Eczacının Sorumluluğu”, in: İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu, 8 Ekim 2008, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No. 15, İstanbul, 2008.

Hakeri H, *Tıp Hukuku*, (1. Baskı, Seçkin 2007).

Hofmann H and Schöffski O, *Generika und Biosimilars. In: Oliver Schöffski, Frank-Ulrich Fricke, Werner Guminski (Hrsg.): Pharmabetriebslehre, (2. Auflage, Springer 2008).*

Koca M, “Hekimin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, 2009 (3-4) C. XIII, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Kortland H, “Vorbemerkung zu §21”, in Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-Georg/ Hofmann, Hans-Peter (ed.), *Arzneimittelgesetz, (2. Auflage, C. H. Beck 2016).*

Kügel W, Müller RG and Hofmann HP, *Arzneimittelgesetz, (2. Auflage, C. H. Beck 2016).*

Mayer M, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschaeden. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche im Arzneiwesen aus strafrechtlicher Sicht, Dissertasion, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2008.*

Özbek VÖ, “Zehirli Madde Katma ve Bozulmuş veya Değiştirilmiş Gıdaların Ticareti Suçları (TCK m. 185 ve m. 186)”, 2019 (21) Özel Sayı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan.

Özen M, “Kamu Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 185- 186- 187)”, 2008 (2) C. LXVI, İÜHFİM.

Öztürkler C, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, (2. Baskı, Seçkin 2006).*

Petek H, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, (1. Baskı, Yetkin 2009).

Rehmann WA, *Arzneimittelgesetz (AMG), (5. Auflage, C.H. Beck 2020).*

Süzer Ö, Biyoeşdeğerlik ve Jenerik İlaçlar, (<http://www.onersuzer.com>)

Ünver Y, “Sahte, Taklit İlaç ile Kullanım Süresi Dolmuş İlaçların Satışı ve Kullanılabilmesi”, Bilim ve Uygulamada İlaç ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 4-6 Haziran 2008.

Yaşar O, GÖKCAN HT ve Artuç M, *Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, (2. Baskı, Adalet 2014).*

Yenerer Çakmut Ö, “Taklit – Sahte İlaç Kavramı ve Türk Ceza Yasası’nda İlaç Sektörünü İlgilendiren Suçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı – 2, 1 Haziran 2007, İstanbul.

Yıldızdoğan A, “İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, 2015 (6) 89, İstanbul Barosu Dergisi.

Quaas M, Zuck R and Clemens T, *Medizinrecht, (4. Auflage, C. H. Beck 2018).*



İnternet Kaynakları

- <<http://apps.who.int>>
- <<https://www.gesetze-im-internet.de>>
- <<https://www.ismp.org>>
- <<https://www.nccmerp.org> >
- <<https://sozluk.gov.tr>>
- <<https://www.titck.gov.tr>>



CEZA HUKUKUNDA ORANTILILIK İLKESİ

Proportionality Principle in Criminal Law

Murat AYDIN*

Özet

Orantılılık iki şey arasındaki denklik olarak tanımlanır. Ceza hukukunda da fiil ile yaptırım arasında denklik aranmalıdır. Orantılılık ilkesi cezalandırıcı adalet anlayışı ile faydacı adalet anlayışı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Cezalandırıcı adalet anlayışında ceza failin topluma olan borcunu ödemesi şeklinde karşımıza çıkar. Bu açıdan ceza, fiile ve geçmişe dönük niteliktedir. Faydacı adalet anlayışında ise daha çok geleceğe yönelik bir bakış açısıyla cezalandırma söz konusu olur. Burada önleme ve rehabilitasyon ön plana çıkmaktadır. Faydacı adalet anlayışında, cezanın failin suçtan elde edeceği potansiyel yarardan daha az olmaması gerektiği vurgulanır. Orantılı cezanın hem fail hem mağdur hem de topluma bakan yönleri bulunmaktadır. Orantılı bir ceza ile, fail rehabilite edilecek, mağdurun intikam duygusu tatmin edilecek, toplum korunmuş olacaktır. Bu suretle, orantılılık ilkesi adalet kavramının somutlaşmasına katkıda bulunacaktır. Orantılılık uygulama açısından da iki boyutludur. İlk olarak kanun koyucuya orantılı ceza tayin etme yükümlülüğü getirir. İkinci olarak da hâkimlere cezaların orantılı uygulanmasını emreder. Çalışmamızda orantılılık ilkesi tüm bu boyutları ile ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Orantılılık, Kısas, Rehabilitasyon, Önleme, Takdir Yetkisi, Yasama, yargı,

Summary

Proportionality is defined as the equivalence between two things. Also in criminal law an equivalence should be sought between the act and the sanction. The principle of proportionality has been evaluated within the framework of retributivism and utilitarianism. In the understanding of retributivism, punishment appears in the form of the perpetrator paying his/her debt to the society. In this respect, punishment is about act and retrospective. On the other hand, in the understanding of utilitarianism, punishment is more in question with a future-oriented perspective. In here, deterrence and rehabilitation come to the fore. In the understanding of utilitarianism, it is emphasized that the punishment should not be less than the potential benefit the perpetrator will derive from the crime. Proportional punishment has aspects that concern both the perpetrator, the victim and the society. With a proportional punishment, the perpetrator will be rehabilitated, the victim's sense of revenge will be satisfied, and the society will be protected. In this way, the principle of proportionality will contribute to the concretization of the concept of justice. Proportionality is two-dimensional in practice. First, it imposes an obligation on the legislator to appoint proportional punishment. Secondly, it orders judges to apply proportionate sentences. In our study, the principle of proportionality has been discussed with all these dimensions.

Keywords: Proportionality, lex talionis, rehabilitation, deterrence, discretion, legislation, jurisdiction

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

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 13.11.2022

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilimdalı, murat.aydin@ogu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5476-7977>.

GİRİŞ

Ceza hukukunda işlenen suçlarla denk cezaların tayini açısından çok önemli bir ilke olarak karşımıza çıkan orantılılık ilkesi konusunun doktrinde üzerinde yeterince durulduğu söylenemez. Suç işleyen kişinin hak ettiği cezanın ölçüsünün belirlenmesi; bu ölçüye bağlı verilecek cezada hangi hedeflerin ortaya konulması gerektiği tartışma konusu yapılmalıdır. Bunun yanında orantılı bir ceza tayininde kanun koyucuya düşen görevlerin neler olduğu; uygulayıcıların bu nitelikteki bir ceza tayini için neler yapması gerektiği konularının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda öncelikle orantılılık ilkesinin ne olduğu, konuya ilişkin anayasal ve yasal çerçevede ne tür yaklaşımlar olduğu ele alınmıştır. Ardından orantılılık ilkesi açısından faydacı adalet anlayışının ve cezalandırıcı adalet anlayışının değerlendirilmeleri ele alınmıştır. Bu kapsamda her iki bakış açısı ayrı ayrı değerlendirilmiş, eksik noktaları ve birbirlerine yönelik eleştirileri incelenmiştir. Yine her iki adalet anlayışının bir arada değerlendirilerek orantılı bir cezanın tayininin mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. Son olarak da yasama aşamasında ve yargılama aşamasında orantılı bir ceza tayini için yapılması gerekenler incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK

Orantılılık, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “orantılı olma durumu”¹; orantı ise “Bir şeyi oluşturan parçaların kendi aralarında ve parçalarla bütün arasında bulunan uygunluk” şeklinde tanımlanmıştır². Yine kelime anlamı itibariye orantılılığın iki şey arasındaki ilişkideki denkliği ifade ettiği de söylenmektedir³. Bu kapsamda ceza hukukunda orantılılık, failin gerçekleştirmiş olduğu eylem ile bu eyleme yönelik uygulanacak yaptırım arasında bir uygunluğun bulunması şeklinde tanımlanabilecektir. Zira ceza hukukunun failin cezalandırılabilir eylemi ile bu eylemin cezalandırılması bütününden oluştuğu dikkate alındığında, bu bütün içerisinde de bir uyumun varlığı zorunludur. Bu uyum orantılılık ilkesi ile ifade edilebilecektir. Suç ve cezalandırmaya ilişkin orantılılık hak edene hak ettiğinin verilmesi ve bu açıdan hak sahipliğinin de ileri sürülebilmesi anlamında gelecektir⁴. Yine orantılılık, bir hakka müdahale edilmesinde bu müdahalenin haklı olup olmadığını belirlemeye yönelik bir test şeklinde ifade edilmiştir⁵. Benzer şekilde orantılılık, ceza ile bu cezanın bireye yüklediği külfet ile toplumdaki diğer bireylerin o ted-

¹ <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim tarihi:15.03.2022.

² <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim tarihi:15.03.2022.

³ Hadi Dachac, “The Principle of Proportionality of Crime and Punishment in International Documents” (2021) 8 (4) International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding, 684, 685.

⁴ ibid 685.

⁵ Kai Möller “Proportionality: Challenging the Critics”, (2012) 8 (3) International Journal of Constitutional Law, 709, 711.

birden kaynaklı elde ettiği kazanç arasındaki makul dengenin sağlanması olarak tanımlanmıştır⁶.

Ceza hukuku açısından orantılılık ilkesi önemli ve tekrar eden bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. TCK'nın 25. maddesinde meşru savunma hükümlerinin uygulanabilmesi için failin saldırısı ile orantılı şekilde savunma hareketinin varlığı şartı aranmaktayken; zorunluluk halinde de tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı şartı aranmıştır. Burada orantısız davranışların cezalandırılması söz konusu olabilir. Ceza hukuku anlamında orantılılık ilkesi cezalandırma ve failin işlemiş olduğu fiile uygun bir cezaya maruz kalması açısından da karşımıza çıkmaktadır⁸. Yine müsadere hükümlerinin uygulanmasında, tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirlerinde orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulacaktır⁹. Bu çerçevede TCK'nın 3/1. maddesinde yer alan “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir*” şeklindeki düzenleme genel anlamda cezalandırma yönüyle karşımıza çıkan orantılılık ilkesini ifade etmektedir¹⁰. Biz de çalışmamızda cezalandırma açısından konuyu ele alacağız.

Orantılılık ilkesinin sağlanmasına yönelik TCK m.3/1 hükmü genel nitelikte bir hükümdür ve kapsayıcı özelliği bulunmaktadır. Bu açıdan örneklendirmek gerekirse TCK m. 54/3 “*Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir*” şeklindeki düzenleme genel nitelikte ceza hukukunda orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakaret suçunun karşılıklı işlenmesi durumunda ceza verilmemesine ilişkin TCK m.129/3 hükmü, hırsızlıkta malın değerinin az olmasına ilişkin TCK m.145 hükmü hafif sayılabilecek eylemlere ilişkin orantılılık ilkesini sağlamaya yönelik iken; kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesine ilişkin TCK m.82/1-a hükmü ağır nitelikteki eylemlere yönelik orantılılık ilkesini sağlamaya matuf özel

⁶ Onur Uçar “Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme)”, (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi,2018), 110. Benzer tanım için bkz. Çetin Arslan “Cezanın Belirlenmesinde Ölçülülük İlkesi”, (hukukihaber.net, 12.08.2022) <<https://www.hukukihaber.net/cezain-belirlenmesinde-olcululuk-ilkesi-makale,10178.html>> Erişim tarihi:18.08.2022

⁷ Joshua Dressler *Understanding Criminal Law*, (5. Baskı LexisNexis 2010) 49.

⁸ ibid 49.

⁹ Arslan (n7)

¹⁰ “*Suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için, suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının, haklı ve ölçülü olması gerekir. Ancak, haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan, orantılılık ilkesine uymak gerekir. Madde ile bu konuya TCK’da açıkça yer verilerek, ceza kanununun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da, vurgulanmak istenmiştir.*” 5237 sayılı TCK m. 3/1 Gereğiçesi.



düzenlemelere örnek verilebilecektir. Yine taksirle öldürmeye ilişkin TCK m.85 düzenlemesinin, kasten öldürmeye ilişkin TCK m.81 hükmüne göre daha az cezayı gerektirmesi de orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan orantılılık ilkesinin TCK'nın özel hükümleri üzerinde ciddi bir etkisinin bulunduğunu söylemek mümkün olacaktır.

Orantılılık ilkesi cezalandırma ile doğrudan bağlantılı olmasına rağmen; hem cezalandırıcı adalet anlayışını benimseyenler¹¹, hem de faydacı ceza hukuku¹² anlayışını benimseyenler orantılılık ilkesinin uygulanması konusunda hemfikirdirler¹³.

Modern ceza hukuku sistemleri de bir ceza kanununun amacının suçluları aşırısı, orantısız veya keyfi cezalara karşı korumak olduğunu kabul etmektedirler¹⁴. Yukarıda bahsettiğimiz gibi TCK m.3/1 hükmü konuya örnek teşkil etmektedir. Benzer şekilde karşılaştırmalı hukukta da orantılılık ilkesi ön plana çıkmaktadır. Texas Ceza Kanunu 1.02/3 maddesinde ceza kanununun amacının suçların ciddiyeti ile orantılı cezalar öngörmek olduğu vurgulanmıştır¹⁵. Kanada Ceza Kanunu'nun 718. maddesinde¹⁶ cezalandırmanın amacının adil yaptırımlar uygulayarak barışçıl ve güvenli bir toplum oluşturma, suç işlenmesinin önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir.

Amerikan Anayasası'nın 8. değişikliğinde aşırı kefalet istenmeyeceği, aşırı para cezası verilemeyeceği, zalimce ve olağandışı ceza uygulanmayacağı düzenlenerek orantılılık ilkesine vurgu yapılmıştır¹⁷. 1910 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi, zalimce ve olağandışı ceza kavramının sadece işkence niteliğindeki cezayı kapsamadığını, aynı zamanda cezaların aşırı uzun ve niteliği itibarıyla ciddiyeti isnat edilen suçla orantısız olan tüm suçlarda da ilkenin uygulama alanı bulabileceğini ortaya koymuştur. Mahkeme burada özetle suça ilişkin cezanın dereceli ve orantılı olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁸. Bir başka kararında Amerikan Yüksek

¹¹ Cezalandırıcı adalet anlayışında mağdur ve yakınlarının tatmin edilmesi esası bulunmaktadır. Konuya ilişkin bkz. Doğan Soyaslan *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2014) s.63.

¹² Faydacı ceza hukuku anlayışında suç işleyen kişi aldığı cezayı göz önünde bulundurarak, diğer kişiler de suçlunun cezalandırıldığını görerek suç işlemekten vazgeçtiği düşüncesi hâkimdir. Konuya ilişkin bkz. ibid 63.

¹³ Dressler (n8) 49

¹⁴ ibid 49.

¹⁵ Teksas Ceza Kanunu için bkz. <<https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/PE/htm/PE.1.htm#1.07>> Erişim tarihi:15.03.2022.

¹⁶ Kanada Ceza Kanunu için bkz. <<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-718.html>> Erişim tarihi: 15.03.2022.

¹⁷ Madde hükmü için bkz. <<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-8/#:~:text=Constitution%20of%20the%20United%20States,-Eighth%20Amendment&text=Excessive%20bail%20shall%20not%20be,cruel%20and%20unusual%20punishments%20inflicted>> Erişim tarihi: 15.03.2022.

¹⁸ Weems v. United States, 217 U.S. 349, 30 S.Ct. 544, 54 L.Ed. 793 (1910) Karar için bkz. <<https://>

Mahkemesi orantılılık ilkesinin common law sisteminde derinden kök saldığını belirtmiştir¹⁹.

Amerikan Model Ceza Kanunu'nun 1.02/2 maddesinde cezaya ilişkin hükümlerin genel amaçları düzenlenmiştir. Suçluların cezalandırılmasına ilişkin kararlarda suçların ağırlığı ile orantılı bir ceza öngörülmesi gerektiği, bu yapılrken mağdura verilen zararın ağırlığı ve failin bu eylemden dolayı kınanabilirliği dikkate alınmalıdır. Cezalandırmanın amacını oluşturan, failin rehabilitasyonunun sağlanması, genel caydırıcılığın sağlanması, suç işlemekten caydırma, mağdurun ve toplumun restorasyonu gibi amaçlara ulaşmada da gerekenden fazla ceza verilmemesi gerektiği vurgulanmıştır²⁰.

Adalet terazisinin göstergesinin bir taraftan diğerine eğilmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği için orantılılık ilkesi, eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Orantılılık ilkesi ile kısas duygusu tatmin edilmiş olacak; kamusal yargılamayı düzenleyen bir prensip olarak şahsi yargılamadan farkı ortaya çıkaracaktır. Böylece adil bir şekilde cezanın miktarı ve niteliği belirlenebilecektir²¹.

Orantılılık, ceza tayininde, cezanın amacıyla birlikte temel adalet ilkelerine erişebilmesi için çok önemli bir ilke olarak kabul edilmektedir. Böylece adil yaptırımlar uygulanmak suretiyle hukuka saygı sağlanacak ve güvenli bir toplum tesis edilebilecektir. Bu yönüyle orantılılık cezalandırmanın belirlenmesinde baskın bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır²². Bir suça ilişkin yaptırımın ağırlığı genel ahlaki sorumluluğun ölçütüne uygun olmalıdır. Bunun belirlenmesinde de işlenen suçun ağırlığı ve failin sorumluluk derecesi ölçüt olarak kullanılabilir. Orantılılık ilkesi suça ve faile uygun bir ceza hedefini aktif olarak benimsediği için failin cezalandırılması açısından da katı bir yaklaşıma izin vermeyecektir²³.

Beccaria, "Suçlar ve Cezalar" isimli eserinde orantılılık ilkesine ilişkin; cezanın bir veya birden fazla kişinin bir başkasına yönelik şiddet eylemi olmaması gerektiğini, cezaların kamusal, hızlı, gerekli, mümkün olduğu kadar asgari düzeyde, suçla orantılı ve yasalarca öngörülmüş olması gerekliliğini vurgulamıştır²⁴.

www.courtlistener.com/opinion/97242/weems-v-united-states> Erişim tarihi:15.03.2022.

¹⁹ Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983), Karar için bkz. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/463/277>> Erişim tarihi:11.08.2022.

²⁰ Model ceza kanunu tam metni için bkz. <<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>> Erişim tarihi: 18.03.2022.

²¹ Joshua Dressler Cases and Materials on Criminal Law (4. Baskı, Thomson West, St. Paul 2008) 66-67. (Dressler Cases)

²² Joel Goh "Proportionality - An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System" (2013) 2 (41) Manchester Student Law Review 41, 43.

²³ R. v. Arcand, (2010) AJ No 1383 (QL), Karar tam metni için bkz. <<https://ca.vlex.com/vid/r-v-j-l-680938405>> Erişim tarihi:18.03.2022.

²⁴ Elio Monachesi "Pioneers in Criminology IX—Cesare Beccaria" (1956) 46 (4) Journal of Criminal Law and Criminology, 439, s.448. Ayrıca bkz. Cesare Beccaria, on Crimes And Punishments and Other Writings, Cambridge Text in The History of Political Thought, s.19 vd.



Orantılılık ilkesi adalet kavramının somutlaşmasına da yardımcı olacaktır²⁵. Nitekim orantılı bir ceza verilmesi suretiyle hem faile haksızlık yapılmayacak hem de mağdurun failin cezalandırılmasına yönelik intikam duygusu ve toplumun adalet duygusu hakkıyla tatmin edilmiş olacaktır. Ancak orantılılık şartının sağlanamadığı bir cezalandırma yönteminde ya fail ağır cezalandırılarak haksızlığa uğrayacak ya da faile hiç veya yeteri kadar ceza verilmemesi durumunda adalet duygusu ortadan kalkmış olacaktır.

Bir cezanın orantılılık ilkesine uygun olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle hakka müdahale eden tedbirin/cezanın meşru bir amacı bulunmalıdır. İkinci olarak, hukuk kuralları bu amaca uygun olmalıdır. Yine orantılılıktan bahsedilebilmesi için ceza türü ve niteliği bakımından daha az müdahaleci nitelik taşıyan ve eşit derecede etkili olabilecek bir alternatif bulunmamalıdır. Son olarak da yasanın hak sahibine yönelik yaptırımının aşırı bir yük getirmemesi gerekmektedir. Bu çerçevede orantılılık değerlendirmesi haklar ve haklarla menfaatlerin rekabetine ilişkin çatışmanın çözümünü sağlayacaktır²⁶.

Orantılılık ilkesi, elverişlilik ve gereklilik ile birlikte ölçülülük ilkesinin üç unsurundan birisi olarak değerlendirilmektedir²⁷. Bu açıdan Anayasa hukuku bakımından değerlendirilebilecek bu geniş perspektifte ölçülülük ilkesi temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında bir çerçeve niteliği taşımaktadır²⁸. Ölçülülük ilkesinin sınırlayıcı fonksiyonu da yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayıcı niteliktedir²⁹. Bu çerçevede ölçülülük ilkesinin ceza hukukuna yansımaları orantılılık ilkesi şeklinde kendisini göstermektedir. Nitekim orantılılık ilkesi dar anlamda ölçülülük ilkesi olarak da ifade edilmektedir³⁰. Bu nedenle aşağıda detaylı olarak ele aldığımız gibi ceza hukuku anlamında orantılılık ilkesi hem yasama organını hem de yargı organını bağlayıcı nitelik taşıyacaktır. Anayasa hukuku bağlamında ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki çizginin belirlenmesi açısından ele alındığı dikkate alındığında³¹; ceza hukuku açısından da orantılılık ilkesi vasıtasıyla kişinin hürriyetinin kısıtlanması ya da bazı ceza hukuku tedbirlerine maruz kalması açısından bir sınırın belirlenmesi söz konusu olacaktır.

²⁵ Goh (n21) 43.

²⁶ Möller (n6) 711.

²⁷ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” (2017) 7 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, s.7.

²⁸ ibid 3.

²⁹ Arslan (n7), Konuya ilişkin ayrıca bkz. Ruveyda İnalkaç Kırbıyık, “Anayasa Hukuku Kapsamında Ölçülülük İlkesi” (Yüksek Lisans Tezi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2022), s.18 vd.

³⁰ ibid 21.

³¹ Metin (n27), s.6.

II. ORANTILILIK İLKESİNİN FAYDACI ADALET ANLAYIŞI VE CEZALANDIRICI ADALET ANLAYIŞI PERSPEKTİFİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Orantılılık ilkesi faydacı adalet anlayışı ve cezalandırıcı adalet anlayışı bünyesinde farklı bakış açıları ile ele alınmıştır. Bu kapsamda faydacı adalet anlayışında bütün cezalar insan mutluluğunu sağlama geniş amacına hizmet eder. Faydacı adalet anlayışının amaçları caydırıcılık (önleme), suç işlemekten aciz bırakma ve iyileştirme olarak karşımıza çıkmaktadır³². Ancak cezalandırıcı adalet anlayışı caydırıcılık gibi geniş toplumsal amaçlara hizmet etmeye dayanan cezalandırma anlayışına karşı çıkar ve bunun yerine cezayı sanığın bireysel kınanabilirliğini esas alır. Bu görüş cezalandırmanın amacını caydırıcılık gibi genel bir çerçeveye sığdırmanın sanığı nesnelleştirdiği gerekçesiyle eleştiri konusu yapmaktadır³³.

A. Faydacı Adalet Anlayışı ve Orantılılık İlkesi

Faydacı adalet anlayışı cezanın çok az ya da çok fazla olmasını değil, orantılı şekilde belirlenmesi gerektiğini ifade eder. Suç önleme hedeflerini karşılamak için cezanın gerekli miktarda verilmesi ve bu miktarın aşılmasında zorunluluğu vurgulanır³⁴. Faydacı adalet anlayışında yasa koyucunun amacının insanları mutlu etmek olduğu ve cezanın da acı içerdiği dikkate alındığında cezalandırmanın esas olarak kötü olduğu, ancak daha büyük zararı önleyeceği hallerde başvurulması gerektiği ifade edilmektedir³⁵. Orantısız cezalar, tüm ceza adaleti sisteminin itibarını zedeleme riskini taşır. Bu tür cezalar, kökünde geniş adalet kavramı olan, ayrıcalıkların ve yükümlülüklerin kabaca her bireye atfedilebilir fazilet veya suçluluk derecesine göre dağıtılması gerektiği ilkesine aykırı olacaktır³⁶.

Görüşleri fayda ilkesi tarafından yönetilen bir yasa koyucunun, bu tek genel hedefe ulaşmak için dört öncül hedefi söz konusudur³⁷. Bunlardan ilki ve en kapsamlı olanı mümkün olduğu kadar etkili bir şekilde her türlü suçun önlenmesidir. Yani burada herhangi bir suçun işlenmemesi için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. İkinci hedef, bir kişinin herhangi bir şekilde suç işlemesinin önüne geçilememişse, onun amacına uygun iki suçtan daha az zararlı olanı seçmeye ikna etmektir. Üçüncüsü, belirli bir suçu işlemeye karar veren kişinin onun amacına ulaşması için gerekli olandan daha fazla kötülük yapılmasına engel olmaktır. Dör-

³² David Crump, Neil P. Cohen, Laurie L. Levenson, John T. Parry and Penelope Pether, *Criminal Law: Cases, Statutes and Lawyering Strategies* (2nd edn., LexisNexis 2010) s.551.

³³ ibid 551.

³⁴ Dressler (n8) 50.

³⁵ Dachac (n4) 687.

³⁶ Mirko Bagaric "Proportionality in Sentencing: Its Justification, Meaning and Role", (2000) 12 (2) *Current Issues in Criminal Justice* 145, 156.

³⁷ Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 96. <<https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>> Erişim tarihi:08.05.2022



düncüsü de önlenmesi amaçlanan kötülüğün en hafif şekilde gerçekleşerek sonuçlanmasını sağlamaktır³⁸. Orantılılık ilkesinin olmadığı durumlarda potansiyel suçlular, ciddi suçları işlemekten, küçük suçlardan daha fazla caydırılmaz ve bu nedenle onları kolayca işleyebilir³⁹. Ancak teoride faillerin çeşitli suçlar için verilen cezaların düzeyine ilişkin karşılaştırma yaptıklarına dair bir kanıt bulunmadığı gerekçesi ile bu görüş eleştirilmiştir⁴⁰.

Suçtan caydırmak için cezanın, suçlunun suçu işlemesinden elde edeceği potansiyel kazancından daha az olmaması gerekmektedir. Eğer çok az ceza verilirse suç niteliğindeki davranış kazançlı olmaya devam edecek ve sonuç olarak ceza tehdidi etkisiz kalacaktır. Suçun neden olduğu kötülük ne kadar ağırsa cezalandırma açısından ortaya çıkabilecek bedeli de o ölçüde ağır olacaktır⁴¹.

Faydacı adalet anlayışı ne kadar ceza verileceğini belirlemek için bir suçun doğasıyla ilgili geriye dönük düşüncelere doğrudan odaklanmak yerine caydırıcılık, rehabilitasyon gibi ileriye dönük konulara daha fazla vurgu yapar⁴². Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi faydacı adalet anlayışında orantılı bir cezanın sağlaması beklenen amaçlar önleme, suç işlemekten vazgeçirme (aciz bırakma) ve rehabilitasyon olarak karşımıza çıkmaktadır.

Faydacı adalet anlayışında geleceğe dönük caydırıcılık ve rehabilitasyon unsurlarının ön plana çıkması, faydacılığa yönelik küçük suçlar için önemli cezaları haklı çıkardığı eleştirilerine yol açmaktadır⁴³. Ancak bu tür itirazlar, cezanın faydacı yönünü aşırı şekilde ön plana çıkardığı için yanlış yönlendirmeye neden olduğu gerekçesiyle muhalefete uğramışlardır. Faydacı anlayış cezayı doğası gereği kötü görür ve bu nedenle de kötü sonuçların iyi etkilerinden daha ağır olduğu hallerde ceza desteklenemez. Bu açıdan bir ekmek çalınmasında benzer davranışların önüne geçilmesi için failin çok ağır hapis cezasına maruz bırakılması kabul edilemez⁴⁴.

1. Önleme

a. Genel Önleme

TCK'nin 1. maddesinde kanunun amaçlarından birisi de suç işlenmesinin önlenmesi olarak belirlenmiştir. Amerikan Model Ceza Kanunu'nun 1.02/2 maddesinde de önleme fonksiyonuna vurgu yapılmıştır. Ceza kanunlarında yer alan ceza tehdidinin genel önleme fonksiyonunu yerine getirdiği ifade edilmektedir⁴⁵. Genel

³⁸ ibid 96.

³⁹ Bagaric (n30) 156.

⁴⁰ Andrew Von Hirsch *Past or Future Crimes Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals* (Manchester 1987) 32. Bagaric (n30) 156.

⁴¹ Dressler (n8) 50; Bagaric (n30) 156.

⁴² Bagaric (n30) 156.

⁴³ ibid 156

⁴⁴ ibid 156.

⁴⁵ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku*, (24 edn. Adalet Yayınevi 2021) 2.

önleme bir suçlunun cezalandırılmasının başkalarının da aynı suçu işlememe yönünde etkilenmesi olarak tanımlanmaktadır. Burada failin diğer kişiler açısından bir örnekliliği söz konusudur⁴⁶.

Faydacı adalet anlayışına göre cezanın amacı, suçluyu yurttaşlarına yeni bir zarar vermektan caydırmaktan ve diğer insanların da aynısını yapmaktan alıkoymaktan başka bir şey değildir. Bu nedenle cezalar ve uygulanma yöntemleri, suç ile ceza arasındaki orantıya dikkat edilerek en etkili cezayı verecek şekilde seçilmelidir⁴⁷.

Çok tehlikeli suçlar, hafif nitelikteki suçlara göre daha ağır şekilde cezalandırılmalıdır. Bununla birlikte genel önlemeyle ilgilenen faydacı bir yasa koyucu için bir suçun tehlikelilik derecesi, belirli bir suçlunun tek bir olayda yol açması muhtemel zararın hesaplanmasıyla ölçülmez. Daha ziyade, bu ve diğer suçlular tarafından gelecekte suçun işlenmesinden kaynaklanabilecek genel kötülüğü tahmin ederek cezanın tespiti gerekmektedir. Bu da bir suç için uygun cezanın zaman içerisinde ve yargı bölgeleri arasında farklılık gösterebileceği anlamına gelmektedir. Örneğin kırsal bölgelerde sığır hırsızlığının sıklıkla meydana geldiği ve sakinlerine ciddi ekonomik sıkıntılara neden olduğu dikkate alındığında, aynı suçun nadiren işlendiği ve halkın ekonomik refahını tehdit etmediği bir toplulukta işlenmesinden daha ağır şekilde cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Kanun koyucular suçun cezasını belirlerken ayrıca söz konusu davranışın ne ölçüde caydırılabileceğini de dikkate alacaklardır⁴⁸.

Önleme teorileri genellikle ceza miktarının suça uyacak şekilde derecelendirilmesine yönelik bir orantılılık şekli ararlar. Ancak saf faydacı teoriye göre önleme amaçlarına uygunluk ahlaki adaletle ilgili bir durum olmaktan daha ziyade en az maliyetle en fazla caydırıcılığa ulaşmakla ilgilidir⁴⁹.

b. Özel Önleme

Faydacı adalet anlayışında, belirli bir suçlunun caydırılması istendiğinde, ceza, bireysel olarak suçlunun gelecekte topluma verilecek cezadan daha acı verici suçlar işlemesini önlemenin gerekli olduğu ölçüde orantılıdır. Cezanın caydırıcılığının belirli bir kişi üzerinde herhangi bir suçludan daha az etkisinin olması mümkündür. Bu açıdan da belirli bir kişinin gelecekte suç işlemesi ihtimali daha yüksek olabilir. Bu kapsamda özel önleme kavramı çerçevesinde daha tehlikeli bir suçlunun aynı suçu işleyen sıradan bir suçludan daha ağır cezalandırılabilirliği ifade edilmektedir. Örneğin yaralama suçu açısından genel önleme bakış açısı çerçevesinde X cezası verilebilir. Bu kapsamda şiddet içeren önceki mahkûmiyetleri bulunan, normal bir kişiden daha tehlikeli ve suç işlemekten caydırılma ihtimali

⁴⁶ Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26) 555.

⁴⁷ ibid 551.

⁴⁸ Dressler (n8) 50-51.

⁴⁹ Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26) 555.



daha düşük olan kişiler açısından daha fazla ceza verilmesi mümkün olabilecektir. Bu varsayımsal koşullar altında daha önceden şiddet geçmişi olan kişinin cezası genel caydırıcılık ilkeleri kapsamında yaralama için verilecek cezadan daha fazla olacak ve bu nitelikte bir failin cezası yaralama suçunun mağdurunun maruz kaldığı acıya oranla daha ağır şekilde ortaya çıkabilecektir⁵⁰.

Türk hukuk sistemi açısından gerek cezalarda öngörölmüş alt ve üst sınırlar kapsamında ceza tayini imkânı sağlanması; gerekse tekerrür halinde infaz rejiminde farklılık olması yukarıda bahsettiğimiz kapsamda özel önleme amacını ortaya koymaktadır. Türk hukukunda özel önleme kişinin tekrar suç işlemesinin önüne geçilmesi ve ıslahının sağlanması şeklinde ifade edilmesine⁵¹ rağmen Amerikan teorisinde ıslah ayrı bir başlık halinde ele alınmaktadır. Amerikan teorisinde özel önleme cezalandırılan suçlunun serbest bırakıldıktan sonra gelecekteki suçlardan caydırılması anlamında değerlendirilmektedir⁵².

c. Önleme Teorisine İlişkin Eleştiriler

Bentham'ın caydırıcılığa odaklanmayı savunduğunun aksine cezanın caydırıcılığı sağlamayacağı yönünde de görüşler ileri sürölmüştür⁵³. Bu kapsamda suç oranlarının artış gösterdiği ve ceza yaklaşımlarından etkilenmediği dayanak gösterilerek, caydırıcılığın cezalandırma için abartılmış bir gerekçe olduğu belirtilmiştir. Çok sayıda yazar, özellikle cezadaki kademeli değişikliklerin davranışı etkilediği ve ne kadar caydırıcılık istediğimizi anlayabileceğimiz varsayımlarıyla ilgili olarak, caydırıcılık teorisinin temel öncüllerini sorgulamıştır⁵⁴. Bu yazarlar caydırıcılığın sonuca yönelik bir yaklaşım olduğunu, ancak gerçekte bir katkı sağlamadığını savunmaktadırlar. Caydırıcılık açısından en uygun ceza düzeyi, onları ne kadar kötü olarak algıladığımızı bağlı olarak değerlendirilmektedir. Belirli bir davranış türünü ne kadar değersizleştirdiğimizi bilmediğimiz sürece, belirli bir ceza miktarının caydırmanın bedelini ödemeye yeterli olup olmadığı belirlenemez. Ayrıca ceza kaynaklarının farklı seviyelerde zarar veren suçlar arasında nasıl dağıtılacağı konusunda rasyonel bir yargıda bulunulması da mümkün değildir⁵⁵. Konuya ilişkin saha çalışmalarında da yasalara saygılı insanların çoğunun cezalandırılmaktan korktukları için değil yasalara ve onu koyan iradeye saygılarından dolayı suç işlemekten çekindikleri ortaya çıkmıştır. Bu açıdan caydırıcılığın suç önleme sisteminin merkezinde olmaması gerektiği ileri sürölmüştür⁵⁶.

⁵⁰ Dressler (n8) 51.

⁵¹ Hakeri, s.2.

⁵² Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26)557.

⁵³ Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26) 557.

⁵⁴ Christopher Slobogin "The Civilization of the Criminal Law" (2005) 58 (1) Vanderbilt Law Review, 121, 140.

⁵⁵ Kahan, Dan M., "The Secret Ambition of Deterrence", Harvard Law Review, Cilt:113, Sayı:2, Yıl:1999, 413-500, s.427.

⁵⁶ Slobogin (n48) 140.

Önleme ve kınanabilirlik arasındaki ilişki tartışma konusu yapılmıştır. Bu çerçevede kusurla bağlantılı olarak ceza dağılımını haklı kılan suçlama için bir ölçü oluşturmadan caydırıcılığın işe yaramayacağı ifade edilmiştir. Yani önleme fonksiyonu yalnızca kişinin suçlu olduğuna yönelik kanaatin olduğu durumlarda değerlendirilmeye tabi tutulabilecektir⁵⁷.

2. Suç İşlemekten Aciz Bırakma

Faydacı görüş çerçevesinde orantılı bir cezanın tehlikeli ve mükerrir suçluları yeniden suç işlemekten caydırmasa dahi suç işlememeleri için engelleyebilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸. Bu çerçevede suç işleyen kişilerin hapis cezası (veya sürgün ya da toplum içinde sıkı kontrol altına alınmaları) gibi özgürlüklerini kısıtlayıcı cezalara maruz kalmaları durumunda, diğer insanlara karşı suç işleme kapasiteleri ortadan kalkacaktır. Kişilerin suç işlemekten aciz bırakılması ceza adalet sisteminin tek amacı olamaz, aksinin düşünülmesi halinde bir ya da iki suç işleyen birinin, başkasına karşı bir suç işleyemeyecek yaşa gelene kadar tutulması gündeme gelir. Nitekim kişinin suç işlemekten aciz bırakılmasının yanında adalet, insanlık ve orantılılık ilkelerinin de gözetilmesi gerekmektedir⁵⁹.

Suç kontrol stratejisinde, suç işlemekten aciz bırakmanın büyük bir avantajı insan doğası hakkında herhangi bir varsayımda bulunmayı gerektirmemesidir. Suç işlemekten aciz bırakmada, suçlunun öznel durumundan kaynaklı bir önlemeden değil, suçluya uygulanan fiziksel kısıtlamadan kaynaklı bir önleme söz konusudur. Buna karşılık, yukarıda bahsettiğimiz caydırıcılık ancak insanlar alternatif hareket tarzlarının maliyetini ve faydalarını hesaba katarsa ve en büyük net faydayı sağlayanı seçerse işe yarar. İnsanların bu tür konuları neredeyse kesinlikle dikkate aldıklarını göz önünde bulundurduğumuzda, bu tür düşüncelerin davranışlarını ne kadar etkilediğinden ve eğer varsa, suç oranlarında ne gibi değişikliklere yol açacağından emin olmak zordur⁶⁰.

Suç işlemekten aciz bırakma kurumunun üç şartın sağlanması koşuluyla daha isabetli olarak çalışacağı belirtilmektedir: Bazı suçlular mükerrir olabilir, sokaklardan alınan suçlular acemi olanlar ile derhal değiştirilmemelidir. Cezaevleri suçluların cezaevinde kalmalarının önlediği suçları telafi etmeye dönük tahliye sonrası suç faaliyetlerini arttırmamalıdır. Suçu azaltmak için haphanelerin yetersiz güçlerini kullanmanın en rasyonel yolu bunun seçici şekilde yapılmasıdır. Her suç işleyenin, birden fazla suç işleyenin ya da ağır suç işleyenin uzun cezalandırılma-

⁵⁷ Louis Michael Seidman "Soldiers, Martyrs, and Criminals: Utilitarian Theory and The Problem of Crime Control" (1984) 94 (2) The Yale Law Journal, 315, s.340; Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26) 557.

⁵⁸ Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26) 551.

⁵⁹ ibid 557.

⁶⁰ ibid 558.



sından ziyade özgür olduğunda en çok suç işleyenin uzun cezalandırılması amaca hizmet eder niteliktedir⁶¹.

Suç işlemekten aciz bırakma hatalı yargılamalar ve yanlış kişinin cezalandırılması neticesinde istenen sonucu doğurmayabilecektir. Böylece toplum asıl suçlunun serbest olması dolayısıyla risk altında kalmaya devam edecektir⁶². Ayrıca suç işlemekten aciz bırakmaya ilişkin bir başka eleştiri de hangi suçluların gelecekte ciddi suçlar işleme ihtimali olduğunu tahmin etme imkânının bulunmaması dolayısıyla karşımıza çıkmaktadır⁶³.

3. Rehabilitasyon

Suçluların, suç faaliyetlerine devam etmeme olasılığını arttırmanın bir yolunun da onları, eğitim, mesleki eğitim, danışmanlık veya terapi etmek suretiyle rehabilite etmek olduğu ifade edilmektedir. Cezanın amacının ahlaki adaleti sağlama olduğu kabulünde, bir yaptırımın sadece haklar dengesini sağlamakla kalmayıp aynı zamanda eski suçluyu topluma katkıda bulunan bir üye olma yoluna sokması da beklenmektedir⁶⁴.

İnsancıl bir bakış açısıyla, bir insanı hak ettiği için ve hak ettiği kadar cezalandırmanın intikam olduğu, bu nedenle de barbarca ve ahlaksız bir özelliği olduğu ifade edilmektedir. Cezalandırmanın tek meşru saikinin, yukarıda genel önleme başlığı altında ele aldığımız başkalarını örnek alarak caydırma veya suçluyu iyileştirme arzusu olduğu ileri sürülmektedir⁶⁵. Bu görüş çerçevesinde cezanın orantılılığının, rehabilite edici bir tedavi sisteminde çok az anlamı olduğu ifade edilmektedir⁶⁶. Zorla rehabilitasyon ceza hukuku açısından ceza niteliği taşısa da bir tedavinin süresi, bazı rehabilitasyon tekniklerinin potansiyel sertliği, mantıksal olarak işlenen suçun ciddiyeti ve uygulanan muamelenin/cezanın başkalarını suçu işlemekten caydırma derecesi ile bağlantısız olarak görülmektedir⁶⁷. Kanaatimizce suçluların rehabilitasyonu cezanın amaçları arasında yer almakla birlikte, rehabilitasyon adı altında gerçekleştirilecek faaliyetlerde de orantılılık ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Sonuç olarak faydacı adalet anlayışı çerçevesinde orantılılık ilkesi geçmişe dönük değil, caydırıcılık, rehabilitasyon ve toplumsal maliyet gibi geleceği ilgilendiren cezalandırma hedeflerine göre ölçülmektedir. Faydacı orantılılığın iki yönü bulunmaktadır. İlki, cezanın amaçlarını gerçekleştirmenin maliyetinin cezadan elde

⁶¹ ibid 558.

⁶² ibid 558.

⁶³ Bagaric (n30) 161.

⁶⁴ Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26) 560.

⁶⁵ C.S Lewis, "The Humanitarian Theory of Punishment" (1953) (6) Res Judictae, 224, 224.

⁶⁶ Dressler (n8) 51.

⁶⁷ ibid 52.

edilecek faydalardan daha fazla olup olmadığıyla ilgili olan “nihai orantılılık”; ikincisi, aynı amaçlanan faydayı elde etmek için daha az maliyetli alternatif yaptırımların mevcut olup olmadığını değerlendiren “araç orantılılık” şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁶⁸. Böylece öncelikle toplum ve kişi açısından cezalandırmanın gerekip gerekmediği tespit edilecek, ardından yaptırımın türü belirlenecektir. Nihai orantılılık boyutuyla uygulanacak bir kamusal önlemin maliyetinin beklenen faydalara karşı değerlendirilmesi esas alınmaktadır. Nihai orantılılık kısmında, uzun süreli hapis cezasının sanık üzerindeki yükü veya bu tür cezaların kamuya maliyetleri konuların, maddi olmayan suç kontrol yardımlarıyla karşılaştırması söz konusu olabilecektir. Araç orantılılık kısmında ise amaca ulaşmak için eşit derecede etkili araçlar arasından daha az maliyetli ve külfetli olanın tercih edilmesi söz konusu olacaktır⁶⁹.

B. Cezalandırıcı Adalet Anlayışı ve Orantılılık İlkesi

1. Genel Olarak

Cezalandırıcı adalet anlayışının temelinde intikam esası bulunmaktadır. Bu kapsamda bir mahkeme tarafından verilen ceza, suçlu veya toplum için başka bir iyiliği teşvik etme amacıyla kullanılamaz. Ceza suç işlediği için failin uygulanan bir yaptırım olarak ele alınmalıdır. Burada da eşitlik ilkesinin yani failin verdiği zarara denk bir zararın kendisine uygulanması esası teorinin temelinde yer almaktadır. Ancak burada şahsi bir ölçü almaktan ziyade mahkemeler kanalıyla bir gerçekleştirilen yasanın intikamı olarak adlandırılan bir durum söz konusudur. Cezanın niteliği ve niceliği yine mahkemeler tarafından tayin edilecektir⁷⁰.

Orantılı ceza kavramı, cezalandırıcı adalet anlayışıyla yakından ilişkilidir⁷¹. Bu görüş bir suçun işlendiği temeline dayalı olarak cezayı haklı kabul etmekte, bu cezanın da suçlunun borçlu olduğu topluma borcunu ödeme yönteminin cezalandırma olduğu ifade edilmektedir. Ceza, hem failin verdiği zarar hem de suç işleyenine buna neden olan ahlaki çöküntü derecesi dikkate alınarak işlenen suçla orantılı olmalıdır⁷². Cezalandırıcı adalet anlayışında orantılılık ilkesi, faydacı adalet anlayışından farklı olarak suçlunun geçmişiyile de ilgilidir. Bu çerçevede orantılılık, cezayı suçlunun kusurluluğuna göre ölçerek cezalandırma hedefinin bir aracı olarak kabul edilmektedir⁷³.

⁶⁸ Goh (n21) 47-48.

⁶⁹ Richard Frase “Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: “Proportionality” Relative To What? “, (2005) (89) Minnesota Law Review, 571, 593-596.

⁷⁰ Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26)564-565.

⁷¹ Bagaric (n30) 154.

⁷² Dressler (n8) 52.

⁷³ Goh (n21) 46.



Cezalandırıcı adalet anlayışında ceza suça ve suçluya uygun olmalı, fail hak ettiği kadar ne fazla ne de eksik ceza almalıdır. Faydacı adalet anlayışından farklı olarak burada cezanın başkalarına örnek teşkil etmesi amacı bulunmamaktadır. Örneğin faili meçhul hırsızlıkların yoğun olduğu dönemde bir hırsızın yakalanması halinde, cezalandırıcı adalet anlayışı çerçevesinde genel önlemeyi sağlayıcı uzun bir ceza verilmesini kabul edilmeyecektir. Çünkü bu şekilde cezayı ağırlaştırmak, sanığın bir araç olarak kullanılması anlamına gelecektir. Bu anlamda cezalandırıcı adalet anlayışının insani boyutunun olduğu; orantılılığı, tutarlılığı ve tek düzeligi vurguladığı; suçlunun kusurluluğunu aşmayacak şekilde cezayı sınırladığı ifade edilmektedir⁷⁴.

Teorinin temel savunucusu Kant'ın cezanın suça uygun olmasına odaklanması, ölüm cezası da dahil olmak üzere sert cezaların desteklenmesiyle sonuçlanmaktadır. Ayrıca hiçbir faydacı işleve hizmet etmese dahi bir cezanın verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu açıdan Kant, kısas ilkesini benimsemektedir. Ancak yine Kant, bu ilkenin çoğu durumda harfi harfine uygulanmasının mümkün olmadığını da kabul eder. Ancak suçlulukla orantılı olarak kesin cezalandırma ölçüsünü kısas kavramından alır⁷⁵. Modern cezalandırıcı adalet anlayışını benimseyenler ise, cinayet vakası dışında, kısas kavramını reddederler. Bu kapsamda örneğin, bir tecavüzcüyü ona tecavüz ederek cezalandırmak, pratikte ne anlama gelirse gelsin, suçluya onurlu ve ahlaki değere sahip bir kişi olarak muamele edilmesini gerektiren modern cezalandırıcı düşünce okullarını ihlal eder nitelikte kabul edilmektedir. Bu nedenle, cezalandırıcı adalet anlayışında olanlar, yalnızca suçlunun borçlu olduğu borcu, verilen zarar ve suçlunun zarara neden olan ahlaki kusurluluğu ile ölçülen suçun ağırlığı ile makul orantılı cezaya çarptırılarak sembolik olarak geri ödemesi gerektiğini savunmaktadırlar⁷⁶.

Cezalandırıcı adalet anlayışında orantılılık kendisini iki şekilde gösterir. İlk olarak “tanımlayıcı cezalandırma”, cezayı mümkün olduğu kadar kesin bir şekilde suçun ağırlığına göre belirler ve diğer cezalandırma amaçlarına çok az yer bırakır. Cezanın bir karşılık olarak değerlendirilmesi, cezayı veren hâkime amaçlanan nihai sonuçla orantılı bir ceza formüle etmesi konusunda bir yol haritası çıkarır. İkinci olarak “sınırlayıcı cezalandırma”, muhtemel cezanın dış sınırlarını belirleyerek cezalandırma hedeflerinin dikkate alınmasına izin verir. Bu şekilde hüküm veren hâkim, sosyal caydırıcılık ve kınama gibi cezanın çeşitli hedeflerini karşılamak için bir ceza formüle eder, ardından orantılılık ilkesini sağlayabilmek için cezayı sınırlar⁷⁷.

⁷⁴ Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26)564; Benzer yönde bkz. Goh (n21) 46.

⁷⁵ Crump-Cohen-Levenson-Parry-Pether (26)564.

⁷⁶ Dressler (n8) 52.

⁷⁷ Goh (n21) 47.

2. Teorinin Orantılılık İlkesine Uygulanması

Cezalandırıcı adalet anlayışına göre, cezalandırılabilir hareketlerin iki temel bileşeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki failin verdiği zararı içeren dış kısım, ikincisi ise failin vermiş olduğu zarara neden olan zihinsel durumunu ortaya koyan ve ahlaki olarak suçlanabilirliğini, kınanabilirliğini içeren iç kısımdır. Failin cezasının belirlenmesinde her iki bileşenin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Zarar bileşeni ile ilgili olarak cezalandırıcı adalet anlayışına göre ceza vermeyi amaçlayan bir yasama organı, işlenen suça geriye dönük olarak bakacaktır. Bu suçun mağdura, mağdurun ailesine ve daha geniş bir topluluğa ne kadar zarar verdiğini dikkate alacaktır. Hâkim de takdir yetkisi ölçüsünde somut olaydaki fiili zararı dikkate alabilecektir. Kınanabilirlik bileşeni ile ilgili olarak cezalandırıcı adalet anlayışında olanlar, belirli bir zarara kasıtlı olarak neden olan kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde gerçekleştirene göre daha fazla cezalandırılabilirliğini ifade etmektedirler. Böylece bir yayanın taksirli olarak ölümüne sebebiyet veren kişi, kasıtlı olarak birinin ölümüne neden olan suikastçıdan daha az cezalandırılabilir⁷⁸.

Faydacı görüş çerçevesinde uygun olan cezanın kesin olarak belirlenmesinin zor olmasının yanı sıra fayda maliyet analizi yapılması da mümkün olmadığı; bu nedenle faydacı bakış açısıyla orantılı bir ceza tayininin zor olacağı savunulmaktadır. Cezalandırıcı adalet anlayışında ise kısas bakış açısıyla daha adil ve orantılı cezaların elde edilebileceği belirtilmektedir. Cezalandırıcı bakışla kanun koyucu, hak edilen cezanın ölçeklendirilmesinde işlenen suçun niteliğine bakacaktır. Bir an için kasten öldürme, ırza geçme ve hırsızlık suçlarının olduğu bir toplumun varlığı düşüncesinde; kanun koyucu önce bu suçların ağırlığına göre bir tasnif yapacaktır. Yine her bir suçun genel zararını tespit edecektir. Daha sonra suçların nispi ağırlığına göre orantılı bir ceza öngörecektir. Bunu yapmanın bir yolu en az ciddi görülen suçla (örnekteki hırsızlık suçu) başlamak ve bunun cezasını kabul edilebilir ceza türleri ve sürelerinin en alt sınırı ile belirlemektir. Örnek üzerinden değerlendirmek gerekirse; hırsızlık suçu X birim kabul edilerek iki yıl hapis cezası belirlenmişse; ardından daha ciddi olan her suç için artan ciddiyet oranı dikkate alınarak bir ceza tayin edilecektir. Bu kapsamda ırza geçme hırsızlıktan on kat daha ciddi kabul edilerek yirmi yıl hapis cezası verilecek; kasten öldürme hırsızlıktan yirmi kat daha ciddi kabul edilerek kırk yıl hapis cezasına hükmedilecektir. Bunun tersi olarak en ağır ceza belirlenmek suretiyle hafif suçlara daha hafif cezalandırma da mümkün olabilecektir. Söz konusu analiz, ceza gerektiren suçların yalnızca zarar bileşenini ele almıştır. Bununla birlikte bir failin zarara neden olmada kişisel olarak kınanabilirliği de kritik bir faktördür. Bu nedenle, bir yasama organı, suçları derecelendirme yoluna gider ve failin kınanabilirliğini de dikkate alarak bir ceza tayini yapar. Örneğin, kasten öldürme, taksirle öldürmeye

⁷⁸ Dressler (n8) 53.



göre daha ciddi bir suç olarak derecelendirilir. Cezalandırıcı orantılılık anlayışına göre bu yaklaşımın ayarlanabilmesi çok zordur. Burada belirlenmesi zor olan şey zarar ve kınanabilirlik bileşenlerinin nasıl ilişkilendirileceğidir. Kasten işlenen bir ırza geçme suçu, taksirle öldürme suçundan daha ağır mıdır, eşit midir yoksa daha hafif midir? Belirlenmesi zordur. Bu nedenle, cezalandırma temelli, cezalandırmaya meyilli birçok yasa koyucu için en gerçekçi yaklaşım; basitçe, hem zarar hem de kınanabilirlik bileşenleri göz önüne alındığında, belirli suçlara üst ve alt sınırlar koymaktan fazlasının yapılamayacağını kabul etmektir. Örneğin bir suç için X miktardan fazla cezanın çok fazla olacağı; Y miktardan daha az cezanın ise yetersiz olacağı düşüncesiyle alt ve üst sınırlar belirlenecek ve bu sınırlar arasında belirlenen cezanın orantılı olduğu kabul edilecektir⁷⁹. Alt ve üst sınırlar arasındaki makul cezayı da hâkim takdir edecektir.

Cezalandırıcı adalet sistemi kapsamında cezanın diğer amaçlarına ulaşılabilmesi için orantılılık ilkesinin ihlal edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁰.

Cezalandırıcı adalet anlayışı kapsamında orantılılık ilkesinin tespitinde mağdurun konumu da ön plana çıkarılmıştır. Bu çerçevede mağdura verilen zarara ilişkin yaşam standardı ölçütü ortaya konulmuştur. Bir mağdurun kendini geçindirme veya önceki yaşam standartlarını koruma yeteneğini önemli ölçüde engelleyen suçlar, böyle olmayan suçlardan daha ciddi kabul edilmektedir. Örneğin birden fazla aracı olan zengin bir kişiden otomobil çalmanın ile mütevazı bir ailenin tek arabasına çalmaya göre daha az yük getirdiği; yazlık konutun yakılmasının ika-metgâhi yakmaktan daha hafif olduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede ciddiyet ölçüklerinin geliştirilebilmesi için farklı suçlar için standart zararlar değerlendir-melerinin kullanılması gerektiği ifade edilmektedir⁸¹.

C. Faydacı Adalet Anlayışı ile Cezalandırıcı Adalet Anlayışının Orantılılık İlkesi Açısından Karşılaştırılması

Bir suç için uygun cezanın belirlenmesi amacıyla, cezalandırıcı adalet anlayışı ve faydacılık iki temel açıdan farklılık gösterir. Yukarıda detaylı olarak izah ettiğimiz gibi öncelikle, faydacı ceza, gelecekteki zarar tahminleriyle ve istenmeyen davranışın ne ölçüde caydırılabilir olduğuyla bağlantılıdır. Buna karşılık, cezalandırıcı adalet anlayışına sahip olanlar, gelecekteki zararı göz önünde bulundurmadan, cezayı halihazırda işlenen suçla orantılı hale getirmeye çalışırlar. İkincisi, cezalandırıcı adalet anlayışına sahip olanlar, suç işleyen kişinin cezalandırılmasının ahlaki olarak doğru ve hatta zorunlu olduğunu kabul ederler. Faydacı adalet anlayışına sahip olanlar ise toplum açısından net bir fayda sağlamadığı müddetçe

⁷⁹ ibid 53-54.

⁸⁰ Bagaric (n30) 154.

⁸¹ Konuya ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Michael Tonry “*Is Proportionality in Punishment Possible, and Achievable?*” of *One-Eyed and Toothless Miscreants*, Editör: Michael Tonry. (Oxford University Press, 2020) 11.

cezanın istenmeyen bir şey olduğunu ileri sürerler. Bu sebeplerden dolayı orantılılık ilkesi açısından da farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Örneğin cezalandırıcı adalet anlayışında öldürme eylemleri için ölüm cezası orantılı olarak kabul edilebilir⁸², ancak öldürme dışındaki eylemler için ölüm cezası orantısız olarak nitelendirilebilir. Faydacı adalet anlayışında ise öldürme eylemleri ve diğer suçlar için ölüm cezası, ancak ve ancak bunun caydırıcı faydalarının insani ve ekonomik maliyetlerinden daha ağır bastığı durumlarda kabul edilebilir⁸³.

Tehlikeli davranışlar içeren, ancak önemli bir zarara yol açmayan eylemler için her iki teori de çok farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Örneğin sarhoş edici maddelerin etkisi altında araç kullanan kişilerin davranışlarının büyük bir sosyal sorun oluşturması dolayısıyla faydacı teorisyenler, bu davranışın caydırılmasının zor olduğu ve daha fazla cezai caydırıcılık gerektiğini kabul etmektedirler. Bununla birlikte cezalandırıcı adalet anlayışındaki teorisyenler uygun cezayı belirlerken caydırıcılığın zorluğunu veya gelecekteki olası zarar faktörlerini dikkate almazlar. Bunun yerine ceza, sarhoş şekilde araç kullanmanın kendi başına verdiği zarara ve failin bu zarara neden olmadaki kusuruna dayanacaktır. Bu açıdan cezalandırıcı adalet anlayışında cezanın nispeten hafif olma ihtimali söz konusudur. Her iki teori arasında tekrar suç işleyen kişilere karşı da farklı yaklaşımlar söz konusudur. Yukarıda da detaylı olarak izah ettiğimiz üzere, faydacı adalet anlayışında mükerrerlerin, gelecekte ortaya koyabilecekleri tehlikelerin belirlenmesi için güvenilir gerekçelerin olduğu düşüncesi ile daha fazla cezalandırılmaları gerektiği belirtilmektedir. Cezalandırıcı adalet anlayışında ise failin gelecekteki tahmini davranışı temelinde daha yüksek ceza alması kabul görmemektedir. Ayrıca, mükerrer suçlunun önceki suçlarından dolayı cezalandırıldığı, topluma olan borcunu ödemediği, dikkate alınarak cezalandırıcı adalet anlayışında failin önceki yanlışları nedeniyle şimdiki suç için daha fazla cezalandırmak haklı görülmemektedir⁸⁴. Buna rağmen bazı cezalandırıcı adalet anlayışındaki yazarların suçu alışkanlık haline getirmiş kişilerin cezalarının arttırılmasını savunmaktadırlar. Bu yazarlar daha önceden suç işleyen kişilerin yeniden suç işlemeye daha meyilli olduğu yönündeki araştırmaları referans göstererek, hak ediş odaklı bir teorinin ceza kararlarının gelecekteki suçluluk tahminlerine dayanmasına izin vermeyeceğini; failin cezayı hak etmesine bağlı olarak geçmişteki suçlarının da cezanın belirlenmesine etki edebileceğini

⁸² Cezalandırıcı adalet anlayışında olan bazı yazarlar, cezalandırma analizinin gerekli bir bileşeni olan bir suç işleyen ahlaksızlık derecesini yeterli güvenilirlikle belirlemek için gerekli bilgiden yoksun oldukları gerekçesiyle ölüm cezasını reddederler. Bu görüşteki bazı yazarlar da ölüm cezasına felsefi olarak karşı çıkmasalar da, masum insanların ölüm cezasına çarptırıldığına dair artan kanıtlar (özellikle DNA devrimi ışığında) ve cezalandırmada ortaya çıkan ırk ayrımı nedeniyle buna karşı çıkmaktadırlar. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dressler (n8) 54, dn.13. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Lawrence C Marshall "The Innocence Revolution and the Death Penalty", (2004) (1) Ohio State Journal of Criminal Law, 573, s.573 vd.

⁸³ Dressler (n8) 54.

⁸⁴ ibid 54-55.



ifade etmektedirler. Bu çerçevede orantılılık ilkesi ile bağlantılı olarak cezaların failin geçmişteki suç davranışının suçlanabilirlik derecesi ile orantılı olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁵. Ancak bu görüşteki yazarlar adli sicili olan failin, daha önce hüküm giymiş olması nedeniyle farklı şekilde cezalandırılmayı hak etmedikçe, riske bakılmaksızın ilk fail gibi muamele görmesi gerektiğini de şerh düşmektedirler. Bu açıdan failin hem mevcut suçunun ciddiyetine hem de önceki mahkûmiyetlerine bakılması gerekmektedir⁸⁶.

Bir suç işleme girişimi başarısız olursa ve hedeflenen kurban da durumdan habersizse, fail hiç zarar vermeyebilir. Yani teşebbüs aşamasında kalan bir suç söz konusu olabilir ve mağdur bu durumdan habersiz olabilir. Böyle bir durumda failin cezalandırılmasının orantılı olup olmadığı ya da ne şekilde cezalandırılacağı konusu her iki bakış açısında farklı şekilde ele alınmıştır. Faydacı adalet anlayışındaki yazarlar failin duygusal durumunun değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Buna karşılık cezalandırıcı adalet anlayışındaki yazarlar yalnızca silahlı tekme yaptığı veya kurban kritik mikrosaniyede hareket ettiği için başarısız olan bir katilin başarmış gibi sorumlu tutulamayacağını belirtmektedirler. TCK, Amerikan Model Ceza Kanunu ve bazı faydacı ceza anlayışındaki yazarlar da teşebbüs aşamasında kalan fiilleri tamamlanmış suçlara göre daha hafif şekilde cezalandırmak yönünde tercih ortaya koymuşlardır. Konuya ilişkin amaçlanandan ya da öngörülenden daha az zarar vermek verilecek cezayı azaltmıyorsa; kasıtlı olmayan, öngörülemeyen daha büyük zararlar vermenin de cezanın arttırılmasına neden olmaması gerektiği yönünde değerlendirme yapılmıştır⁸⁷.

İşlenen suçun ağırlığının meydana gelen zarar ve failin suçluluğunun birleşimi olarak değerlendirildiği faydacı anlayışta bazı yazarlar tarafından masumların cezalandırılabilmesi öngörülmektedir. Masum birisinin cezalandırılması toplumun genel ızdırabının azalmasına neden olabilecekse bu durumun kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Konuya örnek olarak siyahi bir adamın beyaz bir kadına tecavüz ettiği bir olayda polisin suç mahallinin yakınında görülen masum bir siyah adamı yakalaması durumunda birçok insanın yaralanacağı ve öldürülebileceği ırksal şiddetin önlenilebileceği düşüncesi verilmektedir. Buradaki soru polisin bunu yapması gerekip gerekmediğidir. Faydacı görüşteki yazarların çoğu bu durumda ahlaken suçlanabilir kişilerin cezalandırılabilmesini, masumların cezalandırılmasının tespit edildiği durumlar olabileceğini, bu durumun da beklenen herhangi bir yararlı etkiyi bertaraf edeceğini, ceza kanunlarının meşruiyeti ve etkinliğinin bu şekilde baltalanacağını belirterek masumların cezalandırılabilmesi tezini reddetmektedirler. Azınlıkta kalan faydacı görüştekiler ise daha büyük bir toplu acıyı

⁸⁵ Andrew Von Hirsch, "Desert and Previous Convictions in Sentencing" (1981) (841) *Minnesota Law Review*, 591, 591-592. (Von Hirsch, Desert)

⁸⁶ *ibid* 592-593.

⁸⁷ Tonry (n75) 14.

önmek için gerektiğinde masum bir insanı bilerek cezalandırmanın “ceza” olarak kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar⁸⁸. Bu görüş tanimsal bir duruş olarak ifade edilmektedir. Bu şekilde ceza uygulamasının güvence altına aldığı yasalara uyulmasından kaynaklanan faydalı sonuçlarla meşrulaştırıldığı şeklinde bir tanımın kötüye kullanılması olarak belirleme yapılmaktadır. Cezalandırılan kişi açısından gerekçesi ve adı ne olursa olsun uygulanan şey cezadır ve başka türlü tanımlanması mümkün değildir. Cezalandırıcı adalet anlayışındaki yazarlar karşı argüman olarak: ‘Eğer cezanın gerekçesi buysa, neden uygun olduğu zaman, rastgele seçilmiş herhangi bir suçtan masum olanlara veya suçlunun karısına ve çocuklarına uygulanmaz?’ sorusunu ortaya koymaktadırlar⁸⁹. Çocuklar spor yapmak için kurbağa taşlasalar kurbağaların ölümü spordan değil gerçekten ölümdür⁹⁰.

Rastlantısal zararlar ilgili paralel argüman, suçluların hak ettiğini aşan ceza artışlarının gerçekte “ceza” değil, duygusal tepkileri kabul etmek ve yasanın meşruiyetini korumak anlamına gelen devlet dayatmaları olduğudur. Burada da insanların ne amaçladıkları ne de öngördükleri zararlar açısından cezalandırmak için bu şekilde bir gerekçe oluşturulamayacağı belirtilmektedir⁹¹.

Cezalandırıcı ve faydacı orantılılık anlayışlarının uzlaştırılmasına yönelik fikirler de ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda bir ceza sistemine sahip olmanın nedeninin toplumun genel olarak iyileştirilmesi olduğu konusunda hemfikir olunabileceği, aynı zamanda tutarlılıkla, cezanın sadece hak edenlere ve sadece suçluluk derecesine göre verilmesi gerektiğinin savunulabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda tek bir teorisinin benimsenmemesi gerektiği, ahlaki olarak kabul edilebilir herhangi bir ceza hesabının farklı ilkelerinin olduğu ifade edilmiştir. Tek bir yönetici ilke ve kapsayıcı bir ceza teorisi benimsemek yerine farklı yanıtları davet eden bir dizi soru gündeme getirilmiştir. Bunlar: Genel ceza uygulamasını haklı çıkaran nedir? Ceza kimlere uygulanabilir? Ne kadar ağır ceza verebiliriz? Bu sorular sayesinde cezanın genel gerekçelendirme amacı tespit edilebilecek, kimin ne kadar cezalandırılacağı bulunacaktır. Cezanın genel geçerli amacının faydacı olduğu ancak cezalandırmanın misliyle olması gerektiği teziyle birlikte faydacı ve cezalandırıcı bakış açısının bir arada yaşayabileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede bir ceza sistemine sahip olma nedeninin toplumun iyileştirilmesi olduğu ve aynı zamanda cezanın hak eden kişiye suçluluk derecesine göre verilmesi gerektiği her iki sistemin bir araya getirilmesinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır⁹².

⁸⁸ ibid 14.

⁸⁹ H.L.A Hart *Punishment and Responsibility Essays in the Philosophy of Law*, (2nd edn., Oxford University Press, 2008) 5.

⁹⁰ Tonry (n75) 15.

⁹¹ ibid 15.

⁹² Morris J., Fish, “An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment”, (2008) 28 (1) Oxford Journal of Legal Studies,57, s.66.



III. ORANTILILIK TÜRLERİ-ORANTILILIK İLKESİNİN UYGULANMASI

A. Yasama Aşamasında Orantılılık

Ceza kanunlarının düzenlenmesinde orantılılık ilkesi yasa koyucuyu sınırlayıcı nitelik taşımaktadır. Ceza normlarına ilişkin öngörülen hukuksal değerlerin korunmasına elverişli düzenleme yapılması aynı zamanda failin haklarına yapılan müdahalenin orantılı olarak düzenlenmesini de ihtiva etmelidir⁹³.

Yasa koyucunun hukuken izin verilebilir nitelikteki hareketlere ilişkin ceza düzenlemesi yapamaması, keyfi olarak ceza türü ve miktarı belirleyememesi yasama aşamasında orantılılığı ifade etmektedir. Bu çerçevede yasa koyucu ceza tayininde fiilin ağırlığına ve zayıflığına, sanığın suçluluk derecesine, zaman ve yer şartlarına, failin geçmişi ve diğer faktörlere dikkat ederek kanuni düzenleme yapmalıdır. Kısacası yasa koyucu, bir fiili veya ihmali suç sayarken hem cezanın o suçla orantılılığının hem de cezanın faille orantılılığını dikkate almalıdır. Birinci durum -cezanın suçla orantılılığı-, hak ve ceza kavramlarından kaynaklanmaktadır. Yani, herkesin suçunun ağırlığına göre cezalandırılmasını gerektirir. İkinci durumda -cezanın faille orantılı olması-, cezanın suçlunun karakteriyle de orantılı olarak düzenlenmesi ifade edilir. Yasa koyucunun kanunları hazırlarken suç ve cezanın orantılılığı ilkesine riayet etmemesi toplumsal güven ve emniyet duygusunu zedeleyici niteliktedir. Nitekim aksi durum cezaların caydırıcı özelliğini ortadan kaldıracak ya da adalet duygusunu zedeleyebilecektir⁹⁴. Burada yasa koyucuyu sınırlayıcı düzenlemeler yukarıda da ifade ettiğimiz gibi anayasal hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan Anayasasının 8. değişikliği acımasız ve orantısız cezalar verilemeyeceğini düzenlemiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. Maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerektiğini düzenlemiştir; yine 17. maddesinde kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı ifade edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38. maddesinde: *"Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alınulamaz. Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz"* şeklinde hüküm yer almaktadır. Örnekleri ve sayıları arttırılabilecek bu hükümler yasa koyucuyu orantılı cezalar öngörmek konusunda yönlendirici ve sınırlayıcı niteliktedir.

B. Yargılama Aşamasında Orantılılık

Yasa koyucunun orantılı bir şekilde suça ilişkin asgari ve azami sınırları ortaya konulmuş bir ceza belirlemesinden sonra, yargılama aşamasında hâkim tarafından cezanın bireyselleştirilmesinde de orantılı olarak davranması gerekmektedir.

⁹³ Hilal Erdol "Ceza Hukuku ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi" (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi 2017) 16.

⁹⁴ Dachac (n4) 687-688.

Burada hâkimin takdir yetkisinin ölçütünün belirlenmesi gerekmektedir. Burada bireyselleştirme kapsamında cezanın tayininde failin kişiliğine de dikkat edilmektedir. Örneğin açgözlülükle hırsızlık yapan kişi ile açıklıktan kaynaklı mecburiyetten dolayı hırsızlık yapan kişinin cezasının tayininde bu kişiselleştirmenin yapılabileceği ifade edilmektedir⁹⁵.

Orantılılık ilkesi çerçevesinde faile hak ettiği cezanın verilmesi, cezanın amaçlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâkim bunu yaparken elindeki verilerin bir kombinasyonunu yapmalıdır. Bu çerçevede farklı davalarla ilgili olaylarda benzerlikler bulunsa bile cezanın belirlenmesinde ve bireyselleştirilmesinde tek bir usulün uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla her olay açısından uygun cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken önemli göstergeler olacaktır. Sanığın beyanları, pişmanlık durumu, mahkemedeki tavırları, müşteki beyanları verilecek cezanın tayinine etki edecektir⁹⁶. Mahkemeler orantılılığın tespitinde geniş bir yaklaşım belirleyerek bir suçun üst sınırının nesnel koşullara bağlı olduğu ilkesini ortaya koymuşlardır. Failin karakteri, olası rehabilitasyon ihtimali ve uzlaşmazlık göstermesi genel olarak kabul görmemiştir (Veen v The Queen (No 2):491). Ancak zarar düzeyi de dâhil olmak üzere suçun sonuçları⁹⁷; mağdurun savunmasızlığı, suçun işleniş yöntemi, failin zihinsel durumu ve zekâ düzeyi gibi faktörlere bağlı olarak kusurluluğunun tespiti, toplumun korunması, failin suç geçmişi⁹⁸ orantılı bir ceza tayininde mahkemeler tarafından pozitif olarak tespit edilen

⁹⁵ ibid 688.

⁹⁶ ibid 688.

⁹⁷ Konuya ilişkin Yargıtay dolandırıcılık suçuna ilişkin bir yargılama konusu olayda TCK m.157 kapsamında öngörülen 1 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren fiile ilişkin ilk derece mahkemesi, failin aynı nitelikteki suçtan çok sayıda sabıkası olması, suçta meyilli olması ve ıslah olmadığının anlaşılması gerekçesi ile alt sınırdan uzaklaşarak 5 yıl hapis cezası vermiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin ceza tayininde üst sınırdan ceza verilmesine ilişkin suçun işleniş şekli, suç fiilinin nitelikleri, suç konusunun önemi, kastın ağırlığı ve yoğunluğu hususlarının gerekçe göstermesini hukuka uygun bulmuştur. Ancak suçta konu malın değerinin düşük olması dolayısıyla verilen cezanın orantılılık ilkesine aykırılık teşkil ettiği tespitini yapmıştır. Y. 15. CD. 2012/15-1280 E., 2012/1864 K. Karar için bkz. Uçar (n7) 182. “*Dava; kasten yaralama suçuna ilişkindir. Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen “kemik kırığının hayat fonksiyonlarını orta/2. derecede etkileyecek nitelikte olduğunu” gösteren raporuna göre, 5237 Sayılı TCK’nin 87/3. maddesinde kemik kırığının hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre cezanın yarısına kadar artırılabilceğinin öngörülmesi, Adli Tıp kriterlerinde de kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarını etkileme derecelerinin hafif (1. derece), orta (2. ve 3. derece) ve ağır (4., 5. ve 6. derece) olarak sınıflandırılması karşısında, 5237 Sayılı TCK’nin 87/3. maddesi uyarınca kırığın hayat fonksiyonlarına etkisi dikkate alınarak makul oranda bir artırım yapılması gerekirken, 5237 Sayılı TCK’nin 3. maddesindeki orantılılık ilkesini ihlal edecek şekilde (1/3) oranında artırım yapılmak suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini doğru değildir”.* Y.1.CD. 10.11.2021, 2021/10429 E., 2021/14030 K.

⁹⁸ “*Olayın hemen ardından yardım çağırıp trafik kazasında yaralanmasına neden olduğu Ali’nin hastaneye kaldırılması ve tıbbi yardım alması için çaba sarf eden, tedavi sürecinde ölmesi üzerine ailesine ciddi anlamda maddi ve manevi destekte bulunduğu yargılama sürecinde ortaya konulan belge ve beyanlarla sabit olan, dosya kapsamına kıyasla geçmiş bir olumsuzluğu da saptanmayan 74 yaşındaki sanık hakkında lehe sonuç doğurduğu kabul edilen 765 sayılı TCK ile*



faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁹. Mahkeme yine suçun şartları ve niteliğini dikkate alarak cezayı tayin edecektir. Burada belirtilen şekilde sağlıklı bir ceza tayini hâkimin sanatı olarak tanımlanmaktadır. Çünkü farklı bileşenler arasında bir koordinasyon yaratmak için cezayı belirlemek bir bilimden çok bir sanattır¹⁰⁰. Yargılama aşamasında orantılılığın sağlanması için yasa koyucunun yargı makamına bazı araçlar sağlaması gerekmektedir. Cezada alt sınır üst sınır şeklinde bir belirleme yapılması ya da para cezası-hapis cezası ayrımı bunu sağlayabilecek araçlardandır. Bunun yanı sıra hâkimlerin orantılı bir ceza tayin edebilmeleri için takdir yetkilerini kullanmada özgür davranabilmeleri gerekmektedir¹⁰¹.

Mahkemelerin orantılı bir cezanın tayininde genel yaklaşımında ağırlaştırıcı faktörlerin ön plana çıktığı görülmektedir. Burada suçun yöntemi ve mağdurun savunmasızlığı gibi hususlar dâhil edildikten sonra emniyetin ihlâl edilmesi, suçun yaygınlaştırılması, suçtan elde edilen kazançlar ve failin suça katılım derecesi gibi suçun ciddiyetini arttırdığı düşünülen diğer hususların da dikkate alındığı ifade edilmektedir¹⁰².

TCK'nin 61. maddesinde yargılama aşamasında orantılılığın belirlenmesine ilişkin bazı temel kriterler getirildiği görülmektedir. Buna göre: "*Hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler*". Söz konusu kriterler hâkimin orantılı şekilde ceza tayini açısından çerçeve niteliği taşısa da hâkimin bu kriterlere ilişkin sübjektif bakış açısını engelleyecek nitelikte değildir.

Hâkimin orantılı bir şekilde ceza tayin etmesinde bir etken olarak nitelendirilebilecek cezada alt sınır ve üst sınır tayininde makasın aşırı açık olmasının orantılılık ilkesi açısından uygun olmadığı ifade edilmektedir. Özellikle taksirle öldürme, işkence ve dolandırıcılık suçları açısından cezanın alt sınırı ile üst sınırı arasında önemli farklılıkların bulunması eleştiri konusu yapılmıştır¹⁰³. Kanaatimizce burada yasama faaliyetinden kaynaklı alt sınır üst sınır belirlenmesinden ziyade tecrübe-

uygulama yapılırken bu yasanın, temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulacak kriterleri belirleyen 29. maddesinde sayılan, failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışları gibi kastaslar dikkate alınarak, adalet, hakkaniyet ve nasafet kurallarına uygun bir cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden asgari haddin çok üzerine ceza tayin edilerek teşdidin derecesinde yanılığa düşülüp fazla ceza tayini..." (9. CD, 20.10.2008, 6890, 113660), Erdal Yerdelen "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2012) 89.

⁹⁹ Bagaric (n30) 147.

¹⁰⁰ Dachac (n4) 688

¹⁰¹ ibid 689.

¹⁰² Bagaric (n30) 147.

¹⁰³ Arslan (n7)

li hâkimler tarafından öngörülen sınırlar çerçevesinde orantılı bir ceza tayinine engel bir durum bulunmamaktadır. Taksirle öldürme suçu örneği üzerinden konu ele alınacak olursa TCK m.22/4'te “*taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek cezanın failin kusuruna göre belirleneceği*” hükmü dikkate alınacak olursa TCK m.85 çerçevesinde alt sınır ile üst sınır arasındaki farkın fazla olması bir zorunluluktur. Burada, orantılılık ilkesine ilişkin çıkabilecek sorun tecrübeli ve yetkin hâkimler tarafından çözülebilecektir.

IV. ORANTILILIK İLKESİNİN UYGULANMASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR

Orantılılık ilkesinin suçlar ve cezaların tek başına karşılaştırılmasından elde edilecek nesnel bir sonuç olmaktan ziyade, gerçekte sürekli değişen toplumsal duyguların ve ahlaki değerlerin yansımaları olarak kabul ettikten sonra ulaşılması hedeflenen bir ideal olarak ele alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu nedenle orantılılık ilkesinin uygulanması birkaç sorunu gündeme getirmektedir¹⁰⁴.

İlk olarak, cezai hükümdeki orantılılığın duyguların bir yansıması olduğu göz önüne alındığında, yasa koyucular ve yargıçların, hangi cezaların farklı suçlarla “orantılı” olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu görülmektedir ve bu da yasama ve yargılamada potansiyel olarak keyfi sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Suçlara ve cezalara değer veren toplumsal duygular ve ahlaki varsayımlar, parlamento ve mahkeme salonlarında iyi akıl yürütme ve mantıklı açıklamalarla kısıtlanacak olsa da, görüşler ve duygular çok değişken ve öznel olduğundan, suiistimal için büyük bir potansiyel olduğu ifade edilmektedir. Bir cezanın alt ve üst sınırı içinde değerlendirme yapılarak farklı yargılamalarda farklı miktarda cezalar verilmesinde hâkimin motivasyonunu belirleyecek unsur önem arz etmektedir. Yine yasama faaliyetinde ceza limitlerinin tayininde yasa koyucunun toplumun değer yargılarını hangi ölçüde gözettiği değerlendirilmelidir. Yasama organı ve yargı değerlendirilmesi mümkün tüm faktörleri dikkate alacak olsa da ceza miktarının belirlenmesinde ve ceza tayininde tahmine dayalı olarak hareket edildiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu şekilde keyfi sonuçlar ortaya çıkabilecek ve hâkim sosyal duyguları yansıtmayan norm ve değerlerin girişine neden olabilecek nitelik taşıyacaktır¹⁰⁵. Buna karşılık hâkimin cezayı belirlemesine ilişkin bağlayan kurumların orantılı bir ceza tayininde keyfi davranışın önüne geçmeye yarayacağı ifade edilmiştir. Bu görüşe dayanak olarak hâkimin gerekçe gösterme zorunluluğu bulunması, temel ceza tayininde sınırlı sayıda belirlenmiş kriterlerin olması ve kanun yolu denetiminin bulunması gösterilmiştir. Burada hem yasama faaliyeti açısından hem de yargılama faaliyeti açısından cezaların alt ve üst sınırları arasındaki miktarın fazla olmasının orantılılık ilkesine hizmet edecek nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Goh (n21) 65.

¹⁰⁵ Goh (n21) 65-66.

¹⁰⁶ Yerdelen (n92) 91.



Ceza adaletinde orantılılığın uygulanmasının en zor yanı, ilk etapta neyin ‘orantılı’ olduğunu belirlemek, yani hangi cezaların hangi suçlara karşılık geldiğine karar vermektir. Orantılılık ölçeğinin belirlenmesinde hâkimler, yargılama konusu tüm olguları ve bu olgulara bağlı toplumsal değerleri gözeterek davaları bireysel olarak görürler. Dolayısıyla orantılılık, hukukun toplumun gelişen değerlerini yansıtmaya mümkün olduğunca yaklaşmaya çalıştığı, sürekli olarak ulaşılmaya çaba sarf edilen bir ideal olarak ifade edilmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce de mutlak anlamda orantılı bir cezanın verilmesi hem yasama faaliyetleri açısından hem de yargılama faaliyetleri açısından mümkün değildir. Bu çerçevede orantılılık ulaşılmaması gereken ideal olarak öngörülüp bu çerçevede en ideale yakın bir ceza belirlenmesi ve tayin edilmesi söz konusu olabilecektir.

Orantılılık ilkesi, yargıçların hüküm verirken hüküm süren toplumsal duyguları hesaba katmalarını gerektirdiğinden, cezai hüküm vermede takdir yetkisini sınırlamak için eşzamanlı olarak sınırlar belirleyebilir. Hâkimlerin, suçlara doğal olarak tekabül eden cezalar olduğu için değil, hukukun sosyal normları yansıtmaması gerektiği için orantılı cezalar vermesini gerektiren ceza kanunlarının faydası burada yatmaktadır. Suç ve cezaya hangi değerlerin yüklendiğinin göz önünde bulundurulması ve toplumun ahlaki kabulleri, hâkimlerin, hukukun “adil yaptırımlar uygulayarak hukuka saygıyı ve güvenli bir toplumu sürdürme” amacını yerine getiren yaptırımlar uygulayabilmesini sağlayacaktır. İçtihat hukuku belirli suç alanlarında geliştikçe, her hâkim genel kabul gören toplumsal duyguların değerlerine daha da yaklaşmaya çalışan bir öncelik tesis edecektir. Bu sayede hüküm veren hâkimlerin kamuoyunda belirgin değişiklikler olmadan ayrılmayacağı bir dizi orantılılık ortaya çıkar. Burada orantılılık sosyal normların dikkate alınmasıyla tesis edilir ve bu çerçevede takdir yetkisinde sınırlamalar söz konusu olur. Dolayısıyla orantılılık, hüküm vermede keyfi takdir yetkisini sınırlamak, ceza adaletine yönelik toplumun hâkim görüşünü yansıtmaya yardımcı olmak ve bu ahlaki varsayımlara uygun yaptırımlar uygulayarak onlara bağlı değerleri korumak için hâkimler için bir ideal ve yol göstericidir. Böylece orantılılık ilkesi; kınama, önleme ve rehabilitasyon gibi diğer ceza hedefleriyle uzlaştırılabilecektir¹⁰⁸.

Orantılılık, toplumun suç ve ceza hakkındaki düşünceleri, bunlara bağladığı değerlerle ilgili endişeleri; cezanın diğer hedeflerine ulaşması konusundaki endişeleri ve ceza adaletine yönelik hâkim toplumsal duyguları yansıtacak şekilde yargı takdirinin sınırlandırılmasına ilişkin endişeleri ortadan kaldıracak nitelikte bir ilkedir. Bu nedenle, orantılılık ilkesinin uygulanmasında, hâkimler suç ve cezanın değerlendirilmesinde bir ölçek ortaya koyarak kaygıları ortadan kaldırmaya yönelik hükümler ortaya koyabileceklerdir. Bir ideal olarak anlamlı ve faydalı orantılılık kavramı, ceza adaletine bağlı sosyal değerler ve ahlaki varsayımlar aracılığıyla

¹⁰⁷ Goh (n21) 66.

¹⁰⁸ ibid 67.

formüle edilen bu orantılılık ölçüğünde bulunabilir¹⁰⁹.

SONUÇ

Ceza hukuku açısından toplum, fail ve mağdur dengesinin gözetilmesi açısından en önemli ilke olarak karşımıza çıkan orantılılık ilkesi sayesinde adil cezalar tespit ve tayin edilebilecektir. Ancak orantılılık ilkesi sadece fiil ve ona uygulanacak ceza dışında bizatihi fiilin içinde de birçok yerde karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan meşru savunmada savunma hareketi yapan kişinin hareketinin orantılı olması ve savunma gerekliliğinin ötesinde davranmaması yine ceza adaletinin sağlanmasına yönelik düzenlemeler olarak karşımıza çıkar. Ancak çalışmamızda fiil ile ceza arasındaki orantılılık ilişkisi ele alınmıştır. Orantılılık ilkesi sayesinde uygulanacak adil yaptırımlarla hukuka saygılı ve güvenli bir toplumun inşası mümkün olacaktır. Yine orantılı olarak verilmiş olan ceza mağdurun intikam güdüsünü sınırlayabilecek, fail açısından da tekrar suç işleme kararı oluşumuna engel olabilecektir.

Cezanın meşru bir amacının olması, hukuk kurallarının bu amaca uygun düzenlenmiş olması, cezaya alternatif daha az müdahaleci başka bir yöntemin bulunmaması, cezanın gereğinden fazla yük getirmemesi orantılılık ilkesinin belirlenmesi açısından çerçeve çizebilecek niteliktedir.

Orantılılık ilkesi faydacı ve cezalandırıcı adalet anlayışı çerçevesinde iki boyutuyla ele alınmıştır. Her iki görüş açısından orantılılık ilkesinin uygulanması gerekliliği açısından bir farklılık bulunmamakla birlikte, cezanın işlevi ve uygulanması açısından farklı yaklaşımlar sergilendiği için orantılılık ilkesinin uygulanmasında farklı bakış ortaya konulmuştur.

Faydacı anlayışta cezanın aslında kötü olduğu, daha büyük zararın önleneyeği hallerde başvurulması gerektiği savunulmuştur. Buradaki temel esas gelecekte işlenmesi muhtemel suçların önüne geçilmesidir. Öyle ki bu görüşte bazı yazarlar daha da ileri giderek cezadan beklenen faydanın elde edilebilmesi için masum birisinin cezalandırılmasına kadar gidebilecek görüşler ortaya koymuşlardır. Cezalandırıcı adalet anlayışı kapsamında ise daha çok suça odaklanılmış ve failin bizatihi eyleminin kötülüğünden kaynaklı orantılı bir ceza anlayışı benimsenmiştir. Bu kapsamda cezalandırmada hem failin vermiş olduğu zarar hem de failin suç işlemekteki ruhsal durumu dikkate alınmaktadır. Kanaatimizce cezalandırma ve orantılı bir ceza tayini için her iki bakış açısının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Böylece bir taraftan failin işlediği suçun oluşturduğu zararın ağırlığı ve failin suç işlemesindeki ruhsal durumu dolayısıyla bir bedel ödemesi diğer taraftan cezanın geleceğe yönelik caydırıcı bir fonksiyon görmesi sağlanmış olacaktır.

Orantılılık ilkesi yasa koyucu ve uygulayıcılar açısından bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Kanunların hazırlanmasında ceza tayini ve bu cezaların uygulanmasında

¹⁰⁹ Goh (n21) 67.



orantılılık ilkesi çerçevesinde hareket edilmelidir. Cezaların tayininde ve takdirinde failin hatasını telafi edecek yaptırım uygulanmasının yanı sıra mağdurun mağduriyet algısının giderilmesi ve geleceğe yönelik de toplumun benzer suçlardan caydırılması esasları dikkate alınarak hareket edilmelidir. Orantılı bir cezanın etkinliği ise af gibi kurumlara başvurulması ile sekteye uğratılmamalı yapılacak adil yargılamalar sonucu cezalar hakkıyla infaz edilmelidir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi mutlak anlamda orantılılığın sağlanması mümkün olmasa da bu ilkenin bir ideal olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Arslan, Ç, “Cezanın Belirlenmesinde Ölçülülük İlkesi”, (hukukihaber.net, 12.08.2022) <<https://www.hukukihaber.net/cezanin-belirlenmesinde-olcululuk-ilkesi-makale,10178.html>> Erişim tarihi:18.08.2022

Bagaric M, “Proportionality in Sentencing: Its Justification, Meaning and Role” (2000) 12 (2) Current Issues in Criminal Justice, 145-165.

Beccaria C, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge Text in The History of Political Thought.

Bentham J, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. <<https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>> Erişim tarihi:08.05.2022

Crump, D.-Cohen,N. P.-Levenson, L. L.-Parry, J. T.-Pether, P. *Criminal Law: Cases, Statutes and Lawyering Strategies*, (2. Baskı, LexisNexis 2010).

Dachac, H., “The Principle of Proportionality of Crime and Punishment in International Documents”, *International Journal of Multicultural and Multireligious Understanding*, (2021) 8 (4),684-694.

Dressler, J., *Cases And Materials on Criminal Law*, (4. Baskı, Thomson West, St. Paul 2008) (Dressler Cases).

Dressler, J., *Understanding Criminal Law*, (5. Baskı, LexisNexis 2010).

Erdol H, *Ceza Hukuku ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi*, (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi 2017).

Fish, M. J., “An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment”, (2008) 28 (1) *Oxford Journal of Legal Studies*, 57-71.

Frase, R., “Excessive Prison Sentences, Punishment Goals, and the Eighth Amendment: “Proportionality” Relative To What? “,(2005) (89) *Minnessota Law Review*, 571-651.

Goh, J., “Proportionality - An Unattainable Ideal in the Criminal Justice System”, (2013) 2 (41) *Manchester Student Law Review*, 41-72.

Hakeri, H., *Ceza Hukuku* (24. Baskı Adalet Yayınevi 2021).

Hart, H.L.A., *Punishment and Responsibility Essays in the Philosophy of Law*, (2. Baskı, Oxford University Press 2008).

İnalkaç Kırbıyık, R., “Anayasa Hukuku Kapsamında Ölçülülük İlkesi” (Yüksek Lisans Tezi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2022).

Kahan, D.M., “The Secret Ambition of Deterrence”, (1999) 113 (2) Harvard Law Review, 413-500.

Lewis, C.S., “The Humanitarian Theory of Punishment”, (1953) (6) Res Judicatae, 224-230.

Marshall, L. C., “The Innocence Revolution and the Death Penalty”, (2004) (1) Ohio State Journal Of Criminal Law, 573-584.

Monachesi, E., “Pioneers in Criminology IX—Cesare Beccaria”, 46 (4) Journal of Criminal Law and Criminology, 439-449.

Möller K., “Proportionality: Challenging the Critics”, (2012) 8 (3) International Journal of Constitutional Law, 709-731.

Seidman, L. M., “Soldiers, Martyrs, and Criminals: Utilitarian Theory and The Problem of Crime Control”, (1984) 94 (2) The Yale Law Journal, 315-349.

Slobogin, C., “The Civilization of the Criminal Law”, (2005) 58 (1) Vanderbilt Law Review, 121-169.

Soyaslan, D. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (6. Baskı, Yetkin Yayınları 2014).

Tonry, M. “*Is Proportionality in Punishment Possible, and Achievable?*” *Of One-Eyed and Toothless Miscreants*, Editör: Michael Tonry. (Oxford University Press, 2020).

Uçar, O., “Vergi Ceza Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Yüksek Yargı Organları Kararları Bağlamında Bir Değerlendirme)” (Doktora Tezi, Hacettepe 2018).

Von Hirsch, A., “Desert and Previous Convictions in Sentencing”, (1981) (841) Minnesota Law Review, 591-634. (Von Hirsch, Desert)

Von Hirsch, A., *Past or Future Crimes Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, (Manchester 1987).

Yerdelen, E., “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2012).

Metin, Y. “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” (2017) 7 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-74.



İnternet Kaynakları

<<https://ca.vlex.com/vid/r-v-j-1-680938405> Erişim tarihi: 18.03.2022>

<<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-8/#:~:text=-Constitution%20of%20the%20United%20States,-Eighth%20Amendment&text=Excessive%20bail%20shall%20not%20be,cruel%20and%20unusual%20punishments%20inflicted>> Erişim tarihi: 15.03.2022

<<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/section-718.html>> Erişim tarihi: 15.03.2022

<<https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi: 15.03.2022>

<<https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/PE/htm/PE.1.htm#1.07>> Erişim tarihi: 15.03.2022>

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/463/277/>> Erişim tarihi: 11.08.2022

<<https://www.courtlistener.com/opinion/97242/weems-v-united-states/>> Erişim tarihi: 15.03.2022>

<<https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>> Erişim tarihi: 18.03.2022

UYGULAMA DENEYİMLERİ İŞİĞİNDA ÇOCUK İZLEM MERKEZLERİNİN İŞLEVSELLİĞİ

Functionality of Child Advocacy Centers in the Light of Practices

Ömer BÜBER*

Fatmanur ALSANCAK**

Hüseyin Zahid KARA***

Hatice OKSAL****

Özet

Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM), cinsel istismar mağduru çocuk ve ergenlere yönelik adli, tıbbi ve sosyal işlemlerin tek bir merkezden yürütülmesine olanak sağlayan merkezlerdir. ÇİM'in adli boyutunu yöneten, ÇİM öncesi ve sonrası süreci bilen farklı meslek gruplarına mensup personeller tarafından uygulamanın işlevselliğinin değerlendirildiği çalışmalar oldukça kısıtlıdır. **Amaç:** ÇİM'ler kurulmadan önce ve kurulduktan sonra cinsel istismar mağduru çocuğun adli ayağında çalışmış kişilerin deneyimlerinden hareketle ÇİM'lerin işlevselliğinin ortaya konulması ve literatürdeki boşluğun doldurulması amaçlanmıştır. Buna göre, merkezin iyi yönleri tespit edilir iken eksik kalınan noktalarda nelerin yapılabileceği konusu tartışılacaktır. **Yöntem:** Araştırma nitel araştırma deseninde, ÇİM'in adli ayağını oluşturan 15 profesyonelin yarı yapılandırılmış görüşmelerinden oluşmaktadır. Veriler içerik analizi tekniği ile analiz edilmiştir. Veriler yorumlanırken temalar tespit edilmiştir. ÇİM kurulmadan önceki süreçler ve merkezin işlevlerine yönelik söylemler olmak üzere iki genel tematik alan oluşturulmuştur. **Bulgular:** Personel yetersizliğinden ve kayıt cihazlarından kaynaklı birtakım aksaklıkların olduğu vurgulansa da katılımcıların ortak görüşü; ÇİM'in mağdur çocuklar açısından olumlu ve faydalı olduğu yönündedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk İzlem Merkezi, cinsel istismar, soruşturma süreci, çocuk adalet mekanizması.

Abstract

Child Advocacy Centers are centers that enable the execution of forensic, medical, and social procedures, from a single center, for children and adolescents who are victims of sexual abuse. Studies evaluating the application's functionality by the personnel belonging to different

> Bu çalışmanın etik izni, Sakarya Üniversitesi Sosyal ve Beşerî Bilimler Etik Kurulunun 02.03.2022 tarihli ve 43 sayılı toplantısında alınan "24" nolu kararı ile onaylanmıştır.

> Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 14.01.2023

> Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Sosyal Hizmet Uzmanı/Adli Görüşmeci, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, obuber11@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9295-3789>.

** Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi, Sosyal Hizmet Bölümü, fatmanuralsancak@sakarya.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-1414-3358>.

*** Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi, Sosyal Hizmet Bölümü, zkara@sakarya.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4503-2703>.

**** Hemşire/Adli Görüşmeci, Sakarya Üniversitesi Araştırma Hastanesi, Çocuk İzlem Merkezi, haticeoksal@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-1685-4468>.



occupational groups who manage the forensic dimension of Child Advocacy Centers and know the process before and after the Child Advocacy Center are very limited. **Aim:** It was aimed to reveal the functionality of Child Advocacy Centers and to fill the gap in the literature based on the experiences of people who have worked in the legal branch of the child who is a victim of sexual abuse before and after the establishment of Child Advocacy Centers. The functional aspects of the center are identified, while the issue of what can be done at the missing points will be discussed. **Method:** The research has a qualitative research pattern; it consists of semi-structured interviews with 15 professionals working on the Child Advocacy Centers' legal branch. The data is analyzed with the content analysis technique. Themes have been identified while interpreting data. Two general thematic areas have been created, including the processes before the Child Advocacy Center was established and the rhetoric for the center's functions. **Findings:** While emphasizing the lack of staff and some disruptions from recording devices, the participants' common view is that the Child Advocacy Center is positive and beneficial to child victims.

Keywords: Child Monitoring Unit, sexual abuse, investigation process, juvenile justice system.

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü, çocuğun cinsel istismarını "...çocuğun tam olarak kavrayamadığı, bilgilendirilmiş rıza veremeyeceği veya çocuğun gelişimsel olarak hazır olmadığı ve rıza gösteremeyeceği veya yasaları veya sosyal tabuları ihlal eden cinsel aktiviteye dahil edilmesi..." şeklinde tanımlamaktadır¹. Çocuğun cinsel istismarı, küresel bir sosyal sorun olarak araştırma ve medyanın ilgisini gittikçe artan bir ivmeyle üzerinde tutmaya devam eden bir sorundur².

Uluslararası literatürde, kız çocuklarının %8-31'inin³, erkek çocuklarının ise %3-17'sinin⁴ cinsel istismara uğradığı bildirilmektedir. Ülkemizde kız çocuklarının erkek çocuklara göre 3 kat daha fazla⁵ cinsel istismara uğradığını belirten çalışmalar mevcuttur⁶. Vakaların %80'inden⁷ fazlasının bildirilmediğinden dolayı gerçek insidansın bildirilen vaka sayısından çok daha yüksek olduğu belirtilmektedir⁸. Çocuğa yönelik cinsel istismarın tespit edilmesi zorlu bir süreçtir. İstismar

- ¹ World Health Organization, 'Guidelines for Medico-Legal Care of Victims of Sexual Violence'.
- ² Douglas Russell, Daryl Higgins and Alberto Posso, 'Preventing Child Sexual Abuse: A Systematic Review of Interventions and Their Efficacy in Developing Countries' (2020) 102 Child abuse & neglect 104395.
- ³ National Children Alliance, '2021 CAC Statistics.' <<https://www.nationalchildrensalliance.org/cac-statistics>>.
- ⁴ Vikas Choudhry and others, 'Child Sexual Abuse in India: A Systematic Review' (2018) 13 PLOS ONE e0205086.
- ⁵ Ömer Büber ve Hatice Oksal, 'Sakarya'da 3-18 Yaş Cinsel İstismar Vakalarının Değerlendirilmesi' (2022) 2(1) Sosyal Sağlık Dergisi 44.
- ⁶ Ümit Işık ve diğerleri, 'Isparta İlinde Bir Üniversite Hastanesinde Değerlendirilen Cinsel İstismar Mağdurlarının Sosyodemografik, Klinik ve Ailevi Özellikleri: 2014-2018 Verileri' (2019) 10(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 53.
- ⁷ Charles Felzen Johnson, 'Child Sexual Abuse' (2004) 364 The Lancet 462.
- ⁸ Maureen C Kenny and Adriana G McEachern, 'Racial, Ethnic, and Cultural Factors of Childhood Sexual Abuse: A Selected Review of the Literature' (2000) Clinical psychology review 905.

mağduru çocukların yaşadıklarını suç olarak algılayamaması, bunu ifade edememesi, istismarın ortaya çıkarılmasını ve bildirilmesini zorlaştırmaktadır⁹.

Çocuğun cinsel istismarı tıbbi, psikososyal ve adli olmak üzere çok boyutlu bir sorundur. Dolayısıyla, istismar vakalarının ele alınmasında farklı kurumların ve profesyonellerin eşgüdüm içinde çalışması, vakaların sağlıklı şekilde sonuçlandırılması açısından önemlidir. Yasal süreç ile birlikte istismar mağduru çocuk yaşadığı istismarı farklı kurumlarda yetkin olmayan kişilere defalarca anlatmak zorunda kalabilmekte dolayısı ile ikincil örselenmeye maruz kalabildiği belirtilmektedir¹⁰. Bunun önlenbilmesi ve yasal sürecin sağlıklı bir şekilde tek çatı altında başlatılabilmesi amacıyla Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM) dünyada ve Türkiye’de uygulamaya konulmuştur. Türkiye’de 2012/20 sayılı Başbakanlık Genelgesine dayanarak ilk pilot uygulama olan ÇİM 2010 yılında Ankara’da başlamıştır. Günümüzde aynı genelgeye dayanarak ülke genelinde yaygınlaştırma çalışmaları devam etmektedir. Fakat kurumların ortak bir çalışma düzenine sahip olmasını sağlayacak yönetmeliği halihazırda yoktur¹¹. Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesinde hazırlanmış olan Çocuk İzlem Merkezleri Yönetmeliği 2014 yılından bu yana halen taslak olarak beklemekte, dolayısıyla tüm süreçler ilgili genelge çerçevesinde yürütülmektedir. Mevzuattaki mevcut problem, üst hukuk normlarından alt hukuk normlarına doğru bir düzenleme yerine alt hukuk normu olan genelgeden daha üst norm olan yönetmeliğe doğru bir mevzuatlaştırma yolu izlenmesidir. Normlar hiyerarşisine aykırı olan bu durum gerek hukuki işlemlerde gerek pratikte ÇİM yapılanmasının daha sağlıklı olması gerekliliğini göstermektedir.

ÇİM’lerin temel misyonu, cinsel istismar mağduru çocuğa ve ailesine kesintisiz bir hizmet sürekliliği sunmak ve bunu yaparken istismar mağduru çocukların yaşadığı travmayı azaltmak ve soruşturma sürecinin verimliliğini artırmaktır.

ÇİM’lerin beklenen işlevleri yerine getirip getirmediğine ilişkin çalışmalar^{12, 13, 14, 15} literatürde oldukça sınırlıdır. ÇİM’lerin fonksiyonlarına ilişkin disiplin-

⁹ Melanie Hugill, Katherine Berry and Ian Fletcher, ‘The Association between Historical Childhood Sexual Abuse and Later Parenting Stress: A Systematic Review’ (2017) Archives of women’s mental health 257.

¹⁰ Hilal Kök, ‘Türkiye’de Cinsel İstismara Uğrayan Çocuklara Yönelik Hizmet ve Uygulamaların Değerlendirilmesi: Bir Model Önerisi’ (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2019).

¹¹ Özlem Bağ and Sevay Aşen, ‘Çocuğun Cinsel İstismarının Değerlendirilmesinde Yeni Model: Çocuk İzlem Merkezleri.’ (2016) Journal of Dr. Behcet Uz Children’s Hospital 9.

¹² Samiye Çilem Bilginer ve Deniz Çalışkan, ‘Çocuğu İstismardan Korumada Yeni Bir Yaklaşım: Çocuk İzlem Merkezleri’ [2018] Prof. Dr. Emine AKYÜZ’e Armağan 119.

¹³ Gülçin Orhan ve diğerleri, ‘Çocuk İzlem Merkezi Modeli Ve Bu Modelde Gözlenen Sorunlar’ (2019) Kriz Dergisi 178.

¹⁴ Canan Topdemir, ‘Bir Uygulama : Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM)’ (2016) Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi 43.

¹⁵ Fadime Yüksel ve diğerleri, ‘Çocuk İstismarı ve Çocuk İzlem Merkezleri’ (2013) Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi 18.



ler arası çalışmalar çocuk ihmal ve istismarında koruyucu ve önleyici çalışmalara ışık tutması, yeniden örgütlenmesi ve gerekli iyileştirmelerin yapılması için uygun sosyal politikalara ışık tutması açısından önemlidir. Bu doğrultuda bu çalışmada çocuk cinsel istismarına yönelik etkin bir rol alan ÇİM'lerin kuruluş öncesi ve sonrası işlevsellikleri irdelenmiş, uzun yıllar ÇİM'de kolluk ve adli alanda çalışmalar yapmış ve yapmakta olan meslek mensuplarının penceresinden ÇİM'de yaşanan sorunlar ÇİM öncesi ve sonrası olacak şekilde betimlenmiş ve bu sorunlara çözüm yolları sunmak üzere önerilerde bulunulmuştur.

ÇOCUK İZLEM MERKEZİ VE FONKSİYONLARI

Çocuk istismarı vakalarında, çocukların korunması ve istismar vakalarının tabiki dünyada ve Türkiye'de benzer modeller kapsamında sürdürülmektedir. Türkiye'de Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM) olarak adlandırılan kurumsal yapının benzerleri farklı ülkelerde farklı isimler altında hizmet veren model örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, İzlanda'da 1998 yılında hayata geçirilmiş "Barnahus Çocuk Evi" modeli bunun örneklerinden biri olarak tanımlanmıştır. Bu modelde adli görüşmenin ÇİM ile benzer yapıda dizayn edildiği, yargı birimlerinde çalışanların görüşmeye eşlik ettiği ve tıbbi muayenenin de aynı kurumda gerçekleştirildiği bilinmektedir. Böylece çocuğun olayla ilgili az kişi ve kurum ile teması sağlanarak ikincil örselenme riski azaltılmaktadır¹⁶.

Diğer bir model örneğine ise Amerika'da rastlamak mümkündür. Amerika'da "Child Advocacy Center" ismiyle yapılandırılmış olan merkezler 1988 yılında uygulamaya geçmiş, bugün 50 farklı eyalette 858 merkez hizmet vermektedir. İlgili kurumda temel amaç; istismarı araştırmak, istismara dair delil toplamak ve çocuğun rehabilitasyonunu gerçekleştirmektir. Bu maksatla kurum bünyesinde, yasa uygulayıcıları, çocuk koruyucuları, avukatlar, psikiyatristler ve doktorlar görev yapmaktadır¹⁷.

Kuzey Avrupa ülkeleri çocuk koruma konusunda önemli adımlar atmış merkezlere sahiptir. Bu kapsamda Norveç'te 2007 yılında faaliyete geçen "Çocuk Evi" modelinde, adli görüşme, tıbbi muayene ve vaka izleme süreçleri yürütülmektedir. İsveç'te ise 31 adet "Çocuk Evi" faaliyet sunmaktadır¹⁸.

Türkiye'de ilk ÇİM; Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının, Sağlık Bakanlığının bünyesinde toplanarak aldıkları ortak kararlar 2010'da Ankara'da pilot uygulama olarak hizmet ver-

¹⁶ Andrea Goddard, Emma Harewood and Lauren Brennan, 'Review of Pathway Following Sexual Assault for Children and Young People in London' [2015] NHS England, The Havens, Kings College Hospital London.

¹⁷ Mehmet Zafer Danış ve diğerleri, 'Çocuk İzlem Merkezleri ve Sosyal Hizmet' (2019) Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 518.

¹⁸ Fadime Yüksel, 'Ankara Çocuk İzlem Merkezinde 2011-2015 Yılları Arasında Adli Görüşmesi Yapılan Çocuklara Verilen Hizmetin Değerlendirilmesi' (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, 2018).

meye başlamıştır¹⁹. Cinsel istismara maruz kaldığını belirten veya cinsel istismara uğradığından şüphelenilen çocuk ve ergenin “çocuk dostu” bir ortamda her türlü tıbbi, sosyal ve adli işleminin aynı gün içerisinde tek merkezden gerçekleşmesi hedeflenmiştir. Bu hedef doğrultusunda her ilde en az bir ÇİM olacak şekilde ülke genelinde yaygınlaştırılmaya devam edilmektedir. Günümüzde 2022 yılı itibarıyla faaliyet gösteren ÇİM sayısı 61 ilde toplam 64 olmuştur²⁰. ÇİM’de, multidisipliner ekip anlayışıyla 7/24 esaslı hizmet verilmektedir. ÇİM’de sorumlu hekim, özel eğitim almış adli görüşmeci, aile görüşmecisi, aile ve sosyal hizmetler il müdürlüğü yetkilisi, hemşire, sekreter ve konsültan doktorlar bulunur²¹.

Türkiye’de faaliyet gösteren ÇİM dünyadaki diğer örnekleriyle benzer amaç ve işleyişlere göre faaliyet göstermektedir. ÇİM’in kuruluş amaçları²²;

- Cinsel istismar mağduru çocuğun inceleme ve tedavi sürecinde gerek duyulan ihtiyaçların karşılanmasında paydaş kurumların eşgüdüm içinde hizmet sağlaması
- Çocuğun hukuki yardım ve soruşturma sürecinde ikinci örselenmeye maruz kalmasının engellenmesi
- ÇİM bünyesinde oluşturulacak güvenli ve çocuk dostu ortam ile çocuktaki travma etkilerinin azaltılması
- Korunma ve bakım gereken vakalarda, çocuğun güvenli bir ortama geçeceği zamana kadar geçici süre ile barınma, beslenme, giyim, sağlık ve güvenlik ihtiyaçlarının karşılanması
- Ailenin yaşadığı travmanın giderilmesi ve sağlıklı bir değerlendirme yapılması amacıyla aile ile görüşme yapılması
- Ailenin ilk danışmanlık ihtiyaçlarının karşılanması
- Görev yapan meslek elemanlarının eğitim süreçlerine destek verilmesi şeklindedir.

Buna göre, “*Özellikle cinsel istismar mağduru çocuk ve ergenlerin korunup kollanmalarının sağlanması, ikinci defa örselenmelerinin önlenmesi, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişiler tarafından tek seferde yapılması ve istismarı önleyici tedbirlerin alınması amacıyla Sağlık Bakanlığı’na bağlı hastaneler/kurumlar bünyesinde kurulan Çocuk İzlem Merkezleri’nde soruşturma işlemlerinin yapılmasının sağlanması*” ifadesi yer almaktadır²³. Bu maddeyle birlikte ÇİM’in

¹⁹ Kök (n 10).

²⁰ ‘Mevcut Çocuk İzlem Merkezi Listesi’ (Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü 2023) <<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR-43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html>> Erişim Tarihi: 18 Nisan 2023.

²¹ Yüksel (n 18).

²² Topdemir (n 14).

²³ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 18.01.2011 tarihli ve “10” No’lu “Soruşturma Usul ve Esasları” konulu Genelgesinin 48’nci maddesi.



amaçları dikkate alındığında cinsel istismar vakalarının tespiti, ikincil travmanın önlenmesi ve her türlü adli ve tıbbi işlemin yapılmasına olanak sağlaması yönüyle ÇİM önemli bir yere sahiptir.

ÇİM'in olmadığı dönemde; istismar mağduru çocuk yaşamış olduğu istismar deneyimini; kolluk kuvvetlerine bildirim yapan kişiye, kolluk kuvvetlerinde görev yapan polis veya polislere, savcıya, hakime, adli tıp çalışanlarına ve vaka sürecine dahil olabilecek diğer kişilere defalarca anlatmaktaydı ve gerekli işlemlerin yapılabilmesi için çocuk birden fazla kuruma götürülmekteydi. Bu durum maddi delillerin kaybına, beyanın içeriğinde değişikliklere yol açabileceği gibi çocukta travmanın tekrar tekrar yaşanmasına zemin oluşturmaktaydı²⁴.

ÇİM'den sonra ise; cinsel istismara uğradığı düşünülen çocuk ve ergen hakkında ivedilikle Cumhuriyet Başsavcılıklarına ya da kolluk güçlerine bildirimde bulunulur. Bildirim, mağdurun kendisi ve ailesi tarafından doğrudan yapılabileceği gibi sağlık mensupları, öğretmenler, kolluk kuvvetleri tarafından da yapılabilir. Kamu görevlilerince yapılacak bildirimlerde istismarı düşündürülen bilgi, belge ve raporlar eklenebilir. Bildirim sonrası ilgili Cumhuriyet Başsavcısının talimatı ile mağdur çocuk, kolluk kuvvetleri tarafından sivil ekip ve sivil araç ile ÇİM'e getirilir. Bu süreçte çocuğa olay ile ilgili detaylı soru sormaktan kaçınılması gerekir. ÇİM'de mağdur çocuk, adli görüşmeci tarafından karşılanır, ÇİM kayıt defterine kayıt oluşturulur ve barodan avukat talebinde bulunulur. Mağdur çocuk yaşına uygun olarak düzenlenen bekleme odasına alınarak olay ile ilgili ön görüşmeye alınır. Ön görüşmenin amacı, adli görüşmeci ile çocuğun tanışması, iletişim kurması, çocuğun yeme-içme, tuvalet gibi primer ihtiyaçlarının giderilmesidir. Adli görüşmeci ile mağdur arasında bir yandan güven bağı kurulurken diğer yandan çocuğun gelişim özelliklerinin değerlendirilmesi ön görüşmenin bir başka amacıdır. Bu süreçte olay hakkında genel bir fikir sahibi olunarak, çocuğun adli görüşmeye hazırlanması sağlanır²⁵. Mağdur çocuk adli görüşme odasında iken aynalı izlem odasında; cumhuriyet savcısı, zabıt kâtabi, mağdurun avukatı ve Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü temsilcisi yer almaktadır. Adli görüşme esnasında ek soru sorulmak istenirse, merkezlerin kendi teknik donanımına göre, sözlü ya da yazılı olarak sorular adli görüşmeciye iletilmektedir. Adli görüşmede mağdur çocukla; şüphelinin kim olduğu, istismar biçimi, sıklığı gibi detaylar en ince ayrıntısına kadar mağdurun yaşı dikkate alınacak şekilde konuşulur²⁶. Adli görüşme tamamlandıktan sonra görüşmeye katılanlar huzurunda ifade tutanağı oluşturulmaktadır²⁷. Görüşme sonrasında gerek duyulması halinde çocuğun psikiyatrik ve adli muayenesinin yapılması için süreç başlatılmakta, bu süreçte çocuğun ihtiyaçlarına yönelik (eğitim,

²⁴ Kök (n 10).

²⁵ Bağ and Aşen (n 11)

²⁶ Orhan ve diğerleri (n 13)

²⁷ Bilginer ve Çalışkan (n 12)

sağlık, bakım vb.) tedbirler alınabilmektedir. Merkezde bulunan aile görüşmecisi, varsa mağdur çocuğun ebeveyni veya yakınıyla aile görüşmesi yapmaktadır. Yapılan tüm görüşmeler raporlandırılarak adli görüşme kayıtlarıyla birlikte cumhuriyet savcılığına sunulmaktadır. Yapılan tüm görüşmeler gizlilik ilkelerine bağlı kalınarak ve çocuğun üstün yararı ilkesi gözetilerek gerçekleştirilmektedir.

Ülkemizde ÇİM'lerin yaygınlaştırılma çabaları devam etse de uygulamada adli tıp hekimi, çocuk ve ergen psikiyatristi ve adli görüşmeci sayısının yetersiz olması, teknik donanım yetersizlikleri gibi sebepler verilen hizmetin istenen düzeyde sunulmasına neden olmaktadır²⁸. Ayrıca merkezin işleyişine yönelik hazırlanmış merkeze özgü bir mevzuat olmaması uygulamada farklılıkların oluşmasına neden olmaktadır.

YÖNTEM

Araştırma Deseni

Araştırmada bir konuda yoğun deneyimleri olan bireylerin o konuya ilişkin görüşlerini derinlemesine inceleme olanağı sağlayan ve nitel araştırma modellerinden biri olan temel nitel araştırma deseni tercih edilmiştir²⁹. Temel nitel araştırmalarda araştırmacı, katılımcıların bir konuya ilişkin kişisel deneyimlerini nasıl değerlendirdiklerine ve anlam yüklediklerine odaklanır. Veriler gözlem, görüşme ya da belgelere ulaşma yoluyla toplanmakta ve verinin uygunluğuna göre tekrar eden örüntülerin kategorize edilmesi ve temalar altında adlandırılması söz konusudur³⁰. Nitel araştırmanın betimsel metodu kullanılarak çalışmanın yapıldığı Sakarya ilinde ÇİM öncesi ve sonrası merkezin işlevselliğiyle ilgili olgular belirlenmiş, ortaya çıkan sonuçlar yorumlayıcı yaklaşımla açıklanmıştır.

Çalışma Grubunun Özellikleri

Bu araştırmada, çocuğa yönelik cinsel istismar vakalarının hem ÇİM öncesi hem de ÇİM sonrası uygulamayı bilen ve bizzat deneyimlemiş olan cumhuriyet savcısı, avukat ve polis görüşleri çerçevesinde değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Çalışma grubunu Sakarya Adliyesi'nde görev alan 5 cumhuriyet savcısı, Sakarya Barosu'na kayıtlı 5 avukat ve Sakarya İl Emniyet Müdürlüğü Çocuk Şube Amirliği'ne bağlı çalışan 5 polis memuru oluşturmaktadır.

Çalışmanın Sınırlılıkları

Çocuk ihmal ve istismarının tıbbi ayağında yer alan Adli Tıp Uzmanı, Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanı, Genel Cerrahi Uzmanı, Çocuk ve Ergen Ruh Sağ-

²⁸ Yüksel ve diğerleri (n 15)

²⁹ C Glesne and A Peshkin, 'Becoming Qualitative Researchers. New York: White Plains. Horner, G., & Zeno, R.(2018). Child Sexual Abuse Perpetrators: What Forensic Nurses Need to Know' (1992) 14 Journal of Forensic Nursing 206.

³⁰ Sharan B Merriam, 'Nitел Araştırma: Desen ve Uygulama İçin Bir Rehber (3. Baskıdan Çeviri)' [2013] Turan (Çev. Ed.). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.

lığı ve Hastalıkları Uzmanı unvanlı personel tarafından süreç değerlendirmesi yapılmamıştır. Bunun yanında Aile ve Sosyal Hizmetler kurumu personeli ile görüşme sağlanamamıştır. Bu anlamda tıbbi ve sosyal hizmet ayağında ÇİM'in öncesi ve sonrası işlevselliğinin değerlendirilmesi yapılamamıştır.

Verilerin Elde Edilmesi

3 katılımcı grup için öncelikle 5 kişiyle pilot çalışma yapılarak görüşme sorularının etkinliği, açıklığı ve anlaşılabilir olup olmadığı üzerinde çalışılmıştır. Görüşme sorularına son hali verildikten sonra geliştirilen yarı-yapılandırılmış görüşme formu kullanılmıştır. Çalışma grubunda yer alan katılımcıların görev yaptıkları kurumlardan gerekli izinler alındıktan sonra mülakatlar gerçekleştirilmiştir. Katılımcılardan sözlü bilgilendirilmiş onam alınarak, yüz yüze görüşmeler yapılmıştır. Yapılan görüşmeler kayda alınmış ve word ortamına aktarılmıştır.

Verilerin Analizi

Elde edilen veriler nitel araştırmalarda kullanılan MAXQDA V.12 programında analiz edilmiştir. Veriler tematik alanlara göre gruplandırılarak analiz edilmiştir. Veriler defalarca okunmuş çeşitli temalar altında defalarca gruplandırılmıştır. Bu gruplandırmalar belirli temalar altında birleştirilmiş, yapılan analizler sonrası ÇİM'e dair olgular yorumlanarak tartışılmıştır.

Bu çalışmanın etik izni, Sakarya Üniversitesi Sosyal ve Beşerî Bilimler Etik Kurulunun 02.03.2022 tarihli ve 43 sayılı toplantısında alınan "24" nolu kararı ile onaylanmıştır.

BULGULAR

Yapılan görüşmeler ışığında ÇİM'de çalışan cumhuriyet savcıları, emniyet personelleri ve avukatlardan edinilen bulgular ÇİM kurulmadan önceki süreçler ve merkezin işlevlerine yönelik söylemler olmak üzere iki genel tematik alan altında incelenmiştir. Katılımcıların sosyodemografik bilgileri saklı kalmak üzere kaç yıldır meslek elemanı olarak çalıştıklarına ilişkin bilgilerden yola çıkılmıştır. Çocukluk çağı cinsel istismarında ulusal mevzuattaki gelişmelerle birlikte adalet mensupları ve emniyet mensuplarının yaklaşımlarının "çocuk odaklı" bir perspektifte ilerlemesinde yaşananlar ÇİM öncesi / ÇİM sonrası olarak ayrılmaktadır.

1. ÇİM Öncesi Süreçlere İlişkin Söylemler

ÇİM'in kuruluşu ve yaygınlaşmasıyla birlikte gerek yasal zeminde gerekse cinsel istismara bakış açısında önemli gelişmeler yaşanmıştır. ÇİM'in işleyiş ve fonksiyonunun önemi, cinsel istismar vakalarının disiplinlerarası bir zeminde ele alınması ve çocuk odaklı bir sistemin varlığı ile daha çok ön plana çıkmıştır. ÇİM öncesindeki süreçlerde aktif olarak görev yapan avukat, polis ve savcılarının söylemleri ile bu fark daha iyi anlaşılacaktır. Buna ilişkin bulgular bu başlık altında gösterilmiştir.

Yapılan görüşmelerde, ÇİM kurulmadan önce, cinsel istismar mağduru olan çocuklarla görüşme yapılırken çocuğun içinde bulunduğu durum göz önüne alınmadan ve gizlilik ilkesi göz ardı edilerek görüşme yapıldığı vurgulanmıştır. Bu görüşmenin amacı; mağdur olan çocuktan “ifade” almaktır. Adli sürecin başlamasıyla birlikte çocukların ifadesine başvurulmakta ancak bu süreç oldukça örseleyici bir sistem içerisinde yürütülmektedir.

ÇİM kurulmadan önce çocukla görüşmelerde psikolog, çocuk gelişim uzmanı, sosyal hizmet uzmanı ya da çocuk ve ergen ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunmadığı tespit edilmiştir. Çocuğun ifadesi alındıktan sonra bunun yazıya aktarımında doğru bir aktarımın olmadığı, çocukla doğru iletişim yolları ile görüşülmediği, aydınlatıcı bilgilerin verilmediği ve onamın alınmadığı tespit edilmiştir. Bu süreç elbette çocuk odaklı değil, bürokratik süreçlerin sürekliliğine odaklı bir süreçtir. Ancak travma mağduru bir çocukla görüşürken bunun kayıt altına alınması gerekliliği çocuğun psikolojik konumunu arka plana itmektedir. Bunu mesleğinin 21. yılında olan bir avukat şu şekilde ifade etmiştir:

“Uzman yoktu, rehber öğretmenler gönülsüz geliyordu. Görüntü ile kayıt alınmıyordu. İfade alınan oda gizlilik açısından uygun değildi. İfade yazıya doğru aktarılmıyordu, bu yüzden çelişkili oluyordu.”(A4,21)

Cinsel istismar mağduru çocuklarla yapılan görüşmelerde suçun niteliğine yönelik soruların çocukların gelişim dönemleri göz önünde bulundurulmadan doğrudan sorulduğu, aynı durumun ifade alındıktan sonra muayene esnasında ve mahkemelerde defalarca tekrarının yaşandığı tespit edilmiştir.

ÇİM öncesinde çocukların ifadesi, bulunulan ilin emniyet müdürlüklerindeki çocuk şube birimlerinde alınmaktaydı. Burada bulunan kolluk personellerinin ifade beyanında çocuklara duygusal yaklaşma, çocukla fiziksel temasta bulunma, çocuğa acıdığını belli etme gibi duygusal reaksiyonlarda bulunduğu ifade edilmiştir. ÇİM öncesi yapılan görüşmelerde, çocuktan ifade alınması bu konunun teknik bir açıdan ele alındığını gösterse de kolluk personelinin profesyonellikten uzak olduğu söylenebilir.

“.. Özel bir eğitimleri yoktu. Kolluk personeli duygusal tepki veriyordu. Çocuk savcılığı yoktu. İfadeyi alacak profesyonelle ihtiyaç vardı. İfadeyi alan kişi fiziksel temas kuruyordu. Yüz hareketleriyle çocuğa acıdiklarını gösteriyorlardı.”(A5,21)

Emniyet personelleri çocukla ön görüşme yaptıktan sonra savcıya bilgi verdiklerini, bu sırada çocuğun bekletildiğini, sonrasında savcı talimatı üzerine çocuktan ifade aldıklarını belirtmiştir. Bu ifadeyi alırken Aile Bakanlığı'nın il müdürlükle-

rinden uzman profesyonellere ihtiyaç duyulduğu ancak uzmanların temin edilemediği anlaşılmaktadır.

“Cumhuriyet savcısı talimatı ile ifadeleri alıyorduk. Nitelikli/niteliksiz olay ayrımı yapılmıyordu. Eskiden kamera yoktu. Avukat hazır oluyordu. Uzman kişi aile il müdürlüğünden geliyordu ama çocuğa doğrudan soru sormuyorlardı. Niteliksiz olaylarda meslek elemanı bulunmuyordu. Bazı savcılar ifadeyi kendisi almak istiyordu. Konuya dair önceleri özel bir eğitimimiz yoktu.”(P2, 15)

“Mağdur geldiğinde ön görüşme yapıyordum. Savcıya durumu izah ediyordum. Savcı talimatı ile avukat eşliğinde psikolog veya sosyal çalışmacı ile artık kimi bulursak görüntülü olarak tarafımızca ifade alınıyordu. Daimî meslek elemanı bulunmuyordu. Aile müdürlüğünden temin etmeye çalışırdık. Benim özel eğitimim vardı. Çocuğun cinsel istismarı suçunu araştırma temel eğitimi isminde bir eğitim almıştım.”(P5, 12)

Çocuğa yönelik cinsel istismara ilişkin çalışmaların önemli bir yönü, bu sahada görev yapan tüm çalışanlara yönelik farkındalık kazandırmak, bilgilendirmek ve en önemlisi mağdur çocuğu anlamak olmuştur. Hizmet içi eğitimler alan kolluk ve adalet personelleri ÇİM'ler yaygınlaşmadan önce bunun bir eksiklik olduğunun altını çizmektedir.

“...Emniyet tarafından ‘çocuk cinsel istismar suçları araştırma eğitimi’ gibi bir eğitim verilmişti. Ben eğitim aldım. Avukatlar görüşmeye katılıyorlardı. Ancak ifadeye girmeden önce bazı avukatlar her şeyi anlattırıyorlardı çocuğa.”(P3,15)

Tablo 1. ÇİM Öncesi İfade Alan Polis ve Savcılarda Çocukla Görüşme Eğitimi

| Meslek | Katılımcı | ÇİM Öncesi Çocukla Görüşme |
|--------|-----------|--|
| Savcı | S1 | Aldığımız özel bir eğitim yoktu. |
| | S2 | Özel bir eğitim alınmamıştı. |
| | S3 | Konu ile ilgili eğitim alınmamıştı. |
| | S4 | Çocukların cinsel istismarıyla ilgili bir eğitim falan almadık. |
| | S5 | Özel eğitim almamıştık. Mağdur sağır ve dilsiz ise, sağır ve dilsizler okulundan bir öğretmen ile birlikte ifadeye giriyorduk. |

Meslek Katılımcı ÇİM Öncesi Çocukla Görüşme

| Meslek | Katılımcı | ÇİM Öncesi Çocukla Görüşme |
|--------|-----------|--|
| Polis | P1 | Özel bir eğitim almadık, sonradan cinsel istismarla ilgili kurslar oldu. |
| | P2 | Konuya dair önceleri özel bir eğitimimiz yoktu. |
| | P3 | Emniyet tarafından çocuk cinsel istismar suçları araştırma eğitimi gibi bir eğitim verilmişti. Ben eğitim aldım. |
| | P4 | Eğitim alınmamıştı. |
| | P5 | Benim özel eğitimim vardı. Çocuğun cinsel istismarı suçunu araştırma temel eğitimi isminde bir eğitim almıştım. |

İfadelerde çocukla görüşmelerde eğitim alan iki polis memuru bulunmaktadır (P3 ve P5). Cumhuriyet savcılarının ise konu ile ilgili herhangi bir eğitimden geçmediği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet savcıları ile yapılan görüşmelerden elde edilen bulgular, çocuğun cinsel istismarında doğrudan suç teşkil eden hususlara ve suçun niteliğine odaklı bir görüşme yapıldığını ortaya koymaktadır. Mağdur çocuğun içinde bulunduğu psikososyal durumun göz önünde bulundurulmaması ÇİM'e duyulan ihtiyacı ortaya koymuştur.

ÇİM'ler yaygınlaşmadan önce mağdur çocukların ifadesi alınırken çocukların psikolojik durumlarına ilişkin adalet ve kolluk personellerinin söylemleri aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Tablo 2. ÇİM Öncesindeki Süreçte Çocukların Psikolojik Durumu

| Meslek | Katılımcı | ÇİM Öncesinde Çocukların Psikolojik Durumları |
|--------|-----------|---|
| Avukat | A1 | Şok halini anımsatan, kendini sağlıklı iletişime kapatan, çekingen halleri oluyordu. |
| | A2 | Korkma, çekinme gibi hisleri fazlasıyla yaşamaktaydı. |
| | A3 | Çok korkuyordu, kendisini rahat ifade edemiyordu. |
| | A4 | Korkmuş ve tedirgin, kendisini suçlu gibi hissediyordu, polis onu suçlayacakmış gibi hissediyordu. |
| | A5 | Konuşmakta güçlük çekiyordu. |
| Polis | P1 | Çoğunlukla çocuklar tedirgin ve korkmuş oluyordu. |
| | P2 | Çocuklar tedirgin, ürkmüş ve korkmuş oluyorlardı. Güvensizlik duyuyorlardı. Suçluluk psikolojine girdiklerini gördüm. |
| | P3 | Çocuklar tedirgin ve korkmuş oluyordu. Gelmeden çocuklar birden fazla kez olayı anlatıyorlardı. |
| | P4 | Çocuklar tedirgin, korkmuş ve utanmış oluyorlardı. Genel olarak rahat değillerdi. |
| | P5 | İlk kez gelen çocuklar çekingen, tedirgin, utangaç ve korkmuş oluyorlardı. |

Meslek Katılımcı ÇİM Öncesinde Çocukların Psikolojik Durumları

| | | |
|-------|----|---|
| Savcı | S1 | Çocuk yapmacık olmuyordu, savcıya her şeyi söylemeliyim diye düşünüyordu. |
| | S2 | Çocuklar rahat değillerdi. |
| | S3 | Savcı odasında çocuklar kendisini ifade edemezlerdi. Korkarlar, endişeli olurlardı. Resmi kurum havası vardı. |
| | S4 | Tedirgin olanlar elbette vardı. |
| | S5 | Çocuklar genelde rahat değillerdi, utangaç, tedirgin veya korkmuş olabiliyorlardı. |

Katılımcılar çocukların psikolojik durumunu çoğunlukla “korkmuş, tedirgin, utangaç, çekingen” olarak tanımlamıştır. ÇİM’ler kurulmadan önce cinsel istismar mağduru olan çocukların ifadesi alınırken çocuğun bu konuda konuşması beklenirken kendilerini rahat ifade edemedikleri ortaya çıkmaktadır. İfade alınan odaların (resmi kurum odaları, emniyet çocuk şube birimi ya da savcılık) çocukların kendilerini rahat hissetmeleri için uygun olmaması, kolluk personelinin çocuğa yaklaşımı (çocuğa konuşması için yapılan baskı), ilk kez polis ya da savcı ile karşılaşan çocuklar için oldukça örseleyicidir.

İfadeyi alan savcı ya da polisin iş yoğunluğu ve çalışma temposu cinsel istismar mağduru çocukla görüşmeye sirayet etmektedir. Bununla ilgili bir cumhuriyet savcısı durumu şöyle vurgulamıştır:

“Cinsel istismara ilişkin konuları tam anlatamıyorlardı. Savcının o günkü ruh hali önemliydi. Mesela yarım saat önce cinayet ifadesi alıyorduk, sonra cinsel istismar ifadesi alınca çok da iyi olmuyordu.”(S5,34)

Çocuklar ÇİM öncesinde ifadeleri alınırken personellerin bu yaklaşımından dolayı mağdur konumda olmalarına rağmen suçlu hissetmeye eğilimli olabilmektedir.

“Hali bitap bir şekilde kapı kapı dolaştırılıyorlardı. Rapora götürüldüğünde de azarlanan çocukları görmüştüm.”(A4,21)

Personellerin ifade alırken cinsel istismar mağduru çocuğun yaşadığı travmatik durumu göz ardı edip çocukla uygun olmayan şekilde iletişim kurdukları anlaşılmaktadır. Gerek profesyonelleşmenin eksikliği gerekse bürokratik zincirin getirdiği yorgunluk bu sahada çalışan personellerin ve istismara uğrayan çocukların sorunlarını çözümsüz bırakan sistemin göstergeleridir.

ÇİM sistemi henüz yaygınlaşmamış iken cinsel istismara maruz kalan çocuklarla ilgili davalarda yürütülen kovuşturma ve soruşturma sürecinde avukat, polis ve savcılarının çocuklara sorulması beklenen soruları nasıl sorması gerektiğini bilmemesi, ifadelerin doğru bir şekilde aktarılmaması, çocuktan net bir beyan alamaması, çocuğun tıbbi muayenesinde herhangi bir uzmanın bulunmaması sorunları

yaşanmaktadır. Çocuğun beyanına inanılmaması, konuşmaya çekinmesi durumunda ifadeyi alan kolluk personelinin ne yapacağını bilememesi, çocuğa sorulan soruların yönlendirici olması, ifadelerin olduğu şekliyle değil teknik bir dil ile yazıya aktarımı, özellikle cinsel istismarın oluş şekline yönelik sorularda ifadeyi alan kişinin ve çocuğun konuşmakta zorlanması, herhangi bir ön görüşme yapılmaksızın çocukla yaşanan travmanın konuşulmasında ifadeyi alan personellerin iletişim becerileri bakımından uzman psikolog, sosyal hizmet uzmanı, rehber öğretmen, çocuk gelişim uzmanları gibi meslek elemanlarına ihtiyaç duydukları görülmüştür.

“Özellikle cinsel istismarın oluş şekline ilişkin soruları sormaktan çekinirdim. Kızlar anlatmaya çekiniyorlardı. Konuşmak istemezlerdi. Eğer konuşmak istemezler ise sosyal çalışmacılardan psikologlardan yardım alıyorduk.”(P3, 15)

“Çocuğa her şeyi soramıyorduk, cevap verirken utanabiliyordu. Cinsellik ile ilgili soruları sorarken biz de çekiniyorduk. İfadelerde kadın polis memuru bulundurmaya gayret ediyorduk. Bulabilirsek psikolog veya sosyal çalışmacı ifadelere katılıyordu.” (P4,25)

Çocuktan yaşananları anlatması üzerine sorulan sorularda kadın zabıt kâtabi, kadın polis gibi kadın personeller aracılığıyla soruları yönlendirdikleri saptanmıştır.

“Çocuğa inanmıyorlardı. Çocuk eğer kendini kitlerse ve konuşmaktan çekinirse ne yapacaklarını bilemiyorlardı. Uzmanın herhangi bir iletişimi yoktu. Sorulan sorular yönlendirici sorulardı.”(A4,21)

Çocuklar ifadeleri alınırken konuşmakta zorlandıkları takdirde psikiyatri kliniğine gönderilmekte, bir rapor alınması gerekliliğinden hareketle psikiyatrik muayeneye tabi tutulmaktadır. Bunu cumhuriyet savcısı şöyle ifade etmiştir;

“İfade alınırken sadece sözel sorular sorulurdu. Çocuk bazen anlatamazdı, doğrudan sorulurdu. Kendini ifade edemeyen çocukları çocuk psikiyatrisine sevk ederdik. Doktor raporu aldırırđık. Beyanlarına itibar edilebilir ve kendisini ifade edebiliyor ise tekrardan dinlerdik. Akıl sağlığı ile ilgili sıkıntı var ise yine doktora sevk ediyorduk.” (S3,26)

İstismar mağđuru çocuğun bu süreçte kendisini ifade edememesi nedeni ile doktora sevkii ikincil travmaya ve çocuğun içsel etiketlenmesine neden olabilecek bir eylemdir. Travma mağđuru çocuklarla çalışmada yeterli eğitimin alınmaması ve gerekli profesyonel meslek elemanlarının süreçte yer almaması sonucu çocuğun defalarca örselendiğı anlaşılmaktadır. Nitekim çocuğun beyanına inanılmaması ve korku altında cevap vermesi beklentisi sonucunda zaten mağđur olan çocuk tekrar mağđur konumuna düşmekte ve süreç sağlıklı şekilde yürütölmemektedir.

**Tablo 3. ÇİM Öncesi Soruşturma ve Kovuşturma Süreçlerinde Yaşanan Sorunlar**

| Meslek | Katılımcı | ÇİM Öncesi Süreçte Yaşanan Sorunlar |
|--------|-----------|--|
| Polis | P1 | Soru sorarken zorluk yaşıyorduk. |
| | P2 | Çoğunlukla rahatsız oluyorlardı. |
| | P3 | Konuşmak istemezlerdi. |
| | P4 | Çocuğa her şeyi soramıyorduk, cevap verirken utanabiliyordu |
| | P5 | Biz tecrübesizken cinsellikle ilgili sorularda çekiniyorduk. |
| Savcı | S1 | Engelli ve yaşı küçük çocukların ifadelerinde zorlanıyorduk. |
| | S2 | Bayan zabıt kâtibi ve bayan polis vasıtasıyla soruları yönlendiriyorduk. |
| | S3 | Çocuk bazen anlatamazdı, soru doğrudan sorulurdu. |
| | S4 | Cinsel ilişki ve cinsel eylem farkını bilemediklerinden soru sorarak eylemi ortaya koymaya çalışırdık. |
| | S5 | Çocuğun yaşına göre soru sormakta zorlanıyorduk. |

Tablo 3'te ÇİM öncesinde cinsel istismar şüphesi olan çocukların ifadelerini almak üzere çocukla iletişim kuran polis memurlarının en çok zorlandıkları sorunun cinsel istismarın oluş şeklini öğrenmek üzere çocuğa bu soruyu yöneltmek ve sağlıklı bir cevap almak olduğu görülmektedir. Burada en çok vurgulanan noktanın çocukla iletişimde başka meslek elemanlarına ihtiyaç duyulması olduğu görülmüştür. Cumhuriyet savcılarını çocuğun yaşananları anlatamaması halinde bunun da tutanağa yazıldığını belirtmiş, sorunun çözümünü "kadın personeller" aracılığıyla iletişim kurarak bulmuş ve çocukla görüşmede çocuğun daha küçük yaşlarda olması halinde daha çok zorlandıklarını belirtmiştir.

ÇİM öncesinde soruşturma sürecinde polis ve savcılar cinsel istismar mağduru çocukların muayene işlemlerinde de yanında bulunmaktadır. Bu süreçle ilgili ifadeler Tablo 4'te gösterilmektedir.

Tablo 4. ÇİM Öncesinde Cinsel İstismar Mağduru Çocukların Muayene İşlemlerinde Yaşanan Sorunlar

| Meslek | Katılımcı | ÇİM Öncesi Muayene Sürecine İlişkin İfadeler |
|--------|-----------|---|
| Polis | P1 | Uzun süre bekleyebiliyordu çocuk, hekimler kati rapor vermekten kaçınıyorlardı. Bu sefer çevre illerdeki hastanelere gidiliyordu. Bu süreçte çocuk oradan oraya sürükleniyordu. |
| | P2 | Sıra beklerdik. Bu süreçte çocuk da biz de hastanede beklerdik. Hekim bulmakta zorlanırdık |

Meslek Katılımcı ÇİM Öncesi Muayene Sürecine İlişkin İfadeler

| | | |
|-------|----|--|
| Polis | P3 | Hekimin yoğunluğuna göre bekleme süremiz değişiyordu. |
| | P4 | Hastaneye bayan polis eşliğinde gidiliyordu. Mahkeme talimatı ile adli tıp hekimi olan yerlere giderdik. |
| | P5 | Kati rapor vermekten çekinebiliyordu hekimler. Birden fazla kez çocuğun muayene yaptırılması durumları ile de karşılaştım. |
| Savcı | S1 | Adli Tıp hekimi ya da psikiyatri hekimi çocuğu hastanede görüyordu. |
| | S2 | Kadın doğum uzmanı ve adli tıp hekimine hastaneye gönderiyorduk. |
| | S3 | Özellikle iç beden muayenesinde kadın doğum uzmanına gönderiyorduk. Adli tıp kurumu yoktu ve yeni başladığında da ise çok yaygın değildi. |
| | S4 | İç beden muayenesi için adli tıp hekimine gönderilirdi. Beyanlarına itibar edilip edilemeyeceğine ilişkin görüş için uzmana yönlendiriliyordu. |
| | S5 | Adli tıp hekimi varsa adli tıp hekimine yoksa kadın doğum uzmanı veya genel cerraha talimat ile çocukları sevk ederdik. Gerek görülürse çocuk psikiyatri hekimine de gönderiliyordu. |

Cinsel istismara maruz kalan çocuklar tıbbi muayenelerinin yapılması için hastanelere götürülmekteydi. Adli tıp hekiminin bulunmadığı durumlarda kadın hastalıkları ve doğum ve/veya genel cerrahi kliniklerine polis memurları eşliğinde götürülerek muayenesi yapılmakta, burada tıbbi bulguları içeren bir rapor alınması gerekmektedir. Bu süreç ÇİM'in oluşturduğu sistemden önce çocuk için yorucu ve zorlayıcı olmaktadır. Yapılan görüşmelerde muayene işlemleriyle ilgili polis ve savcılar, sürecin çocuklar açısından sağlıklı olmadığını, klinik bulgu raporunun (kati rapor) alınmadığı durumlarda işlemler için farklı birimlere, farklı hastanelere ve farklı illere çocukla beraber gidildiğini, çocukların beden ve ruh sağlığının durumu ile ilgili de rapor alındığını ifade etmiştir. Bu süreçte çocukların muayenelerinin çocuk açısından oldukça zorlayıcı olduğu görülmektedir.

“Savcı talimatı ile vajinal muayene için kadın doğum uzmanına; fiali livata için genel cerrah uzmanına gidiliyordu.”(P3)

Katılımcılar hekimlerin kati rapor vermekten çekindiklerini belirtmiş ancak bunun nedenleri üzerinde durmamıştır. Çocukların tekrar tekrar muayene edilmesi hem soruşturma sürecini yavaşlatması hem de mağdur çocuğun örselenmesi bakımından sorun teşkil etmektedir.

“...Adli tıp hekimi eskiden yoktu ya da bu kadar yaygın değildi. Mahkeme talimatı ile adli tıp hekimi olan yerlere giderdik. Bizim bölge genellikle İstanbul'a bağlıydı. Çok kere İstanbul'a gittik mağdur çocukla. Çocuk bu şekilde örseleniyordu.”(P4)

Muayene işlemlerinde mağdur çocukları travmatik stres ile karşı karşıya bırakan bir diğer unsur da çocukların farklı illerdeki hastanelere sevkinin yapılması olarak karşımıza çıkmaktadır. ÇİM'ler yaygınlaşmadan önce yapılan soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığı açısından oldukça yıpratıcı olduğu söylenebilir. Bu süreçlerde görev alan personellerin mesleki deneyimleri de göstermektedir ki çocuk odaklı bir sistemin varlığına ihtiyaç duyulmuş, gerek çocuğun öyküsü alınırken tekrar örselenmesinin önüne geçilmesi gerek bu alanda çalışan meslek elemanlarının bilinçli bir uygulama gerçekleştirilmesi bakımından çok fonksiyonlu bir merkez olarak ÇİM kurulmuştur. ÇİM'lerin günümüzdeki işleyişinde de bazı sorunlar yaşanmaktadır ancak avukat, polis ve savcıların söylemleri ile ÇİM'in işleyiş ve fonksiyonları çocuğun yüksek yararı gereği oldukça önemli bir noktada durmaktadır.

2. ÇİM'lerin İşleyişi ve Fonksiyonlarına İlişkin Söylemler

Tablo 5. ÇİM'lerin Fonksiyonlarına İlişkin Düşünceler

| Katılımcı | Çalışma Yılı | ÇİM'lerin Fonksiyonları |
|-----------|--------------|--|
| A1 | 11 | Nitelikli ve tam ifade, zarar almadan en doğru şekilde, varlığı zaruri bir merkez. Psikoloji biliminden maksimum düzeyde yararlanılmalı. |
| A2 | 9 | Çocuğun psikolojisi açısından çok önemli. Çocuğun ortama ve ifadeye hazırlanma süreci çok iyi yönetiliyor. |
| A3 | 16 | Çocuk kendini korkmadan çekinmeden ifade ediyor. |
| A4 | 21 | Resmi kıyafetin olmaması, çocukla ilgilenilmesi, çocuğun tek sefer dinleniyor olması iyi. |
| A5 | 21 | Daha profesyonel, ötekileştirilme yok. 2005'ten sonra gelinen nokta olumlu. |
| P1 | 19 | Daha sağlıklı ifade alınıyor ve ifadedeki hatalar daha azaldı. Şubelerde personel sıkıntısı yaşıyorduk, artık ifadeye girmiyoruz. |
| P2 | 15 | Omzumuzdaki yük %70-80 azaldı. Muayenelerde sıra bekleme durumu kalmadı. |
| P3 | 15 | Mağdur çocuğun işlemleri daha hızlı ilerlemeye başladı, alınan kararlar ve gerekli talimatlar daha hızlı verilebiliyor. |
| P4 | 25 | Savcıların ifadeye girmesi daha iyi oldu. |
| P5 | 12 | Çocuk hakkında alınacak tedbirler, kararlar, daha hızlı gerçekleştiriliyor. |
| S1 | 10 | Her kurumu temsilen bir yetkilinin burada bulunması ve çocuğun üstün yararının gözetilmesi çok iyi. |

| Katılımcı | Çalışma Yılı | ÇİM'lerin Fonksiyonları |
|-----------|--------------|--|
| S2 | 24 | Olumlu. |
| S3 | 26 | Pozitif yönleri çok fazla. |
| S4 | 13 | Her vakanın raporlandırılması olayları değerlendirmemizi kolaylaştırıyor. |
| S5 | 34 | Çocuklar için çok faydalı olduğunu düşünüyorum. Çocuklar rahatlıkla kendilerini ifade edebiliyorlar. Ayrıca aileleri ile de görüşülüyor. |

Katılımcıların ÇİM'lerin işleyiş ve fonksiyonlarına ilişkin düşüncelerine bakıldığında eksik ve yanlış yönleriyle birlikte genel olarak olumlu bir yaklaşım sergiledikleri görülmüştür. ÇİM'lerin varlığına yönelik söylemler “çok faydalı, pozitif yönü fazla, olumlu, güvenilir, daha hızlı, daha sağlıklı, varlığı zaruri, nitelikli” sözcükleri ile ifade edilmiştir. Katılımcılar hem çocuk (çocukların kendilerini daha rahat ifade etmeleri) hem de sistem (ifadelerin daha güvenilir ve hızlı alınabilmesi) bakımından ÇİM'lerin daha sağlıklı bir ortam olduğunu ifade etmiştir. Alınan kararların ve gerekli talimatların daha hızlı verilmesi çocuklar için daha az örselleyici olarak ifade edilmiştir. Çocukların tekrar ifadeye çağrılmasının önüne geçilmesi, savcılarının ifadede bizzat bulunmasıyla tekrar ifade alınma gerekliliğinin duyulmaması, aynı zamanda aileleri ile de bu ortamda görüşülebiliyor olması adli görüşmelerin avantaj sağlayan yönleri olarak vurgulanmıştır.

ÇİM'de çalışan personellerin uzman kişilerden oluşması ÇİM'in bir diğer önemli işlevi olarak görülmüştür.

“Çocukların ifadesinden önce ihtiyaçlarına yönelik sorular soruluyor. Çocuk kendisini güvende hissediyor, kendisini rahat rahat ifade ediyor. Meslek elemanları çocuğun dilinden daha iyi anlıyor.” (P4)

Meslek elemanlarının yanı sıra cumhuriyet savcılarının bizzat adli görüşmede (ifade alınırken) bulunmasının çocuk için alınacak tedbirler açısından önemi vurgulanmıştır. Bununla ilgili ifadeler Tablo 6'daki gibidir:

Tablo 6. Adli Görüşmelerde Cumhuriyet Savcılarının Bulunmasına İlişkin Düşünceler

| Katılımcı | Adli görüşmede savcılarının bulunmasına ilişkin düşünceler |
|-----------|--|
| P1 | Savcı bizzat ifadeye eşlik ediyor. Daha sağlıklı ifade alınıyor ve ifadedeki hatalar daha azaldı. |
| P2 | ÇİM'de ifadeye doğrudan savcının ve kâtibin eşlik etmesi çok iyi oldu. Bizim tarafımızdan alınan ifadeler mahkeme aşamasında bozulabiliyordu. Savcının aldığı ifadeler daha sağlıklı oluyor. Ayrıca savcının çocuğu ve ailesini gözlemlene şansı oluyor. İfade esnasındaki jest ve mimiklerine şahit olabiliyor. |
| P3 | Savcının ifadelere bizzat katılmasıyla ifadelere eksikliklerin önüne geçildiğini düşünüyorum. İkincil örsellenmelerini engelliyor. |



Katılımcı Adli görüşmede savcılarının bulunmasına ilişkin düşünceler

| | |
|----|--|
| P4 | Savcıların ifadeye girmesi daha iyi oldu. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında ifadeler usulüne uygun olmadığı gerekçesiyle bozuluyordu. Savcının katıldığı ifadeler daha güvenilir. |
| P5 | Çocuk tekrardan ifadeye çağrılabilirdi. Artık savcı bizzat ifadeye iştirak ediyor, ifadenin güvenilirliğini etkileyebiliyor. Çocuk hakkında alınacak tedbirler, kararlar, daha hızlı gerçekleştiriliyor. |
| S1 | Her kurumu temsilen bir yetkilinin burada bulunması ve çocuğun üstün yararının gözetilmesi çok iyi. |
| S4 | İfadesinde yalan söyleyip söylemediği hususunun belirtilmesi değerlendirmemizi kolaylaştırıyor. |

Adli görüşmelerde savcılarının bulunması, ifadelerin doğrulanması ve tekrarlanmaması açısından daha hızlı ve güvenilir olarak nitelendirilmiştir. ÇİM'lerin önemli bir fonksiyonu olarak tüm meslek mensuplarının tek bir merkezde bir araya gelmesi ile güvenli bir ortam oluşmuştur. Cinsel istismar şüphesi bulunan çocukla tekrar görüşme yapmaya gerek duyulmaması ile çocuğun ikincil örselenmesinin önüne geçilmiştir.

Tablo 7. ÇİM'lerin İşleyişinde Yaşanan Sorunlar

Katılımcı ÇİM işleyişine yönelik sorunlar

| | |
|----|---|
| A2 | Muayenede çocuğun bina dışına çıkarılmaması için daimî bir doktor lazım. |
| A4 | Muayeneler aynı binada olmalı. Uzman hekimler olmalı. |
| A5 | Format cümlelerle raporlar yazılmamalı. Çocuk sorularla yönlendirilmemeli. Denetlenebilir olmalı. |
| P1 | Çocukların muayenesi ertesi güne kalabiliyor ya da ÇİM dışında yapılabiliyor. |
| P4 | Psikiyatrik muayene ve iç beden muayeneleri de merkezin içinde yapılmalı. |
| S1 | Savcı ve adli görüşmeci bağlantısı görüşme boyunca aktif olarak devam etmeli. |
| S2 | Gerektiğinde duruşmalarda da kullanılmalı. |
| S3 | ÇİM personelinin uzman kişilerden oluşması lazım. |
| S4 | İfade alınırken adli görüşmeciyi yönlendirmek için ortak bir ekran oluşturulabilir. Sorular bu ekran vasıtasıyla uzmana sordurulabilir. |
| S5 | UYAP entegrasyonunun yapılması gerekiyor. |

ÇİM'lerde yaşanan sorunlar katılımcıların söylemleri doğrultusunda muayene prosedürüne, adli görüşme uygulamasına ve ÇİM'de görev yapan personeller ve yasal sisteme yönelik sorunlar olarak sınıflandırılabilir.

Cinsel istismar şüphesiyle merkeze gelen çocukların bedensel ve psikiyatrik muayenelerinin ÇİM ortamında yapılmaması, çocuğun bina dışına çıkarılması ve polikliniklerde muayene sıraları nedeniyle ertesi güne kalması sistemi yavaşlatmakta ve çocukların iyilik hali açısından olumsuz olarak görülmektedir. Çocukların kendilerini ifade edip edemeyeceğine ilişkin kanaat oluştuktan sonra beyanlarının alınması gerekliliği vurgulanmış, bunun için bina dışında değil, merkezde çocuk psikiyatristlerinin daimî olarak görevlendirilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Çocuklarla yapılan adli görüşme sonrasında sağlık durumunun takip edilmesi ve tedavisinin hemen planlanması gerekmektedir.

Çocukların ifadeleri alınırken sorulan soruların yönlendirici olmaması ve ifadelerde hiçbir boşluğun kalmaması gerekmektedir. Adli görüşmeci ile kulaklıklar aracılığıyla anlık iletişimin olması gerekmekte, savcı ile adli görüşmeci bağlantısı görüşme boyunca aktif olarak devam etmelidir. Görüşmelerde ara verilmesi, çocukların dikkatinin dağılmasına neden olmaktadır. Katılımcılar tarafından görüşme esnasında sürekli iletişimin olması için monitörlerin kullanılabilmesi, sorulması istenen soruların bu ekran aracılığıyla adli görüşmeciye sordurulabileceği belirtilmiştir. Ayrıca adli görüşme raporlarında kullanılan ifadelerin kalıplaşmış format cümle formunda olmaması gerekliliği belirtilmiş, rapor dilinin çocukların durumuna özgü olması gerektiği vurgulanmıştır.

“Kulaklıklar vasıtasıyla adli görüşmeciyle anlık iletişim kurulabil-meli. Yani savcı ve adli görüşmeci bağlantısı görüşme boyunca aktif olarak devam etmeli. Görüşmeye ara vermek çocuğun dikkatini dağıtabiliyor.”(S1)

Son olarak, ÇİM’e dair mevzuat eksikliği, iş ve işleyişe ilişkin yönetmeliklerin olmaması uygulamada bazı farklılıklara neden olmaktadır. Özellikle takdir yetkisinin cumhuriyet savcılarında bırakılmaması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra ÇİM’de görev yapan sağlık personellerinin adli görüşme eğitimleriyle birlikte Türk Ceza Kanunu’ndaki cinsel istismar suçlarına dair detaylı eğitimlere tabi olması gerekliliği ifade edilmiştir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nda alınacak olan tedbirlerde adli tıp hekimlerinin aktif yetkinliklerinin olması da süreçte daha hızlı karar alınması için önerilmektedir. Yine adli görüşme raporlarının UYAP sistemine (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) entegre edilmesi gerekliliği belirtilmiştir. Böylece daha hızlı tedbir kararlarının çıkması beklenmektedir. Ayrıca adli görüşmenin kamera ile kayıt altına alınmasına rağmen gerektiğinde duruşmalarda da kullanılması gerekliliği ifade edilmiş ve ÇİM’lerin denetlenebilir merkezler olması vurgulanmıştır.

TARTIŞMA

Araştırma, cinsel istismar mağduru çocukların adli, tıbbi ve sosyal işlemlerinin tek merkezde yapılmasını, çocuğun tekrarlı travmatizasyonunu en aza indirilmesini hedefleyen ÇİM uygulamasını, adli işlemler ayağında çalışmış profesyoneller



üzerinden değerlendirmeyi amaçlamıştır.

“Çocuktan ifade alma” sürecinin ÇİM kurulmadan önce oldukça sancılı bir şekilde yürütüldüğü anlaşılmıştır. Edinilen bulgular soruşturma ve kovuşturma sisteminin cinsel istismar mağduru çocuklar için oldukça örseleyici, görevli personeller için yorucu ve bürokratik zincir için de yavaş bir sistem dahilinde olduğunu göstermiştir. Oysaki çocuk istismarı sorunu karşısında, çocuğun ve ailenin yaşadığı travmayı en aza indirmek, süreci en iyi şekilde yönetebilmek koordineli çalışmayı gerektirir³¹.

İstismarın tipine, sıklığına ve şiddetine göre çocukların kendilerini ifade etme şekilleri ve sergiledikleri davranışlar değişebilmektedir. Ayrıca fiziksel, zihinsel veya ruhsal engelli çocukların yaşına ve engel durumuna göre kendilerini ifade etme şekilleri de değişkenlik gösterebilmektedir³². Buna göre görüşmeyi yapan kişinin; çocuğun gelişimini, psikolojik özelliklerini ve travmanın çocuk üzerindeki etkilerini dikkate alarak çocuğun bu süreçte örselenmesini mümkün olan en üst düzeyde önleyebilme becerisine sahip olması beklenmektedir³³. Adli süreç içerisinde mağdurların görüşmelerinin hatasız ve eksiksiz bir şekilde tamamlanması gerek mağdur gerekse sanık açısından önemlidir³⁴. Başka bir deyişle, görüşmenin kalitesi gerek mağduru hakları açısından gerekse sanıkların hakları açısından oldukça önemlidir³⁵. Çalışmamızda katılımcıların tamamına yakını, cinsel istismar mağduru çocuk ve ergenlere yönelik; iletişim teknikleri, çocuk ve ergen psikolojisi, ifade alma teknikleri gibi konularda özel bir eğitim almadıklarını belirtmişlerdir. Bununla birlikte, cinsel istismarın oluş şekline yönelik detaylı soruların, hem çocuk için hem ifadeyi alan kişi için oldukça zorlayıcı olduğu belirtilmiştir. Ülkemizde yayımlanan bir raporda, kolluk personelinin çocukla iletişim konusunda yeterli eğitime sahip olmadığı belirtilmiştir³⁶. Bir başka raporda, konusunda uzman olmayan kolluk personelinin (jandarma veya polis) ifade alırken sorduğu yanlış sorular neticesinde, travmatize olan mağdur çocukların olduğu belirtilmiştir³⁷. Başka bir çalışmada, hakim ve savcılar, okul öncesi çocuklar başta olmak

³¹ Christina L Shaffer and others ‘Child and Youth Advocacy Centres: A Change in Practice That Can Change a Lifetime’ (2018) Paediatrics and Child Health (Canada) 116.

³² Erdi Kanbaşı, ‘Zihinsel Engelli Çocuklar ve Özellikleri’ <<https://www.zicev.org.tr/zihinsel-engelli-cocuklar-ve-ozelliklerimakale-1>> Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2022.

³³ Eylem Ümit Atılğan, Sedat Yağcıoğlu ve Yaşar Çavdar, ‘Çocuklarla Adli Görüşme için Rehber. Ankara: Adalet Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, UNICEF Türkiye’.

³⁴ Lindsay C Malloy and others, ‘Children’s Requests for Clarification in Investigative Interviews about Suspected Sexual Abuse’ (2015) 29 Applied Cognitive Psychology 323.

³⁵ Margaret-Ellen Pipe and others, ‘Do Case Outcomes Change When Investigative Interviewing Practices Change?’ (2013) Psychology, Public Policy, and Law 179.

³⁶ ‘Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarın Önlenmesi Raporu’ (2019).

³⁷ ‘Çocuk Hakları Komisyonu Çocuk İzlem Merkezleri Türkiye Raporu’ <<http://web.ebaro.web.tr/uploads/61/2015/cim%20tr.pdf>> Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2022.

üzere bütün yaş grubu cinsel istismar mağduru çocuk ve ergenlerin ifadesini almakta zorlandıklarını belirtmişlerdir³⁸. Çalışmalardan edinilen bulgular, çalışmamızın bulgularını destekler niteliktedir. Çocukla görüşme yapan profesyonelin; çocuğu yönlendirmeden, yargılamadan, kişisel yorumunu katmadan görüşmeyi tamamlaması önemlidir³⁹. Mağdur vekilliği yapan ya da ilgili konuda adli süreçte yer alan tüm görevlilerin adli görüşme teknikleri ile ilgili eğitim almasının elzem olduğu vurgulanmıştır⁴⁰. Bir diğer bulduğumuz da katılımcıların tamamı, ÇİM’de yapılan görüşmelerin çocuk açısından olumlu, pozitif, daha profesyonel olduğu düşüncesindedir. Benzer desenli bir çalışmada katılımcıların çoğunluğu; ÇİM çalışanlarının deneyimleri ve eğitimleri nedeniyle daha küçük çocuklarla bile profesyonelce istismar öyküsünü alabildiklerini, doğru soruları sorabildiklerini ve cinsel istismar konusunda uzman olduklarını belirtmişlerdir⁴¹. Benzer desenli başka bir çalışmada, özellikle taşra bölgelerinde kollukta cinsel istismar konusunda eğitilmiş personel yetersizliğine ve en uygun ifade alma ortamının ÇİM olduğuna vurgu yapılmıştır⁴². ÇİM ile birlikte eğitilmiş personel boşluğunun doldurulduğu ve çocuğun beyanının daha sağlıklı alındığı söylenebilir.

Cinsel istismar mağduru çocukların ÇİM öncesi dönemde alınan ifadelerinde katılımcıların ortak görüşü, çocukların utandıkları⁴³, çekindikleri⁴⁴, korktukları⁴⁵ ve tedirgin⁴⁶ oldukları yönündedir. Yapılan çalışmalarda cinsel istismar mağduru çocuklarda gözlemlenen baskın duygu ve davranışın; korku, utanç, suçluluk duygusu, dikkat dağınıklığı, içe kapanma olduğu belirtilmiştir⁴⁷. Katılımcıların çocuklar üzerinde gözlemlendiği davranışların cinsel istismar mağduru çocuklarda

³⁸ Emelie Ernberg, Mikaela Magnusson and Sara Landström, ‘Prosecution of Child Sexual Abuse Cases Involving Preschool-Aged Children: A Study of Swedish Cases from 2010 to 2014’ (2018) *Journal of child sexual abuse* 832.

³⁹ Olga Themeli and Maria Panagiotaki, ‘Forensic Interviews with Children Victims of Sexual Abuse: The Role of the Counselling Psychologist’ (2014) *The European Journal of Counselling Psychology*.

⁴⁰ Alim Mert, ‘Çocuk İzlem Merkezlerinin İşleyişi Hakkında Genel Değerlendirme’ (2022) <http://www.sakaryabaru.org.tr/uploads/wo_4ffd326b4e19c71e3281d8e4aa32bdef.pdf> Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2022.

⁴¹ Bernie Sue Newman, Paul L Dannenfelser and Derek Pendleton, ‘Child Abuse Investigations: Reasons for Using Child Advocacy Centers and Suggestions for Improvement’ (2005) *Child and Adolescent Social Work Journal* 165.

⁴² Kök (n 10).

⁴³ Büber ve Oksal (n 5).

⁴⁴ Robyn Brunton and Rachel Dryer, ‘Child Sexual Abuse and Pregnancy: A Systematic Review of the Literature’ (2021) *Child Abuse & Neglect* 104802.

⁴⁵ Özkan Bilgin ve Aliye Mavili, ‘Kurum Bakımındaki Cinsel İstismar Mağduru Çocuklara İlişkin Bir Araştırma’ (2017) *Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi* 105.

⁴⁶ Zekeriya Çalışkan ve Mehmet Sağlam, ‘Cinsel İstismar Mağduru Çocuklarla Çalışan Uzmanların Gözünden Mağdur Çocukların Özellikleri’ İnönü Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 6.

⁴⁷ Büber ve Oksal (n 5).



gözlemlenen davranışlarla uyumlu olduğu söylenebilir. Bunun yanında yaşanan cinsel istismarın çocuktaki etkilerine dair avukatlar ve polislerin farkındalık sahibi olduğu ancak bu süreci yönetemedikleri görülmektedir. Cinsel istismar mağduru çocuklara yönelik herhangi bir eğitim almamış olan personel, çocukların korktuğunu, tedirgin olduğunu ve utanç duyduklarını gözlemlerse de bu durum karşısında, “kadın personel” aracılığıyla soruları yöneltmek, psikolog veya sosyal çalışmacı çağırarak gibi anlık ve geçici çözümler ürettiği görülmüştür. Cinsel istismar mağduru çocuk ve ergenlerle yapılan adli görüşme, özel bir beceri gerektirmektedir. Katılımcıların ortak görüşü, ÇİM ile birlikte mağdur çocuklarla yapılan ön görüşmenin, çocuğun ortama ve görüşmeciyeye alışması, korkmadan, çekinmeden ve utanmadan kendisini ifade edebilmesi açısından faydalı olduğu yönündedir. Ayrıca ÇİM’lerde çocuk gelişimi konusunda farkındalık sahibi adli görüşmeciler tarafından en doğru şekilde beyanın alınmaya gayret edilmesi çocuğun daha rahat bir şekilde kendisini ifade edebildiğini ortaya çıkarmıştır. Çocuğun kendisini iyi ifade edebilmesi, olayın aydınlığa kavuşturulması aşamasında çocuğun daha az örselenmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda ÇİM’lerin amacına uygun hizmet ettiği söylenebilir.

ÇİM öncesinde tıbbi muayene işlemleri çocuklar açısından oldukça zorlayıcıdır. Katılımcılar, ÇİM öncesi dönemde tıbbi muayeneler için zaman zaman farklı birimlere, farklı hastanelere ve hatta farklı illere gittiklerini, muayene için uzun süre beklediklerini belirtmişlerdir. Bu durumun çocukların iyilik halini olumsuz etkileyebileceği gibi ikincil travmaya maruz kalmasını da kaçınılmaz kılmaktadır. ÇİM’lerin faaliyete geçmesiyle birlikte bu durumun önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Buna göre, ÇİM’ler cinsel istismar mağduru çocuğun adli ve tıbbi işlemlerinin eksiksiz şekilde yapılmasına imkân verecek şekilde malzeme ve ekipman ile donatılmıştır⁴⁸. Bir çalışmada, cinsel istismar mağduru çocuğun tıbbi muayenesinin tek bir merkezden yapılması, çocuğun travmasının azalmasına da katkı sağlayabileceği belirtilmiştir⁴⁹.

Çalışmamıza katılan polis unvanlı katılımcıların, muayenelerin ÇİM içerisinde yapılması gerektiği, uzman hekimlerin çocuğun muayenesini gerçekleştirmesi gerektiği hususuna vurgu yapmışlardır. Bu sonuç, örneklemin alındığı Sakarya ili gibi bazı illerde hekim sayısının yetersizliğinden veya hiç olmayışından, merkezin lokasyonunun ana hastaneden uzak oluşundan kaynaklanan sebeplerden ötürü muayenelerin birim dışında yapılabilmesi ile ilişkilendirilmiştir. Bu sorun ülkedeki tüm ÇİM’leri kapsamamak ile birlikte uygulamada mağdur çocukların merkez dışındaki polikliniklerde ya da acil servislerde muayene edildiği bilinmektedir. Bazı illerde muayenelerin kolaylıkla ÇİM içerisinde yapılabilirdiği, bazı illerde ise mağ-

⁴⁸ Çocuk İzlem Merkezi Yönetim ve Koordinasyon Kurulu Toplantı Karar Tutanağı 2022.

⁴⁹ Newman, Dannenfels and Pendleton (n 36).

durların ÇİM dışına yönlendirildikleri belirtilmiştir⁵⁰. Yapılan bir çalışmada; bazı ÇİM’lerde adli tıp uzmanı, çocuk psikiyatrisi, çocuk polisi, güvenlik görevlisinin bulunmadığı belirtilmiştir⁵¹. ÇİM uygulamasına yönelik yapılan çalışmalarda; eğitilmiş personel yetersizliğine⁵² ve konsültan hekim ihtiyacına vurgu yapılmıştır⁵³. İç-dış beden muayenelerinin ve psikiyatrik muayenelerin merkez dışında yapılıyor oluşu, merkezin kuruluş amaçları ile kesinlikle bağdaşmayan bir sorun olarak değerlendirilmektedir. Uygulamadaki farklılıkların giderilmesi, belirli bir hizmet standardının oluşturulması için üst düzeyde toplantıların yapılması ve ulusal çapta kararların alınması beklenmektedir. Merkezlerin sayısının artırılmasının yanında uzman hekimlerin de istihdamının sağlanması gerekmektedir.

Kayıt ve ses cihazı gibi teknik ekipmanların kaliteli olması, adli görüşmenin amacına uygun olması açısından kritik bir öneme sahiptir. Kamera ve ses kaydı, canlı bağlantıyı sağlayan ekipman ve alt yapı ekipmanları; görüşmenin anlaşılabilirliğini ve güvenilirliğini destekleyen araçlardır⁵⁴. Böylece hâkim, savcı ve avukatın, olayı araştırma aşamasında mağduru yeniden dinlemelerinin önüne geçilebilir⁵⁵. Katılımcıların bir kısmı emniyet birimlerinde alınan ifadelerde ses ve görüntü kaydı yapıldığını belirtir iken bir kısmı kaydın olmadığını belirtmiştir. Bu farklılık, katılımcıların hizmet süresi ve çalıştıkları merkezlerin teknolojik altyapısı ile ilişkilendirilmiştir. ÇİM’lerde yapılan görüşmelerde çocuğa bilgi verilerek istisnasız kayıt alınmaktadır. Katılımcıların ortak görüşü, ÇİM öncesi dönemdeki ifade ortamının uygun olmadığı, ÇİM’in bu konuda daha işlevsel çalıştığıdır. Yayımlanan bir raporda, ÇİM dışında yapılan görüşmelerde; görüşme ortamının kötü olduğu ve kayıtların elverişsiz koşullarda alındığı belirtilmiştir⁵⁶. Çalışmamız ile paralel olarak elde edilen sonuçlar ışığında ÇİM’deki kayıtların daha sağlıklı bir ortamda alındığı ve görüşmelerin raporlaştırıldığı söylenebilir.

Çalışmaya katılan savcılar, uzman ile savcı arasındaki bağlantının kesilmemesi gerektiğine vurgu yapmışlardır. Bazı illerde adli görüşme esnasında uzman ile savcı arasındaki bağlantının kulaklıklar aracılığıyla ya da bir monitör ile sağlanabildiği bilinirken, bazı illerde görüşmeye ara verilerek savcı odasına gidilip soruların alındığı tecrübe edilmektedir. Yapılan bir çalışmada, adli görüşme esnasında savcı ve adli görüşmeciler arasında ciddi iletişim kopuklukları yaşandığı, adli görüşmeciye anlık soru sorulamamasından dolayı yargılamada ciddi boşlukların

⁵⁰ Kök (n 10).

⁵¹ Şahin Antakyalıoğlu, ‘Çocuk Adalet Sistemi Sorun Tespit Raporu’ [2015] Ankara: ÇAÇAV.

⁵² Orhan ve diğerleri (n 13).

⁵³ Topdemir (n 14).

⁵⁴ Berhudan Şamar ve Betül Urhan, ‘Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme Yapan Adli Görüşmecilerin Deneyimlerinin İncelenmesi: Eskişehir Adliyesi’ (2020) Toplum ve Sosyal Hizmet 931.

⁵⁵ Atılğan, Yağcıoğlu ve Çavdar (n 28).

⁵⁶ Antakyalıoğlu (n 51).



oluşabileceği belirtilmiştir⁵⁷. Başka bir çalışmada ise, kulaklık veya monitör ile anlık görüşme sağlamanın görüşmecinin dikkatini dağıtabildiği, bunun yerine görüşmeyi tamamladıktan sonra savcının bulunduğu odaya gidilerek sorusunun olup olmadığının sorulmasının daha verimli olduğu belirtilmiştir⁵⁸. Örneklemin alındığı Sakarya ilinde görüşmeden sonra savcının bulunduğu odaya gidilerek eksik kalan bir noktanın olup olmadığı sorularak görüşme tamamlanmaktadır. İller arasındaki bu farklılık standart bir hizmet modelinin olmaması ve her ilin teknolojik altyapı dinamiğinin farklı olması ile açıklanabilir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çocukluk çağı cinsel istismarında kilit rol görevini üstlenen ÇİM'lerin kuruluşundan önce ve sonrasındaki durumun incelendiği bu çalışmada gerek emniyet personelinin gerekse çocuk adalet sistemindeki avukat ve savcılarının yaklaşımı ÇİM'in önemli bir boşluğu doldurduğu yönündedir.

ÇİM'lerin hem çocuğun yaşadıklarını daha sağlıklı bir ortamda beyan etmesi, bu beyanların daha güvenilir ve hızlı şekilde alınması, hem de tekrar tekrar çocukların istismar olayını anlatmak zorunda kalmaması bakımından oldukça önemli bir yönü bulunmaktadır. Avukatlar, cumhuriyet savcıları ve polisler ÇİM'in yaygınlaşmasına olumlu bakmaktadır. Çocukla görüşmede soruşturma dili olarak "ifade almak" yerine "adli görüşme" dilinin kullanılması ve bu görüşmenin psikolog veya sosyal çalışmacı tarafından yapılıyor olması, çocuk haklarına dair zihinsel dönüşümün önemli bir göstergesidir. Ayrıca ÇİM'de cumhuriyet savcılarının adli görüşmede bulunması bir avantaj olarak görülmüş, çocuğun beyanının doğrulanabilir ve güvenilir olduğunun altı çizilmiştir. Bu durum ÇİM'lerin adli mercilerce önemini ortaya koymaktadır.

Mağdur çocuğun içerisinde bulunduğu gelişim dönemini bilen, çocuğun yaşadığı travmatik deneyimi gözarda etmeden görüşmenin her aşamasında çocuğun yüksek yararını ön planda tutmaya gayret eden adli görüşmeci eğitimini başarıyla tamamlamış kişiler adli görüşmeci unvanı alır⁵⁹. Adli görüşme süreci içerisinde çocuk ve profesyonel arasında kurulan güven ilişkisi, çocuğa özel hazırlanmış ortamda beyanının alınması, çocuğun ve ailesinin ihtiyaçlarını önceleyen bir anlayışla görüşmelerin yapılması, çocuğun yaşına ve gelişim dönemine uygun soru tarzlarının benimsenmesi, yönlendirici ve yargılayıcı sorulardan kaçınılması yönüyle ÇİM'ler ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda TCK'nın başta çocuğun cinsel istismar suçu (m. 103) olmak üzere çocuğun mağdur olabileceği diğer cinsel suçlara ilişkin (m. 104-105) soruşturmalarında da ÇİM'in mağdurlara hizmet verebilecek yetkinliğe, donanımına ve tecrübeye sahip olduğu değerlendirilmektedir.

⁵⁷ Topdemir (n 14).

⁵⁸ Kök (n 10).

⁵⁹ Atılgan, Yağcıoğlu ve Çavdar (n 8).

Türkiye’de önemli bir boşluğu doldurduğu düşünülen bu uygulamanın bazı açılardan geliştirilmesi gerektiği de yine katılımcı görüşlerinden elde edilen önemli bir sonuçtur⁶⁰. Öncelikle, çocuk alanında çalışan tüm personelin unvan yapmaksızın temel bir eğitimden geçirilmesi önerilmektedir^{61, 62}. Görüşmelerin ve görüşme raporlarının kalitesini olumlu yönde etkileyeceği düşünüldüğünden ÇİM’lerde çalışan personelin belirli aralıklarla süpervizyon desteği alması faydalı olacaktır⁶³. Merkez dışında yapılan muayeneler ciddi bir problem olarak görülmekte ve ÇİM’in amaçları ile bağdaşmayan bir durum olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, adli tıp hekimi, çocuk psikiyatristi başta olmak üzere birime katkı sunan tüm branşlarda yeterli personel istihdamı sağlanmalıdır. Teknik donanımdan kaynaklı bir takım uygulama farklılıkları vardır. Buna göre belirli bir standardın yakalanabilmesi ve uygulama farklılıklarının önüne geçilebilmesi adına ÇİM yönetmeliği ivedilikle çıkarılmalı ve yetkililerince çalışma başlatılmalıdır. Merkezin faaliyetlerinin mevzuat yapılanmasında normlar hiyerarşisine aykırı olan bu mevzuatlaştırma sürecin sağlıklı yürütülmesinin önünde bir engeldir. Bir alt hukuk normu olarak genelgeden sonra yönetmelik beklentisi her ne kadar normlar hiyerarşisi bakımından sorun olsa da yapılanmanın daha sağlıklı bir forma dönüşümü önemlidir.

KAYNAKÇA

Antakyalıoğlu Ş, ‘Çocuk Adalet Sistemi Sorun Tespit Raporu’ [2015] Ankara: ÇAÇAV

Atılğan E, Yağcıoğlu S ve Çavdar Y, ‘Çocuklarla Adli Görüşme için Rehber. Ankara: Adalet Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, UNICEF Türkiye’

Bağ Ö ve Alşen S, ‘Çocuğun Cinsel İstismarının Değerlendirilmesinde Yeni Model: Çocuk İzlem Merkezleri.’ (2016) Journal of Dr. Behcet Uz Children’s Hospital

Bilgin Ö and Mavili A, ‘Kurum Bakımındaki Cinsel İstismar Mağduru Çocuklara İlişkin Bir Araştırma’ (2017) Türkiye Sosyal Hizmet Araştırmaları Dergisi 105

Bilginer SÇ and Çalışkan D, ‘Çocuğu İstismardan Korumada Yeni Bir Yaklaşım: Çocuk İzlem Merkezleri’ [2018] Prof. Dr. Emine AKYÜZ’e Armağan 119

Brunton R and Dryer R, ‘Child Sexual Abuse and Pregnancy: A Systematic Review of the Literature’ (2021) Child Abuse & Neglect 104802

Büber Ö ve Oksal H, ‘Sakarya’da 3-18 Yaş Cinsel İstismar Vakalarının Değerlendirilmesi’ (2022) Sosyal Sağlık Dergisi 44

⁶⁰ Bağ ve Alşen (n 11).

⁶¹ Orhan ve diğerleri (n 13).

⁶² Yüksel ve diğerleri (n 15).

⁶³ Topdemir (n 14).



Çalışkan Z ve Sağlam M, 'Cinsel İstismar Mağduru Çocuklarla Çalışan Uzmanların Gözünden Mağdur Çocukların Özellikleri' İnönü Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 6

Choudhry V and others, 'Child Sexual Abuse in India: A Systematic Review' (2018) 13 Plos One e0205086

'Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarın Önlenmesi Raporu' (2019)

'Çocuk Hakları Komisyonu Çocuk İzlem Merkezleri Türkiye Raporu' <<http://web.ebaro.web.tr/uploads/61/2015/cim%20tr.pdf>> Erişim Tarihi 19 temmuz 2022

Danış MZ ve diğerleri, 'Çocuk İzlem Merkezleri ve Sosyal Hizmet' (2019) Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 518

Ernberg E, Magnusson M and Landström S, 'Prosecution of Child Sexual Abuse Cases Involving Preschool-Aged Children: A Study of Swedish Cases from 2010 to 2014' (2018) Journal of child sexual abuse 832

Glesne C and Peshkin A, 'Becoming Qualitative Researchers. New York: White Plains. Hornor, G., & Zeno, R.(2018). Child Sexual Abuse Perpetrators: What Forensic Nurses Need to Know' (1992) 14 Journal of Forensic Nursing 206

Goddard A, Harewood E and Brennan L, 'Review of Pathway Following Sexual Assault for Children and Young People in London' [2015] NHS England, The Havens, Kings College Hospital London

Hugill M, Berry K and Fletcher I, 'The Association between Historical Childhood Sexual Abuse and Later Parenting Stress: A Systematic Review' (2017) 20 Archives of women's mental health 257

Işık Ü and others, 'Isparta İlinde Bir Üniversite Hastanesinde Değerlendirilen Cinsel İstismar Mağdurlarının Sosyodemografik, Klinik ve Ailevi Özellikleri: 2014–2018 Verileri' (2019) Süleyman Demirel Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 53

Johnson CF, 'Child Sexual Abuse' (2004) 364 The Lancet 462

Kanbaş E, 'Zihinsel Engelli Çocuklar ve Özellikleri' <<https://www.zicev.org.tr/zihinsel-engelli-cocuklar-ve-ozelliklerimakale-1.>> Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2022

Kenny MC and McEachern AG, 'Racial, Ethnic, and Cultural Factors of Childhood Sexual Abuse: A Selected Review of the Literature' (2000) Clinical psychology review 905

Kök H, 'Türkiye'de Cinsel İstismara Uğrayan Çocuklara Yönelik Hizmet ve Uygulamaların Değerlendirilmesi: Bir Model Önerisi' (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2019)

Malloy LC and others, 'Children's Requests for Clarification in Investigative Interviews about Suspected Sexual Abuse' (2015) Applied Cognitive Psychology 323

Merriam SB, 'Nitel Araştırma: Desen ve Uygulama İçin Bir Rehber (3. Baskıdan Çeviri)' [2013] Turan (Çev. Ed.). Ankara: Nobel Yayın Dağıtım

Mert A, 'Çocuk İzlem Merkezlerinin İşleyişi Hakkında Genel Değerlendirme' (2022) <http://www.sakaryabarasu.org.tr/uploads/wo_4ffd326b4e19c71e-3281d8e4aa32bdef.pdf> Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2022

'Mevcut Çocuk İzlem Merkezi Listesi' (Kamu Hastaneleri Genel Müdürlüğü 2022) <<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR-43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html>> Erişim Tarihi: 12 Aralık 2022

National Children Alliance, '2021 CAC Statistics.' <https://www.nationalchildrensalliance.org/cac-statistics>.

Newman BS, Dannenfelser PL and Pendleton D, 'Child Abuse Investigations: Reasons for Using Child Advocacy Centers and Suggestions for Improvement' (2005) Child and Adolescent Social Work Journal 165

Organization WH, 'Guidelines for Medico-Legal Care of Victims of Sexual Violence'

Orhan G and others, 'Çocuk İzlem Merkezi Modeli Ve Bu Modelde Gözlenen Sorunlar' (2019) 27 Kriz Dergisi 178

Pipe M-E and others, 'Do Case Outcomes Change When Investigative Interviewing Practices Change?' (2013) Psychology, Public Policy, and Law 179

Russell D, Higgins D and Posso A, 'Preventing Child Sexual Abuse: A Systematic Review of Interventions and Their Efficacy in Developing Countries' (2020) Child abuse & neglect 104395

Şamar B ve Urhan B, 'Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme Yapan Adli Görüşmecilerin Deneyimlerinin İncelenmesi: Eskişehir Adliyesi' (2020) Toplum ve Sosyal Hizmet 931

Shaffer CL, Smith TD and Ornstein AE, 'Child and Youth Advocacy Centres: A Change in Practice That Can Change a Lifetime' (2018) Paediatrics and Child Health (Canada) 116

Themeli O and Panagiotaki M, 'Forensic Interviews with Children Victims of Sexual Abuse: The Role of the Counselling Psychologist' (2014) The European Journal of Counselling Psychology

Topdemir C, 'Bir Uygulama : Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM)' (2016) Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi

Yüksel F, 'Ankara Çocuk İzlem Merkezinde 2011-2015 Yılları Arasında Adli Görüşmesi Yapılan Çocuklara Verilen Hizmetin Değerlendirilmesi' [2018] Yayımlanmamış yüksek lisans tezi



Yüksel F., Keser N., Odabaş E., Kars G.B., Yurtkulu, F., Daşkafa, Arslan F. CE, ‘Çocuk İstismarı ve Çocuk İzlem Merkezleri’ (2013) Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi 18

Çocuk İzlem Merkezi Yönetim ve Koordinasyon Kurulu Toplantı Karar Tutanağı 2022

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 18.01.2011 tarihli ve “10” No’lu “Soruşturma Usul ve Esasları” konulu Genelgesinin 48’nci maddesi

UZLAŞTIRMACILARIN SORUNLARI İLE ADLİ VE İDARİ MERCİLERİN SORUNLARA YAKLAŞIMI

Problems of Conciliators and Approach of Judicial and Administrative Authorities to Problems

Muhammed EŞME*

Özet

Uzlaşma sürecinin yöneticisi olan uzlaştırmacılar, süreç esnasında birçok sorunla karşılaşmaktadır. Uzlaştırmacıların uygulamada en yoğun karşılaştıkları problem belki de güven sorunudur. Teknolojinin gelişmesi ve telefon/bilişim sistemleri üzerinden işlenen dolandırıcılık suçları sayısının artmasına da paralel olarak, toplumda yeteri kadar tanıtılmayan ve bilinmeyen uzlaştırmacılar, taraflara ulaşım sağladıklarında uzlaştırmacıların ilk yaşadıkları sorun, kendilerinin uzlaştırmacı olduğuna inandırılmamaktır. Bazı adliyelerde uzlaştırmacının rahat ve güven içinde yürütülmesi için gereken ortamın oluşturulmaması, günümüz ekonomik şartlarında uzlaştırma ücreti ve özellikle mutad yol giderlerinin düşük kalması, farklı bürolarda farklı uygulamalarla karşılaşılması dışında, uzlaştırmacıların uzlaştırma sürecinin işleyişine dair sorunları da bulunmaktadır. Yine tarafların uzlaştırma sürecine ilgisiz davranması da uzlaştırmacının sorunlarındandır.

Cumhuriyet Başsavcılığı bünyesinde yer alan uzlaştırma bürosu, uzlaştırma müessesesinin uygulanmasında adliyelerde görevli birimdir. Büro, uzlaştırma işlemlerinin sağlıklı yürütülmesini takip eden ve uzlaştırmacının işlemini yürütürken karşılaştığı sorunlarda uzlaştırmacıya yol gösterici olması gereken savcı ve diğer personelden oluşur. Esasen uzlaştırmacı ile aynı ortak amaca sahip olan uzlaştırma savcısı ve diğer personel, özellikle ağır ceza mahkemesi bulunmayan adliyelerde, adliyedeki savcılık teşkilatının aynı anda birden fazla konuda çalışmak zorunda olması, iş yükü ve personel sayısı azlığı gibi sebeplerle uzlaştırma işlemini ek/yük iş olarak görmekte olup, bu da uzlaştırmacılar için büyük bir sorun teşkil etmektedir. Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı(AÇDB) da, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü(CİGM) bünyesinde kurulmuş olup, uzlaştırma müessesesi gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulama ve etkinliğini artırma amacı güden, uzlaştırma süreci ile ilgili görevleri bulunan ve Ankara'da Bakanlık bünyesinde bulunan birimdir. Birim, uygulamada yaşanan aksaklıklara; kendilerine sorulan görüşlere yol gösterici cevap yazısı yazmak, uygulamacılara rehber kitaplar göndermek, uzlaştırmayı tanıtıcı reklam/afiş vb hazırlamak, uzlaştırma sürecinin etkinliğini arttırmakla ilgili bilimsel toplantılar yapmak ve uzlaştırma bürolarını yerinde izlemek gibi yöntemlerle çözümler üretmeye çalışmaktadır. Ancak doktrin ve uygulamada, hem AÇDB hem de savcılık teşkilatının yaklaşımlarıyla ilgili birtakım eleştiriler bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Uzlaştırma, Uzlaştırmacı, Uzlaştırmacıların Sorunları, Onarıcı Adalet, Uzlaştırma Bürosu, Uzlaştırma Savcısı, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı*

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

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.12.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023*

* İstanbul Cumhuriyet Savcısı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, muhammed1esme@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3013-060X>.



Abstract

Being the manager of the reconciliation process, the conciliators are confronted with many problems. The issue of trust is perhaps the most common problem that conciliators face in practice. In parallel with the development of technology and the increase in the number of fraud crimes committed over telephone/information systems, the conciliators who are not sufficiently introduced and are unknown in society may face the issue of trust as to whether they are conciliators or not, at the very beginning of the reconciliation process, when they first contact the parties. There are also problems that conciliators are confronted with in the functioning of the conciliation process in practice, besides that the necessary environment for the comfortable and reliable execution of reconciliation is not established in some courthouses, the reconciliation fee and especially the usual travel expenses are considered low according to today's economic conditions, different practices are encountered in different offices. Likewise, the conciliators also have some other problems, such as the fact that the parties are indifferent to the reconciliation process.

Existing within the structure of Chief Public Prosecutor's Office, the conciliation office is the unit responsible for the implementation of the conciliation institution in the courthouses. The Office is made up of the prosecutor and other personnel who follow the appropriate execution of the reconciliation proceedings and should advise the conciliator on any problems that arise throughout the process. In fact, the reconciliation prosecutor and other personnel, who have the same common goal as the conciliator, consider the reconciliation process as an additional/burden work due to reasons such as the fact that the prosecutor's office in the courthouse has to work on more than one subject at the same time, the workload and the lack of personnel, especially in courthouses that do not have heavy penal courts, and this poses a great problem for conciliators. The Department of Alternative Resolutions (ACDB) is also a unit established within the Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs (CIGM) in Ankara that aims to improve the practice and effectiveness of alternative dispute resolution methods such as reconciliation and has responsibilities related to the reconciliation process. The unit tries to generate solutions for the failures in practice through methods such as writing a guiding response letter for the opinions asked to them, sending guidebooks to practitioners, preparing promotional advertisements/posters etc. for the reconciliation, holding scientific meetings to increase the effectiveness of the reconciliation process, and monitoring the reconciliation offices on site. However, certain criticisms have been leveled at both the ACDB and the prosecutor's office in terms of doctrine and practice.

Keywords: Reconciliation, Conciliator, Problems of Conciliators, Restorative Justice, Reconciliation Office, Reconciliation Prosecutor, The Department of Alternative Solutions

GİRİŞ

Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde(CMUY),¹ “uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırıcı tarafından anlaşılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi süreci” şeklinde tanımlanan uzlaşmanın sağlanmasını amaçlayan uzlaştırma müessesesi, ceza muhakemesi sistemimize 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73/8. maddesindeki düzenlemeyle dâhil olmuştur.² 6.12.2006 tarihli 5560

¹ Resmi Gazete, 30145, 05.08.2017; CMUY m. 4/1-k.

² “Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suç kabulmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.” 6.12.2006 T. 5560 sayılı Kanun ile bu

sayılı Kanun ile bu hüküm ilga edilmiş ve Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK)'nun 253 vd. maddelerinde değişiklik yapılarak müessesinin uygulama alanı genişletilmiştir. Daha sonra 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanunla müessesede kapsamlı değişiklikler yapılmış ve kurum bazı değişiklikler dışında bugünkü halini almıştır. Bugün itibarıyla uzlaştırma müessesesinin hukuki dayanakları CMK'nın 253, 254 ve 255. maddeleri ile bu maddelere dayalı olarak çıkarılan CMUY³'dir. CMUY'nin tanımlar başlıklı 4. maddesinde uzlaştırmacı “Şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören arasındaki uzlaştırma müzakerelerini yöneten, Cumhuriyet savcısının onayıyla görevlendirilen avukat veya hukuk öğrenimi görmüş kişiyi ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

CMK m. 253'e göre uzlaştırmaya tabi olan bir suçla ilgili yeterli şüphenin bulunması ve Kanundaki diğer şartların da sağlanması halinde, uzlaştırma bürosuna gönderilen bir dosyada herhangi bir eksiklik bulunmuyorsa⁴ uzlaştırma bürosunda görevli Cumhuriyet savcısınca Ulusal Yargı Ağı Projesi(UYAP) sistemi tevzi esaslarına göre dosyaya bir (gerekliyorsa birden fazla) uzlaştırmacı atanır. Uzlaştırmacı dosyanın taraflarına ulaşarak onları uzlaştırma teklif etmek üzere davet eder. Taraflara uzlaşma teklifinde bulunur. Tarafların bu teklifi kabul etmesi halinde ise uzlaştırma görüşmelerine/müzakerelerine geçilir ve görüşmelerin sonucuna göre de uzlaştırma aşaması sonuçlanır.

Uzlaştırma, bir onarıcı adalet kurumudur. Soruşturmanın her iki tarafı olan şüpheli/sanık ile mağdur ya da suçtan zarar görenin kendisinin fiilen sürece dâhil edilerek⁵ şüpheli/sanığın, mağdur/suçtan zarar gören ve toplumla barışması ve böylece bozulan kamu düzeninin daha hızlı, daha etkili ve daha az masraflı olarak yeniden tesis edilmesi sürecine hizmet eder.⁶ Uzlaştırma süreciyle mağdur ve fail,

hüküm ilga edilmiş ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253 vd. maddelerinde değişiklik yapılarak müessesinin uygulama alanı genişletilmiştir. Meral Ekici Şahin ve Kürşat Yemenici, '6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma' (2018) 13[1] Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 447

³ 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73/8'nci maddesinde uzlaştırma kurumu düzenlenmişti. Ancak sonraki tarihlerde madde hükmü kaldırılarak uzlaştırma CMK m. 253-255 maddelerinde ayrıntılı düzenlenmiştir. Bunun dışında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 24. maddesinde de uzlaştırma kurumu ile ilgili düzenleme bulunmaktadır.

⁴ Uzlaştırma bürosuna gönderilen dosya, uzlaştırma savcısınca; suçun uzlaştırmaya tabi olmadığı, suçun sübutuna etki eden delilin toplanmadığı, suçla ilgili dava açmaya yeterli şüphenin bulunmadığı ve muhakeme şartlarının bulunmadığı takdirde iade edilebilir. Erdal Yerdelen ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (1.bs Adalet Yayınevi 2018) 183, Orhan Cüni ve diğerleri, *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı* (1. bs Açık Ceza İnfaz Kurumu İşyurdu Müdürlüğü 2021) 74, Berrin Akbulut ve Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (2. bs Seçkin 2019) 130, 131, Ekici Şahin ve Yemenici (n 2) 480

⁵ ÖZBEK, DOĞAN ve BACAKSIZ, uzlaştırmayı mağdurun yeniden keşfi olarak nitelemiştir. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14.bs Seçkin Yayınları 2021) 829

⁶ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-1* (12. bs Seçkin Yayınları 2021) 75, Durmuş Tezcan ve diğerleri, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku* (2.bs Seçkin Yayınları



uzlaştığına dair iradelerini yazılı olarak açıklayarak uyuşmazlığın mahkeme önüne gitmeden sonlandırılmasını kabul ederse, uzlaştırma olumlu sonuçlanacaktır. Bu yönden bakıldığında uzlaştırma, cezalandırmaya bir alternatif teşkil ederken, ceza oluşturmasının ve ayrıca mağdurun suçtan doğan zararının daha seri bir şekilde giderilmesine hizmet eder.

Teknolojinin hızla gelişmesi, yeni suç tiplerinin ortaya çıkması ve nüfusun artışıyla birlikte suç sayısındaki artış, mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde artırmıştır. Bu durumda, uzlaştırma gibi alternatif çözümlerin önemi daha da belirgin hale gelmektedir. 2016 yılında uzlaştırma kurumunda yapılan köklü değişiklikler etkisini göstermiş ve 2016 yılında 7.817 olan uzlaşma ile sonuçlanan dosya sayısı, 2017’de 223.469’a yükselmiştir. Yine 2022 yılı istatistiklerine bakıldığında, uzlaştırma sürecinde uzlaştırma işlemleri tamamlanan toplam 582.760 dosyadan 234.294’ünde uzlaştırmanın olumlu sonuçlanmış olması da uzlaştırmanın önemini ortaya koymaktadır.⁷

Böylesine önem atfedilen ve hem uyuşmazlığın taraflarını hem de toplumu barıştırabilecek nitelikte olan uzlaştırma sürecinde, bu sürecin yöneticisi olan uzlaştırıcıların yaşadıkları sorunların ve bunların çözümlerinin ortaya konulması önemlidir. Zira uzlaştırıcılar bu süreçte ne kadar az sorunla karşılaşsalar, uzlaştırma sürecinin olumlu sonuçlanma oranı ve kurumun etkinliği buna paralel olarak artacaktır. Tabiri caizse uzlaştırıcıların ayak bağlarından kurtulması, onları bu sürece ve tarafları gerçek anlamda uzlaştırmaya odaklayacaktır. Çalışmada uz-

2022) 68, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9.bs Seçkin 2021) 849,850. Maddenin hükümet tasarısı gerekçesi, Osman Yaşar ve Cengiz Otacı, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu* (10.bs Seçkin 2022) 2458, Mustafa Özbek, ‘Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma’ (2005) 54[3] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295-297.

Uzlaştırma müessesesinin; eylemin sonuçlarının hemen meydana gelmesi, mağdurun kendisinin de sürece aktif katılım sağlayarak sonuca rıza göstermesi ile intikam duygusunun son bulması ve toplumsal barışa hizmet etmesi gibi sonuçlarının bulunması ile yargılamada çıkan cezaların tatmin edici olmaması ve yargılamanın oldukça uzun sürmesi gibi sebeplerle mağdur yönünden; cezaevi ve mahkûmiyet ihtimalinden korunabilmesi ve pişmanlık duyarak toplumla yeniden bütünleşmesine yardımcı olması gibi sebeplerle şüpheli yönünden; yargılama yapılmasına gerek kalmaması ve böylece iş yükünü azaltması ve yargılama masraflarının azaltılması gibi sebeplerle usul ekonomisi yönünden faydaları bulunmaktadır. Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-2* (12.bs Seçkin 2022) 213

⁷ Aynı yıl (2022) için istatistiklere bakıldığında, uzlaşma teklifinin kabul edilmesinden sonra yapılan uzlaştırma görüşmeleri sonucunda, 234.294 dosyada uzlaştırmanın olumlu sonuçlandığı, 51.869 dosyada ise olumsuz sonuçlandığı; aynı yıl uzlaştırma bürosuna gönderilen toplam 582.760 dosyadan 204.706’sında uzlaştırmanın teklif aşamasında olumsuz sonuçlandığı görülmüştür (verilerin toplandığı tarihte bu dosyalardan 91.891 tanesinde uzlaştırma işlemleri henüz sonuçlanmamıştır). Bu istatistikler incelendiğinde, uzlaştırma bürolarına gönderilen dosyaların yaklaşık yarısında uzlaşmanın olumlu sonuçlandığı görülmektedir. ‘2022 Yılı Uzlaştırma İstatistiği’ (AÇDB Resmi Sitesi, 2023)

<<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/30220231135472022%20YILI%20UZLAŞTIRMA%20İSTATİSTİĞİ.pdf>> erişim tarihi 11 Aralık 2023

laştırma savcılığı uygulaması sırasında Merzifon Adliyesi uzlaştırma bürosunda sistemin sorunlarına dair uygulamada yaşanan aksaklıklardan da yola çıkılarak bu kapsamda doktrin ve uygulama çerçevesinde uzlaştırmacıların sorunları ve çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK UZLAŞTIRMACI

Uzlaştırmacı olma şartları CMUY m. 48/3'te açıklanmıştır. Buna göre, “Uzlaştırmacı siciline kaydedilebilmek için; Türk vatandaşı olmak, tam ehliyetli olmak, avukatlar yönünden baroya kayıtlı olmak, hukuk öğrenimi görmüş kişiler yönünden üniversitelerin hukuk fakültelerinden mezun olmak veya hukuk ya da hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyaset bilgileri, idari bilimler, iktisat, maliye alanlarında veya polis akademisinde en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış olmak, kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmamak, terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak, uzlaştırmacı eğitimini tamamlamak ve yazılı sınavda başarılı olmak, disiplin yönünden meslekten veya memuriyetten çıkarılmamış ya da geçici olarak yasaklanmamış olmak gerekir.”

Uzlaştırmacılar ancak baroya kayıtlı avukatlar veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler⁸ arasından, yapılan sınavda başarılı olup AÇDB'nca uzlaştırmacı listesine kaydedilen kişilerdir. Ayrıca kişinin uzlaştırmacılık yapabilmesi için fiilen yaptığı mesleğinin uzlaştırma kurumu ile bağdaşır nitelikte olması gerekir.⁹ Bu durum, CMUY m. 48/4'te “Sicile kayıt için başvuruda bulunacak kişinin fiilen yürütmekte olduğu asıl mesleğinin ilgili mevzuatında, uzlaştırma faaliyetini yürütmesine engel bir hüküm bulunmamalıdır” şeklinde düzenlenmiştir.

Uzlaştırmacı, uzlaştırma savcısı tarafından UYAP tevzi esaslarına göre uzlaştırma dosyasına atanır. Uzlaştırmacı atandığı dosyada, öncelikle taraflara herhangi bir yolla (iletişim araçlarıyla) ulaşılarak uzlaştırma teklifinde bulunur (CMUY m. 29/1). Eğer iletişim araçlarıyla ulaşılamazsa uzlaştırma bürosunun aracılığıyla tebligat ya da istinabe yoluyla taraflara uzlaştırma teklifini gönderir. Taraflara teklif aşamasında uzlaştırmacının mahiyeti ile uzlaştırmayı kabul veya reddetmenin hükmü ve sonuçları hakkında bilgi verir (CMUY m. 29/5).¹⁰ Teklif kabul edilirse

⁸ “Hukuk öğrenimi görmüş kişiler” kavramı doktrinde oldukça eleştirilmiş ve tartışılmıştır. CMK M. 253/24'te “...hukuk öğrenimi görmüş kişiler...” şeklinde muğlak bırakılan ifadenin CMUY m. 48/3'te “...Hukuk öğrenimi görmüş kişiler yönünden üniversitelerin hukuk fakültelerinden mezun olmak veya hukuk ya da hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyaset bilgileri, idari bilimler, iktisat, maliye alanlarında veya polis akademisinde en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış olmak...” şeklinde açıklandığı görülür. Konumuzla doğrudan bağlantılı olmadığından bu konuda daha fazla ayrıntıya girmeyi gerek görmüyoruz.

⁹ Mustafa Ruhan Erdem, Ferda Eser ve Pakize Pelin Özşahinli, *Uzlaştırmacı Sınavına Hazırlananlar için 100 Soruda Uzlaştırma Uzlaştırmacının El Kitabı* (3.bs Seçkin 2017) 66

¹⁰ CMUY m. 16 hükmü gereğince gerekli olduğu düşünülen soruşturma belgelerinin birer örneği uzlaştırmacıya verilir. YENİSEY ve NUHOĞLU, bu anlayışı eleştirmekte olup, uzlaştırmacının maddi gerçeği çözmek gibi bir amacı ve görevinin bulunmadığı, uzlaştırmacının tarafsız ve bağımsız olduğu ve bundan dolayı da dosya içeriğinden ilgisinin olmaması gerektiği görüşündedir.



uzlaştırma müzakereleri evresine geçilir. Uzlaştırıcı bu evrede yöneticidir. Gizlilik içerisinde uzlaştırma müzakerelerini yöneterek gerekirse tarafları bir edim etrafında uzlaştırmaya çabalar (CMUY m. 31,32,33). Müzakerelerin sonunda uzlaşma sağlanırsa uzlaştırıcı uzlaşmanın ayrıntılarını uzlaştırma raporuna yazar ve raporu uzlaştırma bürosuna teslim eder (CMUY m. 18, 25). Aynı şekilde, uzlaştırma işlemlerinin teklif aşamasında ya da müzakere aşamasında olumsuz sonuçlanması halinde de uzlaştırıcı düzenlediği belgeyi uzlaştırma bürosuna teslim eder. Raporda ne şekilde uzlaşıldığının ayrıntısını, belirlendiyse edimin içeriği ve yerine getirilişine dair ayrıntılı bilgiyi, uzlaştırma sağlanmadıysa bunun nedenlerini gösterir.¹¹ Uzlaştırma raporunun teslim edilmesinden sonra ise “Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka ve ahlaka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına almak suretiyle onaylar, soruşturma dosyasında muhafaza eder”(CMUY m. 18/4).

Raporun teslimi ve raporda Kanun ve Yönetmeliğe aykırılık bulunmaması halinde uzlaştırma süreci sonuçlanır ve soruşturma hakkında da karar verilir. Uzlaştırma edimsiz ya da def’aten yerine getirilmiş bir edimle sağlandıysa kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilirken, uzlaştırma sağlanmadıysa iddianame düzenlenecektir (CMK m. 253/19). Edim ileri tarihliyse, edimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin takip edilmesi için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilecektir (CMK m. 253/19). Uzlaştırıcının görevi uzlaştırma raporunu teslim etmesiyle tamamlandığından, ileri tarihli edimin yerine getirilip getirmediğini uzlaştırıcı değil, uzlaştırma bürosu takip edecektir.¹²

II. UZLAŞTIRMACILARIN SORUNLARI

A. Uzlaştırıcıya Duyulan Güven Açısından

Uygulamada, uzlaştırıcıların taraflara ulaşmaya çalıştığı sırada, uzlaştırıcı tarafından ulaşılan kişinin, uzlaştırıcıyı “telefon aracılığıyla dolandırıcılık yapan kişi” ya da “dosyanın karşı tarafının avukatı” olarak algıladığı durumlar sıkça yaşanmaktadır. Bu yanlış algı, taraflar arasında uzlaştırıcıyla önyargısız bir görüşme veya buluşmaya gelme konusunda tereddütlerin oluşmasına neden olmaktadır. Ayrıca bu durum, uzlaştırma sürecine ve uzlaştırıcıya olan güveni zedelemektedir¹³ Bu tereddütlerin ortaya çıkmasında, son zamanlarda dolandırıcıların uzlaştırma müessesesini kendi planlarına alet ederek telefon üzerinden do-

Yenisey ve Nuhoğlu (n 6) 862. Uzlaştırıcının olayla ilgili bilgi edinmesinin uzlaştırma sürecinin yönetiminde faydalı olabileceğine dair aksi görüş için bkz. Yerdelen ve diğerleri (n 4) 189, aynı yönde bkz. Akbulut ve Aksan (n 4) 200

¹¹ CMUY m. 18; Orhan Cüni ve Merve Özcan, *Uzlaştırma Kılavuzu* (Sefine Tasarım 2021) 66, 67

¹² Yerdelen ve diğerleri (n 4) 77

¹³ İnanç İşten ve İbrahim Sani Mert, ‘Uzlaştırma Kurumunun Etkinliğinin Artırılması: Uzlaştırma Sürecinde Karşılaşılan Hukuki ve İletişime İlişkin Problemler ile Çözümlerine İlişkin Nitel Bir Araştırma’ (2018) 6[11] Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21

landırıcılık faaliyetlerini artırdığı gerçeği de etkili bir faktördür. Dolandırıcıların bu yöntemi kullanarak tarafları kandırmaları, uzlaştırma sürecinin doğru anlaşılmasına yol açmaktadır.

Doktrinde uzlaştırmacılara uzlaştırmacı kimliği şeklinde bir kimlik verilmesi ve bu kimlikle uzlaştırmacının kendisini tanıtmaması durumunda insanların uzlaştırmacıya güveninin artacağı görüşü bildirilmiştir.¹⁴ Gerçekten de uygulamada AÇDB’nce uzlaştırmacılara uzlaştırmacı kimlik kartları dağıtılmaktadır. Bu tarz bir uygulamanın uzlaştırmacıya ilk etapta duyulan güveni artırabileceği söylenebilir de, uzlaştırmacıların ilk olarak taraflara genellikle telefon üzerinden ulaşmaları, bu ulaşma ile kimliğin ibrazının mümkün olmaması ile uygulamada dolandırıcıların bir şekilde ellerine geçirdikleri avukat kimlik kartlarının fotoğraflarını da dolandırıcılık amacıyla kullandıklarının bilinmesi de düşünüldüğünde, verilecek kimlik kartının da bu sorunun tamamen aşılmasını sağlamayacağı kanaatindeyiz. Uzlaştırmacılar ve taraflar arasındaki güvenin sağlanması için, bu tür dolandırıcılık faaliyetlerine karşı daha etkili önlemler alınması ve bilinçlendirme çalışmalarının artırılması gerekmektedir. Ayrıca, uzlaştırmacılara ve taraflara, uzlaştırma sürecinin doğruluğunu ve güvenilirliğini artırmak adına gerekli bilgilerin sağlanması da önemlidir.

CMUY m. 12/3’e göre bir dosyada uzlaştırmacı atandığında, bu husus taraflara telefon, mesaj gibi iletişim araçlarıyla bildirilir. Bu bilgilendirme, tarafların uzlaştırmacıya güven duyması bakımından yararlıdır.¹⁵ Dosyaya bir uzlaştırmacı atandığında, UYAP sistemi üzerinden, tarafların kayıtlı olan telefonlarına bu duruma dair bilgi mesajı gönderilmektedir. Ayrıca UYAP sistemi, savcılık tarafından sisteme yazılan herhangi bir telefon numarasına mesaj gönderimi yapılabilmesine olanak sağlamaktadır. Buna benzer bir şekilde, uzlaştırmacıardan sistem üzerinden taraflara doğrudan “uzlaştırma bürosu” adına mesaj atma yetkisinin verilmesi, tarafların uzlaştırmacılara duyacağı güveni artırıcı bir etmen olacaktır. Yine tarafların güven problemi duyduklarının hissedilmesi durumunda, görüşmelerin adliyelerde yapılması da tarafların güvenini artıracaktır.

B. Uzlaştırma Görüşmelerinin Yapıldığı Yer Açısından Sorunlar

CMUY’nin 35. maddesine göre “uzlaştırma müzakereleri; adliye binalarında uzlaştırma müzakereleri için oda tahsis edilmişse bu yerlerde, kamu kurum ve kuruluşlarında bu amaçla ayrılan yerlerde, tarafların kabul etmesi şartıyla uzlaştırmacının faaliyetlerini yürüttüğü büroda, tarafların menfaatlerine uygun, kendilerini huzurlu hissedecekleri güvenli bir ortamda veya taraflarca kabul edilen bu işe uygun başka yerlerde, gerçekleştirilebilir.

Uzlaştırma müzakerelerinin adliye binalarında gerçekleştirilmesi hâlinde toplantı odalarının düzenlenmesi, gerekirse güvenliğinin sağlanması, uzlaştırma top-

¹⁴ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 8

¹⁵ Yerdelen ve diğerleri (n 4) 187



lantıları için tahsis sıra ve saatlerinin belirlenmesi Cumhuriyet başsavcılığı tarafından yerine getirilir.” Hal böyleyken uygulamada bazı adliyelerde (zellikle ağır ceza mahkemesi bulunmayan ilçe adliyelerinde) uzlaştırma işlemlerinin yapılması için ayrı bir görüşme odası bulunmadığı ve bu nedenle uzlaştırma görüşmelerinin bu iş için özel olarak ayrılmayan bölümlerde yapılmaya çalışıldığı görülmektedir.¹⁶ Uzlaştırma işlemlerinin güven içerisinde yürütülebilmesi için bu görüşmelerin güven içerisinde yapılabileceği bir ortamın hazırlanması önemlidir. Uzlaştırmacıların, görüşmeleri kafeterya ve benzeri yerlerde yapmasına engelleyici bir hüküm bulunmasa da, bu tarz ortamlarda uzlaştırma işlemlerinin gizliliğinin ve tarafların kişisel verilerinin gizliliğinin ihlal edilmemesi ve yine tarafların güvenliğinin sağlanması gibi noktalarda daha dikkatli olunmalıdır.¹⁷

C. Uzlaştırma creti ve Giderlerine İlişkin Sorunlar

Uzlaştırmacıya uzlaştırma işlemleri kapsamında ödenecek cret CMUY m. 36’da belirlenmiştir.¹⁸ Buna göre uzlaştırmacıya ödenecek ücret her yıl Bakanlık tarafından yayınlanan ücret tarifesindeki alt ve st sınırlar içerisinde, yine Yönetmelikte belirlenen kıstaslara¹⁹ göre belirlenecektir. Bugün için geçerli olan tarifede, uzlaştırmacı ücretinin bazı kıstaslara göre belirleneceği belirtilmiş ayrıca uzlaştırmanın teklif aşamasında olumsuz geerleşmesi, müzakere aşamasında olumsuz geerleşmesi ve uzlaştırmanın olumlu geerleşmesi halinde ücret için farklı tarife belirlenmiş, bu hallerde de taraf sayısı arttıkça ücretin de artacağı belirlenmiştir.²⁰ Uzlaştırmacı Asgari cret Tarifesinin 6. maddesinde, uzlaştırmacı-

¹⁶ Adliyelerde ayarlanan bu odaların niteliği belirlenirken uzlaştırmacıların görüşme yaparken ara vererek bir tarafla ayrıca görüşmesine olanak sağlayacak, ayrıca bilgisayar ve telefon desteği sağlanmış olmasına da dikkat edilmelidir. Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 9

¹⁷ Akbulut ve Aksan (n 4) 188, 189. Kamu görevlisi olan uzlaştırmacıların, uzlaştırma işlemlerini yerine getirirken kamunun olanaklarını ve mesai saatini kullanmaması gerekir. Mesai saati dışında ve kamu hizmetini aksatmadan, kurum içinde, kurum amirlerinin kendilerine gösterdiği yerlerde uzlaştırma faaliyetlerini yürütmelerinde bir engel bulunmamaktadır. Yönetmeliğin 35’inci maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, uzlaştırmacının aynı zamanda baroya kayıtlı bir avukat olması halinde tarafların rıza göstermesi halinde uzlaştırma görüşmelerinin avukatlık bürosunda yapılabileceği kararlaştırılmıştır. Yine avukatlar dışında, kendi mesleklerini kendi bürolarında yürüten diğer uzlaştırmacılar için de tarafların kabul etmesi halinde uzlaştırma müzakereleri kendi bürolarında yürütülebileceği hüküm altına alınmıştır. Ekici şahin ve Yemenici, (n 2) 496

¹⁸ CMUY m. 36/1: “Uzlaştırmacıya her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan Tarifeye göre ücret ödenir.

¹⁹ CMUY m. 36/2: “Uzlaştırmacı creti, uzlaştırmacının şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin yaşı, eğitimi, sosyal ve ekonomik durumu gibi belirgin farklılıklarını değerlendirmede ve tarafları uzlaştırmadaki becerisi, süreçte gösterdiği gayret, taraf sayısı, uyumsuzluğın kapsam ve niteliği dikkate alınarak tarifedeki alt ve st sınırlar arasında belirlenir.”

²⁰ 17.12.2022 tarihinde yayınlanan 32046 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 2022 Yılı Uzlaştırmacı Asgari cret Tarifesi. Tarifeye göre, örneğin taraf sayısının 2 kişi olduğu bir uzlaştırma dosyasında, uzlaştırmanın teklif aşamasında olumsuz sonuçlanması halinde belirlenecek ücret aralığı 400-600 TL iken, müzakere aşamasında olumsuz sonuçlanması halinde 600-800 TL, uzlaştırmanın olumlu sonuçlanması halinde ise 1.202-1.606 TL’dir.

nın zorunlu ve mutad yol masrafı dâhil giderlerinin de (asgari ücret tarifesinde belirtilen ve uzlaştırmacı için ödenecek ücretin alt sınırını geçmeyecek şekilde) uzlaştırmacıya ayrıca ödeneceği bildirilmiştir.

Uygulamada tarafların uzlaştırma teklifine doğrudan uzlaştırma şartlarını ortaya koyarak cevap verdikleri ve bu şartları sağlanamazsa teklifi reddettikleri, bu halde de uzlaştırma sürecinin teklif aşamasında kaldığı gerekçesiyle az ücret takdir edildiğine yönelik eleştiriler bulunmaktadır. Bu gibi hallerde, uzlaştırmacının süreci, uzlaştırma raporuna etkili bir biçimde yansıtması durumunda, uzlaştırmacının müzakere aşamasında olumsuz olduğu kabul edilerek buna göre ücret takdir edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca taraflar çoğu kez teklif ve müzakere aşamasının farkını anlamadığı, teklifi kabul ettiğinde kendisinden bir de müzakere sonucunda uzlaşmayı kabul etmesinin beklenmesini anlamsız bulduğu için teklif ve müzakere aşamalarının birleştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Uzlaştırmacılar ücret tarifesinin özellikle enflasyonun yüksek olduğu dönemlerinde yıl boyunca tek tarife olarak uygulanması nedeniyle belirlenen ücretin ekonomik koşullara göre düşük kaldığı şeklinde geri dönüşler alınmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar bu duruma yönelik de çözüm olması için asgari ücret tarifesine göre belirlenen üst sınırın kaldırılması ve uzlaştırmacı ücretinin savcı tarafından serbestçe belirlenmesi gerektiği görüşündedir.²¹ Enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde tarifede yazılı ücretin düşük kaldığının anlaşılması halinde, yıl sonu beklenmeden, yıl içinde de tarifede güncelleme yapılarak bu sorunun önüne geçilebileceği kanaatindeyiz.

Uygulamada uzlaştırmacıların ücretinin uzlaştırmacının sonucunun olumlu olup olmamasına göre belirlendiği gözlemlenmektedir. Bu uygulamada, uzlaştırmacının sağlanamaması halinde ücretin daha az takdir edildiği gözlemlenmekte, buna göre de uzlaştırmacının başarısız sonuçlanmasının uzlaştırmacıya bağlandığı izlenmektedir. Böyle bir tutum hatalı olup, uzlaştırmacının ücretinin tarifeye göre ve uzlaştırmacının sonucuna bakılmaksızın doğrudan uzlaştırmacının sarfettiği gayrete göre belirlenmesi gerekmektedir.²²

Serbest meslek mensubu olmayan bir kurumda çalışan uzlaştırmacıların kazançlarından gelir vergisi, kaynağında kesilmektedir. Bu kapsamda bu uzlaştırmacılar için sarf kararı (ücret ödenmesi kararı) yazıldıktan sonra idari işler müdürlüğüne sarf kararı ilgili mal müdürlüğüne/defterdarlığa gönderilir ve mal müdürlüğüne kaynağında kesinti yapılarak uzlaştırmacıya ödeme yapılır. Ancak serbest meslek mensupları (örneğin serbest çalışan avukatlar) bu gelirlerini de makbuz keserek beyan etmek zorunda olduklarından; idari işler müdürlüklerince uygulamada bu

²¹ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 301

²² Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 301. Uzlaştırma işleminde sonuca değil, süreç odaklanılması gerekir. Z.Özen İnci ve M.Sevgi Sakarya, '6763 Sayılı Kanun Değişikliği Sonrasında Uzlaştırma Uygulamalarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' (2018) 13[141] Terazi Hukuk Dergisi 106



kişilerin sarf kararını mal müdürlüğüne ödeme yapılmak üzere göndermeden önce makbuz getirilmesi beklenmektedir. Bu halde uzlaştırmacının getirdiği makbuzla birlikte sarf kararı mal müdürlüğüne gönderilmektedir.²³ Doktrinde bazı yazarlar, uygulamadaki yönetmelik hükmünde²⁴ böyle bir düzenleme bulunmasa da, uzlaştırmacılık yapan avukatlar için kendilerine uzlaştırmacı ücretinin ödenmesi için serbest meslek makbuzu istenmesi şeklindeki bu uygulamanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ayrıca hâlihazırdaki yönetmelikte serbest meslek makbuzu verilmesi şeklinde bir şartın bulunmadığının gözetilerek bu eşitlik ilkesine aykırı uygulamadan vazgeçilmesi gerektiği görüşündedir.²⁵ Adalet Bakanlığı CİGM'nden bu konuda görüş sorulmasına üzerine, CİGM'ce özetle, avukatların mesleki faaliyetleriyle ilgili tahsilatları nedeniyle makbuz düzenlemesi gerektiği, uzlaştırma sürecindeki ücretin ise diğer mesleklerden ari olarak sırf uzlaştırma işlemindeki gayret ve çabanın karşılığı olarak ödenen bir ücret olduğu, bu kapsamda bu ücretin mesleki faaliyete ilişkin bir tahsilat olmayacağı gerekçesiyle makbuz düzenlenmesi gerekmediği şeklinde görüş bildirildiği görülmektedir.²⁶

CMUY m. 38/1'e²⁷ göre, uzlaştırmacının uzlaşma işlemleri için yapmış olduğu mutad giderler kendisine ödenir. Ancak doktrinde yol dahil bu giderlerin miktarının, Yönetmelik hükmüyle ilgili yıl Uzlaştırmacı Asgari Ücret Tarifesinin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde belirlenen miktarın alt sınırını geçmeyeceği şeklindeki kısıtlayıcı düzenleme, bazı istisnai durumlarda bu sınırın üzerinde gider yapan uzlaştırmacının aleyhine sonuç doğurabileceği ve hayatın olağan akışına uygun/makul giderlerin üst sınıra tabi olmanın ödenmesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁸

Bu hususta dikkat edilmesi gereken bir durum da, vergi yönünden uzlaştırmacının aleyhine sonuç doğmaması için, uzlaştırmacıya emeği karşılığı ödenecek ücret ile yaptığı masraflara karşılık ödenecek ücrete dair sarf kararlarının ayrı ayrı yazılması gerektiğidir. Masrafların gelir vergisinde vergilendirilmesi uzlaştırmacının aleyhine olacaktır.²⁹ Uygulamada bu hususta uzlaştırmacılarından da şikâyetler geldiği görülmektedir.

²³ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 305

²⁴ Yürürlükten kaldırılmış olan 26.07.2007 tarih ve 26594 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve şu anda yürürlükte bulunmayan Ceza Muhakemesi Kanununa göre Uzlaştırmacının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md.21/1

²⁵ Ekici Şahin ve Yemenici (n 2) 501, 502

²⁶ 'CİGM'nün 06.04.2018 tarihli uzlaştırmacı ücreti konulu 19120602-045-02-0140-2018-E.699/28394 sayılı görüş yazısı' (AÇDB Resmi Sitesi, 2018) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2112018150223Uzlaştırmacı%20Ücretlerine%20Dair%20Görüş%20Yazısı.pdf>> erişim tarihi 23 Nisan 2023

²⁷ "Uzlaştırmacı tarafından zorunlu yol giderleri dâhil olmak üzere yapılan masraflar, ilgili yıl Uzlaştırmacı Asgari Ücret Tarifesinin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde belirlenen miktarın alt sınırını geçmeyecek şekilde ayrıca ödenir."

²⁸ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 306, 307

²⁹ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 307

D. Uzlaştırma Sürecinin İşleyiş Usulüne Dair Sorunlar

Doktrinde genel olarak Türk toplumunda uyuşmazlıkların mahkemeler önünde çözümlenmesi gerektiği anlayışının hakim olduğu; uyuşmazlıkların uzlaştırma gibi barışçıl, onarıcı amaçlı olan diğer yöntemlerle çözümlenebileceği anlayışı ya da diğer bir deyişle uzlaşa kültürünün pek yerleşmediği savunulmaktadır.³⁰

Uygulamada uzlaştırmacıların, birçok dosyada taraflara telefon gibi iletişim araçlarıyla ulaşmakta zorluk çektiklerine dair geri dönüşler alınmaktadır³¹. Uzlaştırmacıların telefonla ulaşamadıkları ya da uzlaştırma görüşmeleri/teklifi yapılacak yere gelmesini sağlayamadıkları tarafların adreslerine ulaşmaya ve kendileriyle yüz yüze görüşmeye çalışmalarının zorunlu olup olmadığı hususu tartışmalıdır. CİGM, bu konuda kendi görüşünü paylaşıırken, uzlaştırmacıların uzlaştırma işlemlerini usulüne uygun bir şekilde yerine getirebilmek için aktif bir rol üstlenmeleri gerektiğini ifade etmiştir. Bu aktif rol, taraflarla mümkün olduğunca yüz yüze görüşmeleri içermeli, taraflar şehir dışında yaşıyor olsalar bile, taraflara uzlaştırma süreci ve sonuçları hakkında gerekli bilgilendirmeyi sağlamayı içermelidir. CİGM, uzlaştırmacının bu konuda aktif çaba göstermesi gerektiği düşüncesini dile getirmiştir.³² Kanaatimizce bu görüşün ortaya koyduğu yol, uygulama açısından uygulanması güç bir yoldur. Zira örneğin kendisine şiddet uygulanan ya da ısrarlı takip mağduru kadınların şikâyetçi oldukları kişilerin kasten yaralama veya huzur ve sükûnunu bozma suçu ile ilgili bir uzlaştırma dosyasında, bir kadın uzlaştırmacıdan şüpheliyle yüz yüze temasa geçmesini beklemek zordur. Bu uç sayılabilecek örnek dışında, diğer suçlarda da uzlaştırmacıyı suç şüphesi altında bulunan kişinin adresine gitmeye zorlamak (kamu görevlisi olan uzlaştırmacıların, uzlaştırma işlemlerini mesai saatleri dışında yapması gerekebileceği de gözetildiğinde) mümkün olmayacaktır.

Taraflardan birinin ya da birkaçının uzlaştırma dosyasının bulunduğu yerde bulunmaması durumunda uzlaştırmacının şehir dışında olan tarafla yüz yüze görüşme imkânının bulunmaması nedeniyle uzlaştırma sürecinin zora gireceği aşikârdır. Bu nedenle şehir dışında olan tarafın uzlaştırma sürecine entegrasyonunun, tarafın

³⁰ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 27. Ayrıca bir onarıcı adalet kurumu olan uzlaştırma kurumu Türk hukukunda gerçek anlamda onarıcı adalete hizmet etmesinden ziyade yargıda iş yükünü azaltması amacıyla getirildiğinden, etkinliği ve verimliliği beklenen düzeyde olmamıştır. Uzlaştırma ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dair eğitimin ilkokuldan başlayarak ders olarak verilerek, üniversitelerde bu konularda özel çalışma projeleri oluşturularak, topluma uzlaşa kültürü zamanla aşılanabilir. Mümin Güngör, *Ceza Yargılamasında Uzlaştırma* (1.bs Adalet Yayınevi 2019) 346

³¹ İştin ve Mert (n 13) 21

³² 'Adalet Bakanlığı CİGM'nün 06.06.2017 tarihli Uzlaştırma İşlemlerinde Tebligat ve İstinabe Konulu görüş yazısı' (AÇDB Resmi Sitesi, 2017)

<<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2112018152017Uzlaştırma%20İşlemlerinde%20Tebligat%20ve%20İstinabe%20Dair%20Görüş%20Yazısı.pdf> > erişim tarihi 23 Nisan 2023



bulunduğu uzlaştırmacı listesindeki başka bir uzlaştırmacı yardımıyla yapılması (istinabe gibi) ve bu uzlaştırmacıya da emeğinin karşılığında ücret takdiri şeklinde yeni bir yöntemin değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Uygulamada bazen, uzlaştırma teklifinin bizzat uzlaştırmacılar tarafından posta yoluyla tebliğ edildiği görölmektedir.³³ AÇDB uygulaması ve yargı kararlarına göre ise, uzlaştırma sürecine ilişkin tebligat yapılma zorunluluğu bulunması halinde, tebligatın uzlaştırma bürosu aracılığıyla yapılması bir zorunluluktur. Ayrıca yine istinabe yapılması zorunluluğu bulunması halinde bu işlemin de talimat bürosu aracılığıyla yapılması gerektiğine dair görüş bildirilmiştir.³⁴

Doktrin ve uygulamada uzlaştırma teklifinin tarafın vekiline/müdafisine yapılıp yapılamayacağı hususunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar uzlaştırma teklifinin sadece taraflara yapılabileceğini belirtirken³⁵, bazı yazarlar da uzlaştırma için özel vekâlet verilmişse uzlaştırma teklifinin vekile yapılabileceği görüşündedir.³⁶ Mağdur tarafı ya da şüpheli tarafı çok kişiden oluşan dosyalarda, ulaşılamayan taraf açasından uzlaştırma lehine hareket edilerek vekâletinde uzlaştırma yapma yetkisi bulunan avukata uzlaştırma teklifinin yapılabilmesinin, faydalı olabileceği düşüncesindeyiz. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.³⁷ Örneğin mağdur sayısı çok olan bir dosyada, taraflardan birinin yurtdi-

³³ CMUY m. 29/4: “Uzlaşma teklif formunun istinabe suretiyle imzalatılması gereken hâllerde, teklif formu tarafın bulunduğu yer Cumhuriyet başsavcılığı istinabe bürosu aracılığıyla imzalatılır.” CMUY m. 31/6: “Uzlaştırma raporunun istinabe suretiyle imzalatılması gereken hâllerde, rapor tarafın bulunduğu yer Cumhuriyet başsavcılığı istinabe bürosu aracılığıyla imzalatılır.”

³⁴ ‘Adalet Bakanlığı CİGM’nün 06.06.2017 tarihli Uzlaştırma İşlemlerinde Tebligat ve İstinabe Konulu görüş yazısı.’ Yargıtay 4 CD, 2021/8063, 23.06.2021 ve 4 CD, 2020/2496, 07.10.2020, Yaşar ve Otacı (n 6) 2481, 2482

³⁵ Uğur Aşkın, Veysel Topuz ve Burak Bilge, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Çözömlü Soru Bankası* (1. bs Adalet 2019) 113, Yerdelen ve diğerleri (n 4) 298 Akbulut ve Aksan (n 4) 160. Olgun Değirmenci, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma* (1. bs Seçkin 2020) 241.

AÇDB’nin görüşüne göre de uzlaştırma teklifi ancak tarafa yapılır. Ancak ilk teklifden sonra tarafın bunu istemesi ve vekâletnamede özel yetki varsa vekil ya da müdafiiyle uzlaştırma işlemlerine devam edilebilir. Ayrıca müşteki ya da suçtan zarar gören eğer özel hukuk tüzel kişisiyse ve tarafın bu hususta özel yetkilendirilmiş vekili bulunuyorsa, bu takdirde vekille uzlaştırma işlemleri gerçekleştirilebilir. Cüni ve Özcan (n 11) 51. Yargıtay da 2. Ceza Dairesinin, 28.05.2008 tarihli 2008/11491 esas sayılı ilamında ve 4. Ceza Dairesinin, 02.04.2008 tarihli 2008/3422 esas sayılı ilamında, müdafinin reddettiği uzlaştırma teklifi ile ilgili olarak, asil yerine müdafisine uzlaştırma teklifinin sunulmuş olmasını bozma nedeni saymıştır. Yaşar ve Otacı (n 6) 2480. Kanun’un açık hükmü de bu görüşü desteklemektedir. CMK m. 253/4: “Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır.”

³⁶ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 140

³⁷ Yargıtay 18 CD, 2018/4383, 2019/1290: “...Dosya kapsamı incelendiğinde; sanığın üzerine atılı suç açasından 6763 sayılı Kanun uyarınca uzlaştırma işlemleri yapılmak üzere uzlaştırmacı görevlendirildiği, uzlaştırmacı raporunda müşteki vekilinin uzlaşmayı kabul etmemesi dolayısıyla

şında bulunması gibi durumlarda özel yetkiye sahip avukata uzlaştırma teklifi yapılabilmesi, müesseseyi uygulama açısından kolaylık sağlayacak ve uzlaştırmanın etkinliğini artıracaktır.

Uzlaştırma bürosunca uzlaştırmacı görevlendirilirken, aynı ağır ceza mahkemesi sınırları içerisinde herhangi bir yerden uzlaştırmacı atanabilmektedir.³⁸ Bundan dolayı bir mülhakat(ağır ceza mahkemesi bulunmayan) adliyesinde görev yapan savcılık tarafından yapılan atamada, uzlaştırmacının merkeze ters istikamette ve uzak başka bir ilçeden dosyaya atanması halinde bu uzlaştırmacının taraflarla iletişimini düzgün bir biçimde kurabilmesi hususunda zorluklar yaşadığı ve gereğinden fazla emek ve mesai harcamak durumunda kaldığına dair uygulamadan geri dönüşler alınmıştır. Bu hususta uzlaştırmacıların bir yerde dosyaya atanması hususunda, ilgili adliyeye belli bir azami km uzaklıktan atanamayacakları şeklinde bir kural getirilebilir. Örneğin Merzifon Adliyesi, Amasya Adliyesine (Merkez ilçeden yaklaşık 46 km uzaklıkta) bağlı bir mülhakattir. Taşova ilçesi de Amasya ağır ceza bölgesinde olup merkeze uzaklığı 51 km, Merzifon ilçesine uzaklığı toplam 94 km'dir. Uygulamada Merzifon ilçesindeki uzlaştırma dosyalarına Taşova ilçesinde ikamet eden uzlaştırmacının dahi UYAP sistemince atandığı görülmektedir. Tarafları ve fiziki dosyası 94 km uzakta göreve başlayan uzlaştırmacı için bu sürecin normalden daha zorlu olacağı kaçınılmazdır. Bunun önüne geçilebilmek için (Ağır ceza merkezinin bulunduğu şehirden yapılan atamalar hariç tutularak) uzlaştırmacıların ikamet ettikleri yerlere örneğin 50 km gibi makul bir uzaklık içerisinde yerleşmiş uzlaştırmacıların dosyaya atamasının yapılabilmesi gibi bir sınırlama getirilebilir. Ya da uzlaştırmanın gönüllülük esaslı bir süreç olduğu da gözetilerek, uzlaştırmacıya bağlı olduğu ağır ceza mahkemesinin yetki çevresindeki hangi adliyelerden dosya almak istediğine dair seçim hakkı verilmesi gibi bir yöntem izlenebilir. Ancak bu saydığımız ikinci halde uzlaştırmacıların bu yetkisini kötü niyetli bir şekilde kullanmalarının önüne geçecek düzenlemeler oluşturulmalıdır. Halihazırda bir uzlaştırmacı uzak bir yerden bir dosya geldiğinde dosyayı sistemden reddedebilmektedir. Ancak bu durum sırf uzlaştırma işlemi gereği gibi yürütemeyeceğini düşünerek dosyayı reddeden uzlaştırmacı aleyhine sonuç doğurmaktadır³⁹.

uzlaştırmanın gerçekleşmediği, müşteki vekili tarafından dosyaya sunulan vekaletnameye göre uzlaştırma işlemlerinin yapılması, uzlaştırmanın kabulü ve reddi açısından vekaletname dahilinde müşteki tarafından özel yetki verildiğinin anlaşıldığı, bu suretle uzlaşma teklifi işlemlerinin usulünce gerçekleştirildiği ve buna karşın uzlaşmanın sağlanamadığı anlaşılmakla, kanun yararına bozma talebinin reddine..."

³⁸ CMUY m. 12/2: "Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı yargı çevresinde yeteri kadar uzlaştırmacı bulunmaması hâlinde, en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı listesinden görevlendirme yapılabilir. "

³⁹ Uzlaştırmacılarından alınan geri dönüşlere göre, uzlaştırmacıya uzlaştırmadığı her dosya için 1 puan, reddettiği dosya için 2 puan eklenmektedir. Uzlaştırmayı sağladığı dosyada ise puan eklenmemektedir. Bir bölgede uzlaştırmacıların ortalama puanının üzerinde puanı olan uzlaştırmacıya dosya atanmamakta olup, bu uzlaştırmacı dosya alabilmek için ortalama puanın



Yine uzlaştırma sürecinde mağdura ulaşılabilmesine ve mağdur tarafından edimsiz uzlaşma kabul edilmesine rağmen, şüpheli tarafa ulaşılamamasından dolayı uzlaştırmanın olumsuz sonuçlanması da eleştirilmektedir.⁴⁰ Bu kapsamda şüpheliye ulaşılamaması halinde mağdurun edimsiz uzlaştırmayı kabul etmesi hali dışında, uzlaştırma uygulanamayacağına dair bir düzenleme getirilmelidir.

Uygulamada uzlaştırma sürecinde uzlaştırmanın tarafı olan taraflardan vekâlet ücreti alabileceğini değerlendiren avukatın, uzlaştırma sürecine etkileyerek, olumsuz şekilde sonuçlanmasına yönelik çaba sarf ettiğine ilişkin bazı şikâyetler bulunmaktadır. Bu sorunun önüne geçilebilmesi için uzlaştırma sürecine olumlu katkıda bulunan/taraflara yol gösteren avukatlara ücret takdir edilmesinin faydalı olabileceği düşünölmektedir.⁴¹

Kamuda çalışan kişilerin uzlaştırma işlemlerini mesai saatlerinde ve kamunun olanaklarını kullanarak gerçekleştirmeleri de uygulamaya yönelik eleştiri konularındandır. Bu durum hem kamu hizmetinin devamlılığını olumsuz etkileyebilecek, hem uzlaştırmanın gönüllüğü esasına aykırı olarak kişilerin bu süreci ek gelir kaynağı ve sırf maddi menfaat olarak görmelerine, diğer uzlaştırmacıların aleyhine bir durum oluşmasına sebebiyet verecektir. Bu durumun önüne geçebilmek amacıyla uzlaştırmacıların kamu hizmetini aksatacak ve mesai saatlerinde/kamu imkânlarını kullanarak bu işi yürötmelerinin önüne geçilecek önlemlerin alınması ve böylece uzlaştırmacılar arasında eşitlik dengesinin sağlanması gerekmektedir.⁴² Örneğin polis memuru olan uzlaştırmacıların, polislerin kullandığı sistemlerden faydalanarak taraflara daha kolay ulaşabildiğine dair geri bildirimler alınmıştır. Bu tarz durumların önüne geçilebilmesi ve eşitliğin sağlanabilmesi için UYAP uzlaştırmacı portalında uzlaştırmacılara yeni sorgulama ekranlarının getirilmesi (örneğin tarafların güncel telefon ve adres bilgilerini sorgulayabilmek gibi) ve bu ekranın güncel etkin ve verimli hale getirilmesi gereklidir.

Uygulamada uzlaştırmacıların tebligat yapılması gerektiğinde bu tebligatın dönüş sürecinin çok uzadığına dair eleştirileri de bulunmaktadır. Örneğin İstanbul içindeki bir adrese 21 günde tebligat yapıldığının göröldüğü dile getirilmiştir.

E. Edime İlişkin Sorunlar

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri de, CMK m. 253/19⁴³ gereğince, uzlaştırma sürecinde, müştekinin olay nedeniyle zararının şüpheli tarafından giderilmesi durumunda; aynı olayda sigorta şirketi gibi bir üçüncü kişinin zararı giderme

kendisinin puanının üzerine çıkmasını beklemek zorundadır. Ortalama puanlar belli bir sürede sıfırlanmaktadır.

⁴⁰ Akbulut ve Aksan (n 4) 181

⁴¹ Erdem, Eser ve Öşzahinli (n 9) 12; Ferda Eser, ‘Ceza Muhakemesinde Uzlaşmada İzmir Modeli’ (Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2013) 108

⁴² Erdem, Eser ve Öşzahinli (n 9) 71

⁴³ ‘‘Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.’’

yükümlülüğünün devam edip etmeyeceğidir. Müşteki uzlaşmak istese de, sigorta şirketinden ödeme alamayacağını düşündüğü için şüpheliyle uzlaşmayabilir. Taraflar arasında uzlaştırma sağlanması halinde üçüncü kişi ile taraflar arasında devam eden tazminat davasının akibetinin ne olacağına ya da uzlaştırmanın taraflarının taraf olmayan kişilere karşı dava açma haklarının devam edip etmeyeceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁴ Kanaatimizce Kanun'un lafzından ilk anlaşılan, uzlaşmanın sağlanması halinde, uzlaştırmanın konusu ile ilgili olarak uzlaştırmanın tarafı olup olmadığına bakılıp bakılmaksızın kimseden tazminat talep edilemeyeceğidir. Ancak bu halde de aynı uyuşmazlık konusunda müştekinin şüpheliden zararını talep ettiği, şüphelinin müştekinin zararını giderdiği ve uzlaştırmanın olumlu sonuçlandığı halde zararı giderme taahhüdü bulunan sigorta şirketinin sebepsiz yere zenginleşme durumu olmaktadır. Bunun önüne geçebilecek yeni bir düzenlemeye gidilebilir.⁴⁵

Uygulamada yukarıdaki durum dışında, iş kazası gibi bazı dosyalarda, mağdur ve güçsüz olan tarafın uzlaştırmanın mahiyetini tam anlayamadan uzlaşması durumunda, sonradan zararın mahiyeti net olarak ortaya çıktığında tazminat hakkı ileri sürememesinin onun aleyhine olacağı dile getirilmekteydi. Tam da bu sebeple yukarıda açıklanan tazminat konusunun dayanağı olan CMK'nın 253. maddesinin (19) numaralı fıkrasının beşinci cümlesinin "Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz" hükmü Anayasa Mahkemesinin 26.7.2023 tarihli 2023/43 esas, 2023/141 karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, iptalin gerekçesi olarak, tarafların Mahkemeye

⁴⁴ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 9. Yalnızca, tarafların CMUY m. 33/1-b'de "Mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddi veya manevi zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi"nin edim olarak kararlaştırılabileceği" belirtilmiştir

⁴⁵ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 9. 10. YERDELEN ve diğerlerine göre, mal ve sorumluluk sigortalarında sigortacının mağdurun zararını tazmin etmesiyle, mağdurun yerine geçeceği ve onun açabileceği kusur davalarını kendisi yürütebileceğinden(halef olacağından), şirket sigorta sözleşmesi kapsamında mağdurun zararını karşıladıktan sonra uzlaştırma işlemleri gerçekleşecekse, bu mala zarar verme iddiasıyla ilgili uzlaştırma görüşmelerine sigorta şirketi de katılmalıdır. Çünkü sigorta şirketinin kasko sigortası kapsamında mağdura yapacağı ödeme için kusuru oranında faile rüç'u hakkı bulunmaktadır. Eğer zarar giderildikten sonra sigortacı görüşmeye katılmadan mağdur faille uzlaşırsa, zararı tazmin eden ve mağdura halef olan şirket ibra edilen faile rüç'u edemeyeceğinden, Türk Ticaret Kanunu m. 1472/2 gereğince kendi hareketi ile sigortaya geçen hakları ihlal etmiş olabileceğinden, uzlaştırma süreci tamamlanmış ve uzlaşma sağlanmışsa, sigorta şirketine karşı kendisi sorumlu olacaktır. Yerdelen ve diğerleri (n 4) 243, 244. Ayrıca belirtilmelidir ki TTK m. 1476/4'te sorumluluk sigortalarında zarara uğrayanın(uzlaştırmadaki fail taraf) karşı tarafla uzlaşma görüşmesine sigorta şirketini de davet etmesi gerektiği, failin şirkete haber etmeden sulh sözleşmesi yapması halinde sigorta şirketinin bu sözleşmenin kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde bu sözleşmeyi onaylaması gerekeceği, aksi halde bu sulh sözleşmesinin sigorta şirketi açısından geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır. Yerdelen ve diğerleri (n 4) 247. YAŞAR ve OTACI'ya göre, mala karşı zarar verilen dosyalarda, ilgili malın sigortalı olmuş olmasından dolayı suçtan zarar gören sigorta şirketinden ödeme almışsa, zarar giderimi ediminin tarafı sigorta şirketi olacaktır(malen sorumlu olarak). Yaşar ve Otacı (n 6) 2464



başvurma özgürlüğüne getirilen bu sınırlamanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkemenin ölçülülükle ilgili gerekçesi şu şekildedir: “suç teşkil eden fiil nedeniyle uğranılan zararın uzlaşma süreci içinde bilinmesinin her durumda mümkün olmayacağı, özellikle maluliyet oranı gibi teknik bazı verilere ihtiyaç duyulan hâllerde uzlaşma süreci içinde zararın sağlıklı şekilde belirlenebilmesinin güçleşeceği açıktır. Başka bir ifadeyle taraflara uzlaşmanın sağlanmasının sonuçları hakkında bilgi verilmesi öngörülmüş ise de teknik birtakım verilerle ve ayrıntılı hesaplamalarla ortaya konulabilecek zararın uzlaşma görüşmeleri esnasında belirlenmesi mümkün olmayabilir. Buna göre ilgililerin uzlaşmanın sağlanması durumunda edimi aşan ve tazminat davasına konu edilemeyecek zarara ilişkin her durumda eksiksiz ve doğru bilgiye sahip olabilecekleri söylenemez... Bu bağlamda uzlaşma görüşmeleri esnasında sağlıklı şekilde belirlenmesi güç veya öngörülmesi mümkün olmayan zararlara ilişkin açılacak davalar yönünden herhangi bir ayırım yapılmaksızın uzlaşmanın sağlanması durumunda tazminat davası açılmayacağını düzenleyen kuralla ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklenmiştir. Başka bir deyişle kuralda yargının iş yükünün azaltılması amacıyla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama arasında makul bir makul bir denge kurulamamıştır... Bu itibarla kuralın orantılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.” Anayasa Mahkemesinin kararınının yerinde olduğu görüşündeyiz. Bu konuda yapılacak yeni düzenlemede, yukarıda bahsedilen her iki konuyu kapsayacak bir şekilde, (yalnızca) uzlaştırma taraflarının birbirlerine karşı olan, uzlaştırma anında ortaya çıkmış ve tarafların da haberinin olması beklenen zararlara dair tazminat talepleri hakkında dava açılmayacağı şeklinde yeni bir düzenlemeye gidilmelidir.

F. Uzlaştırma Sürecinin Taraflarıyla İlgili Sorunlar

Uygulamada karşılıklı olarak işlenen suçlarda bir tarafın işlediği suçun uzlaştırmaya tabi olmadığı ancak diğer tarafın işlediği suçun uzlaştırmaya tabi olduğu durumlarda soruşturma bürosunca uzlaştırmaya tabi olan suç yönünden dosyada ayırma kararı verilerek ilgili kısım uzlaştırma bürosuna gönderilmektedir.⁴⁶ Bu tür dosyalarda aralarında uzlaşan taraflar çoğu kez uzlaştırma bürosundaki dosyada uzlaştıklarında diğer dosyanın da kapandığını düşünerek hareket etmektedir. Hatta uzlaştırmaya tabi olmayan suç hakkında duruşmaya çağrılan tarafın durumun farkına vararak uzlaştığı dosyadaki takipsizlik kararına itiraz ettiği dahi vakidir. Bu gibi durumlar da, uzlaştırıcıların tarafları aydınlatma yükümlülüğünün⁴⁷ önemini bir kez daha ortaya koymaktadır. Bu duruma bir örnek vermek gerekirse A, B’ye karşı hakaret etmiş, B de A’ya karşı sopa göstererek tehditte bulunmuş olsun. B’nin A’ya karşı eylemi yönünden dava açılmadan, A’nın B’ye karşı hakaret suç açısından uzlaştırma görüşmeleri başlamış olsun. Her iki taraf aralarında şikâyet-

⁴⁶ Cüni ve Özcan (n 11) 17

⁴⁷ CMK m. 253/5: “Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.”

lerinden vazgeçmeleri, uzlaşmaları ve her iki dosyanın da kapanması yönünde anlaşmalarında ve taraflar hakaret dosyasından uzlaştıklarında, sonrasında silahla tehdit açısından da şikâyetten vazgeçme yapıldığında, silahla tehdit suçu şikâyete tabi olmadığından yargılama ve cezalandırma işlemleri devam edeceğinden; bu örnek açısından mağdur olduğu dosyada uzlaşan ancak sanık olduğu dosyadan ceza alan taraf olan B aleyhine bir durum ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce daha adil bir sonucun ortaya çıkabilmesi için uzlaştırma usulünün uygulanmasında yalnızca uzlaştırmaya tabi olmayan bir suçun aynı mağdura karşı işlenip işlenmediğini esas alan düzenlemenin⁴⁸ değiştirilmesi ve zaman ve mekân birliği bulunan olayda karşılıklı işlenen suçlar arasında uzlaştırmaya tabi olmayan bir suç varsa, bu kişiler arasındaki diğer suçlarda da uzlaştırmaya uygulanmaması gerekir. Bu takdirde uzlaştırmaya tabi olan suçlar için ancak uzlaştırmaya tabi olmayan suçlar hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya beraat kararı verilip bu kararın kesinleşmesi halinde uzlaştırma işlemleri uygulanabilir. Bunun iş yükünü artıracığı da söylenemez. Zira uygulamada sıklıkla, bu tarz dosyalarda dosyanın uzlaştırmaya tabi suç yönünden ayrılarak diğer dosyaya dava açıldığı görülmektedir. Böyle durumlarda dava açılan dosya ilerlerken diğer dosyanın uzlaştırma işlemi olumsuz sonuçlanıp esas dosyaya birleştirme yapıldığında, aslında aynı olaya ilişkin olsa da iki farklı iddianame olduğundan, bu konu yargılama makamının kafasında karışıklığa ve çoğu zaman yargılamanın uzamasına sebebiyet vermektedir. Aksine bu yeni uygulamanın yargılamayı hızlandıracığı kanaatindeyim. Ayrıca hem savcılıkta hem mahkemede aynı olaydan dolayı iki farklı dosyayla muhatap olunmasının önüne geçilmesi yargının iş yüküne de olumlu yansımaya sahiptir.

Uzlaştırma sürecinde yaşı küçüklerin taraf olduğu dosyalarda, uzlaştırma teklif ve müzakere işlemleri çocukların kanuni temsilcilerine yapılır. Evlilik içinde anne babanın her ikisi de velayet sahibi olduğundan teklif ve müzakere işlemleri de her ikisiyle birlikte yapılır.⁴⁹ Taraflardan birinin çocuk olması durumunda her iki veliye sağlanması yerine diğer velinin açıkça aksi görüş bildirmemesi durumunda anne ya da babanın yalnız birisinin katılımı ile uzlaştırma sürecinin yürütülebilmesine imkân sağlanması gerekir.⁵⁰ Doktrinde bazı yazarlar, uzlaştırmaya taraf- larından birinin yetiştirme yurdunda kalması durumunda, uzlaşma görüşmelerinin kurum yetkilisi tarafından yapılabilmesi gerektiği görüşündedir.⁵¹

Uzlaştırma sürecinde uzlaştırmacıların karşılaştığı en büyük problemlerden biri tarafların uzlaştırma sürecine olan ilgisizliğidir. Öyle ki uzlaştırmacıların telefonla görüştükleri taraflardan bazılarının, belirlenen yer ve zamanda belirlenen yere gelmedikleri, uzlaşmak istemeyen tarafın uzlaştırma teklifini dahi imzalamak

⁴⁸ CMK m. 253/3, 2.c.: “Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.”

⁴⁹ Cüni ve Özcan (n 11) 52

⁵⁰ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 9

⁵¹ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 9



istemediği görülmektedir. Kanaatimizce, bu durumun oluşmasında sık sık değişen ve hapis cezalarının cezaevinde çekilmesini zorlaştıran infaz yasağı uygulamalarının vatandaşlarda adli teşkilatın yaptırım gücü açısından oluşturduğu rehabet ile toplumun adalete olan inancındaki düşüklük de etkili olmaktadır.

Günümüzde özellikle ünlü kişilerin, insanları siyasi görüşleri/dini görüşleri vb. konularda kışkırtıcı açıklamalar yaptıkları ve kendilerine hakaret edenlere karşı uzlaştırma uygulamasını zenginleşme aracı olarak kullandıkları şeklinde durumlarla karşılaşılmaktadır.⁵² Hatta uygulamada yıllar sonra dahi hakaretin yeni öğrenildiğinden bahisle sosyal medyadan hakaret edildiği iddialarıyla alakalı Şikayetler yapıldığı bilinmektedir. Bu tarz dosyalar özellikle büyükşehirlerde, iş yükü ciddi anlamda fazla olan yargı teşkilatı için ek bir dosya yükü oluşurmaktadır. Bazı avukatların da sosyal medyada çok sayıda yorum alan ünlülerle anlaşma yaparak uzlaştırma işlemini kazanç kapısı haline getirdiklerine dair uygulamacılaran yoğun geri bildirimler alınmaktadır. Bu durum, uzlaştırmadan beklenen amacın aşılması ve müessesenin kötüye kullanılması anlamına geldiğinden bu durumun önüne geçilebilmesi amacıyla da düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyim. Bu kapsamda özellikle sosyal medyadan hakaret iddialarının uzlaştırma kapsamından çıkarılması ve önödeme kapsamına alınması gibi düzenlemelerle bu sorunun gemnn önüne geçilebileceği dşnlmektedir.

III. ADLİ MAKAMLARIN (CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI UZLAŞTIRMA BÜROSUNUN) UZLAŞTIRMACILARIN SORUNLARINA KARŞI TUTUMU

Her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde uzlaştırma bürosu kurulur ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı ile personel görevlendirilir(CMK m. 253/24; CMUY m. 39). Uzlaştırma işlemleri, uzlaştırma bürosuna dosyanın gönderilmesi sonrasında büroda görevli savcı tarafından suçun uzlaştırmaya tabi olduğunun anlaşılması ve uzlaştırmaya etki edecek eksiklik bulunmadığının tespiti ile UYAP sistemi üzerinden uzlaştırmacı atanması üzerine başlar.

Uzlaştırmacı, uzlaştırma sürecini yönetirken, savcıdan bu süreçte izlenecek yöntemle ilgili görüş alabilir. Uzlaştırma savcısı da uzlaştırma sürecinde izlenecek yöntemle ilgili olarak uzlaştırmacıya talimat verebilir (CMK m. 253/14).⁵³ Savcıyla beraber; her iki tarafın yararına olacak şekilde uzlaştırmayı gerçekleştirmek şeklindeki ortak hedefe sahip olan uzlaştırmacılar, süreç boyunca yaşanan sorunla-

⁵² ‘Size küfür ettirip para kazanıyorlar!’ (Enkocaeli Haber 2021) <<https://www.enkocaeli.com/haber/7869919/size-kufur-ettirip-para-kazaniyorlar>> erişim tarihi 23 Nisan 2023

⁵³ Doktrinde uzlaştırmacının esasen yöntemi belirlemede zgr olduğu, savcının bu yetkisini ancak zorunlu hallerde kullanması gerektiği vurgulanmaktadır. Cni ve zcan (n 11) 23. Uzlaştırmacıların en önemli özelliklerden biri tarafsız ve bağımsız olmalarıdır. Bu kapsamda uzlaştırmacıların kimseden emir ve talimat alması uygun değildir. Kanundaki bu düzenleme uzlaştırmacının sadece usulle sınırlı olarak savcıya danışabileceğine dairdir. Yerdelen ve diğerleri (n 4) 353

rın çözümü için uzlaştırma savcısıyla doğrudan iletişim kurmalıdırlar. Savcının da onarıcı adalet anlayışıyla getirilmiş ve taraflardan mağdurun zararının giderilmesi, şüphelinin pişmanlığını hissetmesi ile usul ekonomisi ve yargının iş yükünün⁵⁴ de azaltılması amacıyla getirilmiş bu müessese için, tabiri caizse engel olmak yerine yardımcı olması gerekir. Ancak bu fonksiyonu yerine getirirken mağdurun mağduriyetinin de, uzlaştırmanın sırf dosya kapatma/ iş çıkarma/ uzlaştırmadan ücret temini gibi yan amaçlara kurban edilmemesine dikkat etmesi gerekir.

Uygulamada uzlaştırma bürolarının sosyal medya üzerinden(özellikle *what-sapp* uygulaması üzerinden) oluşturdukları bölge uzlaştırmacılarının ve büro personelinin ekli olduğu gruplar üzerinden uzlaştırma sürecinin yürütülmesinde oluşan sorunlar ve geri dönüşlere çözüm odaklı bilgilendirme yaptıkları görülmektedir. Ayrıca uzlaştırmacılar bizzat uzlaştırma savcısıyla görüşme yaparak uzlaştırma sürecinin işleyişine dair karşılaştığı sorunları savcıya iletebilmekte ve savcı da sorunun çözümü için uzlaştırmacıya geri dönüşte bulunabilmektedir. Uygulamanın sağlıklı yürütülebilmesi için, uzlaştırma bürosunda görevli kişilerin (özellikle savcının) uzlaştırmacılarla irtibat halinde kalması ve iletilen sorunlara çözüm odaklı yaklaşması önem arz etmektedir.

Uygulamada özellikle uzlaştırma bürosunda görevli olan zabıt kâtiplerinin yalnızca uzlaştırma bürolarında görevli olmadığı adliyelerde (genellikle ağır ceza mahkemesi bulunmayan adliyelerde), işlemlerini ek iş olarak gördükleri ve iş yükü nedeniyle zorlandıkları görülmektedir. Gerçekten de uzlaştırma işlemleri sırasında görevli olan personelin (zabıt kâtibi, savcı...) evrak/soru/talep vb. hususlar yönünden mesai içinde ayrıca vakit alan işleri bulunacağından; bu personelin iş bölümü yapılırken, iş yükü altında bulunmasının ve bu sebeple uzlaştırma işlemlerine gerekli özeni gösterememesinin önüne geçecek önlemler alınmalıdır. Bu şekilde bir sorunun önüne geçilebilmesi için özellikle mülhakat adliyelerinde fiilen çalışan personelin sayısı dikkate alınarak, eksik kadrolara gerekli atama ve görevlendirmelerin yapılması gereklidir.

Cumhuriyet savcıları uygulamada birbirinden farklı birçok görev ifa etmektedir. Savcılar uzlaştırma işlemleri dışında; cezaevi ve infaz işlemleri, duruşma savcılığı işlemleri, müracaat savcılığı işlemleri (adliyeye gelen şikâyet/ihbarlarla ilgilenmek), idari yaptırım işlemleri, genel olarak soruşturma işlemleri gibi farklı konularda çalışmaktadır. Sayılan konuların her ne kadar birbirine benzerlikleri bulunsa da özellik arz eden birçok noktada bu alanlarda çalışmak için özel ve teknik

⁵⁴ Uzlaştırma müessesine iş yükünü azaltma amacıyla yaklaşılmalıdır. Bu kurumun amacı onarıcı adaletin sağlanmasıdır. Aksine uzlaştırmanın savcılık açısından ayrıca bir iş yükü oluşturduğu söylenebilir. Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma* (1. bs Adalet 2017) 679,680. Türk adli teşkilatının iş yükünün yoğunluğu nedeniyle, hâkim ve savcılar uzlaştırma müessesesinin hakkıyla uygulanmasına ehemmiyet verememektedir. İş yükünün azaltılması amacı da taşıyan bu kurum adli teşkilat için(özellikle savcılık açısından) yeni bir iş yükü oluşturduğundan; doktrinde bazı yazarlar bu nedenle uzlaştırmanın yargı dışına çıkarılması gerektiği düşüncesindedir. M. Nedim Bekri, 'Ceza Muhakemesi Uygulamasında Uzlaşma' (2016) 6[1] Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 88, Durmuş Tezcan ve diğerleri (n 6) 79



bilgiyle tecrübeye ihtiyaç bulunur. Söz gelimi mesleğe başlangıcından beri genel soruştırma işlemleri üzerine çalışmış bir savcının iş bölümü değişikliği ya da tayin gibi sebeplerle uzlaştırma bürosunda görevlendirilmesi halinde, tecrübe ve bilgisini tam olarak kazanabilmesi için zamana ihtiyaç olacaktır. Bu süreçte ise uzlaştırma işlemlerinde uygulama değişiklikleri, uygulama hataları nispeten fazla görülecektir. Özellikle uzlaştırma bürosundaki iş yükünün nispeten az olmadığı bir adliyede, uzlaştırma bürosu savcısının aynı zamanda başka bürolarda da görevlendirilmesi halinde yukarıdaki paragrafta da bahsedildiği üzere, savcının uzlaştırma bürosunu ikincil iş/ek iş olarak görebileceği ihtimaldir. Bu nedenle uzlaştırma işlemlerini yürüten savcıya mümkün olduğunca ek iş verilmemesi gerektiği görüşündeyiz.

Genel olarak uzlaştırmacılar aynı zamanda başka meslek sahibi olsa da, uzlaştırmacılık dışında başka bir mesleği bulunmayan kişiler de bulunmaktadır. Uygulamada, uzlaştırmacılık dışında mesleği olmayan kişilere karşı uzlaştırma bürosu personelinin daha ilgisiz olduğuna dair eleştiriler olduğu görülmektedir. Uzlaştırmacı, yukarıda bahsedildiği üzere avukat ya da hukuk öğrenimi görmüş başka bir kişi olabilir. Uzlaştırma uygulaması açısından uzlaştırmacı listesine kayıtlı olan uzlaştırmacıların asıl mesleklerinin ne olduğunun hiçbir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan uzlaştırmacının uzlaştırma açısından sarf ettiği gayret ve bu alandaki becerisidir. Bu nedenle böyle bir ayrımcı davranış kabul edilemez. Bürolarda çalışan ve özellikle sürekli uzlaştırmacılarla muhatap olan zabıt kâtibi gibi personelin uzlaştırma savcısınca bu hususta bilgilendirilmesi gerekir.

Uzlaştırmacılardan dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilirken, tarafın telefon numara bilgisinin doğru girilmemesi gibi eksikliklerin uzlaştırma işlemlerini yavaşlattığına dair geri dönüşler alınmıştır. Savcılar ve savcılık personeli uzlaştırmaya gönderdikleri dosyalara karar yazarken ya da bu dosyaların işlemlerini yaparken, bu dosyaları iddianame düzenledikleri dosyalardan ayrı görmemeli ve işlemleri eksik yapmamalıdır.

Uygulamada uzlaştırmacılarından, aynı ağır ceza mahkemesi yetki çevresindeki farklı uzlaştırma bürolarında, benzeri olaylarda farklı değerlendirme ve kararların verildiği, söz gelimi benzer dosyalarda farklı ücret takdirlerinin yapıldığı şeklinde eleştiriler alınmaktadır. Bu sorunun da en azından aynı ağır ceza çevresindeki savcılıkların iletişim halinde kalarak (toplantı ve görüşmeler yapmak gibi) benzer uygulamalar oluşturması suretiyle çözülebileceği kanaatindeyiz.

IV. İDARİ MAKAMLARIN (ADALET BAKANLIğI CEZA İŞLERİ GENEL MÜDÜRLÜğÜ ALTERNATİF ÇÖZÜMLER DAİRE BAŞKANLIğI'NIN) UZLAŞTIRMACILARIN SORUNLARINA KARŞI TUTUMU

“1 nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnemesinin 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde; ceza muhakemesinde önödeme, uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi alternatif uyuşmazlık çözümlerinin geliştirilmesi ve etkin şekilde uygulanmasını sağ-

lamak” Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasında gösterilmiştir.⁵⁵

“Önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve uzlaştırma gibi cezada alternatif usullerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak, görev alanıyla ilgili olarak uygulamayı takip etmek ve ortaya çıkan sorunların nedenlerini araştırarak çözüm önerilerini Bakanlığa sunmak, cezada alternatif usuller konusunda kamuoyunu bilgilendirici çalışmalar yapmak, ulusal veya uluslararası nitelikte bilimsel toplantılar düzenlemek, bu nitelikteki çalışmaları teşvik etmek ve desteklemek, ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak, görev alanına giren istatistiklerin derlenmesi ve yayımı konusunda Bakanlığın ilgili birimleri ile iş birliği halinde çalışmak, ceza mevzuatı ile Bakanlığa verilen alternatif usullere ilişkin görevleri yerine getirmek üzere” Adalet Bakanlığı CİGM bünyesinde 10.10.2016 tarihli Bakan oluruyla Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı kurulmuştur.⁵⁶

Uzlaştırma kurumunun uygulanmasında, adliye bulunan il ve ilçelerde Cumhuriyet başsavcılıkları, savcılar ve yeteri kadar personel (uzlaştırma büroları) görevlidir. AÇDB’nin uzlaştırma sürecinde yargısal kararları verme yetkisi bulunmamaktadır. Uzlaştırma sürecinde yargısal anlamda karar verme yetkisi uzlaştırma bürosundadır.⁵⁷

Adalet Bakanlığı CİGM’nin, uzlaştırma süreci ile ilgili yaptığı işlemlere bakıldığında, Müdürlüğün adli mercilerden uzlaştırma işlemleri ile ilgili olarak kendilerine sorulan hususlarda görüşler beyan ederek, uzlaştırma sürecindeki sorunların çözümü için uygulamacılara yol göstermeye çalıştığı görülmektedir. Bu kapsamda uzlaştırma konusuyla ilgili olarak Müdürlük, “Ek Uzlaştırma Raporu ve Sarf Kararına Dair”, “Yalan Tanıklık Suçunun Suça Sürüklenen Çocuklar Yönünden Uzlaştırma Kapsamında Kalıp Kalmadığına Dair”, “Uzlaştırma Ücreti ve Giderleri Konusunda”, “Uzlaşma Sonucunda Belirlenen Edimin Taksidinde Bağlandığı Hâllerde Verilen HAGB Kararlarının Takibine Dair”, “Taraflardan Birinin Yurtdışında Olması Halinde Uzlaştırma Yoluna Gidilip Gidilemeyeceğine Dair” “Uzlaştırma İşlemlerinde SEGBİS’e Dair”, “Uzlaştırma İşlemlerinde Tebligat ve İstinabeye Dair”, “Kusur Yeteneği Bulunmayan Çocuklar Hakkında Uzlaştırma Hükümlerinin Uygulanıp Uygulanmayacağına Dair”, “Uzlaştırma Ücretlerine Dair”, “Uzlaştırma Avukatlarının Serbest Meslek Makbuzu Düzenlemesinin Zorunlu Olmadığına Dair”, “Stajyer Avukatların Uzlaştırma Olabileceğine Dair” görüşler sunmuştur.⁵⁸

⁵⁵ (AÇDB Resmi Sitesi) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/hakkimizda>> erişim tarihi 23 Nisan 2023

⁵⁶ Yine CMUY ‘nin 69 ve 70. maddelerinde Alternatif Çözümler Daire Başkanlığının yapısı ve görevlerinin kapsamı belirlenmiştir. CMUY’nin 70. maddesinde AÇDB’nin görevleri arasında, “Ön ödeme, uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi alternatif usullerin etkin şekilde uygulanmasını sağlamak; görev alanıyla ilgili olarak uygulamayı takip etmek ve ortaya çıkan sorunların nedenlerini araştırarak çözüm önerilerini Bakanlığa sunmak; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda kamuoyunu bilgilendirici çalışmalar yapmak” da sayılmıştır.

⁵⁷ Yerdelen ve diğerleri (n 4) 344.

⁵⁸ (AÇDB Resmi Sitesi) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/OrtaDetay/hukuki-gorusler>> erişim tarihi 23 Nisan 2023



AÇDB'nın ayrıca uygulayıcı hâkim ve savcılara uzlaştırma sürecine dair uygulama sürecinin işleyişi ve bu süreçteki uygulama yöntemlerine dair yol gösterici kitaplar dağıttığı,⁵⁹ zaman zaman uzlaştırma sürecinin iyileştirilmesine yönelik bilimsel toplantı faaliyetlerinde bulunduğu ve savcılıklarda yerinde izleme faaliyetlerinin yapıldığı da görölmektedir.⁶⁰

Uygulamada uzlaştırmacılarından, uzlaştırmacıların yaşadıkları sorunlarla ilgili olarak AÇDB'na yazmış oldukları talep yazıları hakkında, değerlendirme yapılarak sonucuna göre ilgili büroya gerekli yazının yazılması/bilgilendirmenin yapılması/ olması gerekenin bildirilmesi yerine, talebin bir değerlendirmeye tutulmadan doğrudan büroya gönderildiğine dair geri dönüşler alınmıştır.

Yine uzlaştırmacılarından alınan geri dönüşlere göre, yukarıda “uzlaştırma sürecinin işleyiş usulüne dair sorunlar” başlığında da değinildiği gibi, uzlaştırmacıların uzlaştırmacı ekranının daha aktif ve işler hale getirilmesi şeklinde taleplerinin de bulunduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca yine uygulamacılardan, uzlaştırmacıların UYAP portala ekledikleri talep dilekçelerinin sisteme doğru yüklenip yüklenmediğini doğrulamakta zorlandıkları, bu hususta belgenin ulaşması ve zabıt katibince görölmemesinin uzlaştırmacı ekranından anlaşılmasını sağlayan bir sistem oluşturulmasının faydalı olacağı bildirilmektedir. Uygulamada zaman içerisinde UYAP uzlaştırmacı ekranlarında geliştirme çabalarının devam ettiği görölmektedir. Uzlaştırmacıların elini güçlendirecek ve sürece destek olacak şekilde, ilgili ekranların geliştirilmesi çabalarının devam etmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Yukarıda da bahsedildiği gibi , sadece dosya uzlaştırmaya gönderilirken tarafa eklenmiş olan telefon numarasının görölebilmesi dişında, UYAP uzlaştırmacı ekranına tarafların GSM operatörlerinde adına kayıtlı olan telefon numaralarının sorgulanabilmesi(uzlaştırma bürosunda bu sorgulama yetkisi bulunmaktadır.), tarafların adreslerinin sorgulanabilmesi gibi özelliklerinin eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

AÇDB'nca eğitimlerde görev alacak kişilerin arasında, uzlaştırma sürecinin içerisinde daha önce uygulamada bulunmuş kişilerin de yer alması faydalı olacaktır. Özellikle eğitimlerin teorikten ziyade uygulamaya yönelik olması açasından ve yaşanmış olan sorunlar ve çözüm önerilerinin uzlaştırmacılara aktarılabilmesi açasından faydalı bir yöntem olacaktır.⁶¹ Ayrıca uygulamacılara verilen eğitime ihtimam gösterilmeli ve özellikle onarıcı adalet anlayışını yerleştirerek bu çerçevede hareket etmeleri yönünde bilinç kazandırılmaya çalışılmalıdır.⁶²

⁵⁹ Örneğin 2021 ve 2022 yılında uzlaştırma savcıları ile asliye ceza mahkemesi hakimlerine, Orhan CÜNİ ve Merve ÖZCAN tarafından hazırlanan 2021 yılında basılmış “ Uzlaştırma Kılavuzu” isimli kitap ile Orhan CÜNİ, Merve ÖZCAN, Çetin ARSLAN, Olgun DEĞİRMENCİ tarafından hazırlanan “Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı” isimli kitabın Nisan 2021 tarihli 2. baskısı dağıtılmıştır.

⁶⁰ (AÇDB Resmi Sitesi) < <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Home/Duyurular/2>> erişim tarihi 23 Nisan 2023

⁶¹ Erdem, Eser ve Özşahinli (n 9) 8,9

⁶² Çetintürk (n 54) 699,700

Bu başlık altında değinilmesi gerektiğini düşündüğümüz bir başka husus da, AÇDB'nca bir uzlaştırmacının sicilden çıkarılmasının sebeplerinin düzenlendiği CMUY m. 49'⁶³daki anlayıştır. Bu düzenlemedeki kriterlerden biri "performans değerlendirmeleri sonucunda yeterli bulunmamak"tır. Yönetmelik maddesinde bu performans değerlendirmesinin ne şekilde ve kim tarafından yapılacağı açıklanmamıştır. Yönetmelik maddesinde "Kanunda öngörülen yükümlülükleri önemli ölçüde veya sürekli olarak yerine getirmemek" ve "uzlaştırma göreviyle bağdaşmayan tutum ve davranışlarda bulunmak" sebepleri ayrıca düzenlenmişken, bu kriterin de getirilmiş olması, performans değerlendirmesinin uzlaştırma dosyalarının olumlu sonuçlanma oranına bakılarak yapılabileceği izlenimini doğurmaktadır. Böyle bir durum ise, uzlaştırmacıların sürece değil sonuca odaklanmasına ve kendilerini baskı altında hissetmelerine sebebiyet verecektir. Bu da onarıcı adalet anlayışına aykırı düşecektir.⁶⁴ Biz de aynı şekilde bunun önüne geçebilmek için bu değerlendirmenin ne şekilde yapılacağının daha açık düzenlenmesi gerektiği ve uzlaştırma sürecinin sonucuna değil, gösterilen gayrete odaklanılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bir uzlaştırmacının görevini gereği gibi yaptığını değerlendirmek esasen çok basit iş değildir. Bu sürecin ortaya konabilmesi için uzlaştırmacının uzlaştırma raporunu hazırlaması esnasında, sürece dair gösterdiği gayreti uzlaştırma raporuna düzgün bir şekilde yansıtması gerekir. Ayrıca uzlaştırma savcısı da uzlaştırma raporuna sonuç olarak yaklaşmaktan ziyade (özellikle ücretin takdiri noktasında) öncelikle uzlaştırmacının gösterdiği gayreti esas alarak değerlendirme yapmalıdır. Uzlaştırma savcısı dosyanın taraflarından aldığı geri bildirimlere de ihtiyatla yaklaşmalı ancak bu geri bildirimleri gözardı etmeden, uzlaştırmacının gayret ve performansını dikkatle takip etmelidir. Uzlaştırmacıya atanan dosyalarda, uzlaştırmacının olumlu sonuçlandığı dosyalarının oranının belirli bir oranın üzerine çıkması hali için bir ödüllendirme sisteminin getirilmesi doğaldır. Hatta bu ödül sisteminin uzlaştırmacıların çalışma isteklerini artıracığı da söylenebilir. Ancak uzlaştırmacının gösterilen tüm gayrete rağmen uzlaştırmacının beceri ve gayreti dışında başka bir sebeple gerçekleşmemesi bir başarısızlık sayılmamalıdır. Bir uzlaştırmacının başarılı veya başarısız olduğunu en doğru değerlendirebilecek merci ise hem uzlaştırmacılarla hem dosya taraflarıyla hem de uzlaştırma dosyasıyla birebir muhatap olan/olabilen uzlaştırma savcılarıdır.

⁶³ CMUY m. 49/1: "Uzlaştırmacı olabilmek için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden ya da uzlaştırma göreviyle bağdaşmayan tutum ve davranışlarda bulunan, Kanunun öngördüğü yükümlülükleri önemli ölçüde veya sürekli yerine getirmeyen, performans değerlendirmeleri sonucunda yeterli bulunmayan, etik ilkelere aykırı davranan, yenileme eğitimini tamamlamayan uzlaştırmacı Daire Başkanlığınca sicilden ve listeden çıkarılır."

⁶⁴ İnci ve Sakarya (n 22) 106

SONUÇ

Çalışmamızda uzlaştırmacıların uygulamada karşılaştığı sorunlar farklı başlıklar aktarılmaya çalışılmıştır. Uzlaştırma kurumu hukuk sistemimize yeni dâhil olduğundan, uygulamada birtakım sorunların yaşanması ve bu sorunların çözümlenmesine yönelik düzenlemelerde değişiklikler yapılması doğaldır. Çalışmanın genelinde sorunlar doktrin ve uygulamadan yapılan araştırmalar çerçevesinde bunlara çözümler önerisi olabilecek düşüncelerle birlikte sunulmaya çalışılmıştır.

Bu kapsamda, uzlaştırmacılara duyulan güvensizliğin uzlaştırmacılara uzlaştırmacı kimlik kartı verilmesinin yanında, uzlaştırmacılara UYAP sistemi üzerinden kısa mesaj gönderme yetkisi verilmesi ve sosyal medyada yapılacak etkili bilgilendirmelerle azalacağı düşünülmektedir.

Uzlaştırma süreci mümkün olduğu ölçüde adliyenin dışına çıkarılmalı, bugünkü durum itibarıyla ise bu konuda fiziki olarak eksiklik bulunan adliyelerde güvenliği, kapasitesi ve donanımı yeterli uzlaştırma odaları kurulmalı ayrıca uzlaştırma işlemlerini yerine getiren savcı ve katiplere başka iş vermekten mümkün olduğunca kaçınılmalıdır.

Ücret tarifesinin özellikle enflasyonlu dönemlerde yılda bir kez değil, yıl içinde de güncel koşullara göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca uzlaştırmacının her türlü gayretine rağmen tarafların uzlaşmamalarının ücretin düşüklüğüne sebebiyet vermesinin de önüne geçecek şekilde uzlaştırmanın olumlu sonuçlanıp sonuçlanmadığına bakılmaksızın, süreçte gösterdiği gayrete göre ücretinin belirlenmesi sağlanmalıdır.

Toplumun uzlaştırmaya karşı ilgisizliği uzlaştırma sürecinde uzlaştırmacıların karşılaştığı en büyük sorunlardan biridir. Bu ilgisizlik uzlaştırmanın uzlaştırma süreciyle ilgili çağrılarına düşgün yanıt vermemek şeklinde de, genel olarak uzlaştırmaya sıcak bakmamak şeklinde de kendisini göstermektedir. Suç işlenmesinin ardından cezaevine girmeyi zorlaştıran infaz yasası uygulamalarının yaygınlaşması, toplumda suç işlenmesinin cezasız kalacağı algısını oluşturarak adliyenin yaptırım gücüne yönelik bir rahavetin oluşmasına neden olmuş gibi görünmektedir. Bu durumun önüne geçilebilmesi için toplumda adalete olan güvenin infaz kanunu düzenlemeleri ve uygulamalarıyla yeniden tesisi gereklidir. Aynı zamanda bu durum(tarafların uzlaştırmaya ilgisizliği) uzlaştırma süreci hakkında toplumun halen gerektiği kadar bilgilendirilmediğini de göstermektedir.

Uzlaştırmacının iletişim araçlarıyla ulaşamadığı tarafların adresine her durumda bizzat gitmeye zorlanması gibi uygulamalara gidilmemelidir. Uzlaştırmacının çok uzağındaki bir adliyede uzlaştırmacı olarak belirlenebilmesi uygulamasına da bir sınırlama getirilmeli ya da en azından uzlaştırmacıya görev almak istediği ilçe adliyelerini seçim hakkı tanınmalıdır.

Sosyal medyada hakaret suçunun zenginleşme amacı ve kötü niyetle kullanımının önüne geçilmesi için bu suçun uzlaştırma kapsamı dışına alınması ge-

rekmetedir. Mala zarar verilmesi ile ilgili olaylar açısından, sigorta hukukundan kaynaklı tazminat isteminin uzlaştırma müessesesi ile çakışmasının önüne geçebilecek şekilde uzlaştırmanın tazminat davalarına etkisi bakımından üçüncü kişilerle ilgili dava yolunu engel olmayacak yeni bir düzenleme yapılmalıdır.

Çocukların taraf olduğu uzlaştırma dosyalarında teklifin ana ya da babadan birine yapılmasının (diğeri açıkça tersi yönde bir görüş bildirmedikçe) yeterli olabileceğine yönelik düzenleme yapılmalıdır. Yine taraf vekilinin yargılamada vekâlet ücreti alabilmesi için uzlaştırmanın olumsuz sonuçlanmasına sebebiyet verebileceği gözetilerek, bu hususta da vekilin uzlaştırmaya olumlu katkı vermesi halinde vekile de belli bir miktar ücret takdir edilmesi gibi bir düzenleme yapılmalıdır.

Cumhuriyet Başsavcılığı bünyesindeki uzlaştırma bürosunun, çalışmalarında uzlaştırmacıların uygulamada yaşadığı sorunları gidermek suretiyle uzlaştırma sürecinin sorunsuz yürütülmesine yardımcı olması; uzlaştırmacıların dosya bazlı ya da genel olarak yaşadıkları sorunların çözümüne yönelik tavrı sergilemeleri gerekir. Büroların sağlıklı çalışabilmesi için, uzlaştırmanın savcı ve personel için ek iş olarak görülmemesi gerekir. Bunu sağlamanın yolu da personel yeterliliğinin sağlanması ve sonuç odaklı (dosya sayısı odaklı) anlayıştan vazgeçilmesidir. Büronun işine yoğunlaşmamasının en büyük sebepleri savcılıklarda iş çıkarma odaklı ve çalışkanlığın salt dosya sayısının azlığına indirgenir şekilde yaklaşımda bulunulması ve büro personelinin aynı anda uzlaştırma dışında başka işlerini de yetiştirmek zorunda bırakılmasıdır.

Uzlaştırmanın manasının tam olarak gerçekleşmesi için tarafların birbirlerine karşı işledikleri suçlarda, bir tarafın diğerine karşı işlediği suçlardan biri uzlaştırmaya tabi değilse; bu suç açısından takipsizlik veya beraat kararı kesinleşmedikçe diğer suçlar açısından uzlaştırmanın uygulanmamasını sağlayan yeni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu düzenleme yargılamayı yavaşlatmayacak bilakis bu düzenlemenin yargılamayı hızlandırıcı ve iş yükünü azaltıcı etkisi olacaktır.

AÇDB'nin de uzlaştırma aşamasındaki sorunların çözümü için toplumu bu konuda bilgilendirmek için reklam/bilgilendirme çalışmaları yaptığı görülse de, toplumda bilincin halen kazanılmadığı görüldüğünden, özellikle artık topluma ciddi bir şekilde yayılmış olan sosyal medya üzerinden bilgilendirme faaliyeti gibi faaliyetler üzerinde yoğunlaşması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca uzlaştırmacılarla irtibat halinde kalınması, uzlaştırmacıların uygulamanın kolaylaştırılması ve sorunların çözümüne yönelik geri dönüşlerine kulak asılması, uygulama içinden kişilerin bizzat işin mutfağında yer alması da sorunların tespiti ve çözüm odaklı yaklaşımın sağlanması açısından faydalı olacaktır. Doktrindeki görüşlere uygun olarak uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin eğitim sisteminin bir parçası olarak entegre edilmesi ve topluma bu bilincin aşılması gerektiği kanaatindeyiz.



UYAP uzlaştırmacı portal ekranının daha etkin ve verimli olması için g¼ncelleme-ler devam etmeli ve uygulamayı kolaylaştırabilecek sorgulama ekranları(taraf telefonları ve adreslerini sorgulama gibi) getirilmelidir.

Uzlaştırma alanındaki değerlendirme ve d¼zenlemelerin, uzlaştırmacıların performansını atandıkları dosyalardaki uzlaştırma sonucunun salt olumlu ya da olumsuz sonuçlanması oranına g¼re değil; g¼sterilen gayret ve çabanın niteliğine bakılarak ¼l¼lmesiyle belirlenmesi anlayışına uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak kanaatimizce uzlaştırma dosyalarının olumlu olması oranının belli bir d¼zeyin ¼zerinde bulunması haline ¼zg¼ olarak bir ¼d¼llendirme sistemi getirilmesiyle de, uzlaştırmacıların alışma Őevkine katkıda bulunulabilir.

KAYNAKLAR

Akbulut B ve Aksan M, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (2. bs Seçkin Yayınları 2019)

Aşkın U, Topuz V ve Bilge B, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve ¼z¼ml¼ Soru Bankası* (1. bs Adalet Yayınları 2019)

Bekri M N, ‘Ceza Muhakemesi Uygulamasında Uzlaştırma’ (2016) 6[1] Akdeniz ¼niversitesi Hukuk Fak¼ltesi Dergisi 73

C¼ni O ve ¼zcan M, *Uzlaştırma Kılavuzu* (Sefine Tasarım 2021)

C¼ni O, ¼zcan M, Arslan  ve Değirmenci O, *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı* (1. bs Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İşyurdu M¼d¼rl¼ę¼ 2021)

etint¼rk E, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma* (1. bs Adalet 2017)

Değirmenci O, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma* (1.bs Seçkin 2020)

Ekici Şahin M ve Yemenici K ‘6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma’ (2018) 13 [1] Erciyes ¼niversitesi Hukuk Fak¼ltesi Dergisi 445

Erdem M R, Eser F ve ¼zřahinli P P, *Uzlaştırmacı Sınayına Hazırlananlar için 100 Soruda Uzlaştırma Uzlaştırmacının El Kitabı* (3.bs Seçkin 2017)

Eser, F. ‘Ceza Muhakemesinde Uzlaştırmada İzmir Modeli’ (Yaşar ¼niversitesi Sosyal Bilimler Enstit¼s¼, Yayınlanmamış Y¼ksek Lisans Tezi 2013)

G¼ng¼r M, *Ceza Yargılamasında Uzlaştırma* (1. bs Adalet 2019)

İnci, Z ¼ ve Sakarya M S, ‘6763 Sayılı Kanun Değişikliği Sonrasında Uzlaştırma Uygulamalarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler’ (2018) 13[141] Terazi Hukuk Dergisi 101

İşten İ ve Mert İ S, ‘Uzlaştırma Kurumunun Etkinliğinin Artırılması: Uzlaştırma Sürecinde Karşılaşılan Hukuki ve İletişime İlişkin Problemler ile Çözümlerine İlişkin Nitel Bir Araştırma’ (2018) 6[11] Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1

Özbek M, ‘Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma’(2005) 54[3] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 289

Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (14.bs Seçkin 2021)

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku-1* (12. bs Seçkin 2021)

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku-2* (12. bs Seçkin, 2022)

Tezcan D, Sırma Gezer Ö, Saygılar Kırıt Y F, Altınok Çalışkan E, Alan E, Özyaydın Ö, Erden Tütüncü E, Güzel İ, Köker N, Altınok Villemin D ve Tok M C, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku* (2. bs Seçkin, 2022)

Yaşar O ve Otacı C, *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu* (10. bs Seçkin 2022)

Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. bs Seçkin 2021)

Yerdelen E, Özbek M S, Boz B, Erdem D Ö ve Yılmaz B A, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma* (1. bs Adalet 2018)

İnternet Kaynakları:

‘Adalet Bakanlığı CİGM’nün 06.06.2017 tarihli Uzlaştırma İşlemlerinde Tebligat ve İstinabe Konulu görüş yazısı.’ (AÇDB Resmi Sitesi, 2017) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2112018152017Uzlaştırma%20İşlemlerinde%20Tebligat%20ve%20İstinabeye%20Dair%20Görüş%20Yazısı.pdf>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2023

‘CİGM’nün 06.04.2018 tarihli uzlaştırmacı ücreti konulu 19120602-045-02-0140-2018-E.699/28394 sayılı görüş yazısı.’ (AÇDB Resmi Sitesi, 2018) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2112018150223Uzlaştırmacı%20Ücretlerine%20Dair%20Görüş%20Yazısı.pdf>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2023

‘Duyuru Sonuçları.’ (AÇDB Resmi Sitesi) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Home/Duyurular/2>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2023

‘Hakkımızda.’ (AÇDB Resmi Sitesi) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/hakkimizda>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2023

‘Hukuki Görüşler.’ (AÇDB Resmi Sitesi) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/OrtaDetay/hukuki-gorusler>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2023



‘2022 Yılı Uzlaştırma İstatistiği.’ (AÇDB Resmi Sitesi, 2023) <<https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/30220231135472022%20YILI%20UZLAŞTIRMA%20İSTATİŐİĐİ.pdf>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2023

‘Size küfür ettirip para kazanıyorlar!’ (Enkocaeli Haber, 2021) <<https://www.enkocaeli.com/haber/7869919/size-kufur-ettirip-para-kazaniyorlar.>> Erişim Tarihi 23 Nisan 2023

6306 SAYILI KANUN KAPSAMINDA RİSKLİ YAPI KAVRAMI

Risky Building Concept Under Law No. 6306

Emre AÇAR*

Özet

1982 Anayasası'nın 57'nci maddesine göre devlet; şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetken bir planlama çerçevesinde konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler. Keza 56'ncı maddesi; herkesin sağlıklı, dengeli ve güvenli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğunu hükme bağlamakta ve devlete bu hususta görevler yüklemektedir. Yine 23'üncü maddesine göre devlet, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ile görevlidir. Bu maddeler bir bütün olarak düşünüldüğünde devletin; sağlıklı, düzenli ve dengeli bir yaşam ile çevreyi tesis etmek için ödevler yüklendiği görülmektedir. Bunun en önemli sebepleri de insanların afetlere karşı can güvenliğinin sağlanması ve yaşanabilir kentlerin oluşturulmasıdır. Zira ülkemizde 6 Şubat 2023'te yaşanan deprem afeti nedeniyle meydana gelen kayıplar bunu göstermiştir.

Afetler, aslolanın can güvenliği olduğunu ortaya koyarken şehirlerin güzelleştirilerek daha yaşanılabilir kılınması gerektiğini de hatırlatmaktadır. Bu kapsamda her ne kadar asli sorumluluğun devlet tüzel kişiliğinde olması gerektiği düşünülse bile bireylerin teker teker sorumluluk yüklenmesi gerektiği aşikârdır. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun ile 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği bu amaçla çıkartılmıştır. Bina bazlı dönüşüme olanak tanıyan bu normlar, bireylerin tek tek can güvenliğini düşünerek esas aktörün devlet değil vatandaşlar olduğunu açıklamaktadır.

Ülkemizde afet riskinin yüksek olması ve afet öncesi tedbirlere ilişkin mevzuatın yetersiz olması sebebiyle 6306 sayılı Kanun çıkartılmıştır. Bu Kanun, afet öncesini dizayn etmesi bakımından önemlidir. Riskli yapı kavramı tanımlanmış, yara almadan evvel dönüşümün sağlanması amaçlanmıştır. Zira can güvenliğini sağlamak için hayata mâl olabilecek yapıların tespiti, tahliyesi ve yıkımına ihtiyaç vardır. Böylelikle insanların can güvenliğinin sağlanmasının yanında şehirler estetik ve sosyokültürel bakımdan güzelleştirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kentsel Dönüşüm, Afet, Konut Hakkı, Riskli Yapı, Kamusal Estetik.

Abstract

According to Article 57 of the 1982 Constitution, the state takes measures to meet the housing needs within the framework of a planning that considers the characteristics of cities and environmental conditions, and also supports mass housing enterprises. Likewise, article 56; it decrees that everyone has the right to live in a healthy, balanced and safe environment and assigns duties to the state in this regard. Again, according to Article 23, the state is responsible for realizing healthy and orderly urbanization. When these items are considered as a whole, it is

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 24.04.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* T.C. İçişleri Bakanlığı 111. Dönem Kaymakam Adayı, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, emreacar081@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3320-1904>.



seen that the state has duties to establish a healthy, orderly and balanced life and environment. The most important reasons for this are ensuring the safety of people against disasters and creating livable cities. The losses that occurred in our country due to the earthquake disaster on February 6, 2023 showed this.

While disasters reveal that the most important thing is life safety, they also remind that cities should be made more livable by beautifying them. In this context, although it is thought that the primary responsibility should belong to the legal entity of the state, it is obvious that individuals should be held responsible one by one. The Law No. 6306 on the Transformation of Areas Under Disaster Risk and the Implementation Regulation of the Law No. 6306 were issued for this purpose. These norms, which allow building-based transformation, explain that the main actor is citizens, not the state, considering the safety of individuals one by one.

Law No. 6306 was made because of the high disaster risk in our country and insufficient legislation regarding pre-disaster measures. This Law is important in terms of designing the pre-disaster. The concept of risky building has been defined and it is aimed to ensure transformation before getting injured. Because to ensure the safety of life, there is a need for the detection, evacuation, and demolition of structures that may cost lives. Thus, in addition to ensuring the safety of people's lives, cities will be aesthetically and socioculturally beautified.

Keywords: Urban Transformation, Disaster, Right to Housing, Risky Building, Public Aesthetics.

GİRİŞ

Ülkemizde özellikle son dönemlerde deprem kavramı refleks geliştirerek aslo-lanın can güvenliğini sağlamak olduğu gerçeğini ortaya koymuştur. Bu düşünce, çok boyutlu düşünmeyi de beraberinde getirmiş; Afet Hukuku, İmar Hukuku ve Kentsel Dönüşüm Hukuku kapsamında deprem gerçeğine bütüncül yaklaşılmasını zorunlu kılmıştır.

1982 Anayasası'nın 57'nci maddesine göre devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alması, ayrıca toplu konut teşebbüslerini desteklemesi gerekmektedir. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 1'inci maddesi de arazi kullanımına yön vermiştir. Keza gerek İmar Kanunu gerek 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73'üncü maddesi gerek 6306 sayılı Kanun'un "Rezerv Yapı Alanına" ilişkin hükümleri imar planları ile öngörmeyi, şehirleri planlamayı zorunlu kılmıştır. Plan, ileriye yönelik bir işlemdir. İleri dönük bir ufuk çizmeyi gerektirir. Bu kapsamda planların yapılara değil yapıların planlara uygun yapılması gerekir. Zira can güvenliğini sağlamak için hayata mül olmayacak yapılara ihtiyaç vardır.

Kentsel dönüşümün öncelikle zihinlerde olması gerekir. Kafada dönüşüm sağlanamadıktan sonra 6306 sayılı Kanun yeterli olmayacaktır. Ayrıca bu konuda çalışma yapılırken ufkun geniş tutulması önemlidir. Öngörülen şehirler zeminiyle, üst yapıyla, estetiğiyle yaşanabilir olmalıdır. Zira kentsel dönüşüm, parsel bazlı değişimi değil kenti değiştirmeyi ifade eder. Kentin hem güçlü yapılarıyla hem estetik boyutuyla değiştirilmesi gerekir. Zaten imar kavramı, mamur kelimesinden gelmektedir. Düşünce insanı ve mimar Turgut Cansever'in de dediği gibi: "İnsanın görevi, dünyayı güzelleştirmektir." 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İmar Kanunu'nun 8'inci maddesinin "Mimari Estetik Komisyonu" vb. hükümleri bunu amaçlamaktadır.

Kent kavramı, 442 sayılı Köy Kanunu'nda tanımlanmıştır. Buna göre nüfusu 20.000'den fazla olan yerlere kent adı verilmektedir. Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemine göre Türkiye nüfusunun yaklaşık %93'ü kentlerde yaşamaktadır. Bu da ülkemizde özellikle 1900'lü yıllardan bu yana görülen şehirlerin planlanması fikrini ortaya çıkarmıştır. Buna göre ülkemizde bir kısım yerler estetik ve sosyo-kültürel açıdan hareketliliği tercih etmiş, bir kısım yerler de huzur bulunan bir yer olmayı seçmiştir.

Kentsel dönüşüm için yıkıma ihtiyaç vardır. Bu yıkım sadece 6306 sayılı Kanun ile getirilmemiştir. Örneğin İmar Kanunu'nun 39'uncu maddesi ayakta duramayacak haldeki binanın yıkılması gerektiğini ifade etmektedir. Keza 7269 sayılı Kanun da afet dolayısıyla dönüşümü öngörmektedir. Bununla birlikte bu kanunlar, 6306 sayılı Kanun'dan farklı olarak yara sarmayı amaçlamaktadır. Oysa 6306 sayılı Kanun, yara almadan dönüşümün sağlanmasını hedeflemektedir. Yani afet öncesi için öngördüğü hükümler 7269 sayılı Kanun'a göre daha güçlüdür. Dolayısıyla gerek can güvenliği gerek estetik ve sosyokültürel bakımdan yaşanabilir şehirlerin dizayn edilmesi bakımından 6306 sayılı Kanun'un yeri ayrıdır.

I. 6306 SAYILI AFET RİSKİ ALTINDAKİ ALANLARIN DÖNÜŞTÜRÜLMESİ HAKKINDA KANUN

Türkiye'de yaşam alanlarının büyük bir kısmının doğal afet riskiyle karşı karşıya olduğu bilimsel verilerle ortaya konulmaktadır. Bilhassa deprem, ülkemizin afetlere karşı daha tedbirli olması gerektiğini sürekli hatırlatmaktadır. Coğrafyamızın önemli bir gerçeği olan bu afeti, esasında tedbir alınmadan inşa edilen binalar tehlikeli hale getirmektedir. Bunun için ülkemizde çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bununla birlikte bu yasal düzenlemelerin çoğu yara sarma mantığına dayanıp afet sonrası rehabilitasyon sürecini hedef almıştır. Oysa yapılması gereken yara almadan dönüşümün sağlanması, tehlikelerin bertaraf edilmesidir. Bu konuda 2012 yılında 6306 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi dönüm noktası olmuştur.¹

Ülkemizde başta deprem olmak üzere doğal afetler sıklıkla meydana gelmekte ve önemli can ve mal kayıplarına neden olmaktadır. Bunun en temel sebebi doğal afetin kendisi değil gerekli tedbirlerin alınmamasıdır. Yerleşim yerlerinin büyük çoğunluğunda çarpık yapılaşma ve riskli binalara rastlanması bunu kanıtlamaktadır. Dolayısıyla Türkiye'de kentsel dönüşümüne ilişkin hukuki altyapının oluşturulması kaçınılmaz olmuştur. Her ne kadar 5104 sayılı Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu gibi yerel düzenlemeler yapılsa da genel nitelikli yasal düzenleme ihtiyacı hasıl olmuş ve 2012 yılına gelindiğinde 6306 sayılı Kanun çıkartılmıştır.²

¹ Filiz Daşkiran ve Duygu Ak, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm' (2015) 13(3) Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/203266>> erişim tarihi 08 Nisan 2023, s. 264.

² Halit Eyüp Özdemir ve Melih Koç, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Uygulama Alanlarının Tespitine İlişkin İdari İşlemlere Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu' (2017) 4(2) İstanbul Medipol

A. Kanun'un Önemi

6306 sayılı Kanun, afet riskini giderebilmek için kentsel dönüşüm yapılmasını öngörmektedir. Ülkemizde afet riskinin yüksek olması ve afet öncesi tedbirlere ilişkin mevzuatın yetersiz olması sebebiyle çıkartılmıştır. Özellikle afet öncesini dizayn etmesi bakımından önemlidir. Bu Kanun, afet meydana geldikten sonra “yara sarma” değil de “yara almama” anlayışına dayanmaktadır. Anayasa'daki sosyal hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi için önemli ve etkili bir adım atılması temin edilmektedir. Böylelikle başta deprem olmak üzere doğal afetler sebebiyle meydana gelmesi kuvvetle muhtemel can ve mal kayıpları önlenecektir.³

7269 sayılı Kanun, afete maruz bölge kavramını barındırmaktadır. Bu kanun bina bazlı uygulanamadığından, bina bazlı dönüşüme olanak tanıyan 6306 sayılı Kanun çıkartılmıştır. Burada amaç bireylerin tek tek can güvenliğinin düşünülmesidir. Ayrıca esas aktör devlet değil, vatandaşlardır. Finansman vatandaşa ait olup devlet teşvikler getirmektedir. Öncelikli sorumluluğu vatandaş almaktadır. Bununla birlikte, deprem kuşağında olan ülkemizde dönüşüm büyük önem arz ettiğinden devletin daha aktif roller ve sorumluluklar olarak toplumsal, mekânsal, yönetsel ve benzeri bütüncül yaklaşımlarla mülkiyet hakkına özen göstermesi ve sosyal adaleti sağlaması da oldukça önemlidir.⁴

Genel gerekçeye ve Kanun metnine göz attığımızda bu Kanun ile hedeflenen amaca ulaşmak için 7269 sayılı Kanun'daki kanunî mecburiyet esasını yerine gönüllülük esasına öncelik verildiği görülecektir. Buna göre öncelikle afetler karşısında riskli bulunan alanların ve buralardaki yapıların malikleri ile anlaşma sağlanarak bu riskli yapıların yıktırılıp bu alanların dönüştürülmesinde ve yeniden yerleşimin temin edilmesinde yapı maliklerinin rızasının alınması gerekmektedir. Sonrasında ise bu esasa uymayanların yapılarının Başkanlık veya İdarece⁵ yıktırılması ve riskli yapılar ile alanların tahliyesi suretiyle uygulamada bulunulacaktır.⁶

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102248>> erişim tarihi 08 Nisan 2023, s.20.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, ‘Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi’ <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss180.pdf>> erişim tarihi 03 Nisan 2023.

⁴ Elvettin Akman, Yağmur Can ve Özkan Yalçın, ‘Bir Politika Uygulaması Olarak Kentsel Dönüşüm: Devlet Destekleri Çerçevesinde Bir Değerlendirme’ (2018) 22(3) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622422>> erişim tarihi 03 Nisan 2023, s. 3005.

⁵ 6306 sayılı Kanun'un 2'nci maddesine göre İdare; Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini ifade etmektedir. Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6306, Kabul Tarihi: 16.05.2012, RG 16.05.2012/28309.

⁶ Abdullah Selim Babaoğlu, ‘6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Bakımından Yürütmenin Durdurulması Kararının Eleştirilmesi’ (2015) 10(112) Terazi Hukuk Dergisi <<https://www.jurix.com.tr/article/5088>> erişim tarihi 08 Nisan 2023, s. 41.

6306 sayılı Kanun mülkiyet ile birlikte can güvenliğini amaçlayan karma bir kanundur. Zira riskli alanların dönüştürülmesi, mülkiyet hakkını ve mülkiyetin dışındaki sınırlı aynî hakları etkileyecektir. Kanun'da, öngörülen dönüştürme uygulamaları için uygun arazilere ihtiyaç olacağından Hazine ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşınmazlarından ihtiyaç duyulanların dönüşüm hizmetleri için tahsis edilebileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Böylelikle mülkiyet hakkına saygı, sağlıklı ve düzenli yerleşme, daha az maliyet ile en fazla sosyal faydanın temin edilmesi, kaynakların plânlı, sağlıklı ve verimli kullanılması ilkelilerinin hayata geçirilmesi mümkün olacaktır.⁷ Bununla birlikte Kanun'un 6'ncı maddesinde gönüllülük esasını aşarak ve belirli şartlarda yapı maliklerini zorlayarak mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde düzenlemeler mevcuttur. Zira Üstün'e göre kentsel dönüşüm uygulamaları ile mülkiyet hakkı arasında çatışma çıkması muhakkaktır.⁸ Dolayısıyla dönüşümde, karar mercii ile uygulayıcıların Kanun'un genel gerekçesi doğrultusunda mülkiyet hakkına en az müdahale edecek faaliyetlerde bulunmaları gerekir.

Riskli alanların dönüştürülmesine ilişkin uygulamalar için büyük malî kaynaklara ihtiyaç bulunduğundan 6306 sayılı Kanun'da çeşitli kalemlerden oluşan "Dönüşüm Gelirleri" düzenlenmiştir. Böylelikle dönüşümün finansmanının sağlanması yasal dayanak altına alınmıştır.⁹

Kanun'a göre afet riski altında olduğu kabul edilen yerlerde afet meydana gelmeden önce meskenler, işyerleri gibi yapılar yeni alanlara nakledilmektedir. Böylelikle yerleşme ve yapı emniyetinin temin edilmesi, muhtemel can ve mal kayıpları ile iktisadî ve sosyal diğer zararların en aza indirilmesi mümkün olacaktır. Keza hâlihazırda yaşanabilirlikten uzak, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarı ile de çirkin olan yapılaşmalar da ortadan kaldırılabilecektir. Bunların yerine estetik yapılar inşa edilerek halkın sıhhatli ve emniyetli şartlar altında daha yaşanabilir ve güzel bir kentte ikameti de temin edilecektir. Bu durum bir kolluk faaliyeti olan kentsel dönüşümün, kamu düzeninin tesisinde kamusal estetik ve dirlik-esenlik boyutlarıyla katkı sağladığını kanıtlamaktadır.¹⁰

B. Kanun'un Anatomisi

Kanun'un 1'inci maddesi ile Kanun'un amacı belirtilmektedir. Buna göre afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasların salt fen de-

⁷ Bkz. 6306 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi.

⁸ Yeliz Neslihan Akın, '6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm Kolluğu' (2021) 11(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1861823>> erişim tarihi 08 Nisan 2023, s. 563.

⁹ Bkz. 6306 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi.

¹⁰ Akın (n 8) 503-505.



ğil aynı zamanda sanat norm ve standartlarına uygun olarak yürütüleceği ifade edilmiştir.¹¹

Kanun'un 2'nci maddesinde tanımlara yer verilmiş olup 6306 sayılı Kanun'un kapsamı ifade edilmiştir. Ancak Kanun'un isminde "Afet" kavramı geçmesine rağmen bu kavramın tanımına yer verilmediği görülmektedir. Kanun bu yönüyle eleştirilmekle birlikte afet kavramı, 7269 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde tanımlanmıştır.¹²

Kanun'un tanımlar kısmına bakıldığında ilk olarak rezerv yapı alanı kavramı dikkat çekmektedir. Rezerv yapı alanı; bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, belediye ve il özel idaresinin veya TOKİ'nin talebine bağlı olarak veya resen Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından belirlenen alanları ifade etmektedir. Bu kavram ile, imar planları ile imara ilişkin uygulamaların doğrudan bakanlık eliyle yapılabilmesine olanak tanınmaktadır.¹³

Bir diğer kavram olan riskli alan ise zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan ve Cumhurbaşkanı'nca kararlaştırılan alanı ifade etmektedir. Kanun'un Ek-1'inci maddesinde bir alanı riskli alan ilan etmek için nelerin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Riskli yapı kavramı da aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıya karşılık olarak tanımlanmıştır. Tanımlardan hareketle, riskli yapıların tespitinde riskli alanların aksine herhangi bir idari kurumun karar vermesine gerek bulunmadığı, teknik verilere tespit yapılmasının yeterli olduğu görülmektedir. Keza riskli yapının mutlaka riskli alan içerisinde yer almasına da gerek bulunmamaktadır.¹⁴ Ayrıca bakıldığında 6306 sayılı Kanun'un bu maddede bu kavramların kapsadığı uygulama ölçeğini, gerektiğinde parsel ya da yapı ölçeğine indirgenecek gerektiğinde tüm plan ölçeklerine dek genişletilecek yatay ve dikey bir esneklikle tanımladığı görülecektir.¹⁵

¹¹ ibid 504.

¹² Recai Akyel, 'Türkiye Kamu Yönetiminde Afet Yönetimi' (2005) 14(1) Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/50188>> erişim tarihi 10 Nisan 2023, s. 16.

¹³ A. Kürşat Ersöz, 'Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı' (2015) 19(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789065>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2023, s. 133.

¹⁴ Beşir Açıkkça, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşümde Riskli Alanlara Yönelik Paylaşım Modelleri ve Bir Model Önerisi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2019), s. 47.

¹⁵ Ilgın Özkaya Özlüer, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Alanlarda Riskli Olmayan Yapıların Durumu' (2018) 76(1) Ankara Barosu Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/542625>> erişim tarihi 10 Nisan 2023, s. 255.

Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrası ile riskli yapıların tespitinin usul ve esasları hükme bağlanmaktadır. Maddenin takip eden fıkralarında, Kanun'un öngördüğü uygulamaların gerekli kıldığı taşınmazların devrine, tahsisine ve bunların tapuda tescil iş ve işlemlerine dair usul ve esaslar düzenlenmiştir.¹⁶ Ayrıca 2018 yılında maddeye Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın, riskli yapı tespiti için lisanslandırılan kurum ve kuruluşların faaliyetlerini denetleyebileceğine ve mevzuatta öngörülen esaslara uygun olarak görevini yerine getirmeyenlere işlenen fiil ve hâllerin durumuna göre idari yaptırımlar uygulayabileceğine ve 2023 yılında Kentsel Dönüşüm Başkanlığına dair hükümler eklenmiştir. 7 Kasım 2023 yılında yapılan bu değişiklik ile Türkiye'nin yapı stokunun yenilenmesi için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına bağlı Kentsel Dönüşüm Başkanlığı kurularak kentsel dönüşüm çalışmalarının çok daha hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesine olanak tanınmak istenmektedir.

Kanun'un 4'üncü maddesiyle ise Kanun'da öngörülen iyileştirme, yenileme ve dönüştürme iş ve işlemleri ile uygulamalarına, taşınmaz mülkiyetine ve tasarrufuna ilişkin haklar bakımından getirilen kısıtlamalar hükme bağlanmıştır. Ayrıca öngörülen bu maksatların gerçekleştirilmesinin temini için uygulama esnasında gerekmesi ve talep edilmesi hâlinde, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerinin verilmeyeceği ve verilenlerin durdurulacağı ifade edilmiştir. Ancak mülkiyet hakkının kısıtlanması anlamına gelen bu tedbirlerin, riskli alan ve rezerv yapı alanı kararı neticesinde belirlenecek yeni koşullar dikkate alınarak yeni imar ve yapılaşma şartları belirlenmesi amacıyla alındığından bahisle Anayasa'nın 13'üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesine uygun olmasına dikkat edilmelidir.¹⁷

Kanun'un 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında riskli yapıların yıktırılmasının usul ve esasları hükme bağlanmaktadır. Yıktırmada öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca anlaşma ile tahliye edilen yapılar ile ilişkisi bulunanlara çeşitli yardımlar yapılacaktır. 3'üncü fıkrada ise riskli yapıların yıktırılmasında ve tahliyesinde öncelikli olarak maliklerce yıktırma ve tahliye, bu mümkün olmadığı takdirde idarî yoldan bu iş ve işlemleri yaptıрма öngörülmektedir. Son fıkrada da önceki fıkralara göre yıktırmanın gerçekleşmesi durumunda Bakanlığın bu konudaki görev ve yetkileri belirtilmiştir. İdarenin her ne kadar bu yolla mülkiyet hakkını kısıtladığı söylene de 6306 sayılı Kanun'un başlıca amacının riskli olduğu tespit edilen yapılar hakkında deprem vb. afetlerin gerçekleşmesinden önce gerekli tedbirleri almak, insanların can güvenli-

¹⁶ Bkz. 6306 sayılı Kanun'un Madde Gerekeçesi.

¹⁷ Iğın Özkaya Özlüer, 'Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması' (2018) 67(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/49313/23938.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> erişim tarihi 10 Nisan 2023, s. 640.

ğini sağlamak ve onların malvarlığı haklarını korumak olduğu düşünüldüğünde bu kısıtlamaların ölçülü olduğu görülecektir.¹⁸

Kanun, 6'ncı maddenin 1'inci fıkrası ile üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlara ilişkin hakların akıbeti konusunda düzenleme yapılmıştır. 2'nci fıkra ile ise Bakanlığa ve İdareye acele kamulaştırma imkânı tanınmıştır. 3'üncü fıkrada, Kanun'un öngördüğü maksadın daha kolay gerçekleşmesi için çeşitli teşvikler sağlanacağı hükme bağlanmıştır. 4'üncü fıkra ile Kanun uyarınca yapımı gerçekleştirilen konutların ve iş yerlerinin bedellerinin belirlenmesinde ve ilgili-lerin borçlandırılmasında, sosyo-ekonomik durumlar, tabii afetin ortaya çıkardığı neticeler ve sosyal devlet anlayışının gerekleri gözetilerek uygulama gerçekleştirileceği hükme bağlanmaktadır. 5'inci fıkrada, Kanun'un uygulanması için değişik usuller ve tatbikat alternatifleri öngörülmekte ve bu hususlarda Bakanlığın yetkileri düzenlenmektedir. Kanun kapsamındaki uygulamaların özelliği gözetilerek 6'ncı fıkrada, riskli alanlardaki ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda faydalanılmak üzere çeşitli planlar ve kent tasarımları yapma ve bu konudaki standartları belirleme konusunda Bakanlığa özel bir yetki verilmektedir. 9'uncu fıkrada, bu Kanun kapsamındaki iş ve işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uyarınca dava açılabilceği belirtilmiştir.¹⁹

Kanun'un 07.11.2023 tarihinde kabul edilen Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile revize edilen 6/A maddesinde Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından resen yapılacak uygulamalara ilişkin usul ve esaslar tanzim edilmiştir. Burada kamu hizmetlerinin düzenli işlemesi için resen icra kapsamında faaliyetlerde bulunulması amaçlanmıştır.²⁰

Kanun 7'nci maddesiyle yapılacak olan iş ve işlemler ile uygulamalarda kullanılacak olan dönüşüm gelirlerinin bütçe ile ilişkisi hükme bağlanmakta ve bu gelirler sayılmaktadır. 9'uncu maddede de 6306 sayılı Kanuna tâbi riskli yapılar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanunun uygulanıyor olmasının bu Kanun'un uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir.²¹

C. RİSKLİ YAPI KAVRAMI

6306 sayılı Kanun'un 2/1-d maddesinde riskli yapı, riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar

¹⁸ Ahmet Arif Ellek, 'Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi' (2021) 7(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1791643>> erişim tarihi 10 Nisan 2023, s. 389.

¹⁹ Bkz. 6306 sayılı Kanun'un Madde Gereğesi.

²⁰ Akın (n 8) 523.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. T. C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, 'Kentsel Dönüşüm Sürecine İlişkin Sıkça Sorulan Sorular' <<https://kastamonu.csb.gov.tr/kentsel-donusumde-50-soru-50-cevap-i-5086>> erişim tarihi 05 Nisan 2023.

görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı olarak tanımlamıştır. Buna göre riskli yapı üç tip ile karşımıza çıkabilecektir: Ekonomik ömrünü tamamlamış olan yapı, yıkılma riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanarak tespit edilen yapı ve ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı.²²

6306 sayılı Kanun'un uygulama alanına dahil hallerden biri olan riskli yapıların tespiti, yapının ağır hasar görme veya yıkılma tehlikesinin veya ekonomik ömrünün dolmuş olduğunun yetkili kurum ve kuruluşlarca belirlenmesini ifade etmektedir. Bu tespit kural olarak maliklerin talebi ile yapılmaktadır. Bununla birlikte malikler talep etmezlerse İdare'nin talebi ile ya da resen riskli yapı tespitinde bulunulabilecektir.²³

1. Bir Yapının Riskli Kabul Edilmesinin Koşulları

Riskli yapının tespitine ilişkin temel hususlar 6306 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi ile 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin 6 ve 7'nci maddelerinde tanzim edilmiştir. Buna göre kentsel dönüşümde riskli yapıların tespitine yönelik işlemler dört aşamada gerçekleşmektedir. Bunun ilk adımı, yapı maliklerinin veya kanuni temsilcilerinin riskli yapı tespiti için başvuruda bulunmasıdır. İkinci aşamada lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca riskli yapı tespitinin yapılması yer almaktadır. Riskli yapı kararının alınması sonrasında gelen üçüncü adımda ise riskli yapılar yıktırılmaktadır. Süreç, dördüncü aşama olan yıkım sonrası uygulama ile sona ermektedir. Burada yeni binalar inşa edilmekte ve parsellerle ilgili tekrar değerlendirme yapılmaktadır.²⁴

a. Riskli Yapı Tespiti İçin Başvuru

Riskli yapı; muhtemel deprem, sel, heyelan gibi bir afet durumunda içerisinde yaşayanların can güvenliğinin olmadığı yapıları ifade etmektedir. Bu nedenle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri masrafları kendilerine ait olmak üzere Kentsel Dönüşüm Başkanlığı tarafından lisanslandırılmış kurum ve kuruluşlara riskli yapı tespiti yaptırmaktadır.²⁵ Başvuruda bulunabilmek için yapı üzerinde malik olmak gerekmektedir. Malik dışındaki kiracı vb. kimseler riskli yapı tespiti için başvuru yapamamaktadır.²⁶

²² Nergis Karagöz, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi, Tapu Sicil Uygulamaları Yönüyle Yaşanan Sorunlar' (T. C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Uzmanlık Tezi, 2014), s. 17.

²³ Nurcan Arslan, 'Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeler' (2021) (47) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1884772>> erişim tarihi 10 Nisan 2023, s. 370.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Anadolu Ajansı, 'Riskli Yapılar Dört Aşamada Yenileniyor' <<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/riskli-yapilar-4-asamada-yenileniyor/2840815#>> erişim tarihi 08 Nisan 2023.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. T. C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 'Riskli Yapı Süreci' <<https://altyapi.csb.gov.tr/riskli-yapi-sureci-i-104285>> erişim tarihi 08 Nisan 2023.

²⁶ Açıkça (n 14) 50.



Kiracıların riskli yapı tespiti için başvuruda bulunamaması eleştirilebilir. Yaşam hakkı, gerek 1982 Anayasası gerek Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmalar tarafından tanınan öncelikli haklar arasında yer almaktadır. Bununla birlikte mülkiyet hakkına göre yaşam hakkının korunmasının öncelikli olmasından bahisle her ne kadar kiracıların riskli yapı tespiti başvurusunda bulunabilmesine olanak tanınması düşünülse dahi kiracılara başvuru hakkının tanınmamasını koruyacak hukuki mekanizma esasen mevzuatta yer almaktadır. 6306 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre Başkanlık veya İdare, riskli yapıların tespitini resen yapabileceği gibi süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilmektedir. Buna göre kiracılar yerine Kentsel Dönüşüm Başkanlığı veya İdare'nin riskli yapı tespiti konusunda görev üstlenmesi kiracıların yaşam hakkını korumaktadır.

Riskli yapının tespiti için hangi malikin ya da maliklerin talepte bulunabileceği mülkiyetin türüne göre değişiklik göstermektedir. Riskli yapı tek kişinin mülkiyetinde ise malik, yetkili kuruluşlara doğrudan talepte bulunabilecektir. Ancak birlikte mülkiyetin yani yapı üzerinde paylı ya da elbirliği mülkiyet türünün olması söz konusu ise mülkiyet durumuna göre ayrı değerlendirmeler yapılması gerekecektir.²⁷ Zira 6306 sayılı Kanun'da veya Uygulama Yönetmeliği'nde birlikte mülkiyet ya da kat mülkiyetine tâbi yapılar bakımından düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla konu genel hükümlere yani 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre çözümlenmelidir.

Paylı mülkiyet bulunan yapılarda, başvuru konusunda doktrinde farklı yorumlar bulunmaktadır. Bir görüş, riskli yapının tespiti paylı mülkiyete konu taşınmazların korunması ile ilgili olduğundan TMK'nin 693'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre paydaşlardan her birinin riskli yapı tespiti için başvuruda bulunabilmesi gerektiği yönündedir. Diğer görüş ise riskli yapı tespitinin olağanüstü tasarruf işlemi olduğundan bahisle TMK'nin 692'nci maddesi uyarınca bütün paydaşların oybirliği ile alacağı kararla riskli yapı tespiti talebinde bulunabilecekleri yönündedir. Uygulamada ise riskli yapı talebi, ilk görüş doğrultusunda maliklerden herhangi biri tarafından yapılabilmektedir.²⁸

Elbirliği mülkiyetin söz konusu olması halinde riskli yapı tespiti başvurusu hakkında öğretilerde iki farklı görüş savunulmaktadır. Birinci görüşe göre; elbirliğiyle mülkiyette mal üzerinde ortakların belirli payları bulunmayıp her birinin ortaklığının malın tamamı üzerinde olduğundan ve TMK'nin 702'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre kanunda aksine bir hüküm olmadıkça kararların oybirliği ile alınması gerektiğinden bahisle riskli yapının tespiti talebinde bulunabilmek için maliklerin oybirliği ile anlaşmış olmaları gerekmektedir. İkinci görüş ise; riskli yapı tespitinin kamu düzenini ilgilendiren bir konu olmasından bahisle 4'üncü fıkra

²⁷ Arslan (n 23) 351.

²⁸ Açıkkça (n 14) 50-51.

uyarınca elbirliğiyle maliklerden her birinin riskli yapı tespiti talebinde bulunabilecekleri yönündedir.²⁹ Uygulama ise riskli yapı tespiti başvurusunun maliklerden herhangi birinin yapabileceği yönündedir.³⁰

Riskli yapı tespiti yapıldıktan sonra yapının yıkılması ihtimali tüm kat maliklerinin mülkiyet hakkının ihlaline sebep olacaktır.³¹ Kat mülkiyetine sahip taşınmazlarda risk tespiti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın resmi internet sitesinde de ifade edildiği üzere her bir bağımsız bölüm maliki tarafından yaptırılabilir. Ayrıca Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı tapunun bulunması durumunda arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahibince yaptırılacaktır. Arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması halinde ise riskli yapı tespiti lehine şerh olan tarafça yaptırılmalıdır.³²

Malikler tespit talebini yukarıdaki usulle resen yapabilecekleri gibi Başkanlığın isteği üzerine de yapabilirler.³³ Kentsel Dönüşüm Başkanlığı, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilmektedir. Tespitler, verilen süre içerisinde yaptırılmazsa Başkanlık veya İdare tarafından yapılmakta veya yaptırılmaktadır. Ayrıca Başkanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek doğrudan İdare'den de isteyebilecektir.

Kentsel Dönüşüm Başkanlığının resen riskli yapı tespitinde bulunması, hukuken mülkiyet ve yaşam haklarının idare tarafından sınırlanması olarak nitelendirilebilir. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre hakların sınırlanması ölçülü olmalıdır. Bu kapsamda hukuk devleti ilkesinin de gereği olarak idarenin riskli yapı tespitinde bulunurken bilim, fen ve sanat normlarına riayet edip ölçülü olması ve işlemlerine karşı itiraz ve yargı yoluna başvuru müesseselerinin etkin bir şekilde işletilmesi son derece önemlidir.

b. Riskli Yapı Tespiti

6306 sayılı Kanun'un hedeflediği dönüşümde riskli yapılarla ilgili sürecin yapı maliklerinin veya kanuni temsilcilerinin riskli yapı tespiti için başvuruda bulunmasından sonra gelen ikinci aşamasında ise lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca riskli yapı tespitinin yapılması yer almaktadır. Yapılar, bu kuruluşlarca incelenecek ve riskli yapı tespit raporu düzenlenecek ve yapıların riskli olup olmadıkları değerlendirilecektir.³⁴

²⁹ Arslan (n 23) 352-353.

³⁰ Açıkkça (n 14) 51.

³¹ Arslan (n 23) 353.

³² Açıkkça (n 14) 52.

³³ Arslan (n 23) 351.

³⁴ İshak Kamil Kisbet, 'Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı Tespiti' (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi 2022), s. 30.

(a) Riskli Yapı Tespitinde Kriterler

Riskli yapı kavramı Kanun'un 2'nci maddesinde tanımlanmıştır. Bununla birlikte kavramın bir unsuru olan yapıdan neyin anlaşılacağı açıklanmamıştır. Yapı kavramının tanımına 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5'inci maddesinde yer verilmektedir. Buna göre karada veya suda, daimî veya geçici, resmi veya hususi yeraltı veya yerüstü inşaatı ile bunların ilavelerini, değişikliklerini ya da tamirlerini içine alan sabit veya hareketli tesislere yapı adı verilmektedir.³⁵ Bununla birlikte Yönetmeliğin 7'nci maddesinin 1'inci fıkrasında riskli yapı tespitine konu olabilecek yapılar sınırlandırılmaktadır. Riskli yapı tespiti; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü, insanların içine girebilecekleri ve oturma, çalışma, eğlenme, dinlenme veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır. İnşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metrukluk veya başka bir sebeple statik bakımdan yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar bu tespite konu edilmemektedir. Dolayısıyla riskli yapı tespitine konu olabilecek yapılar sadece binalardır.³⁶

Herhangi bir afet gerçekleşmeden önce riskli yapıların tespit edilerek kentsel dönüşüm uygulamasına tâbi tutulması muhtemel can ve mal kayıplarını büyük ölçüde azaltmaktadır. Bununla birlikte bir yapının riskli kabul edilmesi halinde Anayasa'da belirtilen mülkiyet hakkı, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, konut hakkı gibi hakların kısıtlanması gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla bu tespit Kanun ve Yönetmelik'te belirtilen esas ve usullere göre yapılması önemlidir.³⁷

Yukarıda da ifade edildiği gibi riskli yapı üç tip ile karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki ekonomik ömrünü tamamlamış olan yapı, ikincisi yıkılma riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanarak tespit edilen yapı ve sonuncusu da ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıdır. Bu tespit Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşlarca yapılacaktır.³⁸ Ayrıca yapının riskli alan dahilinde olup olmaması önem arz etmemektedir. Riskli alan dışında bulunan yapılar da riskli yapı olarak kararlaştırılabilir.³⁹

Yapının ekonomik ömrünü tamamlamış olması, yapının uzun yıllar önce yapılması sebebiyle fiziki nedenlere bağlı olarak kullanıma elverişsiz hale gelmesinden ve yapıdaki hasarların onarımının mümkün ya da ekonomik olmamasından yapının kullanım işlevine uygun olmaması ve yapıdan beklenen faydanın sağlanama-

³⁵ Açıkça (n 14) 47.

³⁶ Arslan (n 23) 349.

³⁷ Nejat Amıraslanlı, 'Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Yapıların Tespiti ve Tespite İtiraz' (2023) (53) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2881554>> erişim tarihi 12 Nisan 2023, s. 82.

³⁸ Ellek (n 18) 377.

³⁹ Amıraslanlı (n 37) 83.

ması durumunu ifade etmektedir.⁴⁰ Bu değerlendirmenin sadece iktisadî yönüyle yapılması Kanun'un amacına uymayacaktır. Zira Kanun hem fen hem de sanat normlarına uygun yaşama çevreleri teşkil etmeyi amaç edinmektedir. Dolayısıyla yapının ekonomik ömrü değerlendirilirken sadece iktisadi unsurların değil sosyal, kültürel, tarihi, mimari ve yapısal işlev ve değerlerin de dikkate alınması gerekir. Nitekim artık kazanç sağlamasa bile dayanıklı olan ve mal veya can kaybı tehlikesi arz etmeyen yapıların dönüşüme tâbi tutulması gerektiği tartışılmalıdır.⁴¹

Yıkılma riski taşıyan yapı, ilmi ve teknik verilere göre taşıyıcı sistemlerinin kendisini taşıyamayacak düzeyde bulunan ve esaslı bir onarımın gerçekleşmemesi halinde yıkılma tehlikesi arz eden yapıları ifade etmektedir. Danıştay 6. Dairesi, 08.03.1993 tarihli ve E:1992/2066, K: 1993/913 sayılı kararında taşıyıcı unsurların işlevsiz kalması, duvarlarda çatlamanın olması, duvar harcının bağlayıcılığını kaybetmesi ve binanın esaslı bir onarıma ihtiyaç duyması hallerinde yıkılma riskinin var olduğunu kabul etmiştir.⁴²

Ağır hasar görme riski taşıyan yapı; yapının betonarme, yığma, ahşap, çelik gibi sınıflardan hangisine dahil olduğu, bulunduğu yerin fiziksel özellikleri, söz konusu bölgede gerçekleşebilecek afetler gibi hususlar dikkate alınarak ilmi ve teknik verilere göre belirlenmektedir.⁴³

(b) Riskli Yapı Tespitinde Yetki

Uygulama Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde riskli yapıların tespitinde görev alacak kurum ve kuruluşlar hüküm altına alınmıştır. Buna göre riskli yapılar kural olarak maliklerin ya da kanuni temsilcilerinin başvurusu üzerine Kentsel Dönüşüm Başkanlığınca lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca⁴⁴ yapılır. Bununla birlikte bu kişiler riskli yapı tespiti yaptırmazlarsa tespitler Başkanlıkça ve İdarece yapılır veya yaptırılır.⁴⁵

⁴⁰ Arslan (n 23) 350.

⁴¹ Amıraslanlı (n 37) 86.

⁴² “Dosyanın incelenmesinden; yıkım işlemine dayanak alınan inceleme raporunda; dava konusu yapının yıkılacak derece tehlike arz ettiğinin tespit edildiği, mahkemece mahallinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda ise, binanın taşıyıcı unsurlarının bakımsızlıktan çürümüş olduğu, taş duvarlarda çatlakların oluştuğu, duvar içindeki harcın bağlayıcı özelliğini kaybettiği, yapının tümü dikkate alındığında esaslı tadil ve onarım yapıldığı takdirde yıkılmaya meyilli, tehlike arz eden bir yapı konumunda olmadığı belirtilmediği görülmektedir. Ancak esaslı bir onarımla tehlike arz etmeyecek duruma gelebileceği, aksi taktirde yıkılma tehlikesine maruz bulunduğu anlaşılan yapının, yıkılacak derecede tehlike arz ettiğinin kabulü gerekir.”Bkz. Arslan (n 23) 350.

⁴³ Amıraslanlı (n 37) 87.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. T. C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, ‘6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapıların Tespiti İçin Yetki Verilen Kurum ve Kuruluşlar’ <<https://altyapi.csb.gov.tr/riskli-yapi-tespiti-ile-ilgili-kuruluslar>> erişim tarihi 15 Nisan 2023.

⁴⁵ Gün Yazıcı, ‘6306 Sayılı Kanun Uyarınca Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim’ (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2018).



Yapı malikleri ya da kanuni temsilcileri başvurularını doğrudan Başkanlığa, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüklerine, İl Özel İdarelerine ya da Belediyelere yapamamaktadır. Ancak ve ancak Başkanlıkça lisanslandırılmış kurum ve kuruluşlara riskli yapı tespiti müracaatı yapılabilecektir. Burada “Riskli Yapı Tespit Sözleşmesi” akdedilmektedir.⁴⁶ Bununla birlikte riskli yapı tespiti Anayasa tarafından güvence altına alınan mülkiyet hakkını kısıtlayabileceğinden lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara tanınan söz konusu yetki uygulama ve doktrinde eleştirilmektedir. Zira lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar herhangi bir alan ile sınırlı olmadan ülke genelinde riskli yapı tespiti yapabilmektedir.⁴⁷

Başvuru sonrası lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca ya da resen idarece Yönetmelik Ek-2’de belirtilen esaslar ile Bakanlıkça geliştirilen elektronik yazılım programı kullanılarak yapılan testler kapsamında riskli yapı tespit raporu hazırlanmaktadır. Bu rapor, tespite konu yapının bulunduğu ildeki Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Müdürlüğüne veya Bakanlıkça yetki devri yapılan idareye elektronik yazılım sistemi üzerinden incelenmesi maksadıyla gönderilmektedir. Herhangi bir eksiklik tespit edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapılmak üzere düzenleyenine iade edilmektedir. Eksiklik yok ise riskli yapılar, tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh düşülmek üzere ilgili tapu müdürlüğüne bildirilecektir.⁴⁸

2. Bir Yapının Riskli Kabul Edilmesinin Sonuçları

Bir yapının riskli olarak kabul edilmesinde öncelikle kişilerin can güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu amaca ulaşabilmek için ise Anayasa tarafından tanınan mülkiyet hakkı, konut hakkı gibi birçok hakkın kısıtlanması kaçınılmazdır. Bu nedenle riskli yapıların tespiti ile gerek hukuksal gerek eylemsel birçok sonuç doğmaktadır.

a. İtiraz ve Yargı Yolu

Riskli yapı tespiti kararına karşı itiraza ilişkin usulü düzenleyen 6306 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesi incelendiğinde maliklerin veya kanuni temsilcilerinin, Başkanlıkça veya İdarece yapılan ya da yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı itiraz hakları olduğu; bununla birlikte bizzat yaptırdıkları riskli yapı tespitlerine karşı kendilerine itiraz hakkı tanınmadığı anlaşılmaktadır. Ancak Uygulama Yönetmeliği’nin 7’nci maddesinde bu tür bir ayrıma yer verilmeden itiraz hakkı tanzim edildiği görülmektedir. Buna göre malikler ya da kanuni temsilcileri, kendi talepleri doğrultusunda yapılan tespit işlemlerine karşı itiraz edilebilmektedir. Zira bu durum hak arama hürriyetinin bir gereğidir.⁴⁹

⁴⁶ Kisbet (n 34) 51.

⁴⁷ Yazıcı (n 45) 14.

⁴⁸ Özdemir ve Koç (n 2) 23.

⁴⁹ Halil Burak Çakır, ‘Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2018), s. 38.

Yapının tapu kütüğüne “riskli yapı” şerhi düşecek olan tapu müdürlüğünce, aynı ve şahsi hak sahiplerini bilgilendirmek amacıyla kendilerine tebligat yapılmaktadır. Bu tebligat; tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde riskli yapının bulunduğu yerdeki Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğüne ya da Bakanlıkça yetki devri yapıldı ise İdareye riskli yapı kararına karşı itiraz edilebileceğini, aksi takdirde İdarece verilecek süre içinde riskli yapının yıkıtılması gerektiğini içermektedir.⁵⁰

Hak sahiplerince süresinde itiraz yapılması durumunda itiraza konu rapor ile itirazlar teknik heyete ulaştırılır. Teknik heyet itiraz sebepleriyle bağlı olmaksızın itirazları değerlendirecektir. Heyet, tespitite eksiklik görür ise gerekli düzeltmelerin yapılması için raporun lisanslı kurum ve kuruluşu gönderilmesine karar verir. Eksiklik bulunmaması ya da eksikliğin giderilmiş olması durumunda ise yapının riskli ya da risksiz olduğuna dair nihai karar verilir.⁵¹

Riskli yapı kararına karşı yapılan itiraz yerinde görülür ve yapının risksiz olduğu saptanırsa karar ilgili tapu müdürlüğüne bildirilerek tapu kütüğüne şerh edilen “riskli yapı” kaydı terkin edilir. Bununla birlikte itiraz reddedilirse “riskli yapı” kaydı idari yönden kesinleşmiş olur. Ret kararı üzerine ilgililerce yetkili İdare Mahkemesi’ne iptal davası açılması mümkündür.⁵²

Riskli yapı tespitine karşı yapı malikleri ya da kanuni temsilcilerin yaptıkları itirazlarının teknik heyet tarafından reddedilmesi kesin ve icrai nitelikte idari işlem olduğundan Anayasa’nın 125’inci maddesi kapsamında idari yargıda dava edilmeleri mümkündür. Zira 6306 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinin 9’uncu fıkrasında, bu Kanun kapsamında tesis edilen idari işlemlere karşı 30 gün içerisinde İYUK uyarınca yetkili İdare Mahkemeleri’nde dava açılacağı belirtilmiştir. Burada husumet Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı’na yöneltilmektedir.⁵³

Dava açma süresinin 30 gün olarak belirtilmesi, riskli yapı tespitine ilişkin idari işlemlere karşı açılacak tüm davaların İvedi Yargılama Usulü’ne tâbi olduğunu göstermez. 6306 sayılı Kanun’da sadece özel dava açma süresi belirtilmiş olup yargılama usulü hakkında hüküm kurulmamıştır. Dolayısıyla yargılama kural olarak İYUK’un genel hükümlerine göre yürütülecektir. Zira İvedi Yargılama Usulüne tâbi uyumsuzlukları sıralayan İYUK’un 20/A maddesinde riskli yapılara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece 6306 sayılı Kanun uyarınca alınan Riskli Alan Tespiti vb. gibi Cumhurbaşkanlığı Kararlarının bu usule tâbi olduğu belirtilmiştir.⁵⁴

⁵⁰ Ellek (n 18) 381.

⁵¹ Çakır (n 49) 39.

⁵² Ellek (n 18) 382.

⁵³ Çakır (n 49) 41.

⁵⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınları Eylül 2019), s. 567.



İdarenin riskli yapı raporu hukuk âleminde sonuçlar doğurmakta olduğundan icrai idari işlem niteliğini haizdir.⁵⁵ Bahse konu idari işlemin yetki, şekil, amaç, konu ve sebep unsurları bakımından sakat olduğundan bahisle iptali sebebiyle tek başına dava konusu edilmesi mümkündür.⁵⁶ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun E: 2016/2365, K: 2018/4175 sayılı ve 17.10.2018 tarihli kararına bakıldığında binanın riskli yapı ilan edilmesine karşı yapı maliklerinin yanında kiracıların da iptal davası açmada menfaatleri olduğu görülmektedir. Bu kapsamda yapı malikleri ve kiracıların 1982 Anayasası tarafından tanınan mülkiyet, yaşam ve çevre hakları ile hak arama ve sözleşme hürriyetleri gereği riskli yapı tespit raporunu tek başına dava konusu etmeleri idari yargı mercilerince gözetilmelidir.

b. Riskli Yapıların Yıkıtılması ve Yıkım Sonrası Uygulama

Teknik heyetin riskli yapılar hakkındaki kararıyla tespit işlemi kesinleşmektedir. Kesinleşen riskli yapı kararı sonrasında riskli yapılar yıkıtılmaktadır. Yıkım sonrasında yeni bina yaptırılması ve parsellerle ilgili tekrar değerlendirme yapılması ile birlikte 6306 sayılı Kanun'un hedeflediği dönüşüm kapsamındaki süreç tamamlanmaktadır.

(a) Riskli Yapıların Yıkıtılması

Riskli yapı tespitine itiraz edilmemesi ya da tespite karşı yapılan itirazların reddedilmesi halinde riskli yapı tespiti kesinleşmektedir. Bu durumda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği İl Müdürlüğü gerekli tebligatların yapılmasını ve riskli yapıların yıkıtılmasını İdare'den istemektedir. İdare de yapı maliklerine 90 günden fazla olmamak üzere süre vererek onlardan riskli yapıların tahliyesi ve yıkıtılması talep etmektedir. Ayrıca bu tebligatta riskli yapıda ikamet eden kiracı ya da sınırlı ayni hak sahibi kullanıcılara tahliye için malik tarafından bildirim yapılması gerektiği belirtilir. Malikin bu bildirim yapmaması halinde bildirim İdare tarafından yapılacaktır.⁵⁷

Maliklerin kendi aralarında anlaşması durumunda yapının yıkımı yoluna gidilebilir. Yıkım iş ve işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için maliklerce yıkım ruhsatı alınmalıdır. Mevzuatımızda maliklerin binayı nasıl yıkıtmaları gerektiği konusunda bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla malikler bu konuda serbest olup diledikleri kişi ile anlaşarak binayı yıkıtırabilmelidir.⁵⁸ Verilen süre içinde

⁵⁵ Danıştay: “ Riskli yapı tespitine ilişkin işlemin ilgili tapu müdürlüğüne bildirilerek tapuya şerh verileceği, böylece tespitin aleniyet ve icraailik kazanarak ilgililerin menfaatini de etkilemeye başlayacağı, bu durumun tebliği üzerine on beş gün içerisinde yapının bulunduğu yerdeki müdürlüğe verilecek bir dilekçe ile riskli yapı tespitine itiraz edilebileceği gibi doğrudan dava açabilecekleri, riskli yapı tespitine itiraz edilmesi halinde itiraz sonuçlanmadan dava açılmayacağı yönünde bir düzenlemenin de olmadığı...” görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Danıştay 6. Daire Başkanlığı, E: 2019/2536, K: 2022/1327, KT: 10.02.2022.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Danıştay 6. Daire Başkanlığı, E: 2021/5293, K: 2022/1333, KT: 10.02.2022; Danıştay 6. Daire Başkanlığı, E: 2021/11296, K: 2022/339, KT: 18.01.2022.

⁵⁷ Çakır (n 49) 49.

⁵⁸ Arslan (n 23) 360.

yapının yıktırılıp yıktırılmadığı idare tarafından mahallinde kontrol edilir. Eğer süresinde yapı yıktırılmadıysa maliklere 30 günden az olmamak üzere ek süre verilir. Aksi takdirde yapının İdarece resen yıktırılacağı belirtilir.⁵⁹

Yapının birden fazla malikinin bulunması durumunda yıkılma işleminin süresinde ve gerektiği gibi yapılabilmesi konusunda maliklerin ortak hareket etmesi önemlidir. Zira yıkım işlemlerine başlanabilmesi ve yapının tahliyesinde masraflar maliklere aittir.⁶⁰

Verilen sürelerde yapının malikler tarafından yıktırılmadığı anlaşılırsa hak sahiplerinin de görüşü alınarak riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmemesi ve verilen hizmetlerin durdurulması ilgili kurum ve kuruluşlardan istenir. Ayrıca bu yapılar mülkî amire bildirilir. İnsandan ve eşyadan tahliyesi sağlanan yapıların yıkımı, mülki amirler tarafından sağlanan kolluk kuvveti desteği ile İdarece yapılır veya yaptırılır. Yıktırılmayan yapılar da Başkanlık ya da il müdürlükleri tarafından yıkılır veya yıktırılır. Yapı malikleri, bu işlemin masraflarından hisseleri oranında sorumlu olacaktır.⁶¹

Başkanlık veya idare tarafından yapılan veya yaptırılan riskli yapı tespit, tahliye ve yıktırma işlemlerinin masraflarının maliklerden tahsil edilmesi sosyal devlet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira devletin riskli yapı tespitinde teşvik edici ve özendirici bir konumda olması gerekmektedir. Masrafların enkaz malzemeleri ile sağlanabilmesi mümkünken vatandaşlardan tahsil yoluna gidilmesi Anayasa'nın 2'nci maddesi ile bağdaşmamaktadır.

Riskli yapının yıktırılması yerine güçlendirilmesinin istenilmesi de mümkündür. Güçlendirme, yapının hasarlı veya hasarsız sistemlerinin hasarlarının giderilmesi amacıyla yapılan onarımları ve söz konusu sistemin performansını iyileştirmek amacıyla yapılan müdahaleleri ifade etmektedir. Bu karar malikler tarafından alınır. Yıkımı önlemeye yarayan bir karar olduğundan mülkiyet hakkı korunmakta ve maliklerin maruz kaldıkları hak kayıpları minimuma indirgenmektedir. Bununla birlikte riskli yapının tespitinden sonra her durumda güçlendirme kararı alınamayacaktır: Bu karar yıkımın zorunlu olmaması durumunda alınabilecektir. Bunun için yapının güçlendirmeye uygun olduğunun tespit ettirilmiş olması, güçlendirme projesinin hazırlanması ve imar mevzuatı çerçevesinde güçlendirme ruhsatının alınmış olması gerekir.⁶²

(b) Yıkım Sonrası Uygulama

Riskli yapıların yıkımı sonrasında yeni bina ve parsellerle ilgili tekrar değerlendirme yapılmaktadır. Yapı maliklerinin bu işlemlerle ilgili oybirliği bulunmaması durumunda riskli yapının değeri Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak

⁵⁹ Yazıcı (n 45) 26.

⁶⁰ Çakır (n 49) 49.

⁶¹ Yazıcı (n 45) 26.

⁶² Arslan (n 23) 357.



faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilmiştir. Bu değer üzerinde de oybirliği sağlanamazsa yapıyla ilgili uygulamalara maliklerin sahip olduğu hisseler doğrultusunda en az üçte iki oranında karar verilecektir.⁶³

Yıkım sonrasında arsa haline dönüşen taşınmazın parsel malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır. Parsel malikleri taşınmaza yeniden bina yaptırılması, parsellerin tevhit edilmesi, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılması, payların satışı, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesi konusunda en az üçte iki çoğunlukla karar verebileceklerdir. Karara katılmayan hisse sahiplerine ise karara katılmaları yönünde en az 15 gün süre verilecektir. Aksi takdirde arsa paylarının değeri Başkanlıkça tespit edilerek diğer arsa sahiplerine açık arttırma yolu ile satılacaktır.⁶⁴

Paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde bu paylar, Bakanlığın talebi üzerine tespit edilen değerın Başkanlıkça ödenmesiyle tapuda Hazine adına tescil ve paydaşlarca yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Başkanlığa tahsis edilecektir. Başkanlıkça uygun görülen taşınmazlar TOKİ'ye veya İdareye devredilmektedir.⁶⁵

Riskli yapısı yıkılanlara yeni yapılacak konutlar için Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından faiz desteği, kira yardımı ve yapım için yardım; devletin ilgili kurumları ve belediyeler tarafından da vergi ve harç muafiyeti gibi kolaylıklar tanınmaktadır. Bu tür finansal destekler kentsel dönüşümü teşvik edici unsurlardır. Dolayısıyla devlet tüzel kişiliğinin sosyal devlet olmanın bir gereği olarak bu konuda gerekli yardımları yapması önemlidir.⁶⁶

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı; riskli yapıların bulunduğu taşınmazlara yönelik her tür harita, plan, proje, arazi ve arsa düzenleme işlemleri ile toplulaştırma yapmaya yetkilidir. Uygulama alanına ilişkin yapılacak bu planlar ve düzenlemeler ile hem afet risklerinin azaltılması hem fiziksel çevrenin iyileştirilmesi, korunması ve geliştirilmesi hem de sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması, iklim duyarlılığının artırılması ve daha estetik kentlerin oluşturulması sağlanarak yaşam kalitesi arttırılacaktır.⁶⁷

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İsa Yılmaz, '6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uygulamaları: Kastamonu İli Örneği' (Dönem Projesi, Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2018).

⁶⁴ Hüseyin Melih Çakır ve Barış Ülker, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı' (2021) 27(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi <<https://dergipark.org.tr/pub/maruhad/issue/66044/1016331>> erişim tarihi 16 Nisan 2023, s. 1097.

⁶⁵ Faruk Aydın, 'Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi '6306 Sayılı Yasa' İstanbul-Esenler Örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2013), s. 54.

⁶⁶ Mikail Akıllı, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Yapılan Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Süreç Yönetimi; İstanbul-Esenler Örneği' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2019), s. 110.

⁶⁷ Aydın (n 63) 56.

SONUÇ

Deprem gibi afetler, aslolanın can güvenliği olduğunu zaman zaman hatırlatmaktadır. Keza Anayasa'nın 56'ncı maddesine göre herkes; sağlıklı, dengeli ve güvenli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Bunun için hayata mâl olmayacak yapılara ihtiyaç vardır. İnsanların zihinlerinde buna yönelik dönüşümü sağlamanın önemi büyüktür. Yara sarma değil yara almadan hareket etme bilincinde olunmalıdır. Bu konuda afet öncesini dizayn etmesi bakımından 6306 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi dönüm noktası olarak değerlendirilmektedir.

6306 sayılı Kanun kapsamında sağlanan dönüşümde devlet, kolluk yetkisini kullanmaktadır. Böylelikle hem insanların can güvenliği sağlanmakta hem de yaşanabilirlikten uzak, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarıyla da çirkin olan yapılaşmalar yerine güvenli ve estetik yapılar inşa edilerek daha yaşanılabilir kentler oluşturulmaktadır. Dirlik-esenlik, kamusal estetik ve nihayet kamu düzeni sağlanmaktadır. Nitekim bu Kanun'un amacı 1'inci maddede de belirtildiği üzere fen ile sanat norm ve standartlarına uygun usul ve esaslar tesis etmektir.

Riskli yapı, 6306 sayılı Kanun'un önemli bir kısmında tanzim edilmektedir. Kanun'un bu konuda daha çok vatandaş odaklı düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Riskli yapı tespitinin kural olarak vatandaşların talebi ile yapılması, buna ilişkin giderlerin temelde yapı maliklerine ait olması, yeni bina inşasının taşınmaz sahiplerince yapılması veya yaptırılması esas aktörün devlet değil vatandaş olduğunu gösterir.

Riskli yapı tespiti, esasında kentsel dönüşüm halkasının bir zinciridir. Burada öncelikle yapı malikleri riskli yapı tespiti için başvuruda bulunmakta, bu başvuru üzerine Başkanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca tespit yapılmakta, riskli yapılar yıktırılarak son aşamada da yeni binalar inşa edilip parsellerle ilgili tekrar değerlendirme yapılmaktadır.

Riskli yapı tespitinde Anayasa tarafından tanınan mülkiyet hakkı ve konut hakkının kısıtlandığı söylene de 6306 sayılı Kanun'un başlıca amacının riskli olduğu tespit edilen yapılar hakkında deprem vb. afetlerin gerçekleşmesinden önce gerekli tedbirleri almak, insanların can güvenliğini sağlamak ve onların malvarlığı haklarını korumak olduğu düşünüldüğünde bu kısıtlamaların ölçülü olduğu sonucuna varılmaktadır.

Riskli yapı tespiti, tahliyesi ve yıkımı sürecinde devletin gerekli malî kolaylıkları sağlaması önemlidir. Bu, sosyal devlet olmanın da bir gereğidir. Kanun'un buna ilişkin hükümlerinin çeşitlendirilmesi ve arttırılması kentsel dönüşümü desteklemede halkı teşvik edecektir.

KAYNAKÇA

Açıkça B, ‘6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşümde Riskli Alanlara Yönelik Paylaşım Modelleri ve Bir Model Önerisi’ (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2019).

Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6306, Kabul Tarihi: 16.05.2012, RG 16.05.2012/28309.

Akıllı M, ‘6306 Sayılı Kanun Kapsamında Yapılan Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Süreç Yönetimi; İstanbul-Esenler Örneği’ (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2019).

Akın Y N, ‘6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm Kolluğu’ (2021) 11(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1861823>> erişim tarihi 08 Nisan 2023.

Akman E, Can Y ve Yalçın Ö, ‘Bir Politika Uygulaması Olarak Kentsel Dönüşüm: Devlet Destekleri Çerçevesinde Bir Değerlendirme’ (2018) 22(3) Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622422>> erişim tarihi 03 Nisan 2023.

Akyel R, ‘Türkiye Kamu Yönetiminde Afet Yönetimi’ (2005) 14(1) Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/50188>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

Akıylmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Savaş Yayınları Eylül 2019).

Amıraslanlı N, ‘Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Yapıların Tespiti ve Tespite İtiraz’ (2023) (53) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2881554>> erişim tarihi 12 Nisan 2023.

Anadolu Ajansı, ‘Riskli Yapılar Dört Aşamada Yenileniyor’ <<https://www.aa.com.tr/tr/gundem/riskli-yapilar-4-asamada-yenileniyor/2840815#>> erişim tarihi 08 Nisan 2023.

Arslan N, ‘Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespiti Üzerine Alınacak Kararlar ve Akdedilebilecek Sözleşmeler’ (2021) (47) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1884772>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

Aydın F, ‘Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi ‘6306 Sayılı Yasa’ İstanbul-Esenler Örneği’ (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2013).

Babaoğlu A S, ‘6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Bakımından Yürütmenin Durdurulması Kararının Eleştirilmesi’ (2015) 10(112) Terazi Hukuk Dergisi <<https://www.jurix.com.tr/article/5088>> erişim tarihi 08 Nisan 2023.

Çakır H B, 'Kentsel Dönüşüm Kapsamında Riskli Yapıların Yıkılması ve Yeniden Değerlendirilmesi Sürecinde Meydana Gelen Uyuşmazlıklar' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2018).

Çakır H M ve Ülker B, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapılarda Pay (Hisse) Satışı' (2021) 27(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/66044/1016331>> erişim tarihi 16 Nisan 2023.

Daşkıran F ve Ak D, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm' (2015) 13(3) Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/203266>> erişim tarihi 08 Nisan 2023.

Ellek AA, 'Riskli Yapı Hakkında Karar Alma Usulü ve Usuli Eksikliklerin Kararın Geçerliliğine Etkisi' (2021) 7(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1791643>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

Ersöz A K, 'Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı' (2015) 19(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789065>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

Karagöz N, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi, Tapu Sicil Uygulamaları Yönüyle Yaşanan Sorunlar' (T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Uzmanlık Tezi, 2014).

Kisbet İ K, 'Kentsel Dönüşüm Hukukunda Riskli Yapı Tespiti' (Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi, 2022).

Özdemir H E ve Koç M, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Uygulama Alanlarının Tespitine İlişkin İdari İşlemlere Karşı İtiraz ve İptal Davası Yolu' (2017) 4(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102248>> erişim tarihi 08 Nisan 2023.

Özlüer I Ö, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Alanlarda Riskli Olmayan Yapıların Durumu' (2018) 76(1) Ankara Barosu Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/542625>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

Özlüer I Ö, 'Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması' (2018) 67(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dSPACE.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/49313/23938.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> erişim tarihi 10 Nisan 2023.

T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, '6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapıların Tespiti İçin Yetki Verilen Kurum ve Kuruluşlar' <<https://altyapi.csb.gov.tr/riskli-yapi-tespiti-ile-ilgili-kuruluslar>> erişim tarihi 15 Nisan 2023.



T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, ‘Riskli Yapı Süreci’ <<https://altyapi.csb.gov.tr/riskli-yapi-sureci-i-104285>> erişim tarihi 08 Nisan 2023.

T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, ‘Kentsel Dönüşüm Sürecine İlişkin Sıkça Sorulan Sorular’ <<https://kastamonu.csb.gov.tr/kentsel-donusum-de-50-soru-50-cevap-i-5086>> erişim tarihi 05 Nisan 2023.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, ‘Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi’ <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss180.pdf>> erişim tarihi 03 Nisan 2023.

Yazıcı G, ‘6306 Sayılı Kanun Uyarınca Riskli Yapılar ve Yargısal Denetim’ (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2018).

Yılmaz İ, ‘6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uygulamaları: Kastamonu İli Örneği’ (Dönem Projesi, Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2018).

GENEL VERİ KORUMA İLKELERİNİN YAPAY ZEKÂ KARŞISINDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

*The Dilemma of Implementing General Data Protection Principles
in the Realm of Artificial Intelligence*

Ezgi TURGUT BİLGİÇ*

Özet

Yapay zekâ günümüzün en merak uyandırıcı ve üzerinde en dikkatli düşünülmesi gereken konularından biri haline gelmiştir. Bunun sebebi yapay zekânın etki alanının genişliği, hukuktan psikolojiye, felsefeden matematiğe ve ekonomiye çok çeşitli disiplinler ile ilişkilerinin olmasıdır. Yapay zekâ bugün sağlık, bilişim, ticaret, lojistik, çevre gibi pek çok alanda fayda sağlamakta rekabetçi ekonominin bir unsuru olmaktadır. Büyük veri kümelerini işleyen, veri ile beslenen bir çatı kavram olarak yapay zekâ, makine öğrenmesi ve derin öğrenme yöntemleri ile birlikte kişisel verilerin korunması konusunda bazı endişelere yol açmaktadır. Zira yapay zekânın kullanımının yaygınlaşması, kişisel veriler açısından yenilikleri de beraberinde getirmektedir. Yapay zekânın ön yargılı veya yanlış sonuçlar doğurduğu örnekler, bir taraftan çeşitli kaygılara sebep olurken diğer taraftan veri korumaya ilişkin demirbaş kabul edilen temel kuralları yerinden sarsmaktadır. Çalışmada yapay zekânın veri koruma hukukundaki şeffaflık, doğruluk, veri minimizasyonu gibi genel ilkelere olan etkisi, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü odağa alınarak incelenmiş, genel ilkelerin dönüşümünün ve olası çözümlerin gerekliliği vurgulanmıştır. Bunu yaparken yapay zekânın, makine öğrenmesinin ve derin öğrenmenin kapsamı, genel ilkelerin yapay zekâ karşısında sebep olduğu güncel çelişkiler ile uygulamadaki bazı çözüm önerileri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, makine öğrenmesi, genel veri koruma ilkeleri, GDPR, AB Yapay Zekâ Tüzüğü, kara kutu problemi.

Abstract

Artificial intelligence has become one of the most intriguing and thought-provoking topics of our time. This is because of its breadth of influence, its diverse disciplines and contexts, from law to psychology, philosophy to mathematics, and economics. Today, artificial intelligence provides benefits in many fields such as health, informatics, trade, logistics and environment, and becomes an element of competitive economy. As a data-fed roof concept that processes large data sets, artificial intelligence, together with machine learning and deep learning methods, raises some concerns about the protection of personal data. Because the widespread use of artificial intelligence brings with it innovations in terms of personal data. Examples where artificial intelligence produces biased or wrong results, on the one hand, cause various concerns, on the other hand, it shakes the fundamental rules regarding data protection, which are accepted as fixtures. In the study, the effect of artificial intelligence on general principles such as

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

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.06.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Kişisel Verileri Koruma Kurumu-Uzman Yardımcısı, Hacettepe Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, ezgituregut.int@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9667-3637>.

transparency, accuracy and data minimization in data protection law was examined by focusing on the GDPR, and the necessity of the transformation of general principles and possible solutions was emphasized. While doing this, the scope of artificial intelligence, machine learning and deep learning, current contradictions caused by general principles against artificial intelligence and some solution suggestions in practice are discussed.

Keywords: Artificial intelligence, machine learning, general data protection principles, GDPR, EU Artificial Intelligence Act, black box problem.

GİRİŞ

Yapay zekâ, modern çağın dikkate değer yeniliklerinden biridir. İnsan benzeri özelliklere sahip makinelerin soruları anında yanıtlayabilme ve problemleri hızla çözebilme kapasiteleri, önemli etkiler doğurmuştur. Yapay zekânın tarihsel yolculuğu günümüze ulaşmış ve hala sürmektedir. Bugün yapay zekâ bazı kanser türlerinin tespitinde hekimlerden daha başarılı olabilmekte¹, teknik çevresel önlemler alınmasında tespit ve tahmin çalışmaları yapmakta, eğitim aracı olarak kullanılmak suretiyle hem zamandan hem de ekonomik açıdan tasarruf sağlamakta, bilişim sektörüne hız getirmekte, kamusal makamlarca güvenliğin sağlanmasında ve suçlu takibinde etkili olabilmektedir. Bu denli işlevli bir aracın büyük bir ticari hacmi olduğu, kendi ekonomisini oluşturduğu, sermaye/güç biriktirme amaçlarına yeniden katkıda bulunduğu belirtilmelidir. Yapay zekânın piyasalara yansımaya dair 2021 ile 2030 yıllarını ele alan bir projeksiyona göre 2022’de 119,78 milyar ABD doları olan yapay zekâ pazarın büyüklüğü 2030’a kadar %38 civarında bir büyüme ile 1.591,03 milyar seviyelerine ulaşacaktır².

Belirtilen tablo karşısında, genişleyen bir veri koruma mevzuatının da konumlandığı belirtilmelidir. Özel hayatın gizliliğinin, mahremiyetin ve kişisel verilerin korunmasını amaçlayan bu mevzuat 1970’lerden itibaren gelişmiş, pek çok sektörü etkilemiştir. Özellikle Avrupa Birliği (“AB”) tarafından düzenlenen bağlayıcı Genel Veri Koruma Tüzüğü (“GDPR”), kapsamlı ve yenilikçi olması ile öngördüğü para cezalarının caydırıcılığı açısından önemlidir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin getirilen kurallar, kuralların ruhunu taşıyan, uygulanmalarını kolaylaştıran birtakım temel prensipler barındırır. Genel veri koruma ilkeleri olarak ifade edilen “amaca odaklı, veri koruma ile amaçlanan bireysel çıkarları önceleyen” kurallar, OECD’nin “Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri”nde de 108 sayılı Sözleşme olarak bilinen Avrupa Konseyi düzenlemesinde de yaklaşık olarak -GDPR ile getirilen bazı yenilikler hariç- aynıdır. Bunun yanında 108 sayılı Sözleşme’nin yeni teknolojiler ve gelişmeler karşısında revize edilmiş hali olan ve 108+ olarak bilinen 2018 yılında kabul edilen “Kişisel

¹ The New York Times, “Using A.I. to Detect Breast Cancer That Doctors Miss” <<https://www.nytimes.com/2023/03/05/technology/artificial-intelligence-breast-cancer-detection.html>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

² Precedence Research, “ICT Artificial Intelligence (AI) Market” <<https://www.precedenceresearch.com/artificial-intelligence-market>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Verilerin İşlenmesi Karşısında Bireylerin Korunması için Modernize Edilmiş Sözleşme”³ kabul edilmiştir. Bu yeni ve yürürlüğe girmesi beklenen düzenlemede de genel ilkelere yer verilmiştir. Bahis konusu genel veri koruma ilkeleri GDPR’da yer alan haliyle “hukuka uygunluk, adillik ve şeffaflık”, “amacın sınırlandırılması”, “verilerin en az seviyeye indirilmesi ya da veri minimizasyonu”, “doğruluk”, “saklama süresinin sınırlandırılması”, “verilerin bütünlük ve gizliliğinin sağlanması” ve “hesap verilebilirlik” tir.

Çalışma ile amaçlanan, kişisel veriler ile yapay zekâ arasındaki ilişkiyi, genel veri koruma ilkelerini temel alarak ifade etmek, bu ilkelerin yapay zekâ karşısında nasıl bir sınav verdiğini sorgulamak ve mevcut çelişkileri incelemektir. Bu sebeple kişisel veri ile yapay zekâ arasındaki bağlamı oluşturmak için çalışmanın ilk bölümünde yapay zekânın bir kavram olarak ele alınmasından başlayarak makine öğrenmesine ve derin öğrenmeye yer verilmiş, yapay zekânın kişisel verileri elde etme biçimi açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Nitekim yapay zekânın genel ilkeler ve hatta tüm kişisel verileri koruma mevzuatı açısından yarattığı ikilemleri anlamak için sistem ile verilerin ayrılmaz bağının, verilere olan gereksinimin veya yapay zekânın kendisinin veriler üzerine kurulu olduğunun anlaşılması gerekir.

Çalışmanın ikinci bölümünde genel veri koruma ilkelerinin hangi yapay zekâ gerçekleri ile karşı karşıya olduğuna yer verilmiş, GDPR çerçevesinde genel ilkelerin kara kutu (“black box”) sorunu, şeffaflık ve rıza ile ilgili zorluklar, amaç sınırlamasında potansiyel kaymalar, ön yargılı veya yanlış sonuç elde etme riski, silme taleplerinin anlamı ve etkisi, veri minimizasyonu ile meşru amaçlar arasındaki potansiyel çelişkiler gibi hususlara değinilmiştir. Son bölümde ise açıklanabilirlik, güvenilir yapay zekâ gibi yöntemler, yakın tarihte yürürlüğe girmesi planlanan taslak AB Yapay Zekâ Tüzüğü’nün (“EU Artificial Intelligence Act”) genel işlevi ile bazı çözüm önerileri ele alınmıştır. Yapay zekâyâ ilişkin hukuki düzenlemeler, teknik gelişmeleri zorunlu kılması açısından oldukça önemlidir. Bunun yanında veri koruma alanındaki kurum/kuruluşların yapay zekâyâ ilişkin bağlayıcı olmayan düzenlemeler tercih ettikleri, ekonomik/ticari, toplumsal ve bireysel etkilerin dengelenmesi konusunun öne çıktığı, bu süreçte kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkelerin uygulanmasının risk altında olabileceği fikri de çalışma kapsamında ele alınmıştır.

A. YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ ve YAPAY ZEKÂ TARAFINDAN KİŞİSEL VERİ ELDE EDİLMESİ

1. Zekâ-Yapay Zekâ Ayrımı

Türk Dil Kurumu’nun zekâ tanımı “*İnsanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı, ahlak,*

³ Council of Europe, “Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Convention 108 and Protocols” <<https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)



dirayet, zeyreklik, feraset"⁴ şeklindedir. Bir diğer sözlükte ise kavram benzer olarak "*öğrenme, anlama ve yargıda bulunma veya akla dayalı görüşlere sahip olma yeteneği*"⁵ olarak tanımlanmıştır. Ayrıca zekâ, geleneksel olarak, farklı entelektüel becerileri değerlendirmek için tasarlanmış bir dizi alt teste tabi tutulan aynı yaştaki bir grup bireyin performansını karşılaştıran ve bir indeksi temsil eden tek bir sayı -bir IQ- ile tanımlanır⁶. Zekâ bir dereceye kadar kişilerin karşılaştığı sosyal olaylardan da etkilenen, sosyal önemi haiz (sosyal rollerde başarılı olma yeteneği anlamında), bir kişinin karşılaşması muhtemel çevresel etkenlere tepki verme şeklini de etkileyen kalıtsal bir bileşendir⁷. Bu bilgiler ışığında zekânın, dış etkenler ile kısmen dönüşebilecek şekilde olgulardan anlam üretme kapasitesi olarak tanımlanması mümkündür.

Yapay zekâ ("Artificial Intelligence-AI") ise sözlük tanımında "*bilgisayarların veya diğer makinelerin akıllı davranışı sergileme veya simüle etme kapasitesi, bununla ilgili çalışma alanı*"⁸ şeklinde ifade edilir. McCarty yapay zekâyı, akıllı makinelerin, özellikle akıllı bilgisayar programları yapma bilimi ve mühendisliği ile ilişkilendirerek tanımlar⁹. Makinelerin zekâsı insan zekâsından farklı olarak, sadece insan ve hayvanların yöntemlerini "gözlemleyerek" değil, dünyanın insan zekâsını sınıdığı sorunları inceleyerek, daha fazla bilgi-işlem içeren yöntemleri kullanarak gelişir¹⁰. Böylece yapay zekâ, insan kullanımı ve programlaması gerektiren zor görevleri kendi kendine gerçekleştiren uygulamalar için kullanılan genel bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca genellikle makine öğrenmesi (Machine Learning/ML) ve derin öğrenmeyi ("Deep Learning-DL") içeren alt alanları da kapsayan şekilde tüm bu kavramlar birbirinin yerine kullanılabilir¹¹.

IBM yapay zekâyı "*makineleri daha zeki yapabilecek olan her şey*" olarak tanımlar ve onun uzman insanların yerini almayı insan kabiliyetlerini artıran ve insanlar ile makinelerin tek başına yapamayacakları görevleri gerçekleştiren bir araç olduğunu vurgular¹². Kendisine yeni bilgi verilmesiyle çeşitli algoritmik işlemlerle öğrenen ve verinin içerisindeki yapıyı anlayan, tanımlayabilen ve bu sü-

⁴ Türk Dil Kurumu, "zekâ" <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁵ Cambridge Dictionary, "intelligence" <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/intelligence>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁶ Nathan Brody, "What is Intelligence?" (1999) 11(1) International Review of Psychiatry 19.

⁷ Ibid 25.

⁸ Oxford English Dictionary, "artificial intelligence" <<https://www.oed.com/viewdictionaryentry/Entry/271625>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁹ John McCarthy, "What is Artificial Intelligence?" (Computer Science Department, Stanford University, 2007) <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/>>, 2 (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

¹⁰ Ibid.

¹¹ Andrew Glassner, Deep Learning: A Visual Approach (No Starch Press 2021) 3.

¹² IBM, "What is artificial intelligence (AI)?" <<https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

reçlerin sonunda bir çıktı/sonuç üretebilen yapay zekâ, insan zekâsını simüle eden bir şey değildir. Onun yerine insan zekâsına benzer bir işleyiş kullanarak yüksek hız ve kapasitede veri işleme faaliyeti yürütür. Algoritmalar veya olasılık hesapları ile işleyen yapay zekâ, güç, genişlik ve uygulamaya dayalı olarak farklı şekillerde tasnif edilir. Aynı zamanda, insan zekâsına benzer çalışma prensibine göre modelendiği için pek çok farklı alan ile iç içedir.

2. Kısa Tarihsel Gelişim

Yapay zekânın tarihi, antik dönemlere kadar geçmişe giden bir izlekten ifade edilir¹³. Bu tarihsel yolculukta, otonom varlıklar konseptinin ilk kez ortaya çıktığı Homeros destanları, Aristoteles'in kıyas ("silojistik-syllogistic") mantığı, İskenderiyeli Heron'un otomataları, 1642'de Pascal'ın mekanik hesap makinesi, 1664'te Descartes'in bazı zihin problemlerine dair kodlamaları, 1890'da bilgiyi delikli kartlara kodlayan makineler kullanarak ABD nüfus sayımının gerçekleştirilmesi, 1923'te robot kelimesinin Capek'in "Rossum's Universal Robots" adlı oyunu ile İngilizce'ye girmesi, 1937'de Turing'in soyut bir evrensel hesaplama makinesi önerisi gibi pek çok gelişme vardır¹⁴.

1957'de Rosenblatt tarafından geliştirilen perceptron¹⁵ da ("tek katmandan oluşan sinir ağı modellenmesi-algılayıcı") makine öğrenmesi için önemli bir eşik kabul edilir. İlk endüstriyel robot şirketi olan Unimation'un 1962'de kurulması, ilk kez Stanford Üniversitesi'nde yapay zekâ konferansı düzenlenmesi, 1997 yılına gelindiğinde ise IBM'in Deep Blue adını verdiği yapay zekâ programının oynadıkları satranç maçında Dünya satranç şampiyonu Kasparov'u yenmesiyle yapay zekânın gelişimi gözler önüne serilmiştir¹⁶. 2000'li yılların başından itibaren yapay zekânın birden çok alanda uygulanmasına yol açan "büyük veri çağı" ortaya çıkmış, Amazon ve Netflix gibi şirketler, müşterilere ürün veya film önermek için yapay zekâ algoritmalarıyla önerilerde bulunmaya başlamış, yapay zekâ artan şekilde sağlık hizmetlerine de girmiştir. COVID-19 salgınıyla mücadelede sağlık hizmetlerinin uzaktan sağlanması için dijital sağlık platformlarında da yapay zekâyâ başvurulmuştur.

AB istatistiklerine göre 2021 yılında büyük AB işletmelerinin %28'inin yapay zekâ teknolojilerini kullandığı, yapay zekânın en çok "bilgi ve iletişim sektörü"ndeki işletmeler tarafından kullanıldığı, AB işletmelerinin %53'ünün kulla-

¹³ Pamela McCorduck, "Machines Who Think: A Personal Inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence" (2nd edn, A K Peters 2004) xxii.

¹⁴ Ibid xxiv, xxv. Ayrıca bkz. Alan M Turing, "Computing Machinery and Intelligence" (1950) 59(236) Mind, New Series, 433-460.

¹⁵ Frank Rosenblatt, "The Perceptron: A Probabilistic Model for Information Storage and Organization in the Brain" (1958) 65(6) Psychological Review 386.

¹⁶ TR AI, "Yapay Zekâ Zaman Çizelgesi" <<https://turkiye.ai/kaynaklar/yapay-zekâ-zaman-cizelgesi/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

nıma hazır ticari yapay zekâ yazılımlarını satın aldığı belirtilir¹⁷. OpenAI isimli derin öğrenme yöntemiyle işleyen üretken yapay zekâ (“generative AI”) modelleri oluşturan şirket, 2020’de tanıttığı GPT-3 adlı API ile (“Application Programming Interface-Uygulama Programlama Arayüzü”) metin girişi ve metin çıkışı şeklinde işleyen modelini piyasaya sürmüştür. 2023 yılında gelişmiş modeli olan GPT-4 piyasaya arz edilmiş, böylece sadece metin değil aynı zamanda görüntü girişlerini de kabul eden, profesyonel ve akademik ölçütlerde daha yüksek düzeyde performans sergileyen bir model oluşturulmuştur¹⁸.

Hızlı bir şekilde gelişen ve hemen her sektöre etki eden yapay zekâ teknolojisi, güvenli ve temiz ulaşım, daha verimli üretim, daha ucuz ve sürdürülebilir enerji gibi modern yaşam için elzem olan alanlardan, görüntü tanıma yazılımı, sanal asistanlar, konuşma ve yüz tanıma sistemleri veya cihazlara gömülü şekilde otonom robotlar, sürücüsüz araçlar, dronlar, sağlık, iklim modelleme/simülasyon, karbon azaltma stratejileri üretme gibi alanlarda anlamlı sonuçlar doğurmaktadır. Bugün yapay zekânın üçüncü aşaması olarak bilinen Süper Yapay Zekâ (“Artificial Super Intelligence-ASI”) çalışmaları yapılmakta, modellerin yüksek hızda verdikleri çıktılarının sonuçlarını gerekçeli şekilde açıklayabildiği bir düzey yakalanmaya çalışılmaktadır¹⁹.

3. Yapay Zekâ’nın Sınıflandırılması

Yapay zekâ yapı, davranış, yetenek, işlev ve ilke özelliklerine göre değerlendirilen beş kategoriye ayrılır²⁰. Yapısına göre ayrıma tabi tutulan yapay zekâyı (“Structure-AI”) öne çıkaran husus, nöron benzeri işlem birimlerinden oluşan ve insan beynini andıran bir yapı oluşturarak sonuçlar elde etmeye çalışmasıdır. Bu tür yapay zekâ makine öğrenmesi ve yapay sinir ağları gibi teknikler kullanır. Davranışa göre ayrılan yapay zekânın (“Behavior-AI”) odağında ise sistem davranışları vardır. Bu durum Turing testleri veya Chatbot’lar gibi yapay zekânın insan benzeri bir şekilde nasıl davranabileceği gösteren uygulamalarda görülebilir. Yeteneğe/kapasitesine göre yapay zekâ (“Capability-AI”) sistemin zekâsını ve zor problemleri çözme kabiliyetini ölçer. İşleve göre yapay zekâ ise (“Function-AI”) araştırmacılara belirli bir girdiyi belirli bir çıktıya nasıl işleyeceğini göstererek bir çeşit aracı olarak yapay zekânın ne şekilde işlev gördüğünü anlamamızı sağlar. Son olarak ilkeye göre yapay zekâ (“Principle based-AI”) çeşitli durumlarda bilgi

¹⁷ Eurostat, “Use of artificial intelligence in enterprises” <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Use_of_artificial_intelligence_in_enterprises> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

¹⁸ OpenAI, gpt-4 <<https://openai.com/research/gpt-4>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

¹⁹ Yapay zekânın gelişim evrelerini göstermesi ve Süper Yapay Zekâ hakkında daha detaylı bilgi için: Bing Zhang, Jing Zhu and Huimin Su, “Toward the Third Generation Artificial Intelligence” (2023) 66(2) Sci China Inf Sci 1-19.

²⁰ Pei Wang, “What Do You Mean by AI?” (2008) 171 Frontiers in Artificial Intelligence and Applications 365-366-367.

işlemeyi inceler, farklı varsayımları ve onların sonuçlarını öngörmeyi sağlar²¹.

Yapay zekânın kapasitesine göre dar (“Artificial Narrow Intelligence-ANI”), genel (“Artificial General Intelligence-AGI”) ve süper/güçlü (“Artificial Super/Strong Intelligence-ASI”) şeklinde teorik bir ayrımı da söz konusudur. Dar yapay zekâ sınırlı belleğe ve belirli hedeflere yönelik, tek bir rolde hareket edebilen, soyutlama kapasitesi düşük, kendi kendine öğrenebildiği bir veri tabanından yoksun ve karar verme, optimizasyon veya arama sorunları nedeniyle her zaman uzman bilgisine dayalı bir türdür²². Örnek olarak Alexa veya Siri gibi sanal asistanlar, otonom araç sistemleri, e-posta spam filtreleri veya kişisel internet aramalarına dayanarak oluşturulan reklam önerileri verilebilir. Genel yapay zekâ ise insana benzer biçimde farklı senaryolarda otonom karar verme, insan beyni süreçlerini makinede simüle etme, farklı ihtiyaçları, süreçleri ve hatta duyguları tespit etme gibi yeteneklere sahip olduğundan, yapay sinir ağları-derin öğrenme yöntemlerini kullanır²³.

4. Makine Öğrenmesi ile Kişisel Veri Elde Edilmesi

a. Makine Öğrenmesi

Makine öğrenmesi, insanlar tarafından açıkça programlanmadan otomatik olarak, kendi kendine öğrenme ve deneyim geliştirerek gelişme yeteneği elde ederek yapay zekânın kapsamı içinde yer alan bir yöntemdir. Verilere erişebilen ve bunları kendi çalışması için kullanabilen bilgisayar programlarının geliştirilmesinde kullanılan makine öğrenmesi, “sezgisel analiz”, deneme-yanılma gibi yöntemler kullanır²⁴. Öğrenme süreci ise kendisine sunulan verilerdeki belirli kalıpları/olguları aramak, bir veri kümesini en iyi şekilde temsil eden algoritmalar geliştirmek diğer deyişle yeni veya farklı özellik ve ağırlık kombinasyonları kullanabilen bir algoritma oluşturmak için veri alt kümelerini kullanmak şeklindedir.

Algoritma basit bir şekilde, bilgisayardan veriler üzerinde çalışması sonucu bir çıktı almak için verilen kurallar bütünü, verilerin nasıl işleneceğini gösteren yöntemdir. Dolayısıyla makine öğrenmesiyle, klasik programlamada olan insanın çeşitli kurallar ve sınıflandırmalar kullanarak elle kodlama yapması, bilgisayara bir veri seti ve algoritma sunması durumu yoktur. Sisteme bir veri seti yani “girdi” verilir ve alınmak istenen “çıkıtı” belirtilir. Algoritma çeşitli analizler/hesaplamalar yaparak bu çıkıtıyı kendisi üretir. İşte bu noktada girdi şeklinde sunulan verilerin içinde pek tabii kişisel veri bulunabileceği gibi algoritma işleyişiyle çıktı olarak verilen sonuçlarda da kişiler ile ilişkilendirilebilen veriler de bulunmaktadır.

²¹ Ibid.

²² Zhang, Zhu and Su (n 19) 1-3.

²³ Ibid 3-4-5.

²⁴ Mustafa Serdar Çekin, Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri (1. Baskı) (İstanbul: onikilevha, 2021) 13.



Makine öğrenmesinde algoritmanın işleyişini ifade edecek şekilde denetimli, denetimsiz, yarı denetimli ve takviyeli öğrenme yöntemleri vardır. Genellikle regresyon ve sınıflandırma problemlerine uygulanan denetimli (“supervised”) öğrenmede, örnek girdi-çıkıtı çiftlerine dayalı olarak bir girdiyi çıktıya eşleyen bir işlev öğrenilir, veri setine bir fonksiyonun belirli bir tahminde hatayı hesaplayabilmesi için istenen çıktılar veya etiketler girilir (verinin karşılığı biliniyor)²⁵. Verilecek çıktının bilinmesi yani veri kümelerinin etiketlenmesi, işlevi değiştirmek ve eşlemeyi öğrenmek için bir tahmin yapıldığında ve bir hata üretildiğinde işe yaramış olur²⁶. Denetimsiz (“unsupervised”) öğrenmede bundan farklı olarak etiketli girdi-çıkıtı bilgileri olmadan girdi verilerinden çıkarımlar yapılır. Sistem kendisine sunulan veriler arasındaki örüntüyü kendisi keşfederek tahminine dayalı bir sonuçta varır.

Pekiştirmeli öğrenme ise bir yapay zekâ algoritmasının belirli bir hedefe ulaşmak için hangi eylemleri gerçekleştirmesi gerektiğini öğrenmeye çalıştığı bir tekniktir. Ancak denetimli öğrenmede olduğu gibi her aşamada geri bildirim almak yerine, pekiştirmeli öğrenme algoritması genellikle hedefe ulaştığında bir “pekiştirme sinyali” alır. Bu yöntem işleyişi itibarıyla bir ödül-ceza sistemine benzer. Algoritma, hedefe ulaşmak için doğru eylemleri gerçekleştirdiğinde ödül alır. Yanlış bir eylem gerçekleştirdiğinde-yani hata yaptığında- olumsuz bir geri bildirim alır. Bu süreç, algoritmanın doğru eylemleri tekrar etme ve hatalardan kaçınma eğilimini artırır, böylece zamanla daha iyi performans elde edilir²⁷.

b. Derin Öğrenme ve Yapay Sinir Ağları

Derin Öğrenme, makine öğrenmesi ve yapay zekânın kapsamı altında Dördüncü Sanayi Devrimi'nin (“4IR veya Endüstri 4.0”) temel teknolojisi olarak kabul edilmektedir²⁸. Verilerden öğrenme yetenekleri ve kapasiteleri nedeniyle yapay sinir ağlarından (“Deep Neural Networks”) yararlanan derin öğrenme yöntemi bugün sağlık, siber güvenlik, yüz tanıma, model geliştirme ve sair pek çok alanda uygulamalı olarak kullanılmaktadır. Derin öğrenme, insan beyninin sinir ağı hücrelerinden ilham alan algoritmalara dayalı bir tür makine öğrenmesi biçimidir. Doğru tahminler üretmek için büyük hacimdeki verileri kümelere ayırarak insan beynini deyim yerindeyse taklit ederek işler.

Yapay sinir ağlarında biyolojik sinir ağlarındaki akson, dendrit ve hücre gövdelerine benzeyen şekilde düğümler bulunur ve iletişim de bu düğümler üzerinden

²⁵ Robert Y Choi, Aaron S Coyner, Jayashree Kalpathy-Cramer, Michael F Chiang and J Peter Campbell, “Introduction to Machine Learning, Neural Networks, and Deep Learning” (2020) 9(2) Trans Vis Sci Tech 14 2.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid 4.

²⁸ Imran H Sarker, “Deep Learning: A Comprehensive Overview on Techniques, Taxonomy, Applications and Research Directions” (2021) 2 SN Comput Sci 420 1.

sağlanır²⁹. Derin öğrenme, tipik olarak makine öğrenimiyle ilgili olan bazı veri ön işleme işlemlerini ortadan kaldırır, kullanılan algoritmalar metin ve resimler gibi yapılandırılmamış verileri alıp işleyebilir ve özellik çıkarma işlemini otomatikleştirerek insan uzmanlara olan bağımlılığın bir kısmını ortadan kaldırır³⁰. Derin öğrenmede bir bilginin diğerinden ayırt edilmesi için hangi özelliğinin ayırt edici olduğu belirlenir. Makine öğreniminde, bu tip bir özellik hiyerarşisi bir uzman tarafından manuel olarak oluşturulur³¹. Dolayısıyla birkaç katman sinir ağına sahip olan klasik makine öğrenmesi karşısında çok daha fazla katmanı bulunan derin öğrenme, daha fazla veri kümesine ihtiyaç duyacaktır. Derin öğrenme, çok büyük miktarda veriyle eğitildiğinde yüksek oranda doğruluğa ulaşmakta olmakla birlikte tıbbi kişisel veriler gibi hassas veriler üzerinde bazı gizlilik endişelerine neden olmaktadır³². Konu hakkındaki önerilere sair alternatifler başlığında yer verilmiştir.

B. GENEL VERİ KORUMA İLKELERİ VE BUNLARIN YAPAY ZEKÂ KARŞISINDAKİ DURUMU

Kişisel verilerin hukuk tarafından korunması 1953'te imzalanan "İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" ile başlayarak düzenleme altına alınmıştır. OECD tarafından 1980 yılında oluşturulan "Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler" ile deyim yerindeyse sıçrama yaşanmış, Avrupa Konseyi'nin 1981'de imzalanmak üzere Konseyde yer alan ülkelere sunulan "108 No'lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi"³³ ve sonrasında 1995 yılında kabul edilen "95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi"³⁴ ile bir uyumlaştırma arayışına girilmiştir. Burada AB ile ABD'nin kişisel veriye yaklaşımlarının farklılığını da ifade etmek gerekir. Zira Kıta Avrupası'nda kişilere mündemiç verilerin ekonomik değerinin kabulüyle birlikte ekonomik kazanç ile bireyin özgürlüğü ve onuru arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı göze çarpar³⁵. ABD'de ise verilerin birer meta olarak değerlendirildi-

²⁹ Choi, Coyner and others (n 25) 7.

³⁰ IBM, "What is deep learning?" <<https://www.ibm.com/topics/deep-learning>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

³¹ Ibid.

³² P. C. Mahawaga Arachchige vd, "Local Differential Privacy for Deep Learning" (2020) 7(7) IEEE Internet of Things Journal 5827.

³³ 108 sayılı Sözleşme.

³⁴ 95/46/EC Sayılı Direktif.

³⁵ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>>, L 119/2 para. 4 ve 5 (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

rilmesi, fikri mülkiyete veya mülkiyet hakkına konu edilmesi bahis konusudur³⁶.

Avrupa Konseyi ve Komisyonu tarafından hazırlanan ve 2016’da kabul edilen 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (“GDPR”), 95/46/EC Sayılı Direktifi yürürlükten kaldırmış alanda oldukça geniş sayılan kapsamıyla veri öznelerine (“data subjects”) geniş kapsamlı haklar sunmuştur. Bununla birlikte daha önce genel ilkeler kapsamında yer alan unutulma hakkı, GDPR ile genel ilkelerin bir parçası olmaktan çıkarılıp özel bir hüküm altında düzenlenmiştir³⁷. İfade edilmelidir ki kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunması şemsiyesi altında 1953’ten önce de hukuk bilincinde olan bir mefhumdur. Henüz 1890 yılında mahremiyetin anlamı ve korunmasının tartışıldığı Warren ve Brandeis’in “Right to Privacy” isimli çalışmalarında yalnız bırakılma hakkı, Prens Albert ve Strange davası gibi örnekler ile mahkemelerce mahremiyetin sağlanması ve sair hususlara yer verilmiştir³⁸.

1. GDPR Odağında Genel İlkeler

Başlık altında genel ilkeler izah edilirken genel nitelikli, bağlayıcı ve güncel veri koruma düzenlemesi olan GDPR ele alınmıştır. Ancak 108 sayılı Sözleşme de genel ilkelere, kişisel verilerin adil, yasal, belirli ve meşru amaçlar için elde edilmesi, sınırlı ve belirli şekilde işlenmesi, doğru ve güncel olması, belirlenen süreyi aşmayacak şekilde muhafaza edilmesi gereği üzerinden yer verildiğini belirtmek gerekir. Genel ilkeler esasen kontrolörler (“data controllers”) tarafından yürütülen veri işleme faaliyetlerinin kalbidir. Öyle ki henüz GDPR’ın başında belirtilen bu ilkeler, mevzuat boyunca bulunan diğer kural ve yükümlülükleri hem doğrudan hem de dolaylı olarak etkileyerek veri korumanın bu temel ilkelerine uyum, kontrolörlerin GDPR kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamada

³⁶ Konu hakkında detaylı bir karşılaştırma için bkz. Paul M., Schwartz ve Daniel J. Solove, “Reconciling Personal Information in the United States and European Union” (2014) 102 California Law Review 877-916.

³⁷ Unutulma hakkının GDPR çerçevesinde ifadesi ve hakkın GDPR’ın 17. maddesinde yer alan silme hakkı kapsamında düzenlenmesine yönelik bir değerlendirme için bkz. Tamer Soysal, “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, 0 (2019) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 365.

³⁸ Samuel D Warren & Louis D Brandeis, “The Right to Privacy” (1890) 4 Harvard Law Review 193. Kişisel veriler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından “Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı” başlıklı 8. madde kapsamında korunmaktadır (ECHR, “Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights”, <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_8_eng>)(Erişim Tarihi: 31.07.2023).Ancak kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı günümüzde özel hayatın gizliliğinden ayrıtırılması gereken bağımsız bir hak olarak karşımıza çıkmakta, müstakil şekilde hukuki düzenlemelerde vücut bulmaktadır. Örneğin; 2010 yılında kabul edilen Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı’nın (Charter Of Fundamental Rights Of The European Union) 8. maddesinde, Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın (Treaty on the Functioning of the European Union) 16. maddesinde ve Anayasamızın 20. maddesinin 3. fıkrasında kişisel verilerin korunması ayrıca hüküm altına alınmıştır. Hakkın AB’de bağımsız olarak ortaya çıkması hakkında bkz. Gloria Gonzalez Fuster, “The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU” (Springer 2014), 111-116

ilk adım kabul edilir³⁹. Genel ilkeler mevzuat ve GDPR’da yer alan daha ayrıntılı hükümler için başlangıç noktası niteliğindedir ve Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği düzeyinde daha sonraki tüm veri koruma mevzuatı bu ilkelere uygun olmalıdır⁴⁰. AB hukuku kapsamında, temel işleme ilkelerine yönelik kısıtlamalara yalnızca GDPR’ın 12 ila 22. maddelerinde belirtilen hak ve yükümlülüklerle karşılık geldiği ve temel hak ve özgürlüklerin özüne saygı gösterilmesi gerektiği sürece kanunla, meşru bir amaç güdülerek ve demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olduğu sürece izin verilir⁴¹. Genel ilkelerin uygulanması, bunlar dışında herhangi bir sebeple bertaraf edilemeyecek, veri işlemenin tüm aşamalarında bunlara uyulması beklenmektedir.

Bu ilkeler düzenlemenin “Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin İlkeler” başlıklı 5. maddesinde;

“1. Kişisel veriler: (a) veri sahibi ile ilgili olarak hukuka uygun, adil ve şeffaf bir biçimde işlenir (‘hukuka uygunluk, adillik ve şeffaflık’); (b) belirtilen, açık ve meşru amaçlara yönelik olarak toplanır ve bu amaçlara uygun olmayan bir şekilde işlenmez; kamu yararına arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçlarıyla veya istatistiki amaçlarla işleme faaliyeti, 89(1) maddesi uyarınca, baştaki amaçlara aykırı şekilde değerlendirilmez (‘amacın sınırlandırılması’); (c) işlendikleri amaçlarla ilgili olarak yeterli, yerinde ve gerekli olanla sınırlıdır (‘verilerin en az seviyeye indirilmesi’); (d) doğrudur ve gereken şekilde, güncel tutulur; işlendikleri amaçlar göz önünde tutularak, doğru olmayan kişisel verilerin gecikmeye mahal verilmeksizin silinmesi veya düzeltilmesinin sağlanmasıyla ilgili makul tüm adımlar atılmalıdır (‘doğruluk’); (e) veri sahiplerinin yalnızca kişisel verilerin işleme amaçlarının gerektirdiği sürece teşhis edilmesini sağlayan bir şekilde tutulur; 89(1) maddesi uyarınca yalnızca kamu yararına arşivleme amaçlarıyla, bilimsel veya tarihi araştırma amaçlarıyla ya da istatistiki amaçlarla işlendikleri sürece ve veri sahibinin hakları ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasına için bu Tüzük uyarınca gereken uygun teknik ve düzenlemeye ilişkin tedbirlerin uygulanmasına tabi olarak, kişisel veriler daha uzun süreler boyunca saklanabilir (‘saklama süresinin sınırlandırılması’); (f) yetkisiz veya yasa dışı işlemeye karşı ve kazara kayba, imhaya veya tahribe karşı koruma da dahil olmak üzere teknik veya düzenlemeye

³⁹ The Data Protection Commission (DPC), Principles of Data Protection <<https://www.dataprotection.ie/en/individuals/data-protection-basics/principles-data-protection>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁴⁰ Handbook on European Data Protection Law (2018 ed.) (Luxembourg: Publications Office of the EU, 2018) 116.

⁴¹ Ibid.

ilişkin uygun tedbirlerin kullanılması suretiyle kişisel verilerin güvenliğini sağlayan bir şekilde işlenir ('bütünlük ve gizlilik'). 2. Kontrolör 1. paragrafta uygun davranmaktan sorumludur ve buna uygun davrandığını gösterebilmelidir ('hesap verebilirlik').⁴²

şeklinde yer alır.

Öncelikle Hukuka Uygunluk, Adillik ve Şeffaflık ilkesini ele almak gerekir ("Lawfulness, fairness and transparency- 5(1)(a)"). GDPR'nin 6. maddesine göre veri işleme faaliyeti ancak maddede yer alan hususlardan en az biri geçerli olduğu ölçüde hukuka uygun kabul edilmiştir. Bu faaliyetler, veri öznesinin rızası, bir sözleşmenin uygulanmasında veya uygulanmasından önceki gereklilik, kontrolörün yasal sorumluluğu açısından gereklilik, kamu yararına icra edilen bir görev için veya resmi yetkinin kullanılması için gereklilik, meşru bir menfaatin varlığı şeklinde özetlenecek koşulları kapsamına almalıdır. Dolayısıyla veri işlemenin hukuka uygun kabul edilmesi için ya veri öznesinin açık rızası olacak ya da bu maddede belirtilen koşullardan birine dayalı veri işlenecektir. Aynı şekilde madde 8 bu alanda işlemenin hukuka uygun olması için gerekli şartları düzenlemektedir. Kişisel verilerin hukuka uygun işlenmiş sayılabilmesi için bu işlemenin hukuka uygun olması, meşru bir amaç için yapılmış olması ve bu amaca ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması gerekir.

Adil işleme, verilerin aldatılarak veya veri sahibinin bilgisi dışında haksız yollarla elde edilmediğini veya başka bir şekilde işlenmediğini ifade eder. Yasal işleme ek olarak kontrolör ile veri öznesi arasındaki ilişkiyi yönettiği kabul edilen adil işleme ilkesi, kontrolörlerin yasal ve şeffaf bir şekilde veri kullanacaklarını ve işleme faaliyetlerinin GDPR ile uyumlu olduğunu gösterebilmelerini gerektirir⁴³. Bu da veri işleme işlemlerinin gizli yapılmaması, veri öznelere olası risklerin farkında olması anlamını taşıyacaktır.

GDPR Resitali'nin 39. maddesi şeffaflık ilkesinin hem kişisel verilerin işlenmesine ilişkin her türlü bilgi ve iletişimin kolay erişilebilir ve kolay anlaşılır olmasını, açık ve sade bir dil kullanılmasını zorunlu kılar hem de özellikle veri öznelere kontrolörün kimliği ve işlemenin amaçları hakkında bilgi alma, kişisel verilerinin adil ve şeffaf şekilde işlenmesi ve kişisel verilerine ilişkin haklarını kullanma konusunda bilgilendirilme hakkı sağlar⁴⁴. İşlenmekte olan veriler kontrolörlerin bilgi sağlama ve kişisel verilere erişim sağlama yükümlülüğünü şart koşan GDPR madde 12-15'te yer alan hükümlere de uygun olmalıdır. Şeffaflık, kişisel verilerin toplanması, kullanılması veya başka bir şekilde işlenmesi süreçlerinin tamamında sağlanmalı, verileri işlenen kişiler bu verilere ne olacağını bilmelidir.

⁴² General Data Protection Regulation, AB Bakanlığı (Türkçe çevirisi).

⁴³ Handbook on European Data Protection Law (n 40) 118.

⁴⁴ General Data Protection Regulation (GDPR), "Recitals" <<https://gdpr-info.eu/recitals/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Anlaşılabacağı üzere bu “bilme” durumu genel ilkelerden hem adilliğin hem de şeffaflığın bir gereğidir.

Amaç sınırlaması ilkesi (“Purpose limitation- 5(1)(b)”), uzun süredir veri korumanın temel taşı ve birçok temel gereklilik için ön koşul olarak kabul edilmektedir. Bu ilke verilerin belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmasını ve bu amaçlarla bağdaşmayan bir şekilde daha fazla işlenmemesini gerektirir. Kişisel verilerin işlenmesi hem amaç hem de kapsam sınırlılığı gözetilerek, verilerin elde edildiği andan itibaren belirlenmelidir. Ayrıca veri işleme amaçları da açık olmalı ve gizli tutulmak yerine açıkça ifade edilmelidir. Son olarak amaçlar meşru olmalı yani söz konusu haklara, özgürlüklere ve çıkarlara orantısız bir müdahaleyi haklı göstermemelidir. Amaç sınırlılığı ilkesine ilişkin tartışma, kontrolörlerin bir kez belirledikleri amaca uygun/uyumlu olan tüm işlemleri yapıp yapamayacakları konusundadır. Her ne kadar 6. maddede kişisel verilerin toplanma amacı dışında bir amaçla işlemenin bu ilk amaçla uyumlu olup olmadığını belirlemek için bir dizi kriter sunulmuş olsa da (bağlantı, güvencelerin varlığı gibi) bu kriterlerin oldukça soyut ve geniş kapsamlı olduğu ifade edilmelidir.

Veri Sınırlaması (“Data minimization- 5(1)(c)”) ilkesi kapsamında, işlenen kişisel veriler işlendikleri amaçlar çerçevesinde yeterli, ilgili ve gerekli olanla sınırlı olmalıdır. Resital’in 39. maddesinde kişisel verilerin yalnızca amaçların başka yollarla makul bir şekilde yerine getirilememesi durumunda işlenmesi gerektiği belirtilir. Bu gereklilik şartı, kişisel verilerin sadece niceliğini değil, aynı zamanda niteliğini de ifade etmektedir. Buna göre gerekli olmaması halinde aşırı büyük miktarda kişisel veri işlenmemeli, veri öznelerinin çıkarlarına orantısız müdahaleler yapılmamalıdır. Verilerin doğru olması ve gerektiğinde güncel tutulması gerekliliği, tüm yanlış verilerin düzeltilmesi veya silinmesi anlamına gelir. Kontrolör doğruluk ilkesine uyulmasını sağlamak için gecikmeden makul olan her adımı doğruluk (“Accuracy- 5(1)(d)”) ilkesinin gereği olarak atmalıdır. Kişisel veriler, işleme amaçlarına ulaşmak için gerekli olan sürenin ötesinde veri konularının tanımlanmasına izin verecek biçimde saklanmamalı, saklama süresi sınırlı olmalıdır (“Storage limitation- 5(1)(e)”). Ek olarak kontrolörlerin silme veya periyodik inceleme şeklindeki ek yükümlülükleri, kişisel verilerin gereğinden fazla tutulmamasını sağlayacaktır.

Kişisel verilerin güvenliğini ve gizliliğini temin etmeye yönelik bütünlük ve gizlilik (“Integrity and confidentiality- 5(1)(f)”) ilkesi, kişisel verilerin ifşa edilmesinin engellenmesi, imhaya veya hasara karşı korunması için gerekli teknik/organizasyonel önlemlerin alınması, takma ad kullanma (“pseudonymisation”) gibi alternatif yöntemlerin vaka bazında belirlenmesi gibi yükümlülükleri içerir⁴⁵. Kontrolör gelişmiş teknolojiyi, uygulama maliyetlerini ve işlemenin niteliğini, kapsamını, bağlamını, amacını ve ayrıca değişim riskini dikkate almalı, önlemleri

⁴⁵ Handbook on European Data Protection Law (n 40) 131.

uygularken gerçek kişilerin hak ve özgürlüklerini korumayı öncelikle, önlemlerin etkinliğini de değerlendirmelidir⁴⁶. Veri korumanın temel ilkelerinin yer aldığı 5. madde kontrolörün önceki tüm ilkelere uyumdan sorumlu olacağı ifadesiyle sona ermektedir. Kontrolör işleminin bu yasal kurallara uygun olduğunu gösterebilmeli ve uyum konusunda hesap verebilmelidir (“Accountability- 5(2)”).

2. Genel İlkelerin Yapay Zekâ Karşısındaki Durumu

a. Rekabetçi Veri Ekonomisi: Amaç veya Menfaat Çatışması

Genel ilkeler bazında spesifik bir değerlendirme yapmadan önce kişisel verileri koruma yasalarıyla korunan özel hayatın gizliliğinin veya mahremiyetin korunması menfaatinin, uygulamadaki rekabetçi veri ekonomisi ile bağdaşmazlık içinde olduğunu belirtmek gerekir. Özellikle yapay zekâ ve büyük veri konularında dile getirilen “büyük veri, sınırlı mahremiyet (*big data, small privacy*)⁴⁷” söylemi esasen bu yapısal çelişkiyi yansıtmaktadır. Büyük veri karmaşık yapısı olan (algoritmik) depolama, analiz etme ve daha fazla süreçten geçen devasa veri kümeleri için kullanılan bir terimdir⁴⁸. Büyük veri analitiği ile elde edilen bilgiler -ki bunların içinde elbette kişisel veriler de vardır- şirketlerin birbiriyle rekabet etmesine ve rakipler üzerinde avantaj elde etmesine sebep olur⁴⁹. Öyle ki kişisel veriler büyük verinin “ham madde kaynağı” olarak sosyal medya platformlarından sağlık hizmetlerine kadar pek çok alanda anlık olarak işlenmektedir⁵⁰. Yapay zekâ ise büyük verinin analizinde faydalı bir araç olarak ondan elde edilen sonuçları güçlendirmektedir.

Bugün pek çok ülke yapay zekâ teknolojilerinin benimsenmesini artırmak için politikalar uygulamakta, veri değer zincirini güçlendirmek ve veriye dayalı ekonomiyi geliştirmek için endüstriler pek çok iş birliği ve stratejik ortaklıklar geliştirmekte, sektörler dönüşmeye başlamaktadır⁵¹. Yapay zekâ özellikle üretim ve lojistik, finans, pazarlama ve müşteri hizmetleri, sağlık, ilaç geliştirme gibi alanlarda etkili olmakta, kendi ekonomisini yaratmaktadır. Yapay zekâ uygulamaları, makine öğrenimi, bilgisayarlı görü, robotik ve doğal dil işleme üzerine onlarca yıllık araştırmalarla desteklenmekte, yapay zekânın küresel ekonomik etkisinin

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ The Internet, Policy & Politics Conferences Oxford Internet Institute, University of Oxford, “Markus Schroeder: Big Data, Small Privacy?”, <<http://blogs.oii.ox.ac.uk/ipp-conference/2012/programme-2012/track-b-policy/panel-5b-privacy/markus-schroeder-big-data-small-privacy.html>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁴⁸ Seref Sagiroglu and Duygu Sinanc, “Big Data: A Review” in Proceedings of International Conference on Collaboration Technologies and Systems (CTS, 2013) 42.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Duygu Hatipoğlu Aydın, “Kişisel Verilerin Korunmasına Hukukun Sınırları” (2023) 88(2) İzmir Barosu Dergisi, 143.

⁵¹ Mark Johnson, Raj Jain and Peggy V Brennan-Tonetta, “Impact of Big Data and Artificial Intelligence on Industry: Developing a Workforce Roadmap for a Data Driven Economy” (2021) 22 Glob J Flex Syst Manag 197.

2030 yılına kadar 15,7 trilyon dolara ulaşması beklenmektedir⁵². Bunun yanında yapay zekâ teknolojilerinin ve kapasitesinin geliştirilmesinin yavaş yavaş devletlerin ulusal bir önceliği olarak kabul edilmesi⁵³, ondan elde edilen her faydanın (ekonomik ve sair) maksimize edilmeye çalışıldığı bir konjonktürde, kişisel verilerle ilgili daha fazla sorgulamaya sebep olmaktadır.

Günümüzde yapay zekâya ilişkin doğrudan hüküm içeren bağlayıcı yasalar henüz oluşturulmamıştır. Özellikle 2000'lerin başından beri hızla ilerlemeye devam eden yapay zekâ ve büyük veri konularının bağlayıcı hukuki düzenlemeler ile ele alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda “Collingridge ikilemi⁵⁴”nde olan durum apaçık karşımıza çıkmakta teknolojinin ezip geçtiği yalnızca hali hazırdaki iş modelleri değil aynı zamanda hukukun kendisi olabilmektedir⁵⁵. Aynı ikilem yapay zekâ gibi hızlı gelişen teknoloji alanında belirgindir. Teknolojinin gelişmesiyle beraber, özellikle dijital pazarlamada ve sosyal medya platformlarında hali hazırdaki iş modelleri hızla değişirken, hukuk bu hızlı değişime ayak uydurmakta zorlanmaktadır. Karar verme mekanizmalarında kullanıldığı durumlarda, yapay zekâ objektif olmayan, önyargılı veya ayrımcılık yapan sonuçlar verebilmektedir. Bu sonuçlar, kişisel verilerin doğru olmayan kişilerle eşleştirilmesi gibi bir dizi problemi beraberinde getirir.

Hukukun bu problemlere ayak uydurmasından söz ederken belirli durumlardaki olası etkileri düşünmek faydalı olabilir. Örneğin bir yapay zekâ uygulaması, yasaların belirgin olmayan durumları düşünmeye yetişememesi nedeniyle hatalı veya ayrımcı kararlar verebilir. Yasa yapıcılar ve düzenleyicilerin, yapay zekânın neden olduğu bu ve benzeri problemleri çözmek için proaktif bir şekilde hareket etmeleri gerekir. Yapay zekâda yaşanan gelişmelerin bağlayıcı tekno-hukuki çözümlerle sınılanması, önümüzdeki olumsuz senaryoların önüne geçmek için kaçınılmazdır. Bu olumsuz senaryolar, kişisel verilerin yanlış kullanılmasından önyargılı algoritmaların toplumda eşitsizliklere yol açmasına kadar geniş bir yelpazede olabilir. Bu nedenle yapay zekâ, teknoloji, etik ve hukuk arasındaki hassas dengenin korunması, bu alandaki olası çözümlerin teşvik edilmesi gerekmektedir.

⁵² Ibid 198.

⁵³ The White House, “Select Committee on Artificial Intelligence” <<https://www.whitehouse.gov/ostp/ostps-teams/nstc/select-committee-on-artificial-intelligence/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁵⁴ Collingridge ikilemi, teknolojinin gelişmesi sonucunda onu kullanarak ortaya konulan yeni araçların kullanımının sebep olduğu bir tür kontrol-fayda açmazıdır. Yani bu “yeni teknolojilerin” sebep olacağı sosyal-hukuki ve ekonomik etkilerin etrafıca anlaşılabilmesi için, kullanılmaları gerekir (tahmin edilemezlik sorunu). Ancak kullanılmaları neticesinde doğan olumsuz sonuçlar ortaya çıktığında, bu sonuçların bertaraf edilmesi için yapılacak müdahaleler geç kalmış olacaktır (hız veya güç sorunu). Diğer taraftan teknolojiye önceden yapılan sınırlamalar (önleyici kontrol mekanizmaları) ise onun yavaşlamasına, ondan gelebilecek faydaların gözden kaçınmasına sebep olabilir. İkilem, David Collingridge tarafından “The Social Control of Technology” isimli kitapta ifade edilmiştir. Kaynak için bkz. David Collingridge, *The Social Control of Technology* (New York: St. Martin's Press, 1980) 19-20-21.

⁵⁵ Mesut Serdar Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri* (1. Baskı) (İstanbul: onikilevha, 2021) 29.

b. Kara Kutu Problemi

Bir model olarak yapay zekânın bir dizi veriyi alıp bunları işleyerek bir tanımlama veya çıktı ürettiği hususu ilk başlık altında ifade edilmişti. Yapay zekâ ve makine öğrenmesi modellerinin nasıl karar verdiğinin veya iç işleyişinin anlaşılabilmesi ve gözlemlenememesi sorunsalına yönelik yapılan kara kutu (“black box”) adlandırması, girdilerin algoritmik hesaplama içine girmesi ve üretilen çıktının neye göre verildiğinin bilinmemesi durumu yansıtır. Bir diğer deyişle yapay zekâ sistemlerince verilen çıktılarının tam olarak nasıl bir programlama sonucu verildiğinin bilinmemesi opak durum olarak kabul edilir ve kara kutu problemini oluşturan da esasen bu opaklıktır. Derin öğrenme algoritmaları açısından geçerli olan bu durum, çeşitli nedenlerden ötürü büyük problemler meydana çıkarmaya gebecektir.

Özellikle yorumlanması zor karmaşık hesaplamaları içeren sinir ağları ve derin öğrenme modelleri için geçerli olan kara kutu sorunsalı, ilk olarak istenmeyen sonuçlar ürettiklerinde derin öğrenme sistemlerini düzeltmeyi zorlaştırır. Diğer taraftan derin öğrenme ile ortaya çıkan ön yargılı sonuçlar, bu sonuçların değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması gereğini doğurur. Örneğin siyahilerle ilgili ön yargılı bir sonuç üreten yapay zekâ sisteminin bu sonucu adil, tarafsız veya açıklanabilir kılmak için nasıl bir sürecin sonunda bu kararı verdiğinin bilinmesi gerekir. Önyargı, genellikle modelin eğitildiği veri setlerinin içerisine işlenmiş durumdadır ve bu veri setleri çoğunlukla önyargılı insan veya toplum davranışlarını yansıtır⁵⁶. Dolayısıyla önyargının giderilmesi sadece algoritmanın düzeltilmesi ile mümkün olmayabilir; eğitim veri setlerinin de gözden geçirilmesi, bu tür sistemlerin geliştiricilerinin sosyal bilimler ve beşerî bilimlerden (örneğin antropoloji) çok sayıda profil içermesi tavsiye edilmektedir⁵⁷.

c. Şeffaflık ve Rıza Problemi

Şeffaflık prensibine ilişkin özellikle GDPR’ın 12. maddesinde yer alan, veri öznelerini şeffaf şekilde bilgilendirme yükümlülüğünü sağlamak, kontrolörler açısından yapay zekâ söz konusu olduğunda güç olabilecektir. Zira yapay zekânın, kişisel veri üzerindeki etkileri bilinmeyen hatta açıklanamayan değişkenlerle çalışan bir veri analizi yaparken amaçları önceden belirtmek, doğrulamak veya şeffaf bilgi sağlama girişiminde bulunmasının yerinde bir beklenti olmadığı belirtilmektedir⁵⁸. Nitekim kara kutu problemi nedeniyle “işleyişi anlaşılabilen” katmanlar üzerinde yer alan sinir ağları böyle bir şeffaf işleyişi engellemekte, yazılım süreçlerinin izlenebilirliğini kısıtlamaktadır⁵⁹.

⁵⁶ Alicia de Manuel vd, “Ethical Assessments and Mitigation Strategies for Biases in AI-systems Used During the COVID-19 Pandemic” (2023) 10(1) Big Data & Society 9.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Boris Paal, “Artificial Intelligence as a Challenge for Data Protection Law: And Vice Versa” in Silja Voenekey, Philipp Kellmeyer, Oliver Mueller, Wolfram Burgard (eds), The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary Perspectives (Cambridge Law Handbooks, 2022) 292-293.

⁵⁹ Ibid.

Diğer taraftan veri koruma ilkelerinin desteklenmesi için GDPR'ın 35. maddesinde belirtilen veri koruma etki değerlendirmelerinin ("data protection impact assessment") yürütülmesi ve tasarım gereği gizlilik ("privacy by design") gibi uygun teknik ve organizasyonel önlemlerin uygulanması gibi yapay zekâ sistemlerinin geliştirme aşamasında güvenceler oluşturmak bakımından ele alınmalıdır. Ancak burada da üç problem belirtilir: Birincisi kişisel verilerin kategorize edilememesinden kaynaklı genişlik, ikincisi veri öznesinin bilgi alma ve kişisel verilere erişim hakları, üçüncüsü ise teknik ve organizasyonel önlemleri uygulama görevinin (veri işlemenin planlamasında ve gerçekleştirilmesinde) kontrolörleri önceden etik düşünmeye mecbur bırakmasıdır⁶⁰. Son durumda genel ilkenin uygulanıp uygulanmaması kontrolörün takdirine bırakılmış olmaktadır.

Veri koruma etki değerlendirmesi ve tasarım gereği gizlilik ilkelerinin yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi sürecine dahil edilmesi, kişisel verilerin korunmasına önemli katkı sağlayabilir. Örneğin bir yapay zekâ uygulaması geliştirilirken, kullanıcıların kişisel verilerini işlemek yerine anonimleştirilmiş veya takma isim verilmiş verileri işleyecek şekilde tasarlanabilir. Bir sistem, sadece işleme amacının gerektirdiği minimum miktarda kişisel veriyi işlemek üzere programlanabilir. Ancak bu ilkelerin uygulanmasının etkinliği ve yapay zekâ sistemlerinin veri koruma kuralları ile uyumu sürekli gözden geçirilmeli ve konu hakkındaki teknik hususlar mümkün olduğu ölçüde hukuki düzenlemeye tabi olmalıdır⁶¹.

Kişisel verilerin birer bilgi parçası olarak geniş kapsamlı olması, veri işleme amaçları için de yapay zekâ kullanımının sınırlarını belirlemeyi zorlaştırabilir. Girdi olarak bağımsız şekilde bir taraftan da yapay zekâ kullanımının sınırları geliştirmek için kullanılan veriler -kişisel verileri de kapsayan biçimde- teknolojik gerçeklik karşısında korunaksız kalmaktadır. Ayrıca yapay zekâ tarafından kişisel verilerden elde edilen çıkarımların kişisel veri oluşturup oluşturmadığı ve kişisel veri kategorisine dahil edilmesinin gerekip gerekmediği de belirsizdir. Veri öznelilerinin bilgi alma ve kişisel verilere erişim hakları konusunda, yapay zekânın işleyişinin karmaşıklığı nedeniyle kontrolörlerin bu karmaşıklığı ve yapay zekânın özerkliğini erişim yükümlülüklerini atlatmak için bir sebep olarak kullanma riski her zaman vardır⁶². Neticede GDPR uyumlu yapay zekâ kullanımını garanti etmek için kişisel verilerin yapay zekâ sistemleri tarafından işlenmesine ilişkin bilgi edinme hakkının kapsamının daha net belirtilmesi beklenir.

Kendi kendine öğrenen, otonom yapay zekâ teknolojilerinin doğasında şeffaflık, açıklık gibi bir özellik yoktur. Şeffaflık ilkesi GDPR çerçevesinde bilhassa veri işlemenin temelinde veri öznesinin onayının bulunduğu durumlar için kritik

⁶⁰ Frederike Ufert, "AI Regulation Through the Lens of Fundamental Rights: How Well Does the GDPR Address the Challenges Posed by AI?" (2020) 5(2) European Papers 1094.

⁶¹ Oğuz Gökhan Yılmaz, "Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?" (2021) 66 Adalet Dergisi 408.

⁶² Ibid 1095.



bir önem taşır. Verilerin işleme sebepleri dikkate alındığında, veri sahibinin rızası ile gerçekleştirilen işlemlerde GDPR’ın getirdiği şeffaflık kısıtlamaları geçerli hale gelir⁶³. Kontrolörün öznenin onayını bilgilendirilmiş şekilde alması gerekliliği, aynı zamanda bir rıza problemini doğurur. Rıza GDPR’ın 4. maddesinde, “*veri öznesinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık gösterge*” şeklinde tanımlanmaktadır. GDPR ilkelerine göre yapay zekâ sistemlerini kullanan dolayısıyla farklı kökenlerden gelen çok büyük miktarda verinin kapsamlı analizlerini gerçekleştiren kontrolörler, verileri kendilerine izin verilecek şekilde işleme olanağına sahip olmalıdır⁶⁴. Bu da veri öznelerini, işlenen verilerin niteliği ve kaynağı hakkında açıkça ve yeterince bilgilendirmeyi gerektirir. Yani hukuka uygun bir rızanın kişisel verilerin korunması açısından verilmiş sayılması, genel hükümlerde yer alan rızadan farklı olarak özel koşulları da içermesine bağlı kılınmıştır⁶⁵. Buna karşılık kişisel verilerin algoritmalarca yapılan analizler sırasında veya orijinal olarak kişisel olmayan verilerin kombinasyonları sonucunda üretildiği durumlarda ne olacağına, verilerin ilk kaynağının tam olarak nasıl belirleneceğini bilmenin oldukça güç olduğu belirtilmektedir⁶⁶. Bu bağlamda GDPR’ın 14. maddesinde yer verilen bilgilendirme yükümlülüğü, bu tür bilgilerin veri öznelerine sağlanmasının orantısız şekilde külfetli olması durumu ile çelişki içindedir.

Yapay zekâ sistemleri yapılandırılmamış verileri ve algoritmik analizleri kullanarak, özgün bilgiler oluşturabilir. Bu durum, kişisel verilerin ilk kaynağını belirlemeyi zorlaştırabilir ve bu nedenle veri öznelerine yeterli bilgi sağlama görevini de yerine getirilmesi güç hale getirebilir. Örneğin bir makine öğrenme modeli, kişisel olmayan verilerden kişisel veriler oluşturabilir veya mevcut kişisel verileri yeni ve beklenmedik şekillerde analiz edebilir. Ayrıca makine öğrenmesinde karşımıza çıkan kara kutu sorunu, veri öznelerinin verilerinin nasıl kullanılacağına dair tam ve bilinçli bir onay vermesini de zorlaştırabilir. Son olarak kişisel verilerin işlenmesine izin veren yasal bir dayanak bulunması bakımından veri öznesinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması veya bir sözleşme yapılmadan önce veri sahibinin talebiyle adımlar atılması için işleme faaliyetinin “gerekli” olması gerekir. Ancak yapay zekâyı kapsamına alan sözleşmelerde, bu tür sözleşme öncesi durumların düzenli olarak ortaya çıkıp çıkmayacağı her zaman belirli olmayabilir.

d. Amaç Sınırlaması ve Değişikliği Olasılığı

GDPR’ın 5(1)(b) bendinde belirtilen amaç sınırlaması ilkesi uyarınca, (kişisel) verilerin işleme ve elde edilme amaçları, öz ve anlaşılır bir şekilde veri öznesine

⁶³ Paal (n 58) 293.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Sinan Akkurt, “Açık Rıza” P Çağlayan Aksoy, H C Aksoy (ed.), Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış KVKK Akademi Derleme Çalışması (KVKK Yayınları No 42, Ankara)160.

⁶⁶ Paal (n 58) 293.

sunulmalıdır. Bu ilke, kişisel verilerin işlenmesinde önceden belirlenen bir amaç kısıtlamasının gerekliliğini vurgular. Ancak yapay zekânın bağımsız gelişmesi, belki de önceden belirlenmemiş amaçlar için kullanılabilmesi durumları, ilkenin uygulanması bakımından bir uyumsuzluk doğurmaktadır. Algoritmanın ne öğreneceğini tahmin etmek neredeyse imkânsız olduğundan ve yapay zekânın öngörülemez sonuçlara yol açabileceği durumlarda, amaç sınırlaması ilkesi ile yapay zekâ teknolojilerinin yeniliği arasında bir denge bulmak güç olabilecektir.

Amaç sınırlamasının özellikle tahmine dayalı olarak yürütülen güvenlik birimleri faaliyetlerinde kullanılan yapay zekâ teknolojileri bağlamında etkili bir koruma gibi görünmediği ifade edilmektedir⁶⁷. Bu uygulamaların giderek daha geniş amaçlar için uygulanmasından ve güvenlik birimlerinin erişebildiği veri kümelerinin ilgili tüm analitik süreçler için kullanılmasından ötürü bu ilke işlevini yerine getirememesi söz konusu olabilecektir⁶⁸. Verilerin işlenmesinde amaç değişikliğini kapsamına alan GDPR'nın 6. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “bağlantılı bir gerekçe bulunması”nın, verilerin farklı bağlamlarda üretildiği ve sonradan birleştirildiği ya da yeni amaçlar için kullanıldığı durumlar açısından nasıl uygulanacağı da diğer soru işaretidir.

e. Ön Yargılı veya Yanlış Sonuçlar: Silme Taleplerinin Anlamı

Yapay zekâ araçları tarafından üretilen sonuçların serbestçe çarpıtılması veya yanlış/ön yargılı şekilde ortaya çıkması riski ile bireyin çıkarları ve kamu refahı arasında dikkate değer bir çatışma riski söz konusudur. Doğruluk-bütünlük-gizlilik ilkesi, kişisel verilerin işlenmesinden etkilenen veri öznelerinin, kendileri hakkında yanlış veri kullanımından kaynaklanan herhangi bir dezavantaja maruz kalması için toplanan bu verilerin gerçeği doğru bir şekilde yansıtmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak verilerin doğruluğuna ilişkin durumlar, veri girişi ve çıkışı arasında bir ayırım yapılmasını gerektirirken yapay zekânın işleyişinde veri işleme analizlerinin ve süreçlerinin sonuçları verildiği için yapay zekâ tarafından verilen bilgiler sadece bir tahmin oluşturacaktır. Bu doğrultuda, üretilen yanlış bilgilerin tespit edilmesi ve doğru bilgilerin geri yüklenmesi ya da veri öznelerine tanınan silme hakkının kullanılması beklenir. Ayrıca yanlış sonuçlar şeklinde ortaya çıkan kişisel verilerin yapay zekâ algoritmalarından silinip silinmeyeceği tartışmalı bir konudur. Tartışmaların çoğunda yapay zekâ/makine öğrenmesi bağlamında silme/değiştirme taleplerinin teknik sorunlara takılacağı sonucuna varılmaktadır⁶⁹.

⁶⁷ Stefania Fantin and Panagiota Vogiatzoglou, “Purpose Limitation By Design As A Counter To Function Creep And System Insecurity In Police Artificial Intelligence” (2020) United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI) 26.

⁶⁸ Ibid. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun (Ombudsman) Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'ne (UYAP) entegre olan Emniyet Genel Müdürlüğü kayıtlarına ilişkin Adalet Bakanlığı'na tavsiyesi hk. bkz. Adalet.gen.tr, “Ombudsmandan UYAP'a tavsiye” <<https://www.adalet.gen.tr/ombudsmandan-uyapa-tavsiye.html>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁶⁹ Eduard Fosch Villaronga, Peter Kieseberg and Tianying Li, “Humans Forget, Machines



Diğer taraftan yapay zekâ tabanlı karar verme, önceden var olan ön yargıları büyütebilir ve yeni ön yargı türleri için büyük potansiyele sahip yeni sınıflandırmalar ve kriterler geliştirebilir⁷⁰. Sürekli artan bu endişeler, yapay zekâ tabanlı sistemlerin, kararlarının adilliklerini de ele alan yeni yaklaşımlar ile etik ölçekte yeniden değerlendirilmesine yol açmaktadır. Ancak yapılan bir araştırma artan teorik etik çalışmalar ile uygulamadaki durumun örtüşmediğini, şirketlerin etik kaygıları gerektiği kadar dikkate almadığını gözler önüne sermektedir⁷¹. Bahsi geçen araştırma, etik konulu teorik çalışmalarda ilerleme sağlanmasına rağmen bu ilerlemelerin ticari kuruluşlar tarafından yeterli derecede dikkate alınmadığını ortaya koymaktadır. Şirketlerin kullanıcı verilerini gerektiğinden fazla toplaması ve bu verileri izinsiz veya şeffaf olmayan şekillerde kullanması durumlarına etik standartlara uygun olmayan bir şekilde yapay zekâ sistemlerinin kullanılmasının eklenmesi endişe vericidir. Bu sebeple toplumlara derinden yerleşmiş olan ön yargıların yalnızca teknik çözümlerle kaldırılmayacağı, sosyal ve yasal dayanağı olmayan teknik çözümlerin sorunu çözme noktasında yeterli olmayacağı açıktır⁷².

Yapay zekâ destekli yüz tanıma teknolojileri tarafından yapılan tespitler üzerine yanlışlıkla tutuklanan kişilerin genellikle siyahi olması, yanlış tespit edilen kişilerin sabika kaydı, ekonomik durum, etnisite gibi ortak özelliklere dayandığının sonradan anlaşılması, Amazon, Microsoft gibi şirketlerin bilhassa ABD’de kolluk kuvvetlerine sattığı yapay zekâ destekli programların hesaplamalarını gerekçe göstererek özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedilmemesi gerektiğini gösterir⁷³. Henüz oldukça yeni sayılabilecek OpenAI’nin ChatGPT sohbet robotunun kendisinden cinsel tacizde bulunan hukukçuların bir listesini oluşturmasının istenmesi üzerine bir kurgu oluşturması (tacizci olmakla suçlanan profesörün Alaska’ya yaptığı bir sınıf gezisinde müstehcen yorumlarda bulunduğu, bir öğrenciye dokunmaya çalıştığı, bilginin kaynağı olarak Washington Post’ta Mart 2018’de yayınlanan yazının bulunduğu), kurguda adı geçen hukuk profesörünün hiçbir zaman Alaska’ya bir sınıf gezisi yapmaması⁷⁴ ile karşımıza çıkan durum apaçık bu sorunsala işaret eder.

Remember: Artificial Intelligence and the Right to Be Forgotten” (2018) 34(2) Computer Law & Security Review 304-305.

⁷⁰ Eirini Ntoutsis, Pavlos Fafalios and Ujwal Gadiraju, “Bias in Data-driven Artificial Intelligence Systems: An Introductory Survey” (2020) 10 WIREs Data Mining Knowl Discovery, e1356 2.

⁷¹ Stanford University, “State of AI in 10 Charts: Ethics Infiltrates Research” <<https://hai.stanford.edu/news/state-ai-10-charts>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁷² Ntoutsis, Fafalios and Gadiraju (n 70) 14.

⁷³ Nytimes, “Wrongfully Accused by an Algorithm <<https://www.nytimes.com/2020/06/24/technology/facial-recognition-arrest.html>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)” Wired, “How Wrongful Arrests Based on AI Derailed 3 Men’s Lives <<https://www.wired.com/story/wrongful-arrests-ai-derailed-3-mens-lives/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)”

⁷⁴ The Washington Post, “ChatGPT invented a sexual harassment scandal and named a real law prof as the accused” <<https://www.washingtonpost.com/technology/2023/04/05/chatgpt-lies/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Burada ön yargı probleminin (“bias problem”) ötesinde kurgulama durumu karşımıza çıkmaktadır. Nitekim yapay zekâ modelleri, iddialarını desteklemek için birincil kaynaklar uydurarak ve önemli gerçekleri kurgulayarak yanlış/çarpıtılmış sonuçlar sunabilir. Chatbot adı verilen sohbet robotları, kendilerine sorulan sorulara fazlasıyla özgüvenli şekilde cevap ürettiklerinden, neyin gerçek neyin kurgu olduğunun anlaşılması için geçen zamanda çarpıtılmış gerçeklere maruz kalan bireylerin durumunun hukuk kurallarına dayanılarak düzeltilmesi beklenir. Özellikle bir üretken (“generative”) yapay zekâ türü olan sistemlerin web entegrasyonlarının artmasıyla bu sorunların büyüebileceğini de belirtmek gerekir.

Kişisel verilerle beslenen yapay zekâ dil modellerinin güçlü kimlik avı veya dolandırıcılık araçları olarak kötüye kullanılmalarının oldukça kolay olduğu (herhangi bir programlama bilgisine gerek olmadığı için), bu dil modellerinin hızlı bir şekilde günlük faaliyetlerin yapılmasını kolaylaştıran dijital asistanlara entegre edildiği ancak bu durumun yarattığı çok temel problemler olduğu belirtilmektedir⁷⁵. Özellikle Jailbreak (“yazılımsal sınırlamaların ortadan kaldırılması”) durumlarında hırsızlık veya patlayıcı yapımı gibi amaçlarla bu robotların kullanılması, ChatGPT gibi modellerin internette gezinen ve etkileşim kuran ürünlere entegre edilmesinin yaratacağı güvenlik zafiyetleri, bu yapay zekâ modellerinin veri setlerinin eğitim aşamasında kasıtlı şekilde bozulabilme (“poisoning the data sets”) durumları bunlara örnektir⁷⁶. Bu gibi ihtimallerde acil ve etkili müdahalelerin yapılması gerekmektedir.

f. Veri Sınırlaması/Minimizasyonu ve Meşru Amaç Çelişkisi

Kişisel verilerin işlendikleri amaçlarla bağlantılı olarak yalnızca yeterli, ilgili ve gerekli olanlarla sınırlı bir şekilde işlenmesi, veri minimizasyonu ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkeyi uygulamaya geçiren ise özellikle GDPR’ın 25. maddesinde belirtilen “tasarım gereği ve varsayılan olarak” mahremiyet şeklinde tanımlanan yöntemlerdir (“privacy by design ve privacy by default”). Ancak bu ilke büyük miktarda veri elde etmeye dayanan ve bunu gerektiren yapay zekâ teknolojilerinin genel konseptiyle, yüksek veri talebiyle doğrudan bir çelişki içindedir. Zira kişisel verilerin amacına ulaştıktan sonra silinmesi veya kısıtlanması, yapay zekâ teknolojilerinin hem gelişimini hem de kullanımını önemli ölçüde engelleyebilmektedir⁷⁷.

Avrupa Parlamentosu tarafından oluşturulan “GDPR’ın Yapay Zekâ Üzerindeki Etkileri” isimli dokümanda öncelikle geleneksel veri koruma ilkeleri ile yapay zekâ arasındaki gerilim kabul edilir⁷⁸. Yapay zekâ ve büyük veri kullanımında bu

⁷⁵ Heikkilä M, “Artificial Intelligence: Three Ways AI Chatbots Are a Security Disaster” (MIT Technology Review, 2023) <<https://www.technologyreview.com/2023/04/03/1070893/three-ways-ai-chatbots-are-a-security-disaster/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Paal (n 58) 295-296.

⁷⁸ European Parliament, “The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence” (2020) European Parliamentary Research Service: PE 641.530, II.



ilkelerin geliştirilmesi gereğinin altı çizilmektedir⁷⁹. Sadece kişisel değil veri öznelrinin yeniden tanımlanmasına yol açan tüm verilerin yeni birer yaratım olduğunun kabulüyle, veri minimizasyonunda orantılılığın kontrolörler açısından “işleme amaçlarına göre ek amaçlardan daha ağır basan bir fayda” sağlanmasının verilerin saklanması haklı gösterebileceği vurgusu yapılmaktadır⁸⁰.

AB’nin veri koruma mevzuatını sıkı bir biçimde uygulamasının ABD ve Çin gibi enformasyona dayalı ekonomilere karşı yarışı kaybettireceği anlayışına karşılık önerilen, yapay zekânın ile bireylerin sosyal ilişkilerini dengelemenin gerekliliği, anonim veri üretme, profil oluşturma da dahil olmak üzere kişisel verilere dayalı işlemlere ancak belirli koşullar altında izin verilmesi anlayışıdır⁸¹. AB’nin bu etki dokümanının genel ilkeler ile yapay zekânın bağdaşmaz doğasını açıkça ifade etmesi önemli olmakla birlikte, “meşru menfaat” gibi belirsiz amaçlar doğrultusunda dengeleme yapması, bizi bulunduğumuz noktadan farklı bir yere götürmemektedir. Zira meşru menfaatin anlamı ticari faaliyetlerle ilgili görevleri yerine getirmek, müşteri ilişkileri veya doğrudan pazarlama amaçları gibi unsurlara gömülü olarak yorumlanmaktadır⁸².

g. Konunun Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Açısından Değerlendirilmesi

Hukumumuzda kişisel verilerin korunması, Anayasa’nın özel hayatın gizliliği başlıklı 20. maddesinin üçüncü fıkrası, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK), 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükümleri, diğer Kanunlarda yer alan hükümler, 108 Sayılı Sözleşme ile ek protokolleri ve sair düzenlemelerle sağlanmaktadır. KVKK’da yapay zekâyâ veya onu kullanan sistemlere ilişkin ayrı bir hüküm bulunmamakla birlikte genel veri koruma ilkeleri, ikincil nitelikli düzenlemeler ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararları, yapay zekâ aracılığı ile kişisel verilerin işlenmesine de uygulanmaktadır. Başlık altında yapay zekâ tarafından işlenen kişisel verilere ilişkin belirleyici ve GDPR’dan farklı olan hususlar ele alınmıştır.

KVKK’nın 4. maddesi kapsamında yer alan genel veri koruma ilkeleri 108 Sayılı Sözleşme ve 95/46/EC Sayılı Direktif ile uyumlu şekilde “*hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma; ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar mu-*

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid 47.

⁸¹ Ibid 76-77.

⁸² European Commission, “What does grounds of legitimate interest mean?” <https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/legal-grounds-processing-data/grounds-processing/what-does-grounds-legitimate-interest-mean_en> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

hafaza edilme” şeklinde ifade edilmiştir. Bu ilkelere kişisel verilerin işlenmesinin her safhasında riayet edilmelidir⁸³.

KVKK kapsamında yapay zekâ ile verilerin işlenmesinde belirli ve açık bir amaç doğrultusunda işleme ilkesi gereği, genel geçer amaçlar kullanılmamalı, kullanılacak modelin kişisel verileri işleme sebebi ve amacı açıkça ifade edilmelidir⁸⁴. Bu anlamda yapay zekâ çalışmaları yürütülmesi veya geliştirilmesi şeklindeki genel amaçlar yerine bir eğitim modeli geliştirilerek öğrencilerin başarı sıralamalarının yapılması gibi daha açık ve belirli amaçlar seçilmelidir. Amaç konusunda önemli olan, olay bazında ve seçilen algoritmaya özel bir değerlendirme yapılmasıdır⁸⁵. Ayrıca muhtemel bir veri işleme gerekçesiyle kişisel verilerin gerekli olma ihtimaline binaen depolanması da belirli ve açık amaç ilkesine aykırılık teşkil eder⁸⁶.

GDPR’nın 6. maddesinin dördüncü fıkrası çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesi için bir kez belirtilen sebebe bağlı veya onun gereği olan diğer amaçlar için de hukuka uygun bir işleme yapılabilecekken KVKK’nın uygulanması açısından aynı durum söz konusu olmayacaktır⁸⁷. Dolayısıyla KVKK anlamında yapay zekâ kullanan sistem ve araçların kişisel veri elde etme amaçlarının, her bir veri işleme faaliyeti için ayrı ayrı belirtilmesi beklenir. KVKK gereği sonraki veri işleme amacının ilk işleme amacı ile uyumlu sayılamayacağı hallerde veri işlemeye devam edilmesi hukuka uygun olmayacaktır⁸⁸. Aksi halde kişinin, kendi verileri üzerindeki hakimiyetini kaybetmesi söz konusu olabilir⁸⁹. Yeni geliştirilmeye çalışılan yapay zekâ modellerinde henüz karşılaşılmayan veri işleme amaçlarının ortaya çıkması ise⁹⁰ hali hazırda genel ilkelere ilişkin karşılaşılan zorluklardandır.

Yukarıda yer alan başlıkta ifade edildiği üzere veri minimizasyonu GDPR kapsamında ayrıca belirtilmişken KVKK’nın lafzında bu ilke bulunmaz. Fakat uygulamadaki düzenlemelerde ve temel ilkelerin çerçevesinde veri minimizasyonunun, amaçla bağlantılı, sınırlı, müdahaleci olmayan biçimde veri işleme an-

⁸³ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi (KVKK Yayınları No 1, Ankara, Aralık 2019).

⁸⁴ E. Eylem Aksoy Retornaz ve Osman Gazi Güçlütürk, “Yapay Zekâda Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulanmasındaki Sorunlara İlişkin Değerlendirmeler” P Çağlayan Aksoy, H C Aksoy (ed.), Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış KVKK Akademi Derleme Çalışması (KVKK Yayınları No 42, Ankara) 421.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Elif Küzeci, “Kişisel Verilerin Korunması” (4. baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 231.

⁸⁷ Aksoy Retornaz ve Güçlütürk (n.84) 422-423.

⁸⁸ Nafiye Yücedağ, “Kişisel verilerin korunması kanunu kapsamında genel ilkeler” (2019) 1(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 59.

⁸⁹ Küzeci (n. 86) 235. Uyumlu olmayan amaç ve sonraki amaçların durumuna ilişkin değerlendirmeler de aynı kaynakta yer almaktadır.

⁹⁰ Osman Gazi Güçlütürk, “Yapay Zekâ ve Verinin Kullanımı” (On İki Levha Yayıncılık 2022) 308.



lamlarında yer bulduğu görülmektedir⁹¹. Bununla birlikte Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler başlıklı dokümanında da geliştirici, üretici, karar alıcı ve servis sağlayıcı aktörler yönünden tavsiyeler bulunmakta, uygulamada yaşanması olası zorluklara yönelik kişisel verilerin korunmasını sağlayan yöntemlere işaret edilmektedir⁹².

C. ULUSLARARASI DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE BAZI ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Avrupa Birliği'nin 2018 yılından itibaren yapay zekâya ilişkin pek çok ikincil nitelikli düzenlemeleri olmuş, insan merkezli yapay zekâ çalışmaları ile güvenilir yapay zekâ ("trustworthy AI") için etik yönergeler ile politika ve yatırım önerileri oluşturulmuş, Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Üzerine Beyaz Kitap düzenlemesi yapılmış ve son olarak Yapay Zekâ Sorumluluk Direktifi Taslağı ile Yapay Zekâ Tüzüğü Taslağı oluşturulmuştur⁹³. Yapay Zekâ Tüzüğü Taslağı Genel Kurul tarafından onaylanmış, yürürlüğe girmesi bakımından yapılacak müzakerelere hazır hale gelmiştir.

1. AB Yapay Zekâ Tüzüğü

14 Haziran'da AB Genel Kurulu'na sunulan ve onaylanan Yapay Zekâ Tüzüğü⁹⁴, ilk bağlayıcı/hukuki düzenleme olması ve sektörde faaliyette bulunan tüm aktörleri etkilemesi bakımından oldukça önemlidir. Düzenlemenin kapsamında yapay zekâ kullanımlarına ilişkin dört adet risk grubu belirlenmiş ("kabul edilemez, yüksek, sınırlı, minimum risk grupları şeklinde"), bu gruplara yönelik ayrı değerlendirmeler yapılmıştır. Öncelikle tüzüğün kapsamı;

"(a) Birlik içinde yapay zekâ sistemlerinin (YZ sistemleri) piyasaya arz edilmesi, hizmete sunulması ve kullanılması için uyumlaştırılmış kuralları;

⁹¹ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "İşlenme Amacının Gerektirdiğinden Fazla Kişisel Veri İşlenmesi/Aktarılması (Veri Minimizasyonu İlkesine Aykırılık)" <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5413/Islenme-Amacinin-Gerektirdiginden-Fazla-Kisisel-Veri-Islenmesi-Aktarilmasi-Veri-Minimizasyonu-Ilkesine-Aykirilik->> (Erişim Tarihi: 31.07.2023) "Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler" başlıklı kamuoyu duyurusu <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler->> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁹² Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler" <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/25a1162f-0e61-4a43-98d0-3e7d057ac31a.pdf>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁹³ European Commission, "Important milestones" <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁹⁴ EU Document 52021PC0206, "Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS" <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

- (b) bazı yapay zekâ uygulamalarının yasaklanmasını;
- (c) yüksek riskli YZ sistemlerine dair özel gereklilikleri ve bu tarz sistemlerin operatörlerinin yükümlülüklerini;
- (d) gerçek kişilerle etkileşime geçmeyi amaçlayan YZ sistemleri, duyu tanıma sistemleri ve biyometrik sınıflandırma sistemleri ile görüntü, ses ya da video içeriği üretmek veya bu içerikleri manipüle etmek için kullanılan YZ sistemleri için uyumlulaştırılmış şeffaflık kurallarını;
- (e) piyasa izlemesi ve gözetimini düzenlemek⁹⁵”

olarak belirtilmiştir.

Düzenlemenin 5. maddesinde, kabul edilemez risk (“prohibited risk”) içerdiği belirlenen birtakım yapay zekâ sistemlerinin kullanımı yasaklanmıştır. Bunlar kişilerde fiziksel veya psikolojik zararlar yaratabilecek subliminal teknikler uygulayan, Çin’de olduğu gibi kamu otoritelerince bireylerin çeşitli kıstaslar ile sınırlandırılıp sosyal puanlamaya tabi tutulduğu sistemler, “gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri/real-time remote biometric identification systems”dir. Diğer taraftan yüksek risk grubu olarak belirlenen yapay zekâ sistemleri için sıkı bir uygulama rejimi öngörülmüştür. Bu gruba dahil olan yüksek risk durumları genel olarak sağlık, güvenlik ve temel haklara dair “olumsuz etki riski” oluşturabilecek kullanımlardır. Burada üretilen sonuç, riskin boyutları ve potansiyel etkileri, sosyo-ekonomik ve yaş gibi kriterler ışığında değerlendirilecektir.

52. maddede yer alan belirli yapay zekâ sistemleri için şeffaflık yükümlülüğü olarak, istisnai durumlar hariç gerçek kişilerin bilgilendirilmesi ve yapay zekâ sistemlerinin buna göre tasarlanması mecburiyeti getirilmiştir. Ayrıca tıpkı Avrupa Veri Koruma Denetçisi (“EU Data Protection Board”) gibi bir AB Yapay Zekâ Denetçisi (“European AI Board”), konu hakkında ulusal otoritelerin görevlendirildiği bir denetim sistemi ve tıpkı GDPR’da olduğu gibi kademeli para cezaları sistemi tasarlanmıştır. Düzenlemenin etkileri salt AB sınırlarında değil çok daha geniş ölçekte her aktör için etkili olacaktır. Ancak kişilere başvuru yolunun öngörülmesi, farklı mevzuatları kapsamına alması sebebiyle işlevini kaybetme ihtimalinin olması, şeffaflık konusunda “yeni” bir önlem getirmemesi düzenlemeye getirilen eleştirilerden birkaçıdır⁹⁶.

⁹⁵ İstanbul Barosu, Bilişim Hukuku Komisyonu, Yapay Zekâ Çalışma Grubu’nun Türkçe tercümesi <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirliğiYapayZekâya%C4%B0liskinTuzukTeklifiTurkceTercumesi.pdf>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁹⁶ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış” (2022) 0(51) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 41.

2. Sair Alternatifler

Yapay zekânın ön yargılı sonuçlar doğuran veya yanlış bilgi üreten sonuçlarını bertaraf etmek için “güvenilir” hale getirilmesi kapsamındaki “güvenilirlik”, içinde farklı çözüm önerilerini barındıran bir çatı kavramdır. Burada amaç bireysel hakların korunduğu düzenlemeler açısından kullanılamaz hale gelen prensiplere işlerlik kazandırmaktır. Konsept yalnızca AB çerçevesinde değil veri korumaya dair düzenleme ortaya koyan hemen her kuruluş/ülke bünyesinde yankı bulmuştur. Örneğin OECD'nin güvenilir yapay zekâ sistemleri için uygulama araçlarını belirttiği dokümanında, şeffaflık ve açıklanabilirliğin geliştirilmesi ihtiyacı özellikle vurgulanmış, kapsayıcı büyüme, sürdürülebilir kalkınma ve esenlik, insan merkezli değerler ve adalet, şeffaflık ve açıklanabilirlik ile hesap verebilirlik şeklinde beş ilke belirlenmiştir⁹⁷. Gereken durumlarda yapay zekânın yaşam döngüsüne insan müdahalesinin mümkün hale getirilmesi, yapay zekânın ürettiği bilgilerin çıktılarının insanlarca anlaşılmasının önemi ve kararlara itiraz hakkı sağlanması, uluslararası iş birliğinin önemi gibi çözüm önerileri de belgede yer alır.

Avrupa Konseyi'nin “Güvenilir Yapay Zekâ için Etik Yönergeler” belgesine göre de yasallığın, etik ilkelere uygunluğun ve sağlamlığın (teknik ve sosyal uyum) önemi vurgulanmış, yapay zekâ sistemlerinin güvenilir kabul edilmesi için karşılaması gereken yedi temel gereksinim kümesi belirlenmiştir. Bunlar insan temsili ve gözetimi, teknik sağlamlık ve güvenlik, mahremiyet ve veri yönetimi, şeffaflık, çeşitlilik, ayrımcılık yapmama ve adalettir⁹⁸. Bağlayıcı olmayan bu düzenlemelerden okunan ise yapay zekânın yarattığı ve yaratabileceği sorunların açıkça görüldüğü, bunun için “şimdilik” bazı teknik, hukuki ve etik çözümlerin, ekonomik unsurların da hesaba katıldığı çok etkenli bir denge mekanizması gözetilerek dikkate alınabileceğidir.

Doktrinde hali hazırda geliştirilen güvenilir ve etik yapay zekâ yaklaşımları için yapay zekâ tabanlı teknolojilerin arka planında gizlenen yapay zekâ dışı sorunların yeterince dikkate alınmaması, AI ve diğer yüksek teknoloji çözümlerinin yardımıyla her türlü sorunu (teknoloji ve teknoloji dışı) ele almaya meyilli teknolo-çözümçü bir zihniyetin ısrarı, belirli (örneğin ticari, politik) çıkarların genel AI-etik tartışması üzerindeki güçlü ve çarpıtıcı etkisi ile bağımsız ve eleştirel felsefi ve etik uzmanlığın yetersiz entegrasyonu konularının önemine ve yarattığı derin çelişkilere değinilir⁹⁹.

⁹⁷ OECD, “Tools for trustworthy AI (A framework to compare implementation tools for trustworthy AI systems)” <<https://www.oecd.org/science/tools-for-trustworthy-ai-008232ec-en.htm>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁹⁸ EC, “Ethics guidelines for trustworthy AI” <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

⁹⁹ Jan-Christoph Heiling, “The Ethics of AI Ethics. A Constructive Critique” (2022) 35(61) Philos. Technol 1-20.

Özellikle Google-Amazon gibi dağıtılmış, bulut tabanlı makine öğrenimi ortamları, kötü niyetli algoritmaları kolayca uygulayabilecek, bunları eğitim sürecinin bir parçası olarak sunabilecek ve bu şekilde hassas kullanıcı bilgilerini ezberleyebilecektir¹⁰⁰. Buna örnek olarak bir yüz tanıma sisteminden görüntüleri kurtaran model ters çevirme saldırıları verilir¹⁰¹. Bu durumda kişisel verilerin bütünlük ve güvenliğinin temini için sunulan hizmetlerde kullanılan derin öğrenme ve makine öğrenmesi yöntemlerinde aynı zamanda gizliliği koruyan teknik mekanizmaların devreye sokulması gerekecektir. Bu konuda gizlilik sızıntılarının önüne geçmek için diferansiyel gizliliği kullanarak dağıtılmış bir gizlilik koruma mekanizması (“differential privacy-DP”) önerilmektedir¹⁰².

Derin öğrenme ve genel olarak makine öğrenmesi için gizlilik koruyucu mekanizmaları inceleyen bir anket çalışmasında, makine öğrenmesinin kullanımındaki artışın veri ve hesaplama kapasitesinin büyümesinden kaynaklandığı, verilerin çoğunun bireylerden elde edildiği ve çok sayıda hassas bilgi içerdiği, veri toplama, eğitim ve çıkarım aşamaları arasındaki belirgin bir dengesizlik bulunduğu belirtilir¹⁰³. Çalışmada gizlilik koruyucu yöntemlerin yanı sıra, gizliliği artıran belirli yürütme modellerine de yer verilmiştir. Bunlar verinin merkezi bir sunucuda toplanmadığı, bunun yerine tüm hesaplamaların yerel olarak (genellikle bir kullanıcının cihazında) gerçekleştiği bir makine öğrenme yöntemi olan federe öğrenme (“Federated Learning”), uygulanan modelin eğitimini birden çok cihaz veya makine arasında bölen bir teknik olan bölünmüş öğrenme (“Split Learning”) ve verilerin izinsiz erişime veya değiştirilmesine karşı korunmasına yardımcı bir sistem olan güvenilir yürütme ortamları (Trusted Execution Environments) olarak yer almıştır¹⁰⁴.

Tersine mühendislik genel bir ifadeyle, bir nesnenin nasıl yeniden üretilebileceğini ortaya çıkaran tüm ipuçlarını aramak, bu maksatla yüzeyde görünenin ötesine bakmak ve gizli bir yapı bulmayı amaçlamaktır¹⁰⁵. Girdiler ve çıktılar arasındaki bağlantının veya işlemin tamamen tespit edilmesinin, sınıflandırılmasının veya nasıl bir belirleyicilik ilişkisi içinde olduğunun anlaşılmadığı durumlarda kuvvetli

¹⁰⁰ Arachchige vd (n.32) 5828

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid 5828-5829.

DP'nin esasen güçlü gizlilik düzeylerini garanti eden sağlam bir çerçeve oluşturduğu, kişisel verilerin ortaya çıkarılması ihtimalini en aza indirerek maksimum gizlilik sağladığı ifade edilir. Bu yöntem ile belirli bir veri tabanında bulunan bir kişinin verileri hakkında üçüncü bir tarafa ne kadar bilginin ifşa edilebileceğinin sınırları tanımlanmaktadır.

¹⁰³ Fatemehsadat Mireshghallah vd, “Privacy in Deep Learning: A Survey” (2020) <<https://arxiv.org/abs/2004.12254>> 16. (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

¹⁰⁴ Ibid 14-15.

¹⁰⁵ Harvard Business Review, “You Can Learn Anything Through Reverse Engineering” <<https://hbr.org/2021/11/you-can-learn-anything-through-reverse-engineering>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)



kara kutu sorunu, bu bağlantının daha sonra tersine mühendislik başta olan bazı çözümlerle anlaşılabilirdiği hallerde ise zayıf kara kutu sorunu olduğu belirtilir¹⁰⁶.

Uygulamada yapay zekâ modellerinin yorumlanabilirliğini ve açıklanabilirliğini geliştirmek için yöntemler ve teknikler geliştirilmeye ve bu sorun “Açıklanabilir AI” (XAI) veya “Yorumlanabilir AI” şeklindeki çözümlerle aşılmaya çalışılmaktadır. Açıklanabilir yapay zekâ, beklenen etkisi tanımlanabilen bir yapay zekâ modelini tasvir etmek için kullanılır. Savunma İleri Araştırma Projeleri Ajansı DARPA (“Defense Advanced Research Projects Agency”), açıklanabilir yapay zekâyı makinelerin içinde çalıştıkları bağlamı ve çevreyi anladıkları ve zaman içinde gerçek dünya fenomenini karakterize etmelerini sağlayan açıklayıcı modeller inşa ettikleri üçüncü dalga yapay zekâ sistemlerini etkinleştirmesi beklenen bir konsept olarak ele alır¹⁰⁷.

Açıklanabilir yapay zekâ ve açıklanabilir makine öğrenimi, yeni ortaya çıkan/ çıkacak yapay zekâli makineleri anlamak, onlara güvenmek ve onları etkin bir şekilde yönetmek için önem atfedilen bir “eşik” olup çeşitli özellikteki makine öğrenimi tekniklerinin geliştirilmesini gerekli kılar. Modelleri son kullanıcı için anlaşılır ve yararlı açıklama diyaloglarına çevirebilen en gelişmiş insan-bilgisayar ara yüzü teknikleri, ticaret alanını kapsayan bir dizi tasarım seçeneği sağlayacak bir yöntem portföyü ile çoklu sistemler geliştirilmesi vurgusu yapılmıştır¹⁰⁸. DARPA’nın çoklu sistemlerin geliştirilmesi stratejisi iki temel alandaki sorunlara odaklanır: ilgili olayları heterojen şekilde sınıflandırmak için aşılması gereken makine öğrenimi problemleri ve otonom bir sistemin çeşitli simüle edilmiş görevleri gerçekleştirmesi için karar politikaları oluşturmasına yönelik makine öğrenimi problemleri¹⁰⁹.

Bunun yanında açıklanabilirliğe yönelik de eleştirilerin bulunduğunu belirtmek gerekir. Bunlar genel olarak, farklı kullanıcıların farklı bağlamlarda farklı açıklama biçimleri gerektirmesinden dolayı hâlihazırdaki yöntem ve tekniklerin yine yetersiz kalacağı, sistem tasarımının genellikle rekabet eden talepleri dengelemesi gerekeceği fakat bunun oldukça zor olduğu, açıklanabilirliğin tek başına hesap verebilirlik ile ilgili soruları cevaplayamayacağı, açıklanabilirliğin her zaman öncelik olmayabileceği, açıklamaların da yanlış geliştirilip güven ve anlayış duygusunu yanlış şekilde yönlendirebileceğidir¹¹⁰.

¹⁰⁶ Ibid 22-23.

¹⁰⁷ Matt Turek, “Explainable Artificial Intelligence (XAI) (Archived)” (DARPA) <<https://www.darpa.mil/program/explainable-artificial-intelligence>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ The Royal Society, “Explainable AI: The Basics” (2019) <<https://royalsociety.org/ai-interpretability/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

SONUÇ

Yapay zekâ, her geçen gün dijitalleşmenin daha fazla sırrına vakıf olunan küresel ağ toplumunda hem sektörel ölçekte hem de bireylerin hayatında ciddi etkiler doğurmaya başlamıştır. Konunun ekonomik yönünün oldukça belirgin olduğu, şirketlerin ve devletlerin bu ekonomik dönüşümden olabilecek en yüksek faydayı elde etmeyi amaçladığı açıktır. Zira büyük miktarda toplanan verilerin miktarı artıkça doğal olarak işlenen ve üretilen kişisel veriler de artmakta, bu suretle yapay zekâ beslenmekte, aynı zamanda ondan edinilen ekonomik ve sair faydalar artmaktadır. Bu yinelenen çarkın içinde kişisel verilerin kullanılması sonucunda kişiselleştirilen hizmetler sağlanabilmekte, yüksek olasılık hesapları yapılabilmekte ve en önemlisi kamusal faydaları da olan neticeler alınabilmektedir.

Öncelikle genel veri koruma ilkeleriyle yapay zekâ arasında, henüz yapay zekâyâ verilerin girdi olarak sunulması aşamasında beliren bir potansiyel çelişki bulunur. Bunlardan belki de en önemlisi yapay zekâdan elde edilen ekonomik/ticari faydanın, ağ toplumu ve rekabetçi ağ ekonomisi ile kişisel verilerin korunmasının bireylere sağladığı faydanın uzlaşması güç iki farklı zeminde oluşudur. Örneğin yapay zekâ erişimi olan yüz tanıma cihazlarının güvenlik sağlamadaki etkisi, güvenlik güçlerine sağlayabileceği manevra kabiliyeti ya da tıbbi ve çevresel kamusal çıkarlar ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıyla korunan bireysel çıkar başlı başına bir ikilik içindedir. Güvenlik gibi toplumsal menfaatler karşısında ölçülülük yaklaşımı ışığında bireysel çıkarların ve özgürlüklerin de sağlanması hukukun gereğidir. Bilhassa derin öğrenme modellerinin gelişmesi ile yapay zekâ tarafından üretilebilen yanlış sonuçların bireysel etkilerinin geri dönülemez bir noktaya gelebilme riskinin bertaraf edilmesi gerekir.

Diğer yandan kara kutu sorunu şeffaflık ve adillik ilkelerinin uygulanmasında problemlere sebep olmaktadır. Nitekim bireylerin kişisel verilerinin işlenmesi süreciyle ilgili ilkenin gerektirdiği açıklıkta aydınlatılması neredeyse olanaksızdır. Bir an için sisteme hem girdi hem çıktı bilgileri verilse dahi elde edilen sonuç nasıl erişildiği anlaşılammakta, hangi algoritmik işleyişin sonucu o çıktının alındığı sorusu cevapsız kalmaktadır. Bu noktada aynı zamanda rıza sorunu karşımıza çıkar. Yapay zekâ bireylerin bilgilendirilmiş bir rıza verebilmesini bu sebeple güç kılar. Yine bu belirsizlik, yapay zekânın bireyler hakkında yanlış kanaat oluşmasına sebep olabilen, gerçek olmayan veya tam olmayan sonuçlar verdiği hallerde de güçlü biçimde ortaya çıkar. Burada da doğruluk, bütünlük ve hesap verilebilirlik ilkeleri işlerlik sahası bulamayacaktır. Veri minimizasyonu açısından da benzer bir durum söz konusudur. Yapay zekâ büyük veri kümeleri ile geliştiğinden ve işleyiş mantığının çekirdeği “daha fazla veri” olduğundan, “yeterli ve gerekli” miktarda kişisel veri işlenmesi gibi bir sınırlama getirilmesi, yapay zekânın ilerlemesini engelleme riskini barındırır.



Kişisel verilerin işlenmesinde amaç sınırlaması, “belirli ve açık amaç”ın elde edilmesini gerektirir ancak yapay zekâ teknolojilerinin yaygın ve geniş etki alanı bu amaçların belirlenmesini güçleştirmektedir. Örneğin, abonelik tabanlı yayın platformlarının seçim analizlerine dayanan algoritmalarının topladığı kişisel verilerin kapsamı, çok geniş bir potansiyele sahiptir. Bununla birlikte, bu tür bir veri işleme faaliyeti, şirketin ticari hedeflerine ve meşru çıkarlarına hizmet ettiği ve rıza alınarak gerçekleştirildiği için hukuken geçerli kabul edilebilir. Yeni yapay zekâ düzenlemeleri, bu meşruiyet sıkıntısına etkin çözümler bulmayı amaçlamalıdır. Bu durum, yapay zekâ ilgili veri işleme faaliyetlerinin mevcut yasal çerçevelere ne kadar uygun olduğu ve bu uyumun ne ölçüde sürdürülebilir olduğu sorgulamasını ortaya çıkarır.

Üçüncü nesil açıklanabilir, sonuçları gerekçelendirilebilen ve daha güvenilir sonuçlar üreten yapay zekânın elde edilmesi için yapılan çalışmalar konunun belirleyicisi olmaktadır. Diğer taraftan veri koruma alanındaki esnek ve ikincil nitelikte düzenlemeler ortaya konulmaktadır. Ancak belirli olmayan/uygulanışı takdiri olan önlemler uygulamada yapay zekâ ile elde edilen kişisel veriler açısından büyük etkiler doğuruyor gibi gözükmemektedir. Bu açıdan yürürlüğe girmesi beklenen AB Yapay Zekâ Tüzüğü bağlayıcılık, caydırıcılık ve belirlilik (risk grupları ve etki alanları) gibi yenilikleri barındırması sebebiyle -eleştirilere rağmen- umut vadetmektedir.

Sonuç itibarıyla çalışmada, genel veri koruma ilkeleri ve yapay zekâ arasındaki potansiyel çelişkiler ve genel ilkelere ilişkin uygulanabilirlik sorunları üzerinde durulmuştur. İlkeler ve yapay zekâ arasındaki bu çelişkilerin çözümlenmesi, hem bireylerin kişisel verilerini yani hak ve özgürlüklerini korumak hem de yapay zekânın hukuka uygun şekilde ilerlemesini sağlamak adına önemlidir. Çalışmada kapsamında yer verilen çözüm önerileri;

1. Yasa yapıcılar tarafından proaktif bir yaklaşım benimsenmesi; teknoloji, etik ve hukuk arasındaki bu hassas denge korunarak yeni gelişmelerin bağlayıcı tekno-hukuki çözümlerle sınanması, uluslararası iş birliğinin sağlanması,
2. Algoritmaların eğitim veri setlerinin gözden geçirilmesi, sistem geliştiricilerin profil düzeyinin çeşitlendirilmesi,
3. Veri koruma etki değerlendirmesi ve tasarım gereği gizlilik gibi mahremiyet koruyucu ilkelerin yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi sürecine dahil edilmesi, bu ilkelerin uygulanmasının etkinliğinin sağlanması,
4. Kişisel verilerin yapay zekâ sistemleri tarafından işlenmesine ilişkin silme hakkı, bilgi edinme hakkı gibi imkanların aktif bir şekilde kullanılması,
5. Özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedilmesi, tıbbi işlemlerin uygulanması gibi kritik faaliyetlerde yapay zekâ destekli programların ön yargılı veya yanlış sonuçlar vermesi risklerinin ayrıca ele alınması,

6. Gerekli durumlarda yapay zekânın yaşam döngüsüne insan müdahalesinin mümkün kılınması, gizlilik sızıntılarının önüne geçmek için difransiyel gizlilik, federe öğrenme, bölünmüş öğrenme gibi yöntemlerden faydalanılması,

şeklindedir. Çözüm önerilerinde yer alan yöntemler, kişisel veri koruma ilkeleriyle yapay zekânın potansiyel çatışmalarını hem teknolojinin ilerlemesine hem de bireysel hakların korunmasına hizmet eden bir denge gözeterek aşmaya hizmet edebilecektir.

KAYNAKLAR

Arachchige PC M vd, “Local Differential Privacy for Deep Learning” (2020) 7(7) IEEE Internet of Things Journal, 5827-5842.

Bozkurt Yüksel AE, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi’ne Genel Bir Bakış” (2022) 0(51) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19-46.

Brody N, “What is Intelligence?” (1999) 11(1) International Review of Psychiatry, 19-25.

Çağlayan Aksoy P ve Aksoy H C (ed), Kişisel Verilerin Korunmasına Akademik Bakış KVKK Akademi Derleme Çalışması (KVKK Yayınları No 42, Ankara).

Çekin MS, Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri (1. Baskı) (İstanbul: onikilevha, 2021).

Choi RY, Coyner AS, Kalpathy-Cramer J, Chiang MF, Campbell JP, “Introduction to Machine Learning, Neural Networks, and Deep Learning” (2020) 9(2) Trans Vis Sci Tech, 1-14.

de Manuel A vd, “Ethical Assessments and Mitigation Strategies for Biases in AI-systems Used During the COVID-19 Pandemic” (2023) 10(1) Big Data & Society, 1- 11.

European Parliament, “The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence” (2020) European Parliamentary Research Service: PE 641.530.

Fantin S, Vogiatzoglou P, “Purpose Limitation By Design As A Counter To Function Creep And System Insecurity In Police Artificial Intelligence” (2020) United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI).

Fuster G G, “The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU” (Springer 2014).

Glassner A, “Deep Learning: A Visual Approach” (No Starch Press 2021).

Güçlütürk O G, “Yapay Zekâ ve Verinin Kullanımı” (On İki Levha Yayıncılık 2022).



Handbook on European Data Protection Law (2018 ed.) (Luxembourg: Publications Office of the EU, 2018).

Hatipoğlu Aydın D, “Kişisel Verilerin Korunmasına Hukukun Sınırları” (2023) 88(2) İzmir Barosu Dergisi, 141-189.

Heilinger JC, “The Ethics of AI Ethics. A Constructive Critique” (2022) 35(61) Philos. Technol, 1-20.

Johnson M, Jain R, Brennan-Tonetta PV, “Impact of Big Data and Artificial Intelligence on Industry: Developing a Workforce Roadmap for a Data Driven Economy” (2021) 22 Glob J Flex Syst Manag.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi (KVKK Yayınları No 1, Ankara, Aralık 2019).

Küzeci E, “Kişisel Verilerin Korunması” (4. baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020).

McCorduck P, “Machines Who Think: A Personal Inquiry into the History and Prospects of Artificial Intelligence” (2nd ed., A.K. Peters, Ltd., 2004).

Mireshghallah F, vd, “Privacy in Deep Learning: A Survey” (2020) <<https://arxiv.org/abs/2004.12254>>1-24.

Ntoutsis E, Fafalios P, Gadiraju U, “Bias in Data-driven Artificial Intelligence Systems: An Introductory Survey” (2020) 10 WIREs Data Mining Knowl Discovery, e1356.

Paal B, “Artificial Intelligence as a Challenge for Data Protection Law: And Vice Versa” in Voeneky S, Kellmeyer P, Mueller O, Burgard W (eds), The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence: Interdisciplinary Perspectives (Cambridge Law Handbooks, 2022), 290-308.

Rosenblatt F, “The Perceptron: A Probabilistic Model for Information Storage and Organization in the Brain” (1958) 65(6) Psychological Review.

Sagirolu S ve Sinanc D, “Big Data: A Review in Proceedings of International Conference on Collaboration Technologies and Systems” (CTS, 2013).

Sarker IH, “Deep Learning: A Comprehensive Overview on Techniques, Taxonomy, Applications and Research Directions” (2021) 2 SN Comput Sci, 420.

Schwartz PM ve Solove DJ, “Reconciling Personal Information in the United States and European Union” (2014) 102 California Law Review, 877-916.

Soysal T, “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, 0 (2019) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 339-422.

Turing AM, “Computing Machinery and Intelligence” (1950) 59(236) Mind, New Series, 433-460.

Ufert F, “AI Regulation Through the Lens of Fundamental Rights: How Well Does the GDPR Address the Challenges Posed by AI?” (2020) 5(2) European Papers, 1094.

Villaronga EF, Kieseberg P ve Li T, “Humans Forget, Machines Remember: Artificial Intelligence and the Right to Be Forgotten” (2018) 34(2) Computer Law & Security Review, 1-19.

Wang P, “What Do You Mean by AI?” (2008) 171 Frontiers in Artificial Intelligence and Applications.

Yılmaz OG, “Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı- Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?” (2021) 66 Adalet Dergisi, 379-415.

Yücedağ N, “Kişisel verilerin korunması kanunu kapsamında genel ilkeler” (2019) 1(1) Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 47-63.

Zhang B, Zhu J, Su H, “Toward the Third Generation Artificial Intelligence” (2023) 66(2) Sci China Inf Sci., 1-19.

Elektronik Kaynaklar

Cambridge Dictionary, “intelligence” <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/intelligence>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

DARPA, Explainable Artificial Intelligence (XAI) (Archived), Dr. Matt Turek. <<https://www.darpa.mil/program/explainable-artificial-intelligence>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

EC, “Ethics guidelines for trustworthy AI” <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Eurostat, “Use of artificial intelligence in enterprises” <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Use_of_artificial_intelligence_in_enterprises> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

European Commission, “Important milestones” <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

European Commission, “What does grounds of legitimate interest mean?” <https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/legal-grounds-processing-data/grounds-processing/what-does-grounds-legitimate-interest-mean_en> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

EU Document 52021PC0206, “Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS” <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)



General Data Protection Regulation (GDPR), “Recitals” <<https://gdpr-info.eu/recitals/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023) Harvard Business Review, “You Can Learn Anything Through Reverse Engineering” <<https://hbr.org/2021/11/you-can-learn-anything-through-reverse-engineering>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Heikkilä M, “Three ways AI chatbots are a security disaster”, (MIT Technology Review, 03.04.2023), <<https://www.technologyreview.com/2023/04/03/1070893/three-ways-ai-chatbots-are-a-security-disaster/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “İşlenme Amacının Gerektirdiğinden Fazla Kişisel Veri İşlenmesi/Aktarılması (Veri Minimizasyonu İlkesine Aykırılık)” <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5413/Islenme-Amacinin-Gerektirdiginden-Fazla-Kisisel-Veri-Islenmesi-Aktarilmasi-Veri-Minimizasyonu-Ilkesine-Aykirilik->> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler” başlıklı kamuoyu duyurusu <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler->> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Yapay Zekâ Alanında Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Tavsiyeler” <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/25a1162f-0e61-4a43-98d0-3e7d057ac31a.pdf>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

IBM, “What is artificial intelligence (AI)?” <<https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023) IBM, “What is deep learning?” <<https://www.ibm.com/topics/deep-learning>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

İstanbul Barosu, Bilişim Hukuku Komisyonu, Yapay Zekâ Çalışma Grubu’nun Türkçe tercümesi <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/AvrupaBirligi-YapayZekaya%C4%B0liskinTuzukTeklifiTurkceTercumesi.pdf>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

McCarthy J, “What is Artificial Intelligence?” (Computer Science Department, Stanford University, 2007) <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/>>, s.2 (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Nytimes, “Wrongfully Accused by an Algorithm” <<https://www.nytimes.com/2020/06/24/technology/facial-recognition-arrest.html>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

OECD, “Tools for trustworthy AI (A framework to compare implementation tools for trustworthy AI systems)” <<https://www.oecd.org/science/tools-for-trustworthy-ai-008232ec-en.htm>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

OpenAI, gpt-4 <<https://openai.com/research/gpt-4>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)
Oxford English Dictionary, “artificial intelligence” <<https://www.oed.com/view-dictionaryentry/Entry/271625>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Precedence Research, “ICT Artificial Intelligence (AI) Market” <<https://www.precedenceresearch.com/artificial-intelligence-market>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Stanford University, “State of AI in 10 Charts: Ethics Infiltrates Research” <<https://hai.stanford.edu/news/state-ai-10-charts>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

The Data Protection Commission (DPC), Principles of Data Protection <<https://www.dataprotection.ie/en/individuals/data-protection-basics/principles-data-protection>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

The New York Times, “Using AI to Detect Breast Cancer That Doctors Miss” <<https://www.nytimes.com/2023/03/05/technology/artificial-intelligence-breast-cancer-detection.html>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

The Royal Society, “Explainable AI: The Basics” (2019) <<https://royalsociety.org/ai-interpretability>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

The Washington Post, “ChatGPT invented a sexual harassment scandal and named a real law prof as the accused” <<https://www.washingtonpost.com/technology/2023/04/05/chatgpt-lies/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

The White House, “Select Committee on Artificial Intelligence” <<https://www.whitehouse.gov/ostp/ostps-teams/nstc/select-committee-on-artificial-intelligence/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

TR AI, “Yapay Zekâ Zaman Çizelgesi” <<https://turkiye.ai/kaynaklar/yapay-zekâ-zaman-cizelgesi/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023) Türk Dil Kurumu, “zekâ” <<https://sozluk.gov.tr/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)

Wired, “How Wrongful Arrests Based on AI Derailed 3 Men’s Lives” <<https://www.wired.com/story/wrongful-arrests-ai-derailed-3-mens-lives/>> (Erişim Tarihi: 31.07.2023)



YETİŞKİN CİNSEL SUÇ MAĞDURLARININ ADLI GÖRÜŞME ODASI GEREKSİNİMİ

Forensic Interview Room Requirements of Adult Victims of Sexual Crime

Umut Haydar COŞKUN*

Özet

Cinsel suç mağdurlarının beyanlarının mahkeme salonlarından bağımsız bir ortamda alınma fikrinin küresel olarak yaygınlaşmasının etkisi Türkiye’de de görülmüştür. Önce 2010 yılından itibaren çocuk cinsel suç mağdurları için çocuk izlem merkezleri, ardından da 2017 yılında adalet sarayları içerisinde tüm kırılğan/dezavantajlı grupları ve yetişkin mağdurları kapsayan adli görüşme odaları kurulmaya başlamıştır. Sevindirici bir gelişme olarak adli görüşme odaları büyük bir başarı elde etmiş, kısa süre içerisinde 81 ili kapsayacak şekilde yaygınlaşmıştır. Nitekim bazı adalet saraylarında ek adli görüşme odaları açılmış, ayrıca ilçe adalet sarayların da adli görüşme odaları kurulmaya başlamıştır. Bu olumlu gelişmelerin yanında bardağın boş kısmında ise, genel bir sorun olarak yetişkin cinsel istismar mağdurlarının adli görüşme odalarından daha az faydalanması söz konusudur. Yetişkin cinsel istismar mağdurlarının da çocuk mağdurlar gibi kısa ve uzun vadede cinsel suçlardan olumsuz etkilendiği, koruyucu, destekleyici düzenlemelere, uzman desteğine ve adli görüşme odasında alınmasına gereksinim duydukları unutulmamalıdır. Kırılğan grup içerisinde yer alan yetişkin cinsel suç mağdurlarının beyanlarının adli görüşme odasında alınması uygulamasının yaygınlaşması, şüphesiz yetişkin mağdurların örselenmesini ya da ikincil mağduriyet oluşmasını önleyecektir. Ayrıca birçok çalışma göstermektedir ki, adli görüşme odası ortamı yetişkin cinsel suç mağdurların ifşa ve yargılama süreçlerine de önemli katkılar sunabilmektedir. Sonuç olarak, adli görüşme odalarının yetişkin mağdurları daha fazla kapsayacak şekilde genişlemesi mağdurların ve kırılğan grupların korunması ve desteklenmesi noktasında önemli bir adım olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adli görüşme, adli görüşme odası, yetişkin cinsel suç mağdurları, sosyal çalışma görevlileri.

Abstract

The idea of taking sexual crime victims’ statements in an environment independent of courtrooms has become widespread globally, and its effect has been seen in Turkey as well. Starting in 2010, child observation centers were established for child victims of sexual crime, and then in 2017, forensic interview rooms that include all vulnerable/disadvantaged groups and adult victims were started to be established in courthouses. As a pleasing development, the forensic interview rooms have been a great success, and they have been expanded to cover 81 provinces in a short period of time. Additional forensic interview rooms have been opened in some courthouses, and forensic interview rooms have also started to be established in district courthouses. While these developments are encouraging, they are accompanied by the fact that adult victims of sexual abuse globally have less access to forensic interview rooms. It is important to note that adult

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

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 07.08.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Dr., (Psikolojik Danışman/Pedagog), İzmir Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü, uhcoskun@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-0892-8175>.



victims of sexual abuse are also negatively affected by sexual crimes in the short and long term, and need protective, supportive regulations, expert support, and their statement taken in a forensic interview room. The widespread use of the practice of taking statements from vulnerable adult victims of sexual crime in forensic interview rooms will undoubtedly prevent the adult victims from being traumatized or from secondary victimization. Furthermore, numerous studies have shown that the forensic interview room environment can make significant contributions to the disclosure and judgement processes of adult victims of sexual crime. In conclusion, it is believed that the expansion of forensic interview rooms to include more adult victims will be an important step in protecting and supporting victims and vulnerable groups.

Keywords: Forensic interview, forensic interview room, adult victims of sexual crime, social workers.

GİRİŞ

Cinsel suç mağduriyeti; cinsel saldırı cinsel saldırıya teşebbüs, istenmeyen dokunma, taciz, teşhir gibi kişinin rızası dışındaki cinsel deneyimleri içeren,¹ birey üzerinde psikolojik, fiziksel, cinsel ve sosyal açılardan kısa ve uzun süreli olumsuz sonuçları olan küresel bir sorundur.² Kamu kurumlarınca yeterli ölçüde tarama yapılmaması,³ gerçekleştirilen yaygınlık çalışmalarında farklı cinsel mağduriyet ya da suç tanımları kullanılması ve bazı mağdurların korku, kaygı, damgalanma, çatışmaktan kaçınma gibi nedenlerle ifşa etmemesi⁴ gibi nedenlerden kaynaklı olarak küresel yaygınlığı net olarak bilinmese de, araştırmalar cinsel suç mağduriyetinin küresel olarak oldukça yaygın bir sorun olduğunu, kadınların %7.2 ile %42'sinin, erkeklerin %1.8 ile %26'sının yaşamları boyunca en az bir tür cinsel mağduriyete maruz kaldığını bildirdiğini vurgulamaktadır.⁵

Cinsel suç mağduriyetleri, diğer cezai suçlarla karşılaştırıldığında orantısız şekilde daha yüksek yıpranma/zarar görme oranına sahip, damgalayıcı ve yıkıcı bir deneyimdir.⁶ Nitekim cinsel suç mağduriyeti yaşayan bireylerle yapılan araştır-

¹ Leanna J. Papp ve Sara I. McClelland. "Too Common to Count? "Mild" Sexual Assault and Aggression among US College Women." (2021) 58(4) The Journal of Sex Research 488, 488.

² World Health Organization. *Violence Against Women: Intimate Partner and Sexual Violence against Women: Evidence Brief. No. WHO/RHR/19.16.* (1. Bası World Health Organization, 2019). 1.

³ Hanson, Rochelle F ve Cristin S. Adams. "Childhood sexual abuse: identification, screening, and treatment recommendations in primary care settings." (2016) 43(2) Primary Care: Clinics in Office Practice 313, 314.

⁴ Samuel J. Nicol, Danielle A. Harris, James Ogilvie, Mark R. Kebbell, Cameron Craig ve Raymond Knight. "Evading Detection: What Do We Know about Men Charged with Extrafamilial Child Sexual Abuse Following Delayed Detection?." (2022) 31(3) Journal of Child Sexual Abuse 333,352.

⁵ Emily R. Dworkin, Barbara Krahé ve Heidi Zinzow. "The Global Prevalence of Sexual Assault: A Systematic Review of International Research Since 2010." (2021) 11(5) Psychology of Violence 497, 497

⁶ .Faye T. Nitschke, Blake M. McKimmie ve Eric J. Vanman. "A Meta-Analysis of the Emotional Victim Effect for Female Adult Rape Complainants: Does Complainant Distress Influence Credibility?." (2019) 145(10) Psychological Bulletin 953, 953.

malara göre de, mağdurların gelecekte depresyon tanısını ve tedavisini daha fazla aldıkları,⁷ alkol ve madde kullanım riskine daha fazla sahip oldukları,⁸ intiharı daha fazla düşündükleri ve daha fazla intihar girişiminde buldukları,⁹ daha fazla cinsel işlev bozukluklarına ve daha az cinsel memnuniyete sahip oldukları,¹⁰ daha yüksek oranda travma sonrası stres bozukluğu tanısı aldıkları,¹¹ üniversite terki ve akademik başarısızlık problemlerini daha yaygın yaşadıkları¹² ve son olarak daha fazla fiziksel sağlık problemlerine sahip oldukları¹³ vurgulanmaktadır. Cinsel mağduriyet öykülerinin nüksetmesi ya da tekrarlanması durumunda ise cinsel suçların bu yıkıcı etkileri daha da şiddetlenmektedir.¹⁴ Üzücüdür ki, cinsel suç mağdurları arasında yeniden cinsel suç mağduriyeti yaşama olasılığının hem çocuklukta hem de yetişkinlikte daha yüksek olduğu bildirilmektedir.¹⁵

Yukarıdaki araştırma bulgularına ek olarak şunu da hatırlatmak gerekir. Cinsel suç mağduriyetlerinin etkisi yalnızca cinsel suça maruz kalan mağdurlarla sınırlı değildir. Cinsel suç mağdurlarının ebeveyni, eşleri, çocukları, arkadaşları, sosyal

-
- ⁷ Brooke N. Lombardi,, Todd M. Jensen, Anna B. Parisi, Melissa Jenkins ve Sarah E. Bledsoe. "The Relationship between a Lifetime History of Sexual Victimization and Perinatal Depression: A Systematic Review and Meta-Analysis." (2023) 24(1) *Trauma, Violence, & Abuse*, 139,155.
- ⁸ Vanessa Blanco, Lara López, Patricia Otero, Ángela J. Torres, María José Ferraces ve Fernando L. Vázquez. "Sexual Victimization and Mental Health in Female University Students." (2022) 37(15) *Journal of Interpersonal Violence* 1,1.
- ⁹ Martie P. Thompson ve J. B. Kingree. "Adverse Childhood Experiences, Sexual Victimization, and Suicide Ideation and Attempts: A Longitudinal Path Analysis Spanning 22 years." (2022) 92(3) *American Journal of Orthopsychiatry* 302, 303.
- ¹⁰ Carey S. Pulverman, Chelsea D. Kilimnik ve Cindy M. Meston. "The Impact of Childhood Sexual Abuse on Women's Sexual Health: A Comprehensive Review." (2018) 6(2) *Sexual Medicine Reviews* 188,188.
- ¹¹ Emily R. Dworkin, Anna E. Jaffe, Michele Bedard-Gilligan ve Skye Fitzpatrick. "PTSD in the Year Following Sexual Assault: A Meta-Analysis of Prospective Studies." (2023) 24(2) *Trauma, Violence, & Abuse* 497,514.
- ¹² Majel R. Baker, Patricia A. Frazier, Christiaan Greer, Jacob A. Paulsen, Kelli Howard, Liza N. Meredith, Samantha L. Anders ve Sandra L. Shallcross. "Sexual Victimization History Predicts Academic Performance in College Women" (2016) 63(6) *Journal of Counseling Psychology* 685, 685.
- ¹³ Helen P. Hailes, Rongqin Yu, Andrea Danese ve Seena Fazel. "Long-Term Outcomes of Childhood Sexual Abuse: An Umbrella Review." (2019) 6(10) *The Lancet Psychiatry* 830,839.
- ¹⁴ David A. Wiss, Timothy D. Brewerton ve A. Janet Tomiyama. "Limitations of the Protective Measure Theory in Explaining the Role of Childhood Sexual Abuse in Eating Disorders, Addictions, and Obesity: An Updated Model with Emphasis on Biological Embedding." (2022) 27(4) *Eating and Weight Disorders-Studies on Anorexia, Bulimia and Obesity* 1249, 1249.
- ¹⁵ Daniel W. Oesterle, Amber M. Jarnecke ve Amanda K. Gilmore. "Sexual Re-Assault among College Women Differs Based on Sexual Refusal Assertiveness and Assertive Resistance Strategy Intentions." (2022) 37(19) *Journal of Interpersonal Violence* 17473, 17473.

çevreleri¹⁶ ve hatta gelecekte doğacak çocukları¹⁷ bile kendilerinin doğrudan maruz kalmadığı cinsel suç mağduriyetinden kısa ve uzun vadeli olumsuz etkilenebilmektedir. Bu nedenlerle de cinsel suç mağduriyetleri tüm toplumun ortak sorunudur.¹⁸

I. CİNSEL SUÇ MAĞDURLARINA YAKLAŞIMIN TARİHİ

Şaşırtıcı gelebilir ama cinsel suç mağduriyetlerinin mağdur, mağdurun çevresi ve genel olarak toplum üzerindeki uzun ve kısa vadeli bu yıkıcı etkilerine karşın mağdurların korunması ve desteklenmesi gerektiği fikrinin uzun bir geçmişi yoktur. Tarihsel serüvene baktığımızda mağdurlara yaklaşımda kritik virajlardan ilkinin, 1800’lü yılların ikinci yarısında başlayan insan hakları ve çocuk hakları tartışmalarının olduğunu söyleyebiliriz. Zira bu dönemde çocukların “küçük yetişkinler” olmadığı, yetişkinlerden farklı gelişim özelliklerine sahip olduğu ve desteklenmesi gerektiği fikri ilk kez akademik çevrelerde güçlü bir şekilde dile getirilmeye başlanmış,¹⁹ toplumun tüm fertlerinin eğitim ve sağlık gibi hizmetlere erişmesinin, bir tip kötü muameleden, saldırı ya da şiddetten korunmasının öneminin altı da yine ilk kez bu dönemde güçlü bir şekilde çizilmiştir.²⁰

Mağdurlara ve kırılgan gruplara yaklaşımdaki bu perspektif değişimi, 1900’lü yılların başında cinsel istismar ve cinsel mağduriyetler özelinde yürütülen ilk bilimsel tartışmaların başlamasına da olanak tanımıştır. Ancak bu ilk bilimsel tartışmalar dar bir çevrede gerçekleşmiştir.²¹ Nitekim mağdurların cinsel suçlardan uzun ve kısa vadede etkilendiği, mağdurların desteklenmesi ve korunması gerektiği fikri ise 1970’li yıllardan itibaren akademisyenler arasında, popüler filmlerde, kitaplarda, gazetelerde ve toplum genelinde görünür olmaya başlamıştır.²² Bu görünürlikle birlikte de cinsel suç mağdurlarının korunması ve desteklenmesi yönünde kamusal talep doğmuştur.

Kamusal talebin ve ilginin artması ise yeni pencereler açmış, özellikle 1990’lı yıllardan itibaren cinsel suç faillerine verilen cezalar ağırlaştırılmış,²³ aynı dönemde

¹⁶ Cameron R. Boyd “*The Impacts of Sexual Assault on Women*” (1. Bası, Australian Institute of Family Studies, 2011) 1.

¹⁷ Jessica L. Borelli, Chloe Cohen, Corey Pettit, Lina Normandin, Mary Target, Peter Fonagy ve Karin Ensink. “Maternal and Child Sexual Abuse History: An Intergenerational Exploration of Children’s Adjustment and Maternal Trauma-Reflective Functioning.” (2019) 10(1) *Frontiers in Psychology* 1062, 1062.

¹⁸ Fahri Gökçen Taner, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*” (3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023) 27.

¹⁹ Donald J. Shoemaker *Juvenile Delinquency*. (6. Bası, Rowman & Littlefield, 2017) 14.

²⁰ Müberra Algan, “Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları” (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021) 783.

²¹ Juliann Whetsell Mitchell, “*Rape of the Innocent: Understanding and Preventing Child Sexual Abuse*”. (1. Bası, Taylor & Francis, 2023) 6.

²² Mitchell (n 21) 7.

²³ Taner (n 18) 52.

devletlerin ve uluslararası kurum ya da kuruluşların cinsel suç mağdurları için önleyici, koruyucu, destekleyici ve onarıcı politikaları hız kazanmıştır. Nitekim sözleşmelerle ve kanunlarla da cinsel suç mağdurlarının hakları güvence altına alınmaya başlamıştır.²⁴ Değişime bir örnek vermek gerekirse, yakın geçmişe kadar bir erkeğin karısı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu düşünülüyordu, erkeğin karısına tecavüz etmesi fikri bir oksimorondur. 1980’li yıllardan itibaren ise batı ülkelerinde evlilik içi cinsel saldırının suç olduğu yönünde düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.²⁵

Cinsel suç mağduriyetlerine yönelik bu perspektif değişimi ve küresel önemin etkisi yalnızca yeni kanunlar ya da sözleşmeler ile sınırlı kalmamış, cinsel suç mağduriyetine hukuk alanının yanında psikoloji, sosyoloji, ekonomi, tıp ve diğer disiplinlerin de ilgisi artmış, bu ilgi yeni görüşler, yeni yapıcı tartışmalar ve yeni yaklaşımlar kazandırmıştır. Başka bir deyişle multidisipliner katılım cinsel suç mağduriyeti akademik alanını zenginleşmiştir.²⁶ Nitekim bu akademik ilgi, alan çalışmalarına da yansımış, cinsel suç mağdurlarına yönelik sunulan önleyici, koruyucu, destekleyici ve tedavi edici hizmetlerde hakimler, savcılar, avukatlar, sosyal çalışma görevlileri, öğretmenler,²⁷ doktorlar, hemşireler, okul polisleri ve diğer pek çok meslek çalışanı ile kamu personeli rol üstlenmeye başlamıştır.²⁸

Cinsel suç mağduriyetine yönelik bu çok boyutlu ya da multidisipliner yaklaşımın etkileri hukuk alanında da görülmeye başlamıştır. Bunlardan biri Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde de yer alan *çocuğun üstün yararı* ilkesidir. Çocuğun üstün yararı ilkesi, tüm hukuksal süreçte tüm karar ve işlemlerde öncelikle çocuğun refahını ya da yararını öncelikli tutmak ya da gözetmek olarak tanımlanabilir.²⁹ Nitekim Türkiye’nin de tarafı olduğu Lanzarote Sözleşmesi’nde de “çocuğun üstün yararı” ilkesine atıf yapılmış, cinsel suçlara yönelik önleyici ya da koruyucu tedbirlerin önemi vurgulanmıştır. Ayrıca çocuklara yönelik koruyucu cinsel eğitim gereksiniminin, mağdur çocuklara ya da onların ailelerine yardım

²⁴ Natasha Knack, Belinda Winder, Lisa Murphy ve J. Paul Fedoroff. “Primary and Secondary Prevention of Child Sexual Abuse.” (2019) 31(2) International Review of Psychiatry 181,194.

²⁵ Taner (n 18) 91.

²⁶ J. William Canavan, Christine Borowski, Stacy Essex ve Stefan Perkowski. “Multidisciplinary Responses to the Sexual Victimization of Children: Use of Control Phone Calls.” (2021) 36(1) Journal of Interpersonal Violence 384, 401.

²⁷ Hatice Odacı ve Tuğba Türkkın. “Cinsel İstismar Şüphesi Bulunan Çocukla Görüşme: Öğretmenler ve Okul Psikolojik Danışmanları Nasıl Davranmalı ve Neler Yapmalı?.” (2021) 19(1) Türk Eğitim Bilimleri Dergisi 685, 685.

²⁸ Manuela WA Schols, Corine De Ruitter ve Ferko G. Öry. “How do Public Child Healthcare Professionals and Primary School Teachers Identify and Handle Child Abuse Cases? A Qualitative Study.” (2013) 13(1) BMC Public Health, 1, 2

²⁹ Ayşe Dolunay Sarıca ve Umut Haydar Coşkun. “Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri.” (2020) 8(1) Journal of Penal Law and Criminology,117,122.



edilmesinin ve son olarak adli süreçlerin çocuk dostu olacak şekilde düzenlenmesinin önemini altı çizilmiştir.³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, suçtan kaynaklanan hassas durumu olan ve duruşma ortamında beyanda bulunmasından zarar görecektir kişileri “kırılğan mağdur” olarak tanımlamıştır.³¹

II. ADLİ GÖRÜŞME ODALARININ GELİŞİMİ

Lanzarote Sözleşmesi’nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından altı çizilen hedeflere ya da tanımlara paralel olarak uygulamaya konulan düzenlemelerden biri de adli görüşme odaları olmuştur. Adli görüşme odaları, mağdurun sanık ile aynı ortamda olmasının önüne geçilerek ikincil mağduriyet ya da örselenmenin oluşmasını önleme ihtiyacından doğmuştur.³² Odaların kurulma sürecinde mağdurun adli süreçte daha az örselenmesi hedefi doğrultusunda pek çok disiplinin ortak çalışması söz konusu olmuş, teknolojinin de katkısıyla ortaya çıkan bu çalışmanın ürünü adli görüşme odaları olmuştur.³³

Adli görüşme odalarının faydaları ise yalnızca ikincil mağduriyetlerin ya da örselenmelerin önüne geçmek ile sınırlı değildir. Önemli sayıda cinsel suç mağdurunun adli muayenesinde bulguya rastlanmaması, çoğu mağdurun yaşadığı fiziksel şiddet ya da diğer şiddet öykülerini bildirmemesi, mağdurların yaşadıkları cinsel suç mağduriyetini mahkeme ortamında aktarmakta zorlanması, sanıkların nadiren suçu itiraf etmesi gibi faktörler yargılama sürecini güçleştirmekte, bu nedenle mağdurun beyanının sağlıklı alınması hem mağdur hem sanık açısından kritik önem taşımaktadır. Bu sebeple de adli görüşme odalarının varlığı mağdurun ifadesinin daha sağlıklı alınması açısından oldukça önemli bir katkı sunmuştur.³⁴ Nitekim adli görüşme odaları kurulmadan ve profesyonelleşmeden önceki süreçte ise, mağdurlar defalarca kez dinlenebilmekte ve beyanı alınırken yönlendirici sorular yaygın olarak sorulmaktaydı.³⁵

Yıllar içerisinde adli görüşme alanında elde edilen deneyim, teknolojik gelişmeler, uzman personelin hizmet içi eğitimleri ve uzun yıllar süren araştırmalar ile birlikte de, adli görüşmenin hizmet ve meslek kalitesi önemli oranda artmıştır. Bu duruma paralel olarak hakimlerin ve savcılarının özellikle çocuk mağdurlarda yaş grubu fark etmeksizin yargılamalar sırasında adli görüşme odasında beyan

³⁰ Sarıca ve Coşkun (n 29) 5.

³¹ Taner Fahri Gökçen. “Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK’nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi.” (2021) 153 TBB Dergisi (2021): 1, 2.

³² Tammy E. Bracewell, “Outcry Consistency and Prosecutorial Decisions in Child Sexual Abuse Cases.” (2018) 27(4) Journal of Child Sexual Abuse 424,438.

³³ Eda Ermağan Çağlar ve Tuğba Türk. “İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHHD Protokolü Önerisi.” (2019) 38(1) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 393,394.

³⁴ Ermağan Çağlar ve Türk (n 33) 394.

³⁵ Stephen J. Ceci ve Maggie Bruck. “Jeopardy in the Courtroom: A Scientific Analysis of Children’s Testimony.” (1. Bası, American Psychological Association, 1995) 2.

almanın daha sağlıklı olduğunu deneyimlemesi önemli bir kilometre taşı olmuş, yarattığı bu fayda ile birlikte adli görüşme odaları küresel olarak yaygınlık kazanmaya başlamıştır.³⁶

Adli görüşmenin ve adli görüşme odalarının batı yaygınlaşması ise maalesef üzücü olaylar neticesinde gerçekleşmiştir. 1970’li yıllarda batı ülkelerinde kadınların iş gücüne katılmasının ardından bebeklere bakım sağlayan gündüz bakımevleri sayısında önemli bir artış olmuş, işgücüne katılan anneler de suçluluk ve kaygı gibi duygularla çocuklarını gündüz bakımevlerine bırakmaya başlamıştır. Bir süre sonra bu kaygı ve suçluluk duygularıyla baş edemeyen bazı aileler çocuklarının gündüz bakımevlerinde istismar edildiğinden şüphelenmiş ve medyanın da bu şüpheyle aşırı ilgilenmesi neticesinde büyük bir histeri ve cadı avı başlamıştır. Medyanın fitili ateşlemesinin ardından ülkenin pek çok yerinde gündüz bakım merkezi çalışanları somut bir delil olmaksızın cinsel istismar suçlanmasıyla tutuklanmaya başlamış ve yargılanmaları uzun yıllar sürmüştür. İddiaların adli sürece yansımalarının ardından da histeri ve cadı avı sosyal hizmet uzmanları gibi kamu çalışanlarını da etkisine almış, istismar iddiaları “çocuklara inanıyoruz” sloganı etkisinde araştırılmıştır. Nitekim çocukların beyanını dinleyen dönemin uzmanları çocuklara yönlendirici sorular sormuş, istediği yanıtı alana kadar çocuklara aynı soruyu tekrarlamış, çocukların çelişkili ya da istismarı reddettiği beyanlarına ise yeterince odaklanılmamıştır. Yıllar süren yargılama ve cezaevi sürecinin sonucunda ise gündüz bakımevlerindeki çalışanların suçsuzluğu anlaşılmış, çocuk mağdurlar ise uzun yıllar yaşadıkları sürecin etkisinden çıkamamıştır.³⁷ Tüm bu olumsuz ve üzücü yaşantılar ise mağdurların nasıl dinlenilmesi gerektiğine dair verimli tartışmalara neden olmuş, nitelikli adli görüşme uygulamaları ve adli görüşme odaları da bu tartışmalar neticesinde hızla yaygınlaşmıştır.³⁸

III. TÜRKİYE’DE ADLİ GÖRÜŞME ODALARININ GELİŞİMİ

Türkiye’de adli görüşme odaları öncesi dönemde, 2005 yılında 5271 sayılı CMK’nın 236. Maddesi gereğince, “cinsel suç mağdurlarının beyanı alınırken psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanlarından bir uzman bulundurulması” uygulaması yürürlükteydi. Duruşma salonlarında görevlendirilen bu uzmanların çoğu ise hali hazırda Aile ve Çocuk Mahkemeleri’nde çalışan pedagoğ, psikolog ve sosyal hizmet uzmanlarından oluşmaktaydı.³⁹

³⁶ Emelie Emberg, Mikaela Magnusson, Sara Landström ve Inga Tidefors. “Court Evaluations of Young Children’s Testimony in Child Sexual Abuse Cases.” (2018) 23(2) Legal and Criminological Psychology 176,191.

³⁷ Richard Beck. “*We Believe the Children: A Moral Panic in the 1980s.*” (1. Bası, Public Affairs, 2015). 1.

³⁸ Kathleen Coulborn Faller. “Forty Years of Forensic Interviewing of Children Suspected of Sexual Abuse, 1974–2014: Historical Benchmarks.”(2014) 4(1) Social Sciences 34, 34.

³⁹ Sarıca ve Coşkun (n 29) 142.



Cinsel suç mağdurlarının beyanlarının mahkeme salonlarından bağımsız bir ortamda alınma fikrinin küresel olarak yaygınlaşmasının etkisi Türkiye’de de görülmüş, cinsel suç mağdurlarının beyanının nasıl alınması Türkiye’de de gerektiği yeniden gözden geçirilmiştir. 2010 yılında bu hususta ilk adımlar Sağlık Bakanlığı’nın, Adalet Bakanlığı’nın, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın, Milli Eğitim Bakanlığı’nın ve üniversitelerin koordineli çalışmalarının sonucunda atılmış, adalet saraylarından bağımsız ortamlarda çocuk cinsel suç mağdurlarına yönelik Çocuk İzlem Merkezi kurulmaya başlamıştır. Kurulan bu merkezlerde adli, tıbbi ve sosyal bilimler gibi alanlardan çeşitli uzmanlar çalışmakta ve cinsel suç mağduriyeti ortaya çıkar çıkmaz mağdurun beyanının sağlıklı bir şekilde alınmasına yönelik multidisipliner bir hizmet sunulmaktadır. Kurulan bu Çocuk İzlem Merkezleri halen hizmet vermekte olup, 2023 yılı Mayıs ayı itibariyle bu merkezler 61 ilde hizmet vermeye devam etmektedir.⁴⁰

Cinsel suç mağdurlarına yönelik bu yönde bir adım atılmış olması, Çocuk İzlem Merkezi kurulması ve ülke genelinde 61 ilde yaygınlaşması elbette yüz güldürücü bir adım olmuştur. Ancak bu merkezlerin her ilde olmaması, bazı mahkemelerin Çocuk İzlem Merkezi’nden bağımsız cinsel suç mağdurunu ikinci kez dinlemek istemesi, yetişkin mağdurların varlığı ve Çocuk İzlem Merkezi’nin kapsamadığı cinsel suç dışındaki bazı suç mağdurlarının adli görüşme odasında beyanının alınmak istenmesi yeni bir gereksinimi doğurmuştur.⁴¹ Bu ihtiyaç doğrultusunda UNICEF koordinatörlüğünde “Çocuklar için Adalet Projesi” yürütülmüş ve bu projenin sonucunda adalet saraylarında adli görüşme odası kurulması gündeme gelmiştir.⁴²

Adalet Bakanlığı bu projenin çıktılarında yola çıkarak 2017 yılının Nisan ayında adalet saraylarının içinde dinlenen mağdurlarla ya da kırılğan bireylerle ilgili yeni bir adım atmıştır. 2015-2019 Stratejik Planı’nda yer alan “*Cinsel suç mağdurlarına yönelik koruyucu düzenlemeler yapılması, adalet sisteminin savunmasız gruplarına duyarlı uygulamalar geliştirmesi, mağdur haklarının korunup geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapılması, mağdurlara ve dezavantajlı gruplara yönelik uygulamaların geliştirilmesi*” hedeflerine de uygun olarak adalet saraylarının içerisinde pedagoğların, psikologların ve sosyal hizmet uzmanlarının çalıştığı adli görüşme odaları kurulmaya başlamıştır.⁴³

⁴⁰ Sağlık Bakanlığı “Çocuk İzlem Merkezleri Listesi” (2023) <<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR-43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html>> Erişim Tarihi: 08.07.2023.

⁴¹ Samiye Çilem Bilginer ve Deniz Çalışkan. “Çocuğu İstismardan Korumada Yeni Bir Yaklaşım: Çocuk İzlem Merkezleri.” İç Yasemin Karaman-Kepenekci ve Pelin Taşkın (eds.), “Prof. Dr. Emine Akyüz’e Armağan: Akademisyenlikte 50 yıl. Çocuk Hakları, Eğitim Hukuku, Vatandaşlık Eğitimi” (1. Bası, Pegem Akademi 2018) 119.

⁴² Taner (n 28) 19.

⁴³ T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, “Adli Görüşme Odaları: AGO Uygulaması için Temel Hukuk Bilgisi” (2020) <<http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/ago-hukuk.pdf>> Erişim Tarihi: 15.07.2023.

Sevindiricidir ki, adalet saraylarında atılan bu tarihi adım birkaç adli görüşme odasının açılması ile sınırlı kalmamıştır. 17 Ekim 2019 tarihinde Ceza Muhakemesi Kanunu 236. maddesine 7188 sayılı Kanun'la eklenen fıkralarla “*sanıkla yüz yüze gelmesinde sakınca olan mağdurun beyanının uzman aracılığıyla alınması*” uygulaması başlatılmıştır.⁴⁴ Adli görüşme odaları da kısa bir süre içerisinde 81 ilin tamamında hizmet vermeye başlamış, ayrıca adli görüşme odalarına ülke çapında talebin yüksek olması sebebiyle bazı adalet saraylarında ek adli görüşme odaları açılmıştır. Bu gelişmeler ilçe adalet saraylarına da yansımış, pek çok ilçe adalet saraylarında da adli görüşme odaları kurulmuştur. Her geçen gün yeni açılan adli görüşme odaları ile birlikte de toplam adli görüşme odası sayısı hızla artmaya devam etmektedir.⁴⁵

Adli görüşme odalarını kabaca tanıtmak gerekirse, adli görüşme odası sistemi kendi içinde bekleme odasını, görüşme odasını ve gözlem odasını barındırmaktadır. Bekleme odası, görüşme yapılacak çocuğun veya yetişkinin bekleyebileceği ve gerekirse avukatıyla görüşebileceği bir alan ihtiyacına cevap verirken; adli görüşme uzmanı ve mağdur/kırılğan birey görüşmesi kameraların bulunduğu görüşme odası alanında gerçekleşmekte, bu alanda sadece adli görüşme uzmanı ve mağdur/kırılğan birey yer almaktadır. Son olarak görüşmeyi kameralar aracılığıyla takip eden hakim, savcı, avukat, adli görüşme odası koordinatörü ise gözlem odasında yer almakta, gerektiğinde mikrofon/kulaklık aracılığıyla adli görüşme uzmanı aracılığıyla mağdurlara sorularını iletebilmektedirler.⁴⁶

Adli görüşme odasının kullanımı sırasında ise, uzman önce mağdur ile bir ön görüşme gerçekleştirerek güvene dayalı bir ilişki inşa etmekte ve mağdurun güvende hissetmesini sağlamayı hedeflemektedir. Aynı zamanda bu ön görüşme sırasında mağdurdan danışmanlık, sağlık ve diğer alanlarda gereksiniminin olup olmadığını öğrenilmeye çalışılmaktadır. Ön görüşmenin tamamlanmasının ardından ise adli görüşme süreci başlamaktadır. Burada adli görüşme uzmanının amacı, güven ilişkisi inşa edilmiş mağdurun sağlıklı bir şekilde beyanını almak ve mağdurun en az ikincil mağduriyet ya da en az örselenme yaşamasını sağlamaktır.⁴⁷

Türkiye’deki adli görüşme odası uygulamasının nispeten yeni bir uygulama olması sebebiyle etkililiğine dair az sayıda çalışma bulunmaktadır. Örneklemini cinsel suç mağduru çocukların, hakimlerin, avukatların ve adli görüşmecisi uzmanların oluşturduğu bu araştırmalarda adli görüşme odalarıyla ilgili teknik aksaklıkların

⁴⁴ Taner (n 18) 7.

⁴⁵ T.C. Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı “AGO Bulunan Adliyeler” (2023) <<https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ago-bulunan-adliyeler>> Erişim Tarihi: 12.07.2023.

⁴⁶ T.C. Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı “AGO nedir?” (2023) <<https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/agonedir>> Erişim Tarihi: 12.07.2023

⁴⁷ Cheryl Krause-Parello, Michele Thames, Colleen M. Ray ve John Kolassa. “Examining The Effects of a Service-Trained Facility Dog on Stress in Children Undergoing Forensic Interview for Allegations of Child Sexual Abuse.” (2020) 27(3) Journal of Child Sexual Abuse 305,320.



ya da bağlantı sorunlarının bulunduğu yönünde görüşler belirtilse de,⁴⁸ genel çerçevede cinsel suç mağduru çocukları koruma noktasında adli görüşme odalarının önemli bir kazanım sağladığı alan çalışanları ve hizmetten faydalanan cinsel suç mağdurlarınca vurgulanmaktadır.⁴⁹

IV. YETİŞKİN CİNSEL İSTİSMAR MAĞDURLARININ ADLİ GÖRÜŞME ODALARINA ERİŞİMİ

Türkiye'deki adli görüşme odalarını kapsayan araştırmaların da altını çizdiği gibi, adli görüşme odaları tüm yaş gruplarını ve tüm kırılğan grupları kapsayacak ve hizmet sunacak şekilde kurulmasına karşın, neredeyse tamamen 18 yaş altı çocuk mağdurlar için tercih edilmekte, 18 yaş üstü mağdurlar ya da yetişkin kırılğan bireyler ise bu odalardan nispeten daha az hizmet almaktadır.

Çocuk mağdurların adli görüşme odasında yaygın olarak beyan vermeye başlaması ve çok kısa bir zaman aralığında adli görüşme uygulamasının 81 ili kapsayacak şekilde yaygınlaşması önemli ve altı çizilmesi gereken kazanımlardır. Ancak adli görüşme odalarının ezici çoğunlukla çocukları kapsamı literatür açısından çelişkilidir. Nitekim araştırma bulguları da göstermektedir ki, yetişkin cinsel suç mağdurları da çocuk mağdurlar gibi cinsel suçlardan kısa ve uzun vadede etkilenmekte, koruyucu ve destekleyici tedbirlere erişmeye⁵⁰, uzman desteğine ve bilgilendirmesine,⁵¹ tıbbi ya da psikolojik desteğe⁵² gereksinim duymakta, toplum tarafından damgalanmayı ise çocuklara oranla daha kuvvetli yaşamaktadır.⁵³ Yine çocuk cinsel suç mağdurlarına benzer şekilde adli süreçte ve adli süreç sonrasında yetişkin cinsel suç mağdurlarında ilişkisel sorunlara, kişilerarası güvensizliğe, benlik saygısı sorunlarına, içselleştirilmiş suçluluk ve utanç gibi duygulara sıklıkla rastlanmaktadır.⁵⁴

⁴⁸ Berhudan Şamar ve Betül Urhan. "Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme Yapan Adli Görüşmecilerin Deneyimlerinin İncelenmesi: Eskişehir Adliyesi." (2020) 31(3) Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi 931,931

⁴⁹ Sarıca ve Coşkun (n 29) 142.

⁵⁰ Maria Hardeberg Bach, Nina Beck Hansen, Courtney Ahrens, Cecilie Reendal Nielsen, Catherine Walshe ve Maj Hansen. "Underserved Survivors of Sexual Assault: A Systematic Scoping Review." (2021) 12(1) European Journal of Psychotraumatology 1, 1.

⁵¹ Rebecca Campbell, McKenzie Javorka, Katie Gregory, Lauren Vollinger ve Wenjuan Ma. "The Right to Say No: Why Adult Sexual Assault Patients Decline Medical Forensic Exams and Sexual Assault Kit Evidence Collection" (2021) 17(1) Journal of Forensic Nursing 13,13.

⁵² Mary Louise Stewart, Rita Shackel, Eleanor Freedman ve David James Templeton. "Adult Sexual Assault Patients' Experience of the Physical Examination Component of the Medical Forensic Examination: A Scoping Review to Identify Gaps in the Research Literature." (2023) 24(4) Trauma, Violence, & Abuse 1,17.

⁵³ Wendy A. Walsh ve Joan Meunier-Sham. "Using Telehealth for Pediatric, Adolescent, and Adult Sexual Assault Forensic Medical Examinations: An Integrative Review." (2020) 16(4) Journal of Forensic Nursing 232,239.

⁵⁴ Brett R. Boldsad ve Richard E. Zinbarg. "Sexual Victimization, Generalized Perception of

Araştırma bulgularının da gösterdiği gibi, yetişkin cinsel suç mağdurları da adli görüşme odası gibi özel yöntemlerle beyanının alınmasına gereksinim duyabilmektedir.⁵⁵ Ayrıca yetişkin cinsel suç mağdurlarında zihinsel yetersizlik başta olmak üzere özel gereksinimlerin, psikiyatrik tanılarının⁵⁶ ve ihmal, istismar ya da kötü muamele gibi olumsuz çocukluk yaşantılarının yaygın olduğu,⁵⁷ bu kişilerin önemli bir bölümünün çocukluk dönemlerinde de adli sürece yansayan cinsel suç mağduriyeti deneyimi yaşadığı,⁵⁸ bu nedenle yetişkin cinsel suç mağdurlarının kırılğan gruplar içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ve adli görüşme odası gibi özel koşulların sağlanması gerektiği de unutulmamalıdır.

Şunu da eklemek gerekir. Her ne kadar birçok ülkede hukuksal çerçevede 18 yaş yetişkinlik sınırı olarak kabul edilse de,⁵⁹ gelişim araştırmaları, her bireyin gelişim basamaklarını aynı seyrinde ya da aynı hızda atlamadığını ve kişilerin gelişimleri normal seyrinde izlese dahi, bireylerin 17.5 (çocuk) ve 18 yaşında (yetişkin) olmalarının gelişim basamakları açısından büyük bir farklılık yaratmadığını göstermektedir.⁶⁰ Başka bir deyişle, 17 yaşındaki cinsel suç mağdurunun Çocuk İzlem Merkezi süreci dahil olmak üzere adli görüşme gibi koruyucu, destekleyici düzenlemelerden faydalanırken 18 yaşında bir bireyin özel bir düzenlemeye tabi tutulmaması uygulaması gelişim araştırmalarınca desteklenmemektedir.

Yetişkin cinsel istismar mağdurlarına gerekli özenin gösterilmediği durumlarda ise, başka bir deyişle ifşa sırasında gereksinim duyduğu destekleyici ve yargılayıcı olmayan multidisipliner bir yaklaşım yetişkin mağdurlara sunulmadığında,⁶¹ cinsel suç mağduriyetine ilişkin beyanı sağlıklı bir şekilde alınamayabilmekte, yetişkin mağdurlar çevresel yönlendirmelerden/bilgilendirilmelerden etkilenebilmekte ve buna bağlı olarak da yargı süreci olumsuz etkilenebilmektedir.⁶² Bu nedenle de

Control, and Posttraumatic Stress Disorder Symptom Severity” (1997) 11(5) Journal of Anxiety Disorders 523,540.

⁵⁵ Cara Laney ve Elizabeth F. Loftus. “History of Forensic Interviewing” Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse: A Guide to Evidence-Based Practice (1. Bası, Springer International Publishing 2016) 17.

⁵⁶ , Christina L Riggs Romaine. “Functional Deficits in Juveniles Evaluated for Adjudicative Competence.” (2022) 49(5) Criminal Justice and Behavior 638, 638.

⁵⁷ Katie A. Ports,, Derek C. Ford ve Melissa T. Merrick. “Adverse Childhood Experiences and Sexual Victimization in Adulthood” (2016) 51(1) Child Abuse & Neglect 313,322.

⁵⁸ Kimberly B. Werner, Vivia V. McCutcheon, M. Challa, Arpana Agrawal, Michael T. Lynskey, Elizabeth Conroy ve Dixie J. Statham “The Association between Childhood Maltreatment, Psychopathology, and Adult Sexual Victimization in Men and Women: Results from Three Independent Samples” (2016) 46(3) Psychological Medicine 563,573.

⁵⁹ , Cristian, A. Delcea, M. Fabian, Carmen Corina Radu ve D. P. Dumbravă. “Juvenile Delinquency within the Forensic Context” (2019) 27(4) Romanian Journal of Legal Medicine 366,372.

⁶⁰ , Shoemaker (n 19) 4.

⁶¹ Martine B. Powell ve Rita Cauchi. “Victims’ Perceptions of a New Model of Sexual Assault Investigation Adopted by Victoria Police” (2013) 14(3) Police Practice and Research 228, 241.

⁶² Sharita Gajadhar ve Ray Bull. “The Non-Stranger Rapist-Oriented Interview for Complainants:



Batı ülkelerinde özellikle çocukluk dönemine dair bildirilen pek çok yetişkin cinsel suç vakasında takipsizlik kararı verildiği bildirilmektedir. Yetişkin mağdurun dezavantajlı ya da özel gereksinimli bir birey olması durumunda ise mağdurların cinsel suçu bildirme ihtimali düşmekte, failin yargılanma ve ceza alma ihtimali daha da azalmaktadır. Kaldı ki fiziksel, zihinsel ya da psikolojik engel gruplarında yer alan özel gereksinimli yetişkinlerin cinsel suç mağduru olma ihtimalinin daha yaygın olduğunu da hatırlatmak gerekir.⁶³

Sevindirici bir gelişme olarak, Adalet Bakanlığı'nın 21/04/2021 tarihli, E-2723979401006000220211-18/385 sayılı ve Adli Görüşme Odası konulu 176 numaralı genelgesinde de bu sorunun altı çizilmiş, *“tüm kırılğan grupların adalete erişimlerinin güçlendirilmesi ve ikincil örselenmelerinin engellenmesiyle birlikte maddi hakikatin ortaya çıkarılabilmesi için ifade ve beyan işlemlerinin bu kişilerin mevcut fiziksel, zihinsel ve psikolojik durumlarına uygun özel ortamlarda yürütülmesi gerekmektedir”* ve *“AGO'nun sadece çocuk ifadelerinde değil, şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmemesi ya da beyanın özel ortamda alınması gerektiği değerlendirilen diğer suç mağdurlarının beyanlarının alınmasında da kullanılması”* ifadeleri ile adli görüşme odalarının yetişkin kırılğan bireyler ya da yetişkin cinsel suç mağdurları tarafından da yaygın olarak kullanılması gerektiği vurgulanmıştır.⁶⁴ Ayrıca hatırlatmak gerekir ki, Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği'nde de yetişkin vurgusu ile *“Mahkemelerden veya Cumhuriyet başsavcılıklarından adli görüşme odası koordinatörlüğüne yönlendirilen dosyalardaki çocuk veya yetişkinlerle, adli görüşme odalarında yaşlarına, içinde buldukları duruma uygun şekilde uzmanlar tarafından yapılan görüşmeyi”* şeklinde bir adli görüşme tanımı bulunmaktadır.⁶⁵

Cinsel suç mağdurlarına yönelik sunulan tüm koruyucu, önleyici, destekleyici, tedavi edici veya onarıcı hizmetlerin daha çok çocukları hedef alması, yetişkin mağdurların adli görüşme odası gibi hizmetlerden daha az faydalanması ve yetişkin cinsel suç mağdurlarına yönelik daha az akademik merak olması sorununun yalnızca ülkemize has bir durum olmadığını da söylemek gerekir. Araştırma sonuçlarının da ortaya koyduğu gibi bu sorun küresel bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁶ Türkçe ve İngilizce veri tabanlarında yapılan araştırmalarda da ço-

Eliciting High-Quality Accounts” (2023) 96(3) The Police Journal 1,23.

⁶³ Ráchael A. Powers ve Brittany E. Hayes. “Victim and Third-Party Reporting of Violent Victimization to the Police in Incidents Involving Victims with Disabilities” (2022) 22 Journal of Research in Crime and Delinquency 1,35.

⁶⁴ Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü. Adli Görüşme Odaları (2021) <<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/142021084114176noluagogenelge01-04-202109-53.pdf>> Erişim Tarihi: 10.07.2023

⁶⁵ Adalet Bakanlığı. Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği (2021) <<https://cigm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/232020114201ADL%C4%B0%20G%C3%96R%C3%9C%C5%9EME%20ODALARI%20Y%C3%96NETMEL%C4%B0%C4%9E%C4%B0.pdf>> Erişim Tarihi: 03.08.2023

⁶⁶ Shi, Xin ve Yong Zheng. “Sexual Victimization in Adulthood and Associated Factors among Men

cuk cinsel suç mağdurları ile ilgili çok sayıda araştırmaya yer verildiği görülmektedirken, yetişkin cinsel suç mağdurlarını kapsayan çok az sayıda araştırma olması dikkat çekicidir. Özellikle yetişkin erkek cinsel suç mağdurlarına yönelik çok daha az araştırma bulunmaktadır.⁶⁷

Benzer şekilde adli görüşme ile cinsel istismar mağdurlarının beyanlarının daha sağlıklı alınmasını sağlamak için uzmanlar için oluşturulmuş ülkemizde ve tüm dünyada adli görüşmeci uzmanlar tarafından kullanılan NICHD ve RATAÇ gibi görüşme protokolleri de yine benzer şekilde çocukları kapsamaktadır. Yetişkin mağdurların beyanlarını sağlıklı almak ve yargı sürecinde daha az örselenmesine yardım edecek kanıta dayalı ölçme araçlarının veya görüşme protokollerinin olmaması dikkat çekicidir.⁶⁸ Bu nedenle yetişkin mağdurlarla yapılan adli görüşmelerde uzmanlar arası büyük farklılıklar görülmekte, nitelikli bir görüşme için hangi eğitimin ve nasıl bir yaklaşımın gerektiği konusunda netlik bulunmamaktadır.⁶⁹

Kırılgan grup içerisinde yer alan yetişkin cinsel suç mağdurlarının da beyanlarının adli görüşme odasında içerisinde alınması uygulamasının yaygınlaşması, şüphesiz yetişkin mağdurların örselenmesini ya da ikincil mağduriyet oluşmamasını önleyebilecektir. Ayrıca yapılan çok sayıda çalışma göstermektedir ki, adli görüşme ortamı yetişkin mağdurların ifşa ve yargılama süreçlerine de önemli katkılar sunabilmektedir. 5 yıl içerisinde adli görüşme odalarının Türkiye’de yaygınlaştığı ve tüm Türkiye’yi kapsadığı düşünüldüğünde, adli görüşme odalarının yetişkin mağdurları daha fazla kapsayacak şekilde genişlemesi imkansız bir hedef gibi durmamaktadır. Bu konuda yapılacak hizmet içi eğitimlere, farkındalık çalışmalarına gereksinim olduğunu söyleyebiliriz.

SONUÇ

Yetişkin cinsel suç mağdurları, en az çocuk mağdurlar kadar kısa ve uzun vadeli olumsuz sonuçlar yaşamaktadır. Ancak yetişkin cinsel suç mağdurları, nispeten çocuk mağdurların gölgesinde kalmış, gereksinimlerine yönelik bilgilendirme, psikolojik danışmanlık, tıbbi ya da psikiyatrik desteğin yeterince sunulmadığı, yargı sürecinde adli görüşme olanağından yeterince faydalanamayan özel bir gruptur.

İlk olarak akademik alana baktığımızda, memnuniyet verici bir gelişme olarak çocuk cinsel suç mağdurlarına yönelik çok büyük bir akademik merak, çok sayıda akademik tartışma ve çok sayıda akademik çalışma görmekteyiz. Bu akademik

and Women: Cross-Sectional Evidence from Mainland China” (2022) 51(2) Archives of Sexual Behavior 1001,1001

⁶⁷ Rick Dierenfeldt, ve Samantha Balemba. “Male Sexual Victimization: Examining Variation in the Probability of Weapon Use and Victim Injury.” (2021) 36(11) Journal of Interpersonal Violence 1,29.

⁶⁸ William O’Donohue “A Forensic Interview Protocol for Adult Sexual Assault: Content Validity and Consumer Acceptability.” (2021) 21(2) International Journal of Psychology and Psychological Therapy 133,133.

⁶⁹ O’Donohue (n 68) 134.



gelişmelerin bir yansıması olarak çocuk cinsel suç mağdurlarına yönelik NICHED, RATAE ve CHILDFIRST gibi adli görüşme protokolleri geliştirilmiş, her geçen gün bu protokoller güncellenmeye ve güçlendirilmeye devam etmekte, çocuk cinsel suç mağdurlarına yönelik adli görüşme hizmet kalitesi ve yaygınlığı da her geçen gün artmaktadır. Yetişkin cinsel suç mağdurları ile ilgili baktığımızda ise üzücüdür ki, daha çok bardağın boş tarafını görmekteyiz. Veri tabanlarında yapılan incelemelerde nispeten az sayıda bilimsel çalışmaya, akademik tartışmaya ve “üretilmiş çözüme” denk gelmekteyiz. Örneğin yetişkin cinsel suç mağdurlarına yönelik geliştirilmiş ve etkililiği kanıtlanmış bir adli görüşme protokolü bulunmamaktadır. Ayrıca cinsel suç mağduru bir yetişkinin beyanının adli görüşme odasında nasıl alınacağına yönelik çalışmalar da sınırlıdır.

Benzer bir durum cinsel suç mağdurlarıyla temas eden alan çalışanlarında da görülmekte, yetişkin mağdurlara bilgilendirme, yönlendirme, koruyucu, destekleyici tedbirler çocuk mağdurlar kadar sunulmamakta, az sayıda tedbir ve uygulamaların ise işlevselliğine ilişkin çalışma bulunmamaktadır. Hem akademik alanda hem de saha çalışmalarında çocuk cinsel suç mağdurlarına daha fazla özen gösterilmesi çocukların daha savunmasız olabileceği düşüncesiyle normal karşılanabilir. Ancak unutmamak gerekir ki, düzeyleri ya da şiddeti değişse de, yetişkin cinsel suç mağdurlarının gereksinimleri benzerdir. Bir cinsel suç mağduru, failin olmadığı bir ortamda, multidisipliner bir yaklaşımla beyanının alınmasına gereksinim duymakta, ayrıca mağdurun beyanının bu şekilde alınması ifşa ve yargılama sürecine olumlu yansımaktadır. Sonuç olarak; kırılğan gruplar arasında yer alan yetişkin cinsel istismar mağdurlarının adli görüşme odasında daha fazla temsil edilmesinin, mağdurları koruma noktasında oldukça önemli bir kilometre taşı olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü. Adli Görüşme Odaları (2021) <<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/142021084114176no-luagogenelge01-04-202109-53.pdf>> Erişim Tarihi: 10.07.2023

Adalet Bakanlığı, Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği (2021) <<https://cigm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/232020114201ADL%C4%B0%20G%C3%96R%C3%9C%C5%9EME%20ODALARI%20Y%C3%96NETMELI%C4%B0%20C4%9E%C4%B0.pdf>> Erişim Tarihi: 03.08.2023

Bach MH, Hansen NB, Ahrens C, Nielsen CR, Walshe C ve Hansen M, “Under-served Survivors of Sexual Assault: A Systematic Scoping Review.” (2021) 12(1) European Journal of Psychotraumatology 1-15.

Baker MA, Frazier P, Greer C, Paulsen JA, Howard K, Meredith L, Anders SA ve Shallcross SA, “Sexual Victimization History Predicts Academic Performance in College Women” (2016) 63(6) Journal of Counseling Psychology 685-692.

Beck R, “*We Believe the Children: A Moral Panic in the 1980s.*” (1. Bası, Public Affairs, 2015).

Bilginer SÇ ve Çalışkan D, “Çocuğu İstismardan Korumada Yeni Bir Yaklaşım: Çocuk İzlem Merkezleri.” İç Yasemin Karaman-Kepenekci ve Pelin Taşkın (eds.), “Prof. Dr. Emine Akyüz’e Armağan: Akademisyenlikte 50 yıl. Çocuk Hakları, Eğitim Hukuku, Vatandaşlık Eğitimi” (1. Bası, Pegem Akademi 2018).

Blanco V, López L, Otero P, Torres AJ, Ferraces MJ ve Vázquez FL, “Sexual Victimization and Mental Health in Female University Students.” (2022) 37(15) *Journal of Interpersonal Violence* 1,23.

Boldsad BR ve Zinbarg RE, “Sexual Victimization, Generalized Perception of Control, and Posttraumatic Stress Disorder Symptom Severity” (1997) 11(5) *Journal of Anxiety Disorders* 523-540.

Borelli JL, Cohen C, Pettit C, Normandin L, Target M, Fonagy P ve Ensink K, “Maternal and Child Sexual Abuse History: An Intergenerational Exploration of Children’s Adjustment and Maternal Trauma-Reflective Functioning.” (2019) 10(1) *Frontiers in Psychology* 1062-1062.

Boyd CR, “*The Impacts of Sexual Assault on Women*” (1. Bası, Australian Institute of Family Studies, 2011).

Bracewell TM, “Outcry Consistency and Prosecutorial Decisions in Child Sexual Abuse Cases.” (2018) 27(4) *Journal of Child Sexual Abuse* 424-438.

Campbell R, Javorka M, Gregory K, Vollinger L ve Ma W, “The Right to Say No: Why Adult Sexual Assault Patients Decline Medical Forensic Exams and Sexual Assault Kit Evidence Collection” (2021) 17(1) *Journal of Forensic Nursing* 3-13.

Canavan JW, Borowski C, Essex S ve Perkowski S, “Multidisciplinary Responses to the Sexual Victimization of Children: Use of Control Phone Calls.” (2021) 36(1) *Journal of Interpersonal Violence* 384-401.

Ceci SJ ve Bruck M, “*Jeopardy in the Courtroom: A Scientific Analysis of Children’s Testimony.*” (1. Bası, American Psychological Association, 1995).

Çağlar EE ve Türk T, “İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD Protokolü Önerisi” (2019) 38(1) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 393-412.

Delcea CA, Fabian M, Radu CC ve Dumbravă DP, “Juvenile Delinquency within the Forensic Context” (2019) 27(4) *Romanian Journal of Legal Medicine* 366-372.

Dierenfeldt R ve Balemba S, “Male Sexual Victimization: Examining Variation in the Probability of Weapon Use and Victim Injury” (2021) 36(11) *Journal of Interpersonal Violence* 1-29.

Dworkin ER, Jaffe AE, Bedard-Gilligan M ve Fitzpatrick S, “PTSD in the Year Following Sexual Assault: A Meta-Analysis of Prospective Studies.” (2023) 24(2) *Trauma, Violence, & Abuse* 497-514.



Dworkin ER, Krahé B ve Zinzow H, “The Global Prevalence of Sexual Assault: A Systematic Review of International Research Since 2010.” (2021) 11(5) *Psychology of Violence* 497-508.

Ernberg E, Magnusson M, Landström S ve Tidefors I, “Court Evaluations of Young Children’s Testimony in Child Sexual Abuse Cases.” (2018) 23(2) *Legal and Criminological Psychology* 176-191.

Faller KC, “Forty Years of Forensic Interviewing of Children Suspected of Sexual Abuse, 1974–2014: Historical Benchmarks.”(2014) 4(1) *Social Sciences* 34-65.

Gajadhar S ve Bull R, “The Non-Stranger Rapist-Oriented Interview for Complainants: Eliciting High-Quality Accounts” (2023) 96(3) *The Police Journal* 1-23.

Gökçen FG, “Kırılgan Mağdurun Beyanının CMK’nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi.” (2021) 153 *TBB Dergisi* (2021): 1-38.

Hailes HP, Yu R, Danese A ve Fazel S, “Long-Term Outcomes of Childhood Sexual Abuse: An Umbrella Review.” (2019) 6(10) *The Lancet Psychiatry* 830-839.

Juliann Whetsell Mitchell, “*Rape of the Innocent: Understanding and Preventing Child Sexual Abuse*”. (1. Bası, Taylor & Francis, 2023).

Knack N, Winder B, Murphy L ve Fedoroff JP. “Primary and Secondary Prevention of Child Sexual Abuse.” (2019) 31(2) *International Review of Psychiatry* 181-194.

Krause-Parello C, Thames M, Ray CM ve Kolassa J, “Examining The Effects of a Service-Trained Facility Dog on Stress in Children Undergoing Forensic Interview for Allegations of Child Sexual Abuse.” (2020) 27(3) *Journal of Child Sexual Abuse* 305-320.

Laney C ve Loftus EF, “History of Forensic Interviewing” *Forensic Interviews Regarding Child Sexual Abuse: A Guide to Evidence-Based Practice* (1. Bası, Springer International Publishing 2016)

Lombardi BN, Jensen T, Parisi AB, Jenkins M ve Bledsoe SE, “The Relationship between a Lifetime History of Sexual Victimization and Perinatal Depression: A Systematic Review and Meta-Analysis.” (2023) 24(1) *Trauma, Violence, & Abuse*, 139-155.

Nicol SJ, Harris DA, Ogilvie J, Keibell MR, Craig C ve Knight R, “Evading Detection: What Do We Know about Men Charged with Extrafamilial Child Sexual Abuse Following Delayed Detection?.” (2022) 31(3) *Journal of Child Sexual Abuse* 333-352.

Nitschke FT, McKimmie BM ve Vanman EJ. “A Meta-Analysis of the Emotional Victim Effect for Female Adult Rape Complainants: Does Complainant Distress Influence Credibility?.” (2019) 145(10) *Psychological Bulletin* 953-979.

Odacı H ve Türkkan T, “Cinsel İstismar Şüphesi Bulunan Çocukla Görüşme: Öğretmenler ve Okul Psikolojik Danışmanları Nasıl Davranmalı ve Neler Yapmalı?.” (2021) 19(1) *Türk Eğitim Bilimleri Dergisi* 685-706.

Oesterle DW, Jarnecke AM ve Gilmore AK, "Sexual Re-Assault among College Women Differs Based on Sexual Refusal Assertiveness and Assertive Resistance Strategy Intentions." (2022) 37(19) Journal of Interpersonal Violence 473-491.

Papp JL ve McClelland Sara I, "Too Common to Count? "Mild" Sexual Assault and Aggression among US College Women." (2021) 58(4) The Journal of Sex Research 488-501.

Ports KA, Ford DC ve Merrick MT, "Adverse Childhood Experiences and Sexual Victimization in Adulthood" (2016) 51(1) Child Abuse & Neglect 313-322.

Powell MP ve Cauchi R, "Victims' Perceptions of a New Model of Sexual Assault Investigation Adopted by Victoria Police" (2013) 14(3) Police Practice and Research 228-241.

Powers RA ve Hayes BE, "Victim and Third-Party Reporting of Violent Victimization to the Police in Incidents Involving Victims with Disabilities" (2022) 22 Journal of Research in Crime and Delinquency 1-35.

Pulverman CS, Kilimnik CD ve Meston CM, "The Impact of Childhood Sexual Abuse on Women's Sexual Health: A Comprehensive Review." (2018) 6(2) Sexual Medicine Reviews 188-200.

Riggs Romaine CL, "Functional Deficits in Juveniles Evaluated for Adjudicative Competence." (2022) 49(5) Criminal Justice and Behavior 638-659

Rochelle FH ve Adams CS, "Childhood sexual abuse: identification, screening, and treatment recommendations in primary care settings." (2016) 43(2) Primary Care: Clinics in Office Practice 313-326.

Sarıca AD ve Coşkun UH, "Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri." (2020) 8(1) Journal of Penal Law and Criminology 117-142.

Schols MWA, De Ruitter C ve Öry FG, "How do Public Child Healthcare Professionals and Primary School Teachers Identify and Handle Child Abuse Cases? A Qualitative Study." (2013) 13(1) BMC Public Health, 1-16.

Shoemaker DJ, *Juvenile Delinquency*. (6. Bası, Rowman & Littlefield, 2017)

Stewart ML, Shackel R, Freedman E ve Templeton DJ, "Adult Sexual Assault Patients' Experience of the Physical Examination Component of the Medical Forensic Examination: A Scoping Review to Identify Gaps in the Research Literature." (2023) 24(4) Trauma, Violence, & Abuse 1-17.

Şamar, B ve Urhan, B, "Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme Yapan Adli Görüşmecilerin Deneyimlerinin İncelenmesi: Eskişehir Adliyesi." (2020) 31(3) Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi 931-959.

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, "Adli Görüşme Odaları: AGO Uygulaması için Temel Hukuk Bilgisi" (2020) <<http://www.magdur.adalet.gov.tr/images/ago-hukuk.pdf>> Erişim Tarihi: 15.07.2023.



T.C. Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı “AGO Bulunan Adliyeler” (2023) <<https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ago-bulunan-adliyeler>> Erişim Tarihi: 12.07.2023.

T.C. Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı “AGO nedir?” (2023) <<https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/agonedir>> Erişim Tarihi: 12.07.2023

T.C. Sağlık Bakanlığı “Çocuk İzlem Merkezleri Listesi” (2023) <<https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR-43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html>> Erişim Tarihi: 08.07.2023.

Taner, FG “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” (3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2023).

Taner, FG, “Kırılgan Mağdurun Beyanının CMK’nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi.” (2021) 153 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2021): 1, 2.

Thompson, MP ve Kingree, JB. “Adverse Childhood Experiences, Sexual Victimization, and Suicide Ideation and Attempts: A Longitudinal Path Analysis Spanning 22 years.” (2022) 92(3) *American Journal of Orthopsychiatry* 302-309.

Walsh, WA ve Meunier-Sham, J, “Using Telehealth for Pediatric, Adolescent, and Adult Sexual Assault Forensic Medical Examinations: An Integrative Review.” (2020) 16(4) *Journal of Forensic Nursing* 232-239.

Werner, KB, McCutcheon, VV, Challa, M, Agrawal, A, Lynskey, MT, Conroy, E ve Statham, D “The Association between Childhood Maltreatment, Psychopathology, and Adult Sexual Victimization in Men and Women: Results from Three Independent Samples” (2016) 46(3) *Psychological Medicine* 563-573.

William O’Donohue “A Forensic Interview Protocol for Adult Sexual Assault: Content Validity and Consumer Acceptability.” (2021) 21(2) *International Journal of Psychology and Psychological Therapy* 133-147.

Wiss, DA, Brewerton, TD ve Tomiyama, AJ. “Limitations of the Protective Measure Theory in Explaining the Role of Childhood Sexual Abuse in Eating Disorders, Addictions, and Obesity: An Updated Model with Emphasis on Biological Embedding.” (2022) 27(4) *Eating and Weight Disorders-Studies on Anorexia, Bulimia and Obesity* 1249-1267.

World Health Organization. *Violence Against Women: Intimate Partner and Sexual Violence against Women: Evidence Brief. No. WHO/RHR/19.16.* (1. Bası World Health Organization, 2019).

Xin, S ve Zheng, Y, “Sexual Victimization in Adulthood and Associated Factors among Men and Women: Cross-Sectional Evidence from Mainland China” (2022) 51(2) *Archives of Sexual Behavior* 1001-1017.

KAMU GÖREVİNDEN AYRILANLARA DİSİPLİN CEZASI VERİLMESİ VE KONUyla İLGİLİ YENİ DÜZENLEMELER

*Imposing Disciplinary Penalty to Those Who Left Public Office
and New Regulations on the Subject*

Celâl İŞIKLAR*

Özet

Kamu görevlileri hizmet esnasında bir disiplin suçu işledikten hemen sonra –henüz disiplin işlemi yapılmadan önce- görevden ayrılmış olabilirler. Bu, emeklilik, istifa, ihraç vb. sebeplerle olabilir. Bu takdirde personel hakkında disiplin işlemi (soruşturma ve ceza) yapılabileceğine dair genel bir yasal kural bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, bu kişiye ancak tekrar kamu görevine dönerse ceza verilebilir. Çoğunluğun görüşüne göre ise, ayrılmış olsa bile personel hakkında disiplin soruşturma yapılabilir ve disiplin cezası uygulanabilir. Yeter ki savunma hakkı gibi haklar tanınmış veya zamanaşımı dolmamış olsun. Bu durumda her türlü tebligat 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre yapılmalıdır. İdare çoğu zaman disiplin soruşturmasından kaçındığı için, Türk idari yargı yerlerinin konuya ilişkin kararlarına pek rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, doktrin ve uygulamada genellikle Danıştay'ın 27.1.1977 tarihli kararı emsal gösterilmektedir. Bu ve aynı yöndeki diğer kararlara göre ayrılmakla illiyet bağı kesilmez. İdare suçun işlendiği zaman yürürlükte olan disiplin mevzuatını uygulamak zorundadır. Çektirilmese bile ceza personelin siciline işlenir ve yeniden kamu görevine dönmeye halinde -şartları varsa- ilgiliye uygulanır. Son yıllarda ordu ve üniversite mensubu gibi bazı kamu görevlileriyle ilgili yeni yasal düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu konuda özellikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na özel bir hüküm konması yerinde olur. Bizce bu hükümler kurucu değil bildirici ve açıklayıcı mahiyettedir. Bu düzenlemeler olmasa da ayrılmış personel hakkında disiplin işlemi yapılabilir. Aksi takdirde kamu kurumuna, hizmetine ve mesleğe zarar veren bu kişilerin cezasız kalması söz konusu olur. Bu çalışmada, kamu görevlileri Anayasa m.128/1'e göre asli ve sürekli bir kamu görevinde idare hukuku anlamında ve statüer bir bağla çalışan personeli kastetmektedir.

Anahtar kelimeler: Kamu görevlileri, Kamu görevi, Disiplin soruşturması, Disiplin cezası, Görevden ayrılan kişi.

Abstract

Public officials may leave office immediately after committing a disciplinary offense during their service - before any disciplinary action is taken. This may occur due to retirement, resignation, dismissal etc. reasons. In this case, there is no general legal rule that disciplinary action (investigation and punishment) can be taken against the personnel. According to one view in the doctrine, this person can only be punished if she returns to public office. In the opinion of the majority, even if the personnel has left, a disciplinary investigation can be carried out

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

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.10.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Doç. Dr., Konya Ticaret Odası Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, AYİM Onursal Başsavcısı, celal.isiklar@karatay.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7239-6142>.



and disciplinary punishment can be imposed. As long as rights such as the right to defense are recognized or the statute of limitations has not expired. In this case, any notification must be made in accordance with the Notification Law no. 7201. Since the administration often avoids disciplinary investigation, decisions of Turkish administrative courts on the subject are rarely encountered. However, in doctrine and practice, the decision of the Council of State dated 27.1.1977 is generally cited as a precedent. According to this and some decisions in the same direction, there is no harm in taking disciplinary action against this personnel. Because separation does not cut the causal bond. The administration must apply the disciplinary legislation in force when the crime was committed. Even if the punishment is not served, it is recorded in the personnel's record and is applied to the person concerned if person returns to public duty - if there are conditions. In recent years, it has been observed that new legal regulations have been made regarding some public officials such as the Turkish army and university members. It would be appropriate to include a special provision in the Civil Servants Law No. 657 on this issue. In our opinion, these provisions are not constitutive but declarative and explanatory. Even if these regulations do not exist, disciplinary action may be taken against separated personnel. Otherwise, these people who harm the public institution, service and the profession will remain unpunished. In this study, public officials refer to personnel working in a primary and permanent public duty within the meaning of administrative law and under a status quo, according to Art. 128/1 of the Constitution.

Keywords: Public officials, Public duty, Disciplinary Investigation, Disciplinary punishment, Person leaving public Office.

GİRİŞ

Kamu görevlilerine disiplin cezası verilebilmesi için ihlalin görev esnasında ve/veya görev sebebiyle gerçekleşmesi gerekir. Bu sebeple kamu görevlileri hakkında statüye girmeden önce işledikleri disiplinsizliklerden dolayı disiplin soruşturması yapılamaz ve disiplin cezası tesis edilemez.¹ Bu durum, söz konusu fiilin aynı zamanda disiplin yaptırımı uygulanmasını gerektiren bir adli suç oluşturması hâlinde de geçerlidir. Bu takdirde şartları varsa ancak ceza mahkûmiyetine ilişkin hükümler uygulanabilir.

Kural olarak hem disiplinsizlik oluşturan ihlâlî davranış statü içinde gerçekleşmeli, hem de bunun karşılığı olan ceza ilgili kişi kamu görevlisi iken tesis edilelidir. Emeklilik, istifa, ihraç ve benzeri sebeplerle kamu hizmetinden ayrılmış olan kamu görevlileri hakkında da mesleğin itibarını ne denli zedelemiş olursa olsun disiplinler ihlallerden dolayı disiplin soruşturması yürütülemez.²

Bununla birlikte kamu görevlilerinin kamu hizmetini yürütürken tâbi olduğu bir yükümlülüğü yerine getirmemesi ve kurum düzenini ihlal etmesi söz konusu olabilir. Kamu görevlisi ihlalin hemen akabinde emeklilik, istifa, ilişik kesme gibi sebeplerle statü dışına çıkmış olabilir. İşte böyle bir durumda kamu görevlisi disiplinsizlik oluşturan fiilinden dolayı kendisine ceza tatbik edilmeden ayrılır, örneğin istifa ederse disiplin cezası verilebilir mi? Söz gelimi statüde iken gayriahlaki bir davranışta bulunan bir hâkim, polis, subay, öğretim üyesi veya herhangi bir memur

¹ Memuriyete girmeden önceki bir eylem nedeniyle disiplin cezası verilemeyeceği hakkında, Danıştay 8 D, E.1991/1603, K.1992/705, 14.04.1992.

² Bkz. aşa. Danıştay, 12 D, E.2009/7516, K.2013/6366, 18.9.2013, DD, S. 136, s.279-282.

cezadan kurtulmak için istifa etmiş veya emekliye ayrılmış olsun. Bu takdirde ilgili hakkında soruşturma yapıp meslekten veya memuriyetten çıkarma cezası verilebilecek midir? Yoksa disiplin ihlali takipsiz mi kalacaktır? Daha spesifik bir örnek üzerinden soralım: Yurt dışında bulunan bir büyükelçilik görevlisi uluslararası skandala yol açan yüz kızartıcı bir suç işlediğinde veya yetkili olmadığı hâlde gizli bilgileri açıkladığında veyahut müstehcen pozlar vererek ülke ve meslek itibarına gölge düşürdüğünde, olay vuku bulur bulmaz memuriyetten ayrılmış ise, disiplin soruşturmasına ve yaptırımına tâbi tutulması mümkün müdür? Cevap hayır ise bu ne kadar doğru ve hukuka uygundur?

Yasal bir düzenleme bulunmamasından olsa gerek, doktrin pek ele aldığımız sorun üzerinde durmamaktadır. İdari yargı kararlarının da yaygın ve bilinir olduğu söylenemez. Bunun sebebi ayrılanlar hakkında disipliner uygulama yapılamayacağına ilişkin yaygın kanaat olabileceği gibi, bu durumdaki personelin genellikle imkânı ve fırsatı varsa kamu görevinden ivedilikle ayrılmasıdır. Bu takdirde idarenin kolayına geldiği için ilgilerin ayrılmasını tercih ettiği gözlenmektedir. İdarenin fiil ne kadar vahim ve itibar zedeleyici olursa olsun, ayrılan kamu görevlileri hakkında disiplin takibati yapmaktan kaçındığı görülmektedir.

Son yıllarda düzenlenen bazı yeni ve istisnai hükümler göz ardı edilirse pozitif hukukun da bu hususta suskun kaldığı söylenebilir. Genellikle başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere çeşitli statülere ilişkin disiplin mevzuatında bu konularla bir kurala yer verilmediği görülmektedir. Bu çalışmada kısaca kişi yönünden kapsamı oluşturan kamu görevlisi kavramı açıklandıktan sonra, Danıştay kararları çerçevesinde statü dışındakiler hakkında disiplin soruşturması ve yaptırımı uygulanması konusu incelenecek, ardından da yeni düzenlemelere temas edilecektir.

I. DİSİPLİN İHLALİNİN FAİLİ VE DİSİPLİN SORUŞTURMASININ/ YAPTIRIMININ MUHATABI OLARAK KAMU GÖREVLİSİ

A. Kamu Görevlisi Kavramı

Kamu hizmetlerini görevlileri “kamu personeli” ve “kamu ajanları” olarak da adlandırılmakla birlikte genelde bunlara “kamu görevlileri” denilmektedir. Kamu görevlileri kamu kesiminde bir teşkilata bağlı olarak kamu hizmeti görürler. Bununla beraber kamu hizmeti gören herkes idare hukuku esâslarına göre kamu görevlisi değildir.

Hemen belirtelim ki, kamu görevlisi kavramının tanımı ve kapsamı konusunda fikir birliği yoktur. Anayasa’nın “Kamu Hizmeti Göreviyle İlgili Hükümler” kısmının “Genel ilkeler” başlıklı 128. maddesine göre, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esâslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” Burada Anayasa’nın biri orga-



nik (bir kamu tüzel kişiliğinde istihdam edilme) diğeri göreve ilişkin (genel idare esâslarına göre yürütülecek kamu hizmetinin özüne ilişkin asli ve sürekli görevler olma) olmak üzere iki şart ve kriter öngördüğü söylenebilir. Bunlara aynı maddenin ikinci fıkrasındaki kanunilik (statünün esâslı unsurlarını kanunla belirleme) esasını da ekleyebiliriz. Bu şart ve kriterlere uymayan kişiler kamu hizmetlerinde çalışsa da AY m.128/1 kapsamında kamu görevlisi kabul edilemez.³

Doktrinde ve yargı organlarında genellikle geniş ve dar anlamda kamu görevlisi ayrımı yapıla gelmektedir.⁴ Geniş anlamda kamu görevlisi, “hukukî durumları ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın, kamu kesiminde ve Devletin bütün organlarında görev yapan herkesi” ifade etmektedir.⁵ Buna cumhurbaşkanı ve bakanlardan Devlet memurları ve sözleşmeli personele, milletvekillerinden muhtar ve köy ihtiyar heyetine, kamu sektöründe çalışan işçilerden hâkim ve savcılara, askerlik yükümlülerine kadar birçok kişiyi örnek verebiliriz. Bu tanım 5237 sayılı TCK’nun 6/1-c maddesindeki kamu görevlisi tanımıyla örtüştüğünden ceza hukuku alanında da geçerlidir.⁶

Buna karşılık idare hukukunda kamu hukuku usul ve esaslarına göre istihdamı esâs olan dar anlamda kamu görevlisi tanımı benimsenmiştir.⁷ Anayasa m. 128/I’deki şart ve kriterlere göre, dar anlamda kamu görevlisi kavramının; kamu kurum ve kuruluşlarının “genel idare esâslarına” göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği “asli ve sürekli görevleri” yapan kişileri kapsadığı söylenebilir. Başka bir deyişle, kavram, “Devletin siyasal yapısını oluşturan organlar-

³ Seçkin Yavuzdoğan, *Devlet Memurları Uyarınca Naklen Atama* (2. Baskı, Adalet 2016) 121.

⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku* (11. Baskı, İmaj 2017) 580; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2017) 717-718; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, *İdare Hukuku* (7. Baskı, Der 2015) 658; Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku Dersleri* (2.Baskı, Der 2017) 195; Mehmet Rauf Karşlı, *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı* (1. Baskı, Oniki Levha 2016) 4; Turan Yıldırım, Yasin Melikşah, Nur Kaman Karan, Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku* (8. Baskı, Oniki Levha 2021) 262; Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (22. Baskı, Ekin 2020) 559-560; E. Ethem Atay, *İdare Hukuku* (9. Baskı, Turhan 2023) 880; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (10. Baskı, Adalet 2022) 518; Celâl Işıklar, *Teoride Ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları* (1. Baskı, Adalet 2019) 160. Gözler bunlara kamu kesiminde çalışan bütün kişileri kastedecek şekilde “en geniş anlamda kamu görevlileri” ile sâdece Devlet memurlarını kapsayacak şekilde “en dar anlamda kamu görevlileri” kategorilerin eklemektedir, Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C.II (1. Baskı, Ekin 2003) 553-555.

⁵ Günday (n 4) 580; Gözler (n 4) 554; Gözler ve Kaplan (n 4); Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 4) 717-718; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk (n 4) 659; Akgüner (n 4) 195; Karşlı (n 4) 4; Mahmut Kaplan, ‘Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı,’ Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2015) 5 (2) 49, 51.

⁶ Mustafa Avcı, *Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş* (1. Baskı, Yetkin 2009) 44; Yavuzdoğan (n 3) 23-24. Ceza hukukuna göre kamu görevlisi ve memur kavramları hakkında bkz. Ahmet Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku* (1. Baskı, Seçkin 2006) 28-32.

⁷ Günday (n 4) 580; Gözler, (n 4) 555; Gözler ve Kaplan (n 4) 559; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 4) s.718; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk (n 4) 659; Atay (n 4) 880-882; Çağlayan (n 4) 518-520; Karşlı (n 4)s.4; Işıklar (n 4) 160-162.

la, özel hukuk hükümlerine tâbi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlilerini” ifâde etmektedir.⁸ Geniş anlamda kamu görevlisi kapsamında görülen serbest avukat, tanık, milletvekili, belediye başkanı ve encümen üyesi gibi kişiler ile kamu faaliyetine iştirak eden sözleşmeli personel ve kamu kesiminde çalışan işçiler idare hukuku esâslarına göre (ve dar anlamda) kamu görevlisi kabul edilmezler.⁹

Bu çalışmada kamu hizmetinden ayrılmış dar anlamda kamu görevlileri, kısacası kamu kesimindeki asli ve sürekli bir görev kadrosunda statüter/meslekî bağ ve sıfatla istihdam edilenler hakkında disiplin soruşturması ve yaptırımı uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmektedir. Zira haklarında aynı disiplin rejimi uygulanmasa da bunlar diğerlerine göre daha genel, daimi ve ortak bir statüter yapıya ve idare hukuku usul ve esaslarına tâbidir. Özel ve istisnai durumları itibariyle geniş anlamda kamu görevlilerinin çoğu ise oldukça farklı ve ayrıcalıklı hukuki konumlara sahiptir.

B. Kamu Görevinden Ayrılma Kavramı

Bu çalışma kişi yönünden kamu hizmeti görmekte iken çeşitli sebeplerle kamu görevi sona eren ve statüden ayrılan kamu görevlilerini kapsamaktadır.¹⁰ Dar anlamda kamu görevlilerinin statülerinin sona ermesi çeşitli hal ve şekillerde olabilir. Bunlar ilgili personel mevzuatında gösterilmiştir. Bunlara 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu’ndan örnek verelim: İstifa (m.20,94), çeşitli sebeplerden dolayı müstafî (çekilmiş) sayılma (m.62-63, 78-79, 81-82, 91, 94, 108), memurluktan çıkarılma (m.98/a, 125/E), memuriyet şartlarında eksiklik (m.98/b), memurlukla bağdaşmaz görev alma, ölüm, zorunlu veya memurun isteğine bağlı yada resen emeklilik. Bunların dışında bazı kamu görevlileri hakkında farklı ve özel sona erme sebebi düzenlendiği görülmektedir. Örneğin, meslekten çıkarma (polisler için 7068 sayılı Kanunu m.7/1-e; öğretim üyeleri için 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.53/C), üyelikten çekilmeye davet (yüksek mahkeme üyeleri için) gibi.¹¹

Kamu görevinden ayrılanlar hakkında disiplin soruşturması ve yaptırımı uygulama imkân ve ihtimali, genel olarak yukarıda belirtilen sona erme hal ve sebeplerinin tümünde söz konusu olur. Ancak bundan öncelikle ölüm halini hariç tutmak gerekir. Ceza hukukunda olduğu gibi fâilin ölümü mutlak bir takipsizlik

⁸ Günday (n 4) 580; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 4) s.718; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk (n 4) s 659; Karlı (n 4)s.4; Kaplan (n 5) 53.

⁹ Avcı (n 6) 44; Yavuzdoğan (n 3) 24; Çağlayan (n 4) 519; Kaplan (n 5) 54. Nitekim Anayasa Mahkemesi de ceza hukuku uygulamasında kamu görevlisi sayılan kişilerin (kararda il genel meclisi üyelerinin) idare hukukunda da aynı şekilde kamu görevlisi olarak kabulünün mümkün ve zorunlu olmadığına hükmetmiştir: AYM, E.1987/18, K.1988/23, 22.6.1988, RG.26.11,1988/20001.

¹⁰ Bu noktada ihlalin statüde iken gerçekleştiğini vurgulamak amacıyla başlıkta da görüleceği üzere kamu görevinden “ayrılmış olan” yerine “ayrılan” ifadesini tercih ettiğimizi belirtmek isteriz.

¹¹ Geniş bilgi için bkz. Nur Kaman Karan, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi* (1. Baskı, Seçkin 2003) 75-196



sebebidir. Kamu görevi yürütürken disiplinsizlikte bulunan ve fakat akabinde ölen kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması yapılamaz, sağlığında başlamış ve tamamlanmış olsa dahi disiplin soruşturmasına sonucu disiplin cezası verilemez.

Kamu görevlilerine uygulanan disiplin yaptırımları iki yönden diğer idari işlemlerden ayrılmaktadır. Bir kere kamu görevlisi öncelikle ceza hukukunda olduğu gibi disiplin suçunun fâili durumundadır. Kamu görevlisi bir fâil olarak ilgili disiplin mevzuatında yazılı bir meslek ve kurum düzenine ilişkin kuralları ihlal eder. Sonra da buna bağlı olarak idarenin tesis ettiği yine disiplin mevzuatında yazılı bir yaptırıma muhatap olur. İlki olmadan ikincisi söz konusu olamaz. Yâni kamu görevlisi, fâil sıfatı edindiği an itibariyle belli bir statüde olmak zorundadır. Buna karşılık bu statü altında işlediği fiilden dolayı disiplin yaptırımına muhatap edilebilmesi için aynı statüter/meslekî bağın devamının gerekip gerekmediği aşışda ele alınacaktır.

II. AYRILAN KAMU GÖREVLİLERİ HAKKINDA DİSİPLİN SORUŞTURMASI VE YAPTIRIMI UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI

A. Doktrinin Yaklaşımı

Disiplinsizlik oluşturan fiili işledikten sonra kamu görevinden ayrılanların disiplin soruşturmasına ve yaptırıma tâbi tutulup tutulamayacağı sorusuna olumlu ve olumsuz iki türlü cevap verilebilir. Ancak bu cevaplara geçmeden önce konuyla ilgili bazı hususlara açıklık getirmek gerekir. İlk olarak konu hakkında açıklama yapan bazı yazarların bu iki cevap kategorisinden birine dâhil edilmesinde güçlük olduğunu belirtelim. Her ne kadar Eraslan tarafından¹² Aslan'ın ve Gölcüklü'nün görevden ayrılmış kamu görevlileri hakkında disiplin soruşturması yapılamayacağı görüşünde oldukları ifade edilmekte ise de, biz buna katılmıyoruz. Zira kendisine atıfta bulunanlardan Aslan'ın her iki görüşü de aktararak durum tespiti yapmakla yetinmektedir.¹³ Bize göre Gölcüklü de ceza hukukuyla karşılaştırma yaparken kullandığı “Disiplin cezaları memuru sadece meslek menfaatleri muvacehesinde cezalandırıldığından, her ne suretle olursa olsun memurluk sıfatını kaybetmiş bulunan şahsa tatbik edilemezler” ifadesiyle, daha çok memurun statü dışına çıktıktan sonraki disiplinsizliğinden dolayı cezalandırılmayacağını kastetmektedir. Bu itibarla adı geçen yazarların çekimsiz kaldıkları söylenebilir. Aynı şekilde başka yazarların da bu konuda kanunda açıklık olmadığına işaretle Danıştay kararına değinmekle yetindiği görülmektedir.¹⁴

¹² Yunus Eraslan, *Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu* (1. Baskı, Adalet 2018) 284.

¹³ Zehreddin Aslan, *657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları* (1. Baskı, Alfa 2001) 57-58. Aynı şekilde, Zehreddin Aslan ve Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması* (1. Baskı, Seçkin 2018) 111-112.

¹⁴ Yıldırım, Melikşah, Kaman Karan, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 4) 332.

Bir başka yazar da Sancakdar/Tepe'nin görevden ayrılmış kamu görevlileri hakkında disiplin soruşturması yapılamayacağı görüşünde olduğunu ileri sürmektedir.¹⁵ İşaret edilen çalışmaya bakıldığında,¹⁶ yazarların açıklamalarının Türk hukukuna ilişkin olmadığı, münhasıran 2001 tarihli Alman Federal Disiplin Kanunu'nun memur emeklilerinin emekliye ayrılmadan önce veya ayrıldıktan sonra işledikleri bazı disiplin suçlarından dolayı soruşturma usulünü kapsadığı (m.2, 77/2) görülmektedir.¹⁷ Yazarlar bu Türk hukukundaki uygulamanın "demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü" olmadığına dair herhangi bir ifade kullanmamakta, sâdece sonuç bölümünde Federal Almanya'nın yanı sıra Avrupa Birliği, Fransa gibi ülkelerde de uygulanan emekli haklarına disiplin soruşturması yoluyla müdahalenin ülkemizde kabul edilmediğini, bu bakımdan ülkemizin daha insancıl ve ileri bir tutum sergilediğini söylemektedir.¹⁸ Kaldı ki Sancakdar, daha sonra başka yazarlarla birlikte gerçekleştirdiği sonraki çalışmalarda da paylaştığı üzere, -bazı kayıtlarla olsa da- açıkça disiplin suçu işledikten sonra memurluktan ayrılanlar hakkında disiplin soruşturmasının tamamlanmasının ve akabinde gerekli disiplin cezasının verilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁹

Şimdi kamu görevliliği sona erenlerle ilgili disiplin soruşturmasının akıbeti hakkındaki sorunun cevabına geçelim. Bu hususta akla önce "Hayır" cevabı geldiği için konuyu incelemeye olumsuz görüşten başlayalım.

1. Hayır, Ayrılan Kamu Görevlileri Hakkında Disiplin Soruşturması Yapılamaz ve Disiplin Czası Verilemez

Yıldırım/Çınarlı/Azak ile Eraslan istisna tutularsa doktrinde bu yönde net ve geniş bir açıklama bulunmadığını söyleyebiliriz. Yine de bu görüşle ilgili olarak şu

¹⁵ Duygu Kulaç, *Devlet Memurlarının Disiplin sorumluluğu* (1. Baskı, Adalet 2021) 74.

¹⁶ Oğuz Sancakdar ve İlker Tepe, 'Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esaslar' (2011) 69 (1-2) İÜHF 251, 260-261.

¹⁷ 2001 tarihli Alman Federal Disiplin Kanunu (FDK)'nın 2/1. memur emeklileri emekli olmadan önce içerisinde buldukları memuriyet ilişkisi bağlamında FDMK m. 77/1'de düzenlenen hizmet gereklerine aykırılıkları işlemişlerse veya emekliye ayrıldıktan sonra yine FDMK m. 77/2'de sayılan fiilleri ve hizmet gereklerine aykırılık teşkil eden fiilleri gerçekleştirmişlerse disiplin yaptırımına muhatap olabilirler. Bu yaptırımlardan ikisi emekli aylığından kesinti (FDK m.11) ile emekli aylığından yoksun bırakmadır (ıskat) (FDK m.12). Bu cezaları gerektiren haller ise FDK'nun yollamada bulunduğu eylemler FDMK m.77/2'de gösterilmiştir: -Federal Anayasa (GG) tarafından çerçevesi çizilen özgürlükçü demokratik devlet düzenine karşı girişilen eylemler, -Federal Almanya'nın bütünlük ve güvenliğini ortadan kaldırmayı hedefleyen eylemlere iştirak, -Memuriyet görevinin sonlanmasının ardından; sır saklama veya bilgilendirme yükümlülüklerinin ihlali, başka bir işte çalışmama ve ücret, hediye ve sair menfaatlerin kabul edilmemesi yasalarının çiğnenmesi, -FDMK m. 46/1 ve 2 ile m. 57 kapsamında yapılan memuriyet ilişkisine yeniden dahil edilme çağrısına kusurlu bir şekilde riayet etmemek. FDK m. 34'e göre emekli memurlara emekli maaşından ıskat şeklindeki disiplin cezası verilebilmesi için idarenin soruşturma yaptıktan sonra disiplin davası açması gerekir. Bu bilgiler için bkz. Sancakdar ve Tepe (n 16) 260-261, 264-265.

¹⁸ Sancakdar ve Tepe (n 16) 261, 269.

¹⁹ Oğuz Sancakdar, *Disiplin yaptırımı Olarak Devlet Memurluğundan Çıkarma ve Yargısal Denetimi* (1. Baskı, Seçkin 2011) 255.



argümanlara başvurulabilir: Disiplin soruşturması sonuçta disiplin cezası kararı olarak adlandırılan nihai bir idarî işlemi ortaya koymaya yönelik bir idarî usuldür. Bu idarî usulün işletilmesi sürecinde idarenin soruşturma emri, savunma alınması, kurul teşkili gibi birçok hazırlık işlemi ve eylemi söz konusudur. İdare hukuku statüler hukuku olduğuna göre, her idarî faaliyet gibi gerek bu soruşturma sürecinin gerek nihai ceza kararının, muhatabı kamu görevlisi statü içinde iken gerçekleştirilmesi gerekir.

Öte yandan, ayrılan hakkında disiplin takibatı yapılabilmesi için, idarenin kanuniliği ilkesi gereği pozitif hükümlere ihtiyaç vardır. Çünkü bu konuda gerçek ve bilinçli bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk hâkim tarafından kıyas veya başka yolla doldurulamaz. Aslında az ve belli bazı statülere yönelik olsa da, bazı kamu görevinden ayrılmış kamu görevlileri, baro gibi kamu hizmeti niteliğindeki meslek kuruluşundan çıkmış avukatlar ile yükseköğrenim kurumuyla ilişkisini kesmiş öğrenciler hakkındaki yeni düzenlemeler dikkate alındığında, kanun koyucunun koyduğu kurallarla mevcut boşluğu kısmen ve doğrudan ortadan kaldırmaya çalışmaktadır. Yakın zamanda Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile gelen yeni düzenleme de boşluğun doldurulmasına yöneliktir. Bu da, mevcut bir norma dayanmadıkça ayrılanlara disiplin cezası verilmesinin mümkün olmadığını göstermektedir.

Bu görüşü savunanlardan Yıldırım'a göre ayrılan personele bildirim güçlüğünden dolayı savunma hakkı kullanılamaz. Savunma alınmadan ceza verilmesi de hukuka aykırı olur. Bu sebeple ayrılan personel hakkında disiplinler işlem yapılamaz. Ancak kötüye kullanmayı önlemek için mevzuata zamanaşımını durduran bir hüküm konması yerinde olur.²⁰

Konuyu yargı mensuplarının disiplin sorumluluğu bağlamında ele alan Eraslan'a göre, görevinden ayrılanlar hakkında disiplin soruşturması açılmaz ve disiplin cezası verilemez. Zira görevle ilişki kesildiğinden öncelikle ceza işlemi konusu itibarıyla imkânsız olacaktır. Öte yandan disiplin yaptırımları kurum düzenini korumak için öngörülmüş bulunmaktadır. Eğer disiplinsizlik yapıp ta istifa veya emeklilik yoluyla hemen ayrılanlara ceza verilmek isteniyorsa, yeniden göreve dönmeyi engellemeye yönelik yasal düzenleme yapılması gerekir. Bu konuda ayrılanlar hakkındaki disiplin soruşturmasının deliller toplandıktan sonra durdurulacağına, yeniden göreve dönülmesi halinde disiplin soruşturmasına kaldığı yerden devam edileceğine ve geçen zaman zarfında zamanaşımının işletilmeyeceğine ilişkin hükümler konulabilir.²¹

2. Evet, Ayrılan Kamu Görevlileri Hakkında Disiplin Soruşturması Yapılabilir ve Disiplin Cezası Verilebilir

Doktrinde genel kabul, -çoğunlukla ayrıntıya girmeden ve Danıştay'ın aşağıda aktarılacak 1977 tarihli kararına temaslara üstü örtülü olarak ifade edilse de-, disip-

²⁰ Ramazan Yıldırım, Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, *İdare Hukuku Dersleri* (8. Baskı, Adalet 2023) 354-355.

²¹ Eraslan (n 12) 285.

lin suçu oluşturan fiili işledikten kamu kurum veya hizmetinden ayrılanlara bazı şartlar altında disiplin cezası verilebileceği yönündedir.²² Bu konudaki görüşünü daha net ifade eden Akgüner'e göre ayrılanlara disiplin cezası verilmesine engel bir durum yoksa da, doktrinde bunun iki ayrı uygulama şekli bulunmaktadır.²³ İlk grubu oluşturanlara göre, disiplin ihlallerinin statüye ilişkin olmasından dolayı ayrılan memura statü dışında kaldığı sürece ceza verilemez. Ancak fâil yeniden memurluğa döndüğü takdirde disiplin prosedürüne kaldığı yerden devam edilerek -şartları varsa- ceza verilebilir.

Doktrinde hâkim olan ikinci grup görüşe göre ise,²⁴ memurun suçun işlendiği andaki fiilî ve hukukî duruma göre soruşturulup cezalandırılması gerekir. Zira memurun kurumdan ayrılmasıyla ihlâl anındaki illiyet bağı ortadan kalkmaz. Bu sebeple soruşturma süreci akamete uğratılmamalı, fâil statü dışına çıkmış olsa dahi soruşturma süreci sonuçlandırılmalı ve gerekli ceza verilmelidir. Bu takdirde, kamu görevliliği statüsünde bulunan kişinin disiplin fiili işlemesi hâlinde bununla ilgili belgelerin sicil dosyasında bulunması gerekir. Öte yandan, disiplin suçunun işlendiği sırada kamu görevlisi olan kişi ayrılarak cezadan sıyrılmak veya uygulanmasını güçleştirmek isteyebilir. Bu bakımdan, kamu görevlisi mevcut mevzuatta (örneğin ilgili 657 sayılı DMK m.92-93'e) göre tekrar memuriyete döndüğünde soruşturmaya kalkmak, idareyi ve ilgilileri, zamanaşımı, delillerin kaybolması ve yetersiz kalması gibi problemlerle karşı karşıya getirebilir. Soruşturmaya devam edilmesi şikkında savunma hakkının tanınması ve kullanılması konusunda müşkü-

²² Bize göre açıkça veya zimnen bu görüşü destekleyenler: Yılmaz Günel, 'Disiplin Cezaları' (1958) 13 (2) AÜSBF Dergisi 190, 197; Tayfun Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi* (1. Baskı, Der 1992) 107-108; Ömer Asım Livanelioğlu, *Memur Disiplin Hukuku* (2. Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü 2003) 56-57; Sancakdar (n 17) 144-145, 255-257; İbrahim Pınar, *Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, C.II* (1. Baskı, Seçkin 1998) 1578-1579; Mehmet Sağlam, *Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması* (1. Baskı, Mahalli İdareler Derneği 2003) 220-221, 229; Gözler (n 7) 686-687; Atay (n 4) 980; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022), 521-522; Giritli, Akgüner ve Bilgen (n 4) 571-572; Kaman Karan (n 111); Erol Dündar, 'Millî Eğitim Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi' (1988) 18 (68-69) Danıştay Dergisi 3, 44; Hilmi Kırmızıgül, *Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları* (1. Baskı, Kazancı 1988) 289-290; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 4) s.774-775; Taşkın (n 6) 285-286; A. Alper Durmuş, *Memur Disiplin Hukuku* (10 Baskı, Adalet 2014) 311; Kazım Önder, *Disiplin Mevzuatı Ders Notu* (1. Baskı, Emniyet Genel Müdürlüğü 1985) 73-74; Gözler (n 4) 686-688; Yıldırım, Melikşah, Kaman Karan, Özdemir, Üstün ve Okay Tekinsoy (n 4) 262; Oğuz Sancakdar, Elif Altınok Çalışkan, Gizem Dursun, Serkan Seyhan ve Pınar Yağcı, *Disiplin Hukuku* (1. Baskı, Turhan 2019) 173; Işıklar (n 4) 157-158; Burak Bozkurt, *Danıştay kararları ışığında Disiplin Cezalarının Yargısal Denetimi* (1. Baskı, Yetkin 2019) 202.

²³ Bu ayırım şekli ve iki görüş hakkında bilgi için bkz. Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi* (n 22) 107-108. Akgüner kimlerin ilk görüşü savunduğunu açıklamamıştır.

²⁴ İkinci görüş ve bu gerekçeler için bkz. Akgüner, *Kamu Personel Yönetimi* (n 22) 107-108. İkinci görüşü savunan yazarlar: Livanelioğlu (n 22) 56-57; Sancakdar (n 19) 255-257; Pınar (n 22) 1578-1579; Sağlam (n 22) 220-221, 229; Atay (n 22) 944; Kırmızıgül (n 22) 289-290; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 4) 774-775; Taşkın (n 6) 285-286; Aslan ve Altındağ (n 13) 56-57; Durmuş (n 22) 311; Günel (n 22) 197.



lat çıkabilir ise de, ayrılan memura Tebligat Kanunları uyarınca (gerekirse ilanen) bildirimde bulunmak suretiyle savunma yapma ve özellikle kendi delil ve ispat araçlarını sunma imkânı verilebilir.²⁵

Ayrılan personele disiplin cezası tatbik edilebileceğini kabul edenlerden Günal, Fransa’da greve katılmadığı için para cezası verilen sendika üyesi işçinin istifası hâlinde bu cezayı ödemekten kurtulamayacağına dair uygulamayı örnek vermektedir.²⁶

Bu görüşe sınırlı şekilde destek veren Sancakdar, Fransa ve Almanya’dan farklı olarak emeklilik ihtimalinde çıkarma yaptırımının uygulanmasına – DMK m.92-93’deki durum söz konusu olmadıkça- imkân olmadığını ileri sürmektedir.²⁷

3. Görüşümüz

Ayrılan personele disiplin işlemi yapılıp yapılmaması, özellikle dış işleri, koluk, Silahlı kuvvetler ve yargı mensubu kamu görevlilerinin işledikleri mesleğin saygınlığına gölge düşürecek derecede ağır disiplin ihlallerinde büyük önem arz etmektedir. Örneğin, bir hâkim, TSK mensubu veya benzeri kamu görevlisi statüde iken hırsızlık yapmış veya gayritabii mukarenette bulunmuş olabilir. İlgili cezadan kurtulmak için istifa etmiş veya emekli olmuş ise soruşturma yapılıp ayırma/ çıkarma cezası verilemeyecek midir? Yeni düzenlemeleri hariç tutarsak bugüne kadar kanunlarda bu hususa ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bize göre, gerek ağır disiplinsizliklerin cezasız kalmaması, gerek kamu hizmet ve görevinin itibarının korunması, gerekse aynı fiili işleyen personel arasında adalet ve eşitliği sağlamak açısından bu konuda açık bir hüküm koymak yerinde olurdu. Buna TSK’dan örnek verelim: Emeklilik veya istifa hakkını kazanmış bir muvazaf üst ile henüz meslekte yeni bir ast arasında gerçekleşen gayritabii mukarenette, emekli/müstafi olma imkânı olmayan ast hakkında disiplin işlemi yapılıp gerektiğinde TSK’lerinden ayırma cezası verilebilirken, olayın akabinde hemen ayrılan üstün cezasız kalması kabul edilemez.

Bize göre, kanunda açıkça öngörülme bile, –ölüm hariç- her ne sebeple olursa olsun kamu görevinden ayrılan personel hakkında disiplin soruşturması yapılmasına ve akabinde ceza tesisine engel bir durum bulunmamaktadır. Disiplin cezası verilebilmesi için ayrılan personelin tekrar kamu görevine dönmesi beklenmemelidir. Personel statü dışında iken soruşturma da yapılabilir, gereken ceza da verilebilir. Burada önemli gerekli usûlî aşamaların tamamlanmasıdır. Belirtmek gerekir ki, disiplin cezası işleminin tesisi ile bunun ilgiliye tatbik edilip edilememesi, yâni yerine getirilebilmesi birbirinden ayrı hususlardır. Personelin ayrılması

²⁵ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları (3. Baskı, Hak Kitabevi 1966) 507.

²⁶ Günal (n 22) 197.

²⁷ Sancakdar (n 19) 256. Bu görüşün tekrarı için bkz. Sancakdar, Altınok Çalışkan, Dursun, Seyhan ve Yağcı (n 22) 173; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan (n 22) 521-522.

olması sebebiyle belirlenen cezanın tatbik edilmemesinin bir önemi yoktur. Kaldı ki, meslekten çıkarma cezası alan bir personelin şartları varsa devlet memurluğuna girmesi söz konusu olabilir. Çıkarma cezası evleviyetle ve mahiyeti gereği evrak üzerinden uygulanacak, buna karşılık diğer cezalar personelin yeniden memuriyete dönmesi hâlinde uygulanabilecektir. Meğerki savunma hakkının tanınması, yerine getirme zamanaşımı ve diğer hususlarda uygunsuzluk olmasın. Ayrılma hâlinde soruşturma zamanaşımı süresini durdurmaya ve/veya yeniden kamu görevine döndüğünde belli bir sürede işlem tesisine yönelik yasal düzenleme öngörülmüşse bu hususa dikkat edilmelidir. 657 sayılı DMK'da olduğu gibi eğer böyle bir düzenleme yoksa soruşturma süreci ve cezalandırma işlemi ilgili mevzuatta belirtilen zamanaşımı süresi içinde tamamlanmalıdır. Hiç şüphesiz statü dışındaki personele bütün tebligatlar Tebligat Kanunu dairesinde yapılmalıdır.

İdarî işlem teorisi açısından disiplin cezası kararları birer idari yaptırım olarak idare hukukunun ceza hukukuna en yakın olduğu alanını oluşturur. Burada da ceza hukukunda olduğu gibi, kanunla tanımlanan bir disiplin suçunu işleyen ve bu sebeple yargılama benzeri bir idarî usul sonunda yaptırıma muhatap olan bir fâil söz konusudur. Nasıl zimmet suçu işlemiş bir Devlet memuru hakkında memurluktan ayrılmış olsa bile ceza takibatı yapılabilirse, aynı şekilde disiplin soruşturması da yapılabilir. Statü kaybı disiplin suçunun bir unsuru olmadığı gibi illiyet bağını kesen bir olgu olarak görülemez. Statüden çıkma sorumluluğu kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi olarak da kabul edilemez. Kaldı ki başta 657 sayılı DMK olmak üzere mevzuatımıza göre bütün disiplin âmirleri/kurulları disiplinsizlik işlendiğinde fâil hakkında soruşturma yapmak ve gerekiyorsa öngörülen cezayı vermek zorundadır.

Kamu görevlisinin yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklanan disiplinsizliğin giderilmesi salt ve sâdece fâilin ıslahı ile ödetmeyle ilgili bir konu değildir. Disiplin yaptırımlarının kurum düzenini ve bozulan disiplini yeniden sağlama, korkutma/caydırıcılık, ilgileri koruma ve en nihayet temizleme/ayıklama gibi işlevleri de devrededir.²⁸ Ayrılan personelin cezasız bırakılması bu fonksiyonların zayıflatılmasıyla birlikte başka mesleğin itibarını ve otoriteye duyulan güveni sarsar. Skandala karışan bir diplomatın veya herkesin içinde edep dışı harekette bulunan bir kolluk personelinin olayın hemen akabinde istifa veya emeklilik yoluyla statüden ayrılması hâllerinde olduğu gibi. Bu kişilere gerekli disiplinler işlemin yapılması hem diğer görevliler bakımından emsal teşkil oluşturacak, hem de kamuoyu nezdinde mesleğin itibarının korunmasını sağlayacaktır.

Diğer taraftan mevzuatımızda ayrılan personele disiplinler işlem yapılabilmesini sağlayan düzenlemeye yer verilmemiş olması kanun boşluğu olarak değerlendirilemez. İdarenin disiplin ihlali halinde soruşturma yapma ve cezalandırma zorunluluğu bulunduğu ortada bir boşluk yoktur. Tam tersine, bize göre bir

²⁸ Bu işlevler için bkz. Sancakdar (n 17) 151-153; Işıklar (n 4) 97-100.



yasal düzenleme gerekiyorsa, bu, ayrılan personel hakkında disiplinler işlem yapılmasını engelleyici yönde olmalıdır. Yine bu konudaki bazı yeni düzenlemelerden hareketle kanun koyucunun esasında mevcut boşluğu doldurduğu iddia edilebilir. Böyle olsaydı buna zamanında Devlet Memurları Kanunu gibi yaygın ve geniş çaplı uygulanan düzenlemelerden başlanması gerekirdi. TSK, kolluk ve öğretim üyesi gibi özellikli kamu görevlileri hakkındaki bu yeni düzenlemeler kurucu değil, tereddütleri gidermeye yönelik bildirici ve açıklayıcı niteliktedir.

Danıştay'ın yeni düzenlemelerden önceki döneme ilişkin içtihadı bu söylediklerimizi doğrulamaktadır.

B. Danıştay'ın Yaklaşımı

Öncelikle idarenin uygulanmaktan kaçınmasından dolayı konuyla ilgili uyuşmazlıkların idari yargıya nadiren taşındığını ve bu yüzden pek fazla karar bulunmadığını, bu kararlarında biri hariç²⁹ ikinci görüş yönünde olduğunu belirtelim.

Konuyla ilgili olarak uygulamada ve doktrinde Danıştay'ın 1977 tarihli içtihadına sıkça başvurulmaktadır. Bu içtihatta Danıştay, suçun memur iken işlendiğini, herhangi bir sebeple ayrılmasının suçu işlediği andaki illiyet rabitasını ortadan kaldırmayacağını, artık o kişinin memuriyet sıfatı kalmadığı gerekçesine dayanarak “suçun işlendiği zamanda yürürlükte olan mevzuata göre ceza verilmesi gerektiğine dair hukuk kuralının” tatbikinden kaçınılamayacağını, fiilen uygulama imkânı olmasa bile ceza evrakının siciline işleneceğini ve yeniden memuriyete dönerse ilgiliye uygulanabileceğini belirterek, ayrılan memura ceza tayininde isabetsizlik görmemiştir.³⁰

Danıştay'ın başka kararlarında da doğrudan verdiği hükümlerle veya dolaylı ifadelerle ayrılan personel hakkında disiplin soruşturması yapılabileceğini belirtmektedir.³¹ Bir uyuşmazlıkta polis iken çeşitli tarihlerde işlediği fiiller sebebiyle hakkında soruşturma yapılan ve 23.2.2004 tarihinde emekli olan davacı hakkında Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu tarafından 24.2.2004'de aylıktan kesme, uzun süreli durdurma ve meslekten çıkarma cezaları verilmiştir. Danıştay disiplin işlemi yapılmasında herhangi bir sakınca görmezken, isnat edilen fiillerin ve bu fiillerin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün hangi maddeleri

²⁹ Doktrinde şu kararın ayrılanlar hakkında disiplin uygulaması yapılamayacağı yönünde olduğu ifade edilmektedir: DİDDK 25.9.1964 2963/391 1964/352, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 93-94. s.49, Eraslan (n 12) 284'ten naklen.

³⁰ Danıştay 3. D, E.1977/47, K.1977/42, 27.1.1977, DD, S.28-29, s.116. Aynı yönde Danıştay, 10. D, E.1985/1977, K.1635, 2.12.1985, Dündar (n 22) 44 ve Kırmızıgül (n 22) 290. Bunun gibi DDDK, E.1980/256, K.1981/463, 24.4.1981, DD, S.44-45; 8. D, E.1997/5324, K.3368, 21.11.1997, DD, S.96, s.461-463.

³¹ Bir Danıştay üyesi, bu konuda uygulamada bir duraksama olmadığını, görevden ayrılmış olanlara ceza verilebileceği hususunda yargı dairelerinden bir itiraz gelmediğini belirtmiştir. Yücel İrmak, ‘Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi’ in İdari Yargı Paneli (11-12 Nisan 2013) (TBB-Mersin Barosu Yayını 2013) 182.

kapsamına girdiğinin tek tek belirtilmemesinin savunma ve dava haklarının sağlanmasını engellediğine hükmetmiştir.³²

Ayrılan personele disiplin cezası verilebilmesi için disiplinsizliğin statüde iken gerçekleşmesi gerekir. Böyle bir uyuşmazlıkta, Yüksek Disiplin Kurulu'nun 20.02.2007 tarihli kararıyla Devlet memurluğundan çıkarılan ve 06.04.2007 tarihinde görevinden ayrılan bir gümrük muhafaza memuru hakkında, valilik tarafından, görev yapmakta iken belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmadığından bahisle 657 sayılı DMK m.125/D-j uyarınca "1 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması" cezası verilmiştir. Memurun Valilik İl Disiplin Kurulu'nun 13.02.2008 günlü ve 2008/22 sayılı kararının iptali istemiyle açtığı davada, Danıştay, memur sıfatı sona erse bile memuriyet içerisindeki hal ve davranışları sebebiyle kamu görevlisine disiplin cezası verilebileceğine, ancak memur sıfatı sona erdikten sonraki dönemde işlediği fiillerden dolayı disiplin cezası verilemeyeceğine, öte yandan 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun (6/f) maddesinin, Devlet Memurluğundan tamamen çıkarılan kişileri kapsamadığına karar vermiştir.³³ Başka bir gümrük muayene memuru olarak görev yapmakta iken isteği üzerine emekliye ayrılan davacı hakkında da, görev yaptığı döneme ilişkin başlatılan soruşturma sonucu ceza verilebileceğine hükmedilmiştir.³⁴

Hâkim ve Savcılar Kurulu görevden ayrılanlar hakkında disiplinler işlem yapmakta sakınca görememektedir.³⁵ Başka bir uyuşmazlıkta, Danıştay, görevden ayrılmadan önce delilleri kasten ters yönde değerlendirerek karar veren hâkim hakkında ayrıldıktan sonra Yüksek Hâkimler Kurulu tarafından çıkarma cezası verilmesinde kanuna aykırılık görmemiştir.³⁶ Bunun gibi Danıştay, esâsen DMK m.56 kapsamında işlem yapılması gerektiğinden aday memurlara çıkarma cezası verilmekle beraber, DMK'nun 125'inci maddesinde yazılı diğer suçların uygulanabileceğine hükmetmiştir.³⁷

Disiplinsizlikte bulunun personel daha sonra başka bir statüde kamu görevi yürütüyor olabilir. Bu takdirde önceki statüye bağlı olarak verilen ceza yeni statüsünü de etkiler, ayrıca yeniden ceza kararı alınmasına gerek yoktur. Bu çerçevede Danıştay Ziraat Bankası A.Ş. Genel Müdürlüğünde görevli iken işlediği bir suçtan dolayı Ziraat Bankası Yüksek Disiplin Kurulu tarafından görevden çıkarma cezası verildikten sonra, personele ayrıca davacının halen görev yaptığı Orman Genel

³² Danıştay, 12. D, E.2005/6353, K.2006/540, 22.6.2006, DD, S.113, s.376.

³³ Danıştay 12.D, 2009/7516-2013/6366, 18.9.2013, DD, S. 136, s.279-282.

³⁴ Danıştay 12. D, E.2016/8717, K.2017/505, 23.2.2017, DBİM. Bunun gibi 12. D, E.2006/3521, K.2007/ 1413, 26.3.2007, DD, S.116, s.364.

³⁵ Eraslan (n 12) 286.

³⁶ Danıştay DDK, 1965/158-1966/1277, 5.11.1966, Kırmızıgül (n 22) 290. Bunun gibi, 12. D, E.2012/576, K.2012/576, Eraslan (n 12) 286.

³⁷ Danıştay 12. D, 1999/4857-2001/4260, 6.12.2001, DBİM.



Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu tarafından da çıkarma cezası kararı alınmasına gerek bulunmadığına hükmetmiştir.³⁸

Kaldırılmadan önce Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bu yönde kararlar vermiştir. Bir uyuşmazlıkta, davacı, 15.08.2013 tarihinde verdiği istifa dilekçesinin işleme konulmayıp hakkında ayırma işlemi tesis edilmesinin hukuka aykırı olduğunu öne sürmüş ise de, AYİM, 10.05.2013 tarihinde savunmasının alınmasıyla ayırma işleminin başlatıldığından haberdar olan davacının 15.08.2013 tarihinde istifa dilekçesi verdiği, bir meslektaşını böyle bir duruma sokan ve başka mağdurlar yaratabilecek olumsuz kişiliğe sahip davacının TSK emekli statüsünden (kimlik kartı, orduevi, askerî kamp vb. imkânlar) yararlandırılmaması gerektiğini göz önüne alınarak istifa işlemi yapılmadan öncelikle Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla TSK'den ayırma disiplin cezasına tâbi tutulması şeklindeki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.³⁹

Statü dışında verilen disiplin cezası verildiği takdirde yetkili idare mahkemesi 2577 sayılı İYUK m.33/2'ye göre belirlenir.⁴⁰

III. GÖREVDEN AYRILAN PERSONEL HAKKINDA DİSİPLİN İŞLEMİ YAPILMASINI SAĞLAYAN YENİ DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Daha önce de ifade edildiği üzere mevzuatımızda ayrılanlar hakkında disiplin soruşturması yapılmasına ve gerektiğinde disiplin cezası verilmesine imkân veren herhangi bir kanun bulunmamakta idi. Bununla birlikte bu konuda meslek ve kamu görevinden ayrılan personele disiplin işlemi yapılmasına ilişkin açıklayıcı nitelikte bir takım idarî düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin, Türk Akreditasyon Kurumu Personel Yönetmeliği'nde bu doğrultuda “cezaı gerektiren bir fiilden sonra çekilme, nakil, emeklilik veya diğer sebeplerle Kurumdan ayrılma disiplin kovuşturmasına veya cezanın verilmesine engel olmaz” şeklinde bir hüküm (m.60) bulunmaktadır. Benzer bir düzenleme de (20.10.2017 tarih ve 30216 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik ile mülga) Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 21. maddesinde yer almaktadır. Keza Avukatlık Kanunu'nun 138. maddesinde de, avukatlıktan ayrılmanın statüde gerçekleşen ihlallerden dolayı disiplin kovuşturmasına engel olmadığı hüküm altına alınmıştır.

³⁸ Danıştay 12. D, E. 2003/1341, K. 2004/2410. Bunun gibi başka bir kurumda Devlet memurluğundan çıkarma cezası alan davacının, daha sonra bu atandığı yeni görevinde durumun anlaşılması nedeniyle görevine son verilmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığı hakkında, Danıştay 5. D, E. 1982/302, K. 1983/7751.

³⁹ AYİM 1.D, E.2013/994, K.2014/844, 23.9.2014, Celâl Işıklar, *TSK Disiplin Kanunu*, C.I (2. Baskı, Adalet 2022) 91.

⁴⁰ Emekli olan kamu görevlilerinin görevli bulunduğu sırada işlediği fiiller nedeniyle verilen disiplin cezaları ile ilgili davalarda son görev yaptığı yer idare mahkemesinin yetkili olduğu hakkında: Danıştay 8. D, E.1997/5324, K.1997/3368.

Benzer şekilde Avrupa Birliği Personel Tüzüğü'nde, görevden ayrılmış olan personele de disiplin cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Görevden ayrılmış personele verilecek disiplin cezası, emeklilik aylığının tamamen veya kısmen, sürekli veya süreli olarak kesilmesidir. Bu cezanın verilebilmesi için verilecek cezanın diğer personeli etkilememesi gerekir.⁴¹

Her ne kadar başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere konuyla ilgili genel bir yasal düzenleme yoksa da, yakın zamanlarda Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği ile 30.1.2013 tarih 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan değişikliklerle ayrılanlara disiplin cezası verilmesini mümkün kılan hükümlere yer verildiği görülmektedir.

B. Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 34/3. Maddesi Hükümü

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 134. maddesine istinaden çıkarılan ve 30.4.2021 tarihinde yürürlüğe konan Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği (DMDY) ile 1982 yılından beri yürürlükte olan Disiplin Amirleri ve Disiplin Kurulları Hakkında Yönetmelik (RG. 30.04.2021/31470) ilga edilmiştir. Bu yeni Yönetmelikte memurluktan ayrılanlarla ilgili disiplin soruşturmasının akıbeti hakkında açık hükme yer verilmiştir. DMDY'nin "Disiplin soruşturması ve cezaları hakkında çeşitli hükümler" başlıklı 34. maddesinin 3. Fıkrasına göre;

"Hakkında açılan disiplin soruşturması devam ettiği sırada, ölüm hâli hariç olmak üzere, herhangi bir sebeple memuriyeti sona erenlerin soruşturmaları tamamlanır. Soruşturma sonucunda 657 sayılı Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslar çerçevesinde kesinleşen disiplin cezaları ilgililere tebliğ edilir ve karar özlük dosyasına konulur. Bu durumda olanların tekrar memuriyete dönmeleri durumunda verilmiş olan ceza uygulanır."

Öncelikle bu hüküm öncesinde (aşağıdaki özel nitelikteki iki kanun dışında) genel ve geniş kapsamlı bir düzenleme bulunmadığını belirtelim. Doktrinde bu hükme kadar memurluktan ayrılanlar disiplin cezası verilip verilemeyeceği konusunun tartışmalı olduğu,⁴² bu düzenlemeyle artık bu tartışmalara son verilmiş bulunduğu ifade edilmektedir.⁴³ Bu düzenleme eleştirilere açık gözükmemektedir. Nitekim, ilgili fıkra hükmünde disiplin cezasının 657 sayılı Kanun ve bu yönetmelikte öngörülen usuller çerçevesinde kesinleşmesinden bahsedilmekte ise de, Kanun'a göre disiplin cezasının kesinleşmesinin ilgisine tebliği ve ilgisinin de süresinde cezaya itiraz etmemesi veya itirazın reddedilmesi hâllerinde mümkün olduğu, her ne kadar bu sü-

⁴¹ Avrupa Birliği Personel Tüzüğü, (m. 86), Official Journal, Special Edition (1959-1962), s. 154, nakl. Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri" (1999) 8 (3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 55, 59.

⁴² Yıldırım, Çınarlı ve Azak (n 20) 354-355.

⁴³ Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, "Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme," (2021) 2(1) NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 15, 29.



reç devlet memurluğu sona eren kişi hakkında işletilebilse de teknik olarak disiplin cezasının kesinleşmesinden söz edilemeyeceği, esâsen uygulanmayan ve hukuki bir sonuç doğurmayan bir disiplin cezasının kesinleştiğinin söylenemeyeceği, kaldı ki cezanın tebliği ile itiraz gibi bazı hususlarda sorunlar çıkabileceği, bu itibarla hükmün uygulama yönünden belirsizlikler taşıdığı ileri sürülmektedir.⁴⁴

Kendi görüşümüzü ifade ederken dile getirdiğimiz gibi, bildirimlerin Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca yapılması halinde cezanın kesinleşmesinde bir sorun yaşanmayacağından ortada belirsizlik olduğu söylenemez. Bize göre asıl sorun düzenlemenin kanun bazında yapılmamış olmasının yanı sıra başlamamış soruşturmaları kapsamaması gibi hususlardır. Ayrıca hükümde cezanın tekrar memuriyete dönme halinde uygulanacağı belirtildiğinden, çıkarma cezasını kapsayıp kapsamadığı hususunda tereddüt uyandırmaktadır. Doktrinde gayet isabetli olarak henüz soruşturma başlatılmadan ayrılan memurları kapsamayan hükmün caydırıcılık açısından yetersiz olduğu, bu bakımdan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.53/A, 1-m’de yer alan düzenlemeye benzer bir şeklin daha uygun düşeceği ileri sürülmektedir.⁴⁵

C. 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun M.53/A,1-m Hükmü

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na 2.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanunla eklenen “Disiplin soruşturması ve savunma hakkı” başlıklı 53/A maddesinin birinci fıkrasının (m) bendi uyarınca Yükseköğretim kurumlarındaki öğretim görevlileri hakkında ayrıldıktan sonra da disiplin soruşturması yapılın disiplin cezası verilebilecektir. Buna göre, Kanunda yazılı disiplinsizlik “Fiili işleyen emeklilik veya başka nedenlerle görevinin sona ermesi, hakkında soruşturma açılmasına ve soruşturmanın devamına engel olmaz. Bu durumda soruşturma sonunda verilen disiplin cezası, özlük dosyasında saklanır. Aylıktan veya ücretten kesme ve kademelerle ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezaları ilgilinin kamu görevine dönmesi ya da bir vakıf yükseköğretim kurumunda göreve başlaması halinde uygulanır.”

Kanun’da ayrıca özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği dikkate alındığında, bu bende göre yapılacak işlemlerde Kanun’un 53/C maddesi hükümlerine uyulması gerekmektedir. Ayrıca bildirimler Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır. Kanaatimizce Kanunu’nun 53/C maddesinin dördüncü fıkrası hükmüyle, mahkemelerin yıllar sonra verebileceği iptal kararları üzerine yeni ceza tesisi için idareye üç ay ek süre yetkisi tanıdığı dikkate alındığında, benzer şekilde burada da ayrıca zamanaşımı süresi belirlenmesinde yarar vardır.⁴⁶

⁴⁴ Çınarlı ve Azak (n 38) 29-30.

⁴⁵ Bu gerekçeyle Kulaç DMDY’nin 34. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinin “ölüm hali hariç olmak üzere, herhangi bir sebeple memuriyetin sona ermesi, görevdeyken işlenip disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallere ilişkin disiplin soruşturmasına başlanmasına ve başlayan soruşturmanın neticelendirilmesine engellemez.” şeklinde değiştirilmesini teklif etmektedir. Kulaç (n 13) 75.

⁴⁶ Yükseköğretim Kanunu’na eklenen 53/C maddesinin konuya ilişkin dördüncü madde hükmü

Diğer taraftan, 2547 sayılı Kanuna 6764 sayılı Kanunla eklenen 54 maddenin 6/d bendinde, disiplin suçunu işledikten sonra yükseköğretim kurumundan her ne sebeple olursa olsun ayrılmış öğrenciler hakkında soruşturma açılabileceği, açılmış soruşturmaya devam edilebileceği ve gerekli kararların alınabileceği hüküm altına alınmıştır.⁴⁷

D. 6413 Sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun M.13/9 Hükümü⁴⁸

6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 13. Maddesine 16.7.2020 tarih ve 7250 sayılı Kanunla eklenen dokuzuncu fıkraya göre, "Türk Silahlı Kuvvetlerinden çeşitli nedenlerle ilişkisi kesilmiş olanlar hakkında, ilişkileri kesilmeden önce Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası verilmesini gerektiren bir disiplinsizliği işlemeleri nedeniyle 39 uncu maddedeki zamanaşımı süresi dolmadan önce, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası verilir."

Sâdece Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasına özgü statü dışında da ayırma imkânı veren bu hükmün TSK'da görevli iken ayrılan muvazzaf ve yedek subay/astsubay, uzman erbaş ve sözleşmeli erler hakkında tatbik edilebileceğini anti parantez belirtelim. Bu aşamada bu profesyonel askerlerin durumunun diğer kamu görevlilerinden farklı olduğunu, bunların TSK dışına çıktıklarında ayrıca TSK emeklisi statüsünü elde edeceklerini söylemek gerekir. Gerçekten de, profesyonel askerler TSK'dan normal şekilde ayrılmalari hâlinde sâdece Devletin her kamu görevlisine tanıdığı (SGK ile ilişkilendirilmiş) emeklilik hakkı ve bu statüyü bağlı aylık, sağlık yardımı vb. haklara değil, TSK'dan subay/astsubay statüsünü kaybetmeden ayrıldıklarında aynı zamanda 1076 sayılı Kanun çerçevesinde (ileride tatbikat, savaş ve seferberlikte yine aynı rütbeyle görev yapmak üzere) yedekte subay/astsubay statüsüne sahip olurlar. Buna ilâveten, TSK emeklisi olarak emekli askerî kimliği, ordu ve benzeri sosyal tesislerden istifade, askerî sağlık kuruluşlarından yararlanma gibi birçok hak ve imkânın sahibidirler. En önemlisi, bu hak ve imkânlarla beraber ordu emeklisi bir fert olarak TSK camiasının bir parçası olmaya devam ederler. Bütün bu hal ve olguları dikkate alan AYİM yukarıda belirtildiği gibi bahsedilen hüküm yokken de -zamanaşımı süresi içinde- ayırma cezası verilebileceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla yeni hüküm kurucu değil, bildirici ve açıklayıcı niteliktedir. Kanun kararda olduğu gibi açıkça cezanın zamanaşımı süresinde verilmesini şart koştur.

şöyledir: "Disiplin cezasının yargı kararıyla iptal edilmesi hâlinde, kararın idareye ulaştığı tarihten itibaren kalan disiplin ceza zamanaşımı süresi içerisinde, zamanaşımı süresinin dolması veya üç aydan daha az süre kalması hâlinde en geç üç ay içerisinde karar gerekçesi dikkate alınarak yeniden disiplin cezası tesis edilebilir."

⁴⁷ Bkz. Egemen KARACA, Üniversitelerde Disiplin Rejimi (1. Baskı, Yetkin 2019) 196. Buna benzer şekilde Yükseköğretim Kanunu'na 2.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanunla eklenen 54 maddenin 6/d bendinde de, öğrenciler hakkında "Öğrencinin, disiplin suçunu işledikten sonra yükseköğretim kurumundan her ne sebeple olursa olsun ayrılmış olması, soruşturma açılmasına, devamına ve gerekli kararların alınmasına engel teşkil etmez." hükmüne yer verilmiştir.

⁴⁸ Geniş bilgi için bkz. Işıklar (n 35) 344-345.



Ayırma cezası verilebilmesi için hiç şüphe yok ki başta savunma hakkının tanınması olmak üzere gerekli usulî aşamalar tamamlanmalıdır. Burada da tebligatlar Tebligat kanunu hükümlerine göre yapılmalıdır. Esâsen, disiplin âmirleri, disiplinsizlik işlendiğinde fâil hakkında takibatta bulunmak ve gerekli cezayı vermek zorundadır. Personelin ayrılmış olması sebebiyle belirlenen cezanın infaz edilmemesinin bir önemi yoktur. TSK'lerinden ayırma cezası evleviyetle ve mâhiyeti gereği evrak üzerinden uygulanacaktır. Personel evrak üzerinde yedek er statüsüne geçirilerek TSK emeklisi statüsüne son verilerek SGK emeklisi statüsüne sokulacaktır. Bu kapsamda TSK emekli kimlik kartı, askeri tesislerden yararlanma girişi hakkı gibi haklarını yitireceklerdir. Bununla birlikte cezanın gerekleri personelin çağrıldığı bir seferberlik tatbikatına katılması veya savaş ve seferberliğe celbi hâlinde yerine getirilebilecektir.

Yeni düzenlemede zamanaşımı dışında bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla personel ayrılmadan önce disiplin soruşturmasına başlanmış olması şart değildir. Personelin ayrıldıktan sonra herhangi bir surette ayırmayı gerektiren bir disiplinsizlik işlemi olduğu yetkili kişilerce öğrenilmiş olması hâlinde de, soruşturma zamanaşımı süresinde soruşturmaya yapılabilir ve duruma göre ceza zamanaşımı süresi dolmamışsa ayırma cezası verilebilir. Aynı hususlar disiplin soruşturması başladıktan sonra ilişkisini kesmiş olan personel hakkında da geçerlidir.

SONUÇ

Kamu görevlileri görevdeyken disiplin suçu işlemiş ve henüz disiplin işlemi yapılmadan önce statü dışına çıkmış olabilir. İlgili bu suretle disiplin cezasından kurtulmak isteyebilir. Hak, adalet ve hizmet gereklerine aykırı bu duruma açık bir hukuk kuralıyla engel olmak gerekir. 2021 yılında uygulamaya başlanan Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği bir yana bırakılacak olursa mevzuatımızda böyle genel ve kapsamlı bir yasal düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte Danıştay az da olsa istikrarlı kararlarıyla konuya olumlu bir çözüm getirmiş bulunmaktadır. Danıştay içtihadına göre, zamanaşımı süresi, savunma hakkı gibi hususlara dikkat etmek kaydıyla, ayrılan personel hakkında disiplin takibatı yapılabilir. Disiplin soruşturması sonunda verilen cezanın uygulanamamasının önemi yoktur. Kararın gereği mümkünse evrak üzerinden yerine getirilir ve ilgili belgeler dosyasına konulur. Danıştay bu içtihadını bugüne kadar değiştirmemiştir.

Son zamanlarda TSK Disiplin Kanunu ile Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan değişikliklerle kısmî ve istisnaî de olsa ayrılanlar hakkında disiplin işlemi yapılmasını sağlayıcı hükümler getirildiği görülmektedir. Bize göre bu hükümler bildirici ve açıklayıcı mahiyettedir. Yine de belirtmek gerekir ki, ayrılanlar hakkında disiplin takibatı yapma yetkisi kötüye kullanılmaya müsaittir. Özellikle tecrübesiz âmirlerin alelusül ve subjektif değerlendirmelerle, zayıf delillere dayanarak ve/veya daha basit disiplinsizliklerden dolayı yerli yersiz soruşturma başlatması mümkündür. Bu bakımdan ilişkisi kesilen personel hakkında soruşturma başlatma

yetkisini daha yüksek hiyerarşik âmirlere tanımak daha doğru olur.

Kanaatimizce, tüm kamu görevlilerini kapsayacak şekilde başta 657 sayılı DMK olmak üzere ilgili personel mevzuatına açık ve net kurallar koymak isabetli olur. Bu konuda TSK, kolluk, Üniversite ve yargı mensupları gibi bazı özellikli kamu görevlileri ile diğerleri arasında işin mahiyetine göre farklı kurallar öngörülebilir. Yapılacak düzenlemelerde gerek nispeten önemsiz olan ve gerekse bir defa uygulanabilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme gibi cezalar hakkında disiplinler işlem yapılamayacağı yönünde hükümlere yer vermek yerinde olur. Bu tür hükümler kapsam ve sınırlarının kanunla tayin edilmesi halinde hem tereddütleri gidermeye yarar, hem de uygulama birliği sağlar. Yeter ki hizmet bunu gerektirsin ve üstün kamu yararı bulunsun.

KAYNAKÇA

Akgüner T, İdare Hukuku Dersleri (2.Baskı, Der 2017).

– –, Kamu Personel Yönetimi (1. Baskı, Der 1992).

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, Türk İdare Hukuku (8. Baskı, Seçkin 2017).

Aslan Z, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları (1. Baskı, Alfa 2001).

Aslan Z ve Altındağ H, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması (1. Baskı, Seçkin 2018).

Atay E E, İdare Hukuku (9. Baskı, Turhan 2023).

Avcı M, Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Kamu Görevliliğine Giriş (1. Baskı, Yetkin 2009).

Bozkurt B, Danıştay kararları Işığında Disiplin Cezalarının Yargısal Denetimi (1. Baskı, Yetkin 2019).

Çağlayan R, İdare Hukuku Dersleri (10. Baskı, Adalet 2022).

Çınarlı S ve Kazak K, ‘Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin Bir İnceleme,’ (2021) 2 (1) NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 15-31.

Durmuş A A, Memur Disiplin Hukuku (10 Baskı, Adalet 2014).

Dündar E, ‘Milli Eğitim Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi’ (1988) 18 (68-69) Danıştay Dergisi 3-45.

Eraslan Y, Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu (1. Baskı, Adalet 2018).

Giritli İ, Bilgen P, Akgüner T ve Berk K, İdare Hukuku (7. Baskı, Der 2015).

Gözler K, İdare Hukuku, C.I-II (1. Baskı, Ekin 2003).



- Gözler K ve Kaplan G, İdare Hukuku Dersleri (22. Baskı, Ekin 2020).
- Günel Y, 'Disiplin Cezaları' (1958) 13 (2) AÜSBF Dergisi 190-211.
- Günday M, İdare Hukuku (11. Baskı, İmaj 2017).
- Irmak Y, 'Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi' in İdari Yargı Paneli (11-12 Nisan 2013) (TBB-Mersin Barosu Yayını 2013) 169-182.
- Işıklar C, Kamu Disiplin yaptırımları (1. Baskı, Adalet 2019).
- –, TSK Disiplin Kanunu, C.I (2. Baskı, Adalet 2022).
- Kaman Karan N, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi (1. Baskı, Seçkin 2003).
- Kaplan M, 'Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı,' Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2015) 5 (2) 49-77.
- Karaca E, Üniversitelerde Disiplin Rejimi (1. Baskı, Yetkin 2019).
- Karahanoğulları O, 'Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri" (1999) 8 (3) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 55-77.
- Karşlı M R, İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı (1. Baskı, Oniki Levha 2016).
- Kırmızıgül Hilmi, Uygulama ve Teoride Disiplin Suç ve Cezaları ve Denetim Yolları (1. Baskı, Kazancı 1988).
- Kulaç D, Devlet Memurlarının Disiplin sorumluluğu (1. Baskı, Adalet 2021).
- Livanelioğlu, Ö A, Memur Disiplin Hukuku (2. Baskı, Türk Hukuk Enstitüsü 2003).
- Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları (3. Baskı, Hak Kitabevi 1966).
- Önder K, Disiplin Mevzuatı Ders Notu (1. Baskı, Emniyet Genel Müdürlüğü 1985).
- Pınar İ, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, C.II (1. Baskı, Seçkin 1998).
- Sağlam M, Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması (1. Baskı, Mahalli İdareler Derneği 2003).
- Sancakdar O, Disiplin yaptırımı Olarak Devlet Memurluğundan Çıkarma ve Yargısal Denetimi, (1. Baskı, Seçkin 2011).
- Sancakdar O ve Tepe İ, 'Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esaslar' (2011) 69 (1-2) İÜHFM 251-272.
- Sancakdar O, Altınok Çalışkan E, Dursun G, Seyhan S ve Yağcı P, Disiplin Hukuku (1. Baskı, Turhan 2019).

Sancakdar O, Önüt L B, Us Doğan E, Kasapoğlu Turhan M ve Seyhan S, İdare Hukuku (11. Baskı, Seçkin 2022).

Taşkın A, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku (1. Baskı, Seçkin 2006).

Yıldırım R, Çınarlı S ve Azak K, İdare Hukuku Dersleri (8. Baskı, Adalet 2023)

Yıldırım T, Melikşah Y, Kaman Karan N, Özdemir Ö, Üstün G ve Okay Tekinsoy Ö, İdare Hukuku (8. Baskı, Oniki Levha 2021).



AIHM VE AYM KARARLARI IŞIĞINDA GEREKÇELİ KARAR HAKKI*

*Right to a Reasoned Decision in the Light of the Decisions
of European Court of Human Rights and Constitutional Court of Türkiye*

Reşat ÇETİNKAYA**

Özet

Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik toplumun temel değerlerini yansıtan bir haklar ve ilkeler bütünüdür. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi, verdiği kararlarda AIHM tarafından adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak ortaya konulmuştur. Gerekçeli karar hakkı, kendi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Yargı kararlarında rasyonel temellendirmeyi inşa eden, dava konusu bulgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı sağlayan karar gerekçesidir. Makul, yasal ve yeterli gerekçe içeren mahkeme kararları, yargısal etkinliklerin verimliliğini artırmaktadır. Tarafların iddialarının karşılanmadığı, esasa etki edecek nitelikteki delil ve bulguların değerlendirilmediği, belirsiz ve çelişkili ifadelerin kullanıldığı, temyiz makamının içselleştirdiği, yasal ifadelerin sürekli tekrarıyla oluşturulan, usulüne uygun tebliğ edilmeyen veya içeriğindeki bilgiye ulaşılamayan gerekçe ise hak ihlallerine yol açacaktır. Gerekçeli karar hakkı kapsamında yaşanan hak ihlallerine ilişkin Anayasa Mahkemesi ve AIHM kararlarında ortaya konulan yaklaşımın insan hakları normlarına katkı sağlayacağı açıktır. Gerekçeli karar hakkının denetlenmesinin sınırlarına yönelik Anayasa Mahkemesi ve AIHM tarafından ortaya koyulan ilke ve prensipler ışığında yapılacak analizler de insan hakları normlarının gelişimi açısından önem kazanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gerekçe, Adil Yargılanma, Gerekçeli Karar, İnsan Hakları, Anayasa Mahkemesi

Abstract

The right to a fair trial is a set of rights and principles that reflect the fundamental values of a democratic society based on the rule of law. The principle of reason for court decisions has been put forward by the ECHR as an element of the right to a fair trial in its decisions. The right to a reasoned decision, beyond being a fundamental right itself, is one of the most effective safeguards that ensure the proper enjoyment and protection of fundamental rights and freedoms. It is the decision justification that establishes the rational basis in judicial decisions and provides the connection between the findings in question and the verdict. Court decisions that are

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

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.11.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Bu çalışma, Doç. Dr. Abdulkadir Yıldız danışmanlığında 03.01.2023 tarihinde tamamladığımız 'Gerekçeli Karar Hakkı' başlıklı yüksek lisans tezi esas alınarak hazırlanmıştır. (Yüksek Lisans, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, Türkiye, 2023)

** İdari Yargı Hakim Adayı, Adalet Bakanlığı, resatcetin@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3000-7361>.



reasonable, legal and contain sufficient justification increase the efficiency of judicial activities. The justification in which the claims of the parties are not met, the evidence and findings that may affect the merits are not evaluated, vague and contradictory expressions are used, the appeal authority internalizes it, is created by constant repetition of legal statements, is not notified properly or the information in its content cannot be accessed, will lead to violations of rights. It is clear that the approach put forward in the decisions of the Constitutional Court and the ECHR regarding human rights violations within the scope of the right to a reasoned decision will contribute to human rights norms. Analyzes to be made in the light of the principles and principles put forward by the Constitutional Court and the ECHR regarding the limits of the supervision of the right to reasoned decision are also important for the development of human rights norms.

Keywords: Justification, Fair Trial, Reasoned Decision, Human Rights, Constitutional Court

GİRİŞ

Modern devlet anlayışının gelişimiyle beraber egemenlik ve hukuk alanındaki düzenlemelerin en temel uğraş alanlarından biri de bireylerin temel hak ve özgürlükleri olmuştur. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri koruma amacıyla kurumsal çözümler ve düzenlemeler daha yaygın hale gelmiştir. Hukuku egemen kılma, adaleti temin etme adına yapılan işlevselliğe yönelik çalışmaların en önemli kısmı yargılama yöntemi ve sürecine ilişkin olanıdır. Adalet, nihayetinde hukuk kuralları çerçevesinde yürütülen, rasyonel¹ ve sistemli bir yargılama neticesinde gerçekliğe ulaşmayı hedefler. Gerçekliğe ulaşmak, elde edilen bulgu ve delillerin belli bir mantık örgüsüyle işlenmesi çabasıyla mümkün olabilir. Dolayısıyla gerçekliğe ilişkin bilginin, birey ve toplum nezdinde mantıksal çerçevesini oturtan kavram olan gerekçe, hukuk düzeninde rasyonel temellendirmeyi inşa ederek hak ve özgürlüklerin korunması işlevini temin eder. Bu işlevsel önemi üzerinden gerekçenin, bizzat adalete hizmet etme bağlamında doğru, haklı, yasal, makul, vicdana ve bilhassa hukuka uygun şekilde temellendirilmesi gerekmektedir².

Gerekçe, adil ve güvenli yargılama faaliyetlerinin güvencesi olarak görülmektedir³. Ayrıca muhakemenin hukuka uygun yürütülmesi adına bir gerekliliğe karşılık gelmektedir. Yargılama faaliyetinin sonunda erişilen, esasa ve usule ilişkin tüm hususların değerlendirildiği, uyuşmazlığın giderilmesine yönelik hükmü içeren bir metin olan gerekçeli karar, tarafların ve hatta kamunun hukuk düzenine olan güvenini perçinlemektedir⁴. Adalet sisteminin keyfiliğe karşı en önemli güvencesi, hâkimin somut verilerden hareketle ortaya koyduğu gerekçesidir⁵. Gerekçeli karar

¹ Adnan Güriz, 'Adalet Kavramının Belirsizliği', *Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Öğretim ve Araştırma Alanı Olarak Felsefe Seçilmiş Metinlerle* (Türkiye Felsefe Kurumu 2001) 319.

² Hilmi Şeker, 'Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri' [2007] Ankara Barosu Dergisi 22.

³ Ender Ethem Atay, 'Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulaması' [2018] Danıştay Dergisi 24.

⁴ Mustafa Artuç, *Hüküm Kurma Sanatı* (Adalet Yayınevi 2015) 693.

⁵ Doğan Gedik, 'Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)', *Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*, vol 21 (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019) 920.

hakkına yönelik pozitif hukukta yapılan düzenlemeler, yargılamalarda keyfi uygulamaların önüne geçilmesine, tarafların haklarının ihlal edilmemesine, hak arama özgürlüğünü kullanan vatandaşlara haklarından faydalanma imkanının verilmesine olanak sağlar.

Gerekçe, adil yargılanma hakkıyla doğrudan ilişkili olması nedeniyle insan haklarına ilişkin normların gelişmesine katkı sağlamaktadır. İnsan haklarının korunması gündemi canlılığını korurken yüksek mahkemeler tarafından adil yargılanma hakkına ilişkin verilen ihlal kararları yeni içtihatlarla yol açmaktadır. Bu bağlamda ‘gerekçeli karar hakkı’na dönük ihlal kararları çoğunlukla adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Nihayetinde, gerekçeli karar hakkına ilişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesinin kararları incelendiğinde, gerekçeye ilişkin temel ilke ve değerler görülebilecektir.

AİHS m.6 kapsamında adil yargılanmanın temel ilkeleri belirtilmiş fakat aynı maddenin gerekçeli karar hakkına yönelik bir hüküm içermediği görülmüştür. AİHM’nin amaçsal yorumuyla adil yargılanma hakkının sınırları oldukça genişletilmiş, nihayetinde gerekçeli karar hakkı içtihadi bir hak niteliği kazanmıştır⁶. Adil yargılanma hakkı ihlallerinin yanında masumiyet karinesi, ifade özgürlüğü, özel hayata saygı gibi temel hak ve özgürlük alanlarının sınırlandırılmasında da niteliksiz gerekçelerin rolü vardır. Temel hak ve özgürlükler ihlallerinin gerekçeyle ilişkili görünüşleri, Anayasa Mahkemesinin yanı sıra AİHM kararlarında da belirginlik göstermektedir.

I. GEREKÇE

A. Gerekçe Kavramı

İnsanoğlunun düşünme faaliyetinin ardından ortaya attığı görüşlerin gerekçelendirilmesi’, akıllara gelen “neden” sorusunun cevaplandırılması bağlamında da temel bir gerekliliktir. Fikirlerin ve bu fikirler temelinde gelişen eylemlerin meşruiyetinin sağlanması, akılcı ve mantıklı bir gerekçeye bürünmesi sayesinde gerçekleşebilir. Gerekçe, gerçekliğe ilişkin bilginin, birey ve toplum nezdinde mantıksal çerçevesini oturtan kavramdır. Evrenin veya doğanın gerçekliğinin izahına paralel olarak bireyin gerçekliğinin izahı da bilginin veya bulgunun temellendirdiği gerekçeyle mümkündür.

Gerekçe, kelime anlamı olarak da incelendiğinde ise, Türk Dil Kurumu sözlüğündeki yer alan haliyle: “*gerekirici sebep, esbabımucibe, bir yasanın önerilmesi ve hazırlanmasında, yasa tasarısının hazırlanış ve maddelerin düzenleniş sebebi, mahkeme kararlarının dayandığı kanuni ve hukuki sebepler; bir önermenin kendi-*

⁶ Ömer Faruk Atagün, ‘Temel Bir İnsan Hakkı Olan Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Gerekçeli Karar Hakkı’ (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2020) 55.

⁷ Zühal Aysun Sunay, ‘Gerekçeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri’ [2016] Danıştay Dergisi 7.



liğinden kıldığı gereklilik, lazıme” olarak tanımlanmıştır. TDK’de yer alan tanımı itibariyle gerekçenin, hukuk terminolojisindeki yeri vazgeçilemez niteliktedir. Yılmaz’ın tanımladığı haliyle; gerekçe, yargıcın hükmünü dayandırdığı nedenlerdir⁸. Centel/Zafer’in tanımıyla⁹; “...hâkimin vardığı sonuçların nedenlerini doğru ve çelişki yaratmadan gösterilmesi- açıklanması yoluyla güven ve adil yargılanma düzeni sağlayan temel kavramdır.”

İnsanlık tarihiyle yaşıt olan¹⁰ gerekçe kavramının, hukuk terminolojisinde hak ettiği yeri bulmaya başlamasıyla beraber adalet kurumlarının karar alma işleyişi temelindeki tartışmalar da hız kazanmıştır. Karar alma işleyişi bağlamında gerekçe, maddi vakıalar ile tahkikat sonucunda açıklanan hüküm arasındaki mantıki bağı kurmaya yarayan hukuki sebeplerdir¹¹. Gerekçenin, mahkemenin tahkikat neticesinde elde ettiği bulgular ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi gördüğü açıktır¹². Bu temel niteliği sebebiyle gerekçe, tarafların tatmini açısından vazgeçilmesi mümkün olmayan usuli bir güvence olmakla birlikte, hükmün yargısal denetiminin gerçekleştirilmesi açısından da varlığı zorunludur¹³. Mahkemeler, tarafların iddia ve savunmalarını, davanın esasını oluşturan tüm olguları ortaya çıkarmaya yarayan ispat araçlarını değerlendirerek kararın gerekçesini oluşturmalıdırlar. Bu itibarla kararların gerekçeli olması mahkemeler için bir yükümlülük teşkil eder¹⁴. Yargılama makamları, hükmüne esas aldığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini açıklamakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülüğün, hukuki dinlenilme hakkı ve kanun yoluna başvuruda bulunabilme hakkının teminatı olduğu muhakkaktır. Yargılama sürecinin hukuk kurallarına uygun yürütülmesinin güvencesi olan gerekçe, kararın meşruiyetinin sağlanmasında temel argümandır.

Nihayetinde gerekçe, yargılama süreci boyunca adaletin tecelli etmesini amaçlayan bir konsepti temin eder. Şeker’in yaptığı farklı tanımlamaların¹⁵ yanı sıra en

⁸ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Hukuk Yayınları 2006) 238.

⁹ Nur Centel and Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta Yayınları 2015) 647.

¹⁰ Hilmi Şeker (n 3) 179.

¹¹ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (Yetkin Yayınları 2017) 339.

¹² Ahmet Cahit İyilikli, ‘Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükmün Yetersiz Gerekçeye Feda Edilmesi’ [2021] *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 245, 245.

¹³ Süha Tanrıver, *Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Makalelerim 1* (Asil Yayın Dağıtım 2005) 209.

¹⁴ Hakan Pekcanitez, ‘Hukuki Dinlenilme Hakkı’ [2000] Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan 784.

¹⁵ Şeker, gerekçeye ilişkin değerlendirmelerini karşılıklı rıza ve meşruiyet bağlamında ele almaktadır: “İnsanlıkla yaşıt olan gerekçe, yargıcın meşru ilgililer, toplum, kamu ve hükmün yargıçları ile dikey ve yatay bantta girdiği ilişkinin güvenilir, tarafsız ve verimli olduğunu kanıtlamaya yarayan bir helalleşme, ibralaşma ve aklanma vasıtasıdır. Kendisini, ima yoluyla olgunlaştırarak gerekçeli karar alma hakkına eviren bu kurum, yargılamanın üzerinde yürüdüğü değerlerin belirlenmesi, tanınması ile bu değerlerin var ettiği hükmün meşruiyeti bakımından vazgeçilmez bir buluştur. Kuşkusuz yargılama, etik ilişkinin yargısal türevidir. Kürsünün yanlarla, yanların yek diğeriyle,

geniş çerçevede yaptığı tanıımıyla; gerekçe, yargılama makamlarının kararlarının doğru, haklı, yasal, makul, vicdana uygun ve denetlenmesine olanak verecek şekilde temellendirilmesidir¹⁶. Aşçıoğlu¹⁷ ise gerekçeyi etik bağlamda tanımlamakta, gerçek olduğu ileri sürülen yargıların nedenlerinin açıklanmasının etik (ahlak) açıdan bilgi verme yükümlüğünün gereği olduğunu ifade etmektedir.

B. Gerekçe Kavramının Hukukta Gelişimi

Gerekçenin, hukuk tarihindeki gelişimi bazı yazarlarca insanlık tarihi kadar nitelendirilmiş, gerekçeli karar örneğine eski bir dönem olan Sümer Rahip Devletleri dönemine ait kil tabletlerde rastlanmıştır. Yaklaşık 4000 yıl önce, ilk gerekçeli kararın verildiği dava ‘Suskun Kadın Davası’¹⁸ olarak literatüre geçmiş, davanın mimarları Nippurlu yargıçlar kararlarını gerekçelendirmiştir. Doğu kökenli¹⁹ olduğu bilinen gerekçenin, Batı’da evrensel bir hukuk normu niteliği kazanması süreci de tarihsel bir olgudur. Nitekim hukuki kararların gerekçeye bağlanması tarihsel süreçte gelişim göstermiştir.

“Gerekçeli karar 1789 Fransız Devriminin adalet yolunda eşsiz bir fethidir.” Bir dönüm noktasına işaret eden Selçuk²⁰ bu ifadesiyle, hukuki terminolojide gerekçeli kararın bir emredici hükme bağlanmasını kastettiği açıktır. Yargı kararlarının gerekçeli olmasına dair ilk esaslı gelişmeyi, Fransa’da Draguignan Tiers Etats’sının 1788 toplu istek dilekçesinde yer alan ifadelerde görmekteyiz²¹. Fransız İhtilali sonrasında, 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanunla, yargı kurumlarına ilişkin düzenlemeler yapılmış, aynı Kanun’un V. başlığının 15. maddesinde, bütün mah-

yargıcın aktarma yargısı, birey, toplum, kamuyla ilişkisi değerler üzerinden kurulur ve devam eder.” Bkz. Hilmi Şeker, ‘İbralaşmayı Yoksayan Etik İlişki/ Yozlaşan Gerekçe’ [2013] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 293.

¹⁶ Hilmi Şeker (n 3) 180.

¹⁷ Çetin Aşçıoğlu, ‘Yargıda Gerekçe Sorunu’ [2003] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 109, 111.

¹⁸ “Bundan yaklaşık dört bin yıl önce ilk gerekçeli kararın Sümer ülkesinde verildiği tespit edilmiştir. Üç kişi tarafından (bir berber, bir bahçıvan ve mesleği bilinmeyen bir kişi) bir tapınak görevlisi öldürülür ve bu durum öldürülen kişinin karısı Lu İnanna’ya bildirilir. Ancak kadın durumu yetkililere bildirmez, sırrı saklar. Adını aynı kentten alan Nippur Mahkemesi’nde yapılan yargılamada dokuz üye, suskun kalmasından dolayı kadının da eyleme bir ölçüde katılmış olduğunu ve bu nedenle cezalandırılması gerektiğini iddia eder. Ancak Nippur Meclisi’nin çoğunluğu bu görüşü paylaşmaz, sadece asıl faillerin (üç kişinin) cezalandırılması gerektiğini, kadına suç izafe edilemeyeceğini karara bağlar, gerekçesi şöyledir: “Kocasının geçimini sağlamadığı bir kadın, kocasının düşmanlarını tanıdığını ve kocası öldürüldükten sonra kocasının öldürüldüğünü işittiğini kabul edelim, niye onunla ilgili suskunluğunu korumasın ki? Kocasını o mu öldürdü? Asıl katillerin cezalandırılması yeter.” Samuel Noah Kramer, *Tarih Sümer’de Başlar* (Kabalcı Yayınevi 2016) 82–84.

¹⁹ Hilmi Şeker, *Esbab-ı Mucibe’den Retoriğe Hukukta Gerekçe* (Yeditepe Üniversitesi Yayınları 2020) 17.

²⁰ Sami Selçuk, ‘Yargıtayın (Bozma Mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaşması Sorunları’ [1992] Yargıtay Dergisi 19.

²¹ Sami Selçuk, *Beccaria’nın İnsanlığa Bildirisi* (İmge Yayınevi 2004) 73.

keme kararlarının gerekçeli olması gerektiği hükme bağlanmıştır²². Fransız İhtilali ile gündeme gelen reformlar neticesinde; yargıçların salt vicdani kanaatine bağlı olarak verdikleri kararlardan, yargıçları objektiflik ve eşit yaklaşım temelinde sınırlandıran, gerekçe içermesi zorunlu kararlara geçişi görmekteyiz²³. Yargı kararlarına öz denetim sağlayan bu demokratik yaklaşımın temelinde Fransız İhtilali'nin dönüştürücü etkisinin olduğu muhakkaktır.

Fransız İhtilaline paralel zaman diliminde, Osmanlı Devleti de yargıya ilişkin önemli düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir. Kanun-ı Esasi, Osmanlı Devleti'nin modern anlamda yazılı ilk anayasası kabul edilir²⁴. Kanun-ı Esasi 8 ila 26. maddelerinde “Tebaa-i Devlet-i Osmaniye'nin Hukuku Umumiyesi” başlığı altında temel hak ve hürriyetler düzenlenmiştir²⁵. Yargı organlarına ilişkin hükümler ise “Mehâkim (mahkemeler)” başlığı altında 81 ila 91. maddelerinde düzenlenmiştir²⁶. İlgili maddelerde, “hakimlerin azlolunamayacağı ilkesi” (m.81), “mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi” (m.87), “yargılamanın aleniliği ilkesi” (m.82), “hak arama özgürlüğü” (m.83), “mahkemelerin ihkak-ı haktan imtina edemeyecekleri ilkesi” (m.84), “kanuni hâkim güvencesi” (m.85) gibi temel hak ve ilkeler düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkını oldukça kapsayan hükümlere yer verilmesine rağmen gerekçeli karar hakkına doğrudan atıfta bulunan bir düzenlemeye gidilmemiştir.

1921 Anayasası ise yirmi üç madde ve bir ayrı maddeden oluşan çerçeve ve kısa bir anayasadır. Klasik anayasa sistematüğinden yoksun olan bu anayasa, temel hak ve hürriyetler, yargı erki gibi temel konuları düzenlenmiştir.

1924 Anayasasında “yargı erki” başlığı altında 53 ila 60. maddelerinde yargısal hususlar düzenlenmiştir. 1924 Anayasasında mahkemelerin kararlarının gerekçeli yazılması hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkemelerin kararlarının gerekçeli yazılması hükmü Türk Anayasalarına ilk defa 1961 Anayasası'nın 135. maddesi ile girmiştir. 1961 Anayasasının 135. maddesinde; “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” denilmiş, bu sayede kararların gerekçeli olması ilkesi Türk Anayasa Hukukunun önemli bir hukuk kuralı haline gelmiştir.

²² Sunay (n 9) 7.

²³ Yasemin Işıktaç and Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (Filiz Kitabevi 2021) 169.

²⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları 1995) 4.

²⁵ “Düzenlenen temel hak ve hürriyetler şunlardır: Vatandaşlık hakkı (m.8), kişi hürriyeti (m.9), kişi güvenliği (md.10), ibadet hürriyeti (md.11), basın hürriyeti (md.12), şirket kurma hürriyeti (md.13), dilekçe hakkı (md.14), öğretim hürriyeti (md.15), eşitlik ilkesi (md.17), devlet memurluğuna girme hakkı (md.19), mali güce göre vergi ilkesi (md.20), konut dokunulmazlığı (md.22), kanuni hakim güvencesi (md.23), müsadere, angarya yasağı (md.24), vergilerin kanuniliği (md.25), işkence yasağı (md.26).” Bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Ekin Kitabevi Yayınları 2015) 16.

²⁶ “...Kanun-u Esasi'nin yargıya ilişkin hükümleri döneminin Batı Avrupa ülkelerinin anayasalarıyla boy ölçüşecek niteliktedir.” ibid 18.

Anayasal gelişmelerin haricinde gerekçeli karar hakkının izlerine idari yargı geleneğinde rastlamak mümkündür. Özkan'a göre²⁷, "kararların gerekçeli olması" şeklindeki temel hak Türk hukuku açısından özellikle Danıştay bakımından yaklaşık 100 yıllık bir geleneği temsil etmektedir. 6 Temmuz 1927 tarihli ve 669 sayılı Şura-yı Devlet Kanunu'nun 44. maddesinde, kararların gerekçeli olacağına ilişkin hüküm bulunmaktadır.

Nihayetinde, kararların gerekçeli olması ilkesi, Anayasa'nın 141. maddesindeki "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*" hükmü ile yargı yerleri için anayasal bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı bağlamında yaşanan ihlallerin boyutları hesaba katıldığında²⁸, Yeni Anayasa çalışmalarında gerekçeli karar hakkına yönelik vurgunun arttırılmasının faydalı olacağı açıktır.

Tarihsel süreç içerisinde değerlendirildiğinde, yargı kararlarının gerekçelendirilmesi, 'hukuk devleti' ilkesinin bir yansıması olarak demokratik-politik düzenler açısından yapısal bir gerekliliğe de karşılık gelmektedir²⁹. Devam eden süreçte evrensel hukuk normlarının etkisiyle gerekçeli karar ilkesi, çağdaş hukuk sistemlerinde zorunluluk halini almıştır. Yargılama makamları için kararın gerekçeli yazılması bir ödev iken, bireyler açısından adil yargılanma hakkı bağlamında korunması gereken bir temel hak niteliğini almıştır.

Gerekçe; temel bir hak niteliği kazanması ve birçok temel hak ve hürriyetin korunmasıyla doğrudan ilişkili olduğundan, hukuk düzeninde önemli bir yere sahiptir³⁰. Günümüzde 'gerekçeli karar hakkı', temel bir hak olarak kabul edilmenin yanı sıra adil yargılanma hakkının temel bir unsurunu oluşturmaktadır³¹. AİHS m.6 kapsamında adil yargılanmanın temel ilkeleri belirtilmiş fakat aynı maddenin gerekçeli karar hakkına yönelik bir hüküm içermediği görülmüştür. Zımnî kabulden hareketle içtihadı bir hak niteliği kazanan gerekçeli karar hakkı, hakkaniyete uygun yargılama ilkesi kapsamında, ceza davalarının yanı sıra medeni hakka ilişkin olan davalarda da kabul edilmektedir³².

²⁷ Gürsel Özkan, 'Danıştay İçtihatlarına Göre Gerekçenin Önemi', *Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi* (Türkiye Adalet Akademisi 2021) 2.

²⁸ "Uzun yargılama ihlallerine diğer adil yargılama hakkı ihlalleri de eklendiğinde toplam ihlal kararlarının yüzde 70'nin adil yargılanma hakkına ilişkin olduğunu görüyoruz. Başta uzun yargılama sorunu olmak üzere acilen çözmemiz gerek bir adil yargılama meselemiz vardır." Bkz. AYM Başkanı Zühtü Arslan'ın 'Bireysel Başvurunun 10. Yılı Dönümü Uluslararası Sempozyumu' programında yaptığı konuşmasından notlar.

²⁹ Muharrem Kılıç, 'Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi' [2021] TAAD 47, 6.

³⁰ Ersan Şen, 'Gerekçeli Karar Hakkı' (Hukuki Haber, 2020).

³¹ M. Nedim Bekri, 'Gerekçeli Karar Hakkı: Right to a Reasoned Judgement.' (2014) 72 Ankara Barosu Dergisi 203, 207."plainCitation": "M Nedim Bekri, 'Gerekçeli Karar Hakkı: Right to a Reasoned Judgement.' (2014

³² Sibel İncoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemelerinde Adil Yargılanma Hakkı* (Beta Yayınları 2013) 322.



AİHM, gerekçeli karar hakkı kapsamında, mahkemelerin verdikleri kararlarında, kararın dayandığı hususlara ilişkin olarak davanın tüm taraflarının bilgilendirilmesini sağlamak için gerekçe göstermelerini zorunlu kılmaktadır. AİHM, usulüne uygun şekilde gerekçeli karar kendisine tebliğ edilmeyen³³ sanığın, yapmış olduğu temyiz başvurusunun gerekçesiz olması nedeni ile reddedilmesini, sanığın gerçek ve etkili bir savunmadan mahrum kaldığı ve sonuç olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatini taşımaktadır³⁴. Böylece, gerekçe sayesinde demokratik bir toplumda yargı kararlarının rasyonel temellerinin bilinmesinin yanı sıra ilgililerin de kanun yoluna başvurma hakkını etkili olarak kullanabilmelerine imkân sağlanacaktır. AİHM, gerekçeli karar hakkının hukuk düzenindeki yerine ilişkin yaptığı değerlendirmelerde; bir mahkeme kararının makul bir şekilde gerekçelendirilmesinin davanın taraflarının gerçekten dinlendiği görünümünü kazandırarak kararın daha kolay benimsenmesini sağlaması³⁵, davanın taraflarına karşı kanun yoluna başvurma ve kararın üst derece mahkemeleri tarafından denetlenme imkanı sunması³⁶, davanın taraflarının verilen kararı anlamalarını sağlayarak keyfilige karşı güvence oluşturması³⁷, adaletin işleyişi üzerinde kamu denetimini mümkün kılması³⁸ gibi tespitlere yer vermiştir.

Ulusal hukuk düzenimizdeki yerinin anlaşılabilmesi adına Anayasa Mahkemesi ise, gerekçenin önemini şu şekilde açıklama yoluna gitmiştir³⁹:

“Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa’nın 36. maddesine “...ile adil yargılanma” ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen

³³ “Tarafların kanun yoluna başvurabilmeleri kararın gerekçeli ve usulüne uygun tebliği edilmesini gerektirmektedir.” Bkz. Hüseyin Turan, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Mahkeme Kararlarında Gerekçe’ [2009] Adalet Dergisi 108.

³⁴ Feyyaz Gölcüklü, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama”’ (1994) 49 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi 209.

³⁵ AİHM, Magnin/Fransa, 10.05.2015, no.26219/08, § 29.

³⁶ AİHM, Seryavin ve diğerleri/Ukrayna, 10.02.2011, no.4904/04, § 58.

³⁷ AİHM, Harisch/Almanya, 11.04.2019, no.50053/1, § 33.

³⁸ AİHM, Tatishvili/Rusya, 22.02.2007, no.1509/02, § 58.

³⁹ AYM, Akın Tekkurt Başvurusu, 20.10.2020, B. No: 2016/8411, § 28.

adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir.”

AYM, hukuk düzeninde konumlanması adına gerekçeli karar ilkesine oldukça önem atfetmiş, ihlal kararlarına konu etmiştir. Adil yargılama hakkının güvencesi kapsamında değerlendirdiği gerekçeyi, mahkemeler açısından bir yükümlülük olarak değerlendirme yoluna gitmiştir⁴⁰:

“.... mahkemeler, “kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme” yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olmasının yanı sıra tarafların, muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması için de gereklidir.”

C. Gerekçenin Unsurları

Davanın niteliği ve koşullarına bağlı olarak bir kararda bulunması gereken unsurlar değişkenlik gösterebilmektedir. Uyuşmazlık konuları farklılık arz etse de nitelikli bir gerekçe asgari düzeyde şu hususları içermelidir: Davaya konu olay ve olgular, olgulara ve hukuki nitelendirmeye ilişkin uyuşmazlık, değerlendirme, sonuç ve hüküm⁴¹.

Anayasa Mahkemesi, gerekçede bulunması unsurlara ilişkin getirdiği ilkesel görüşünde, davanın öznelliğine değinmiştir⁴²:

“....Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir.”

Yargılama faaliyetinin neticesinde, davanın sonucuna etki edebilecek hususların makul bir gerekçeyle karşılanması gerekir. Aksi halde, davanın sonucuna etkili olduğu kabul edilen bir hususun aydınlatılmaması halinde bir hak ihlalinin oluştuğu kabul edilir.

⁴⁰ AYM, Sencer Başat Başvurusu, 18.06.2014, B. No: 2013/7800, § 34.

⁴¹ İhsan Baştürk, ‘Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2’, *Yargıtay Ceza Daireleri Kararları Işığında Gerekçeli Karar Unsurları: İhtiyaç Analizi ve Bazı Öneriler* (Türkiye Adalet Akademisi 2021) 5.

⁴² AYM, Aziz Bankur ve Diğerleri Başvurusu, 14.06.2023, B. No: 2018/25145, § 41, RG 8.11.2023-32363.



şacağı açıktır⁴³. Makul olarak nitelendirilebilecek bir gerekçede, iddia ve savunmaların kararda tartışılması, sunulan delillerin incelenmesi, delillerin neden bir kısmının diğerine üstün tutulduğunun açıklanması mecburidir. Gerekçe, doyurucu olmalı, kararın neden, nasıl, hangi hukuki gerekçeye dayanarak ve hangi deliller dikkate alınmak suretiyle verildiği hususlarını içermelidir. Söz konusu hususları içermeyen kararların gerekçeli olduğundan söz edilemez.

AİHM ise kararlarında, iki hususa açık ve kesin bir yanıt verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunlar; dava taraflarının uyuşmazlığın sonucu açısından belirleyici olan temel iddialarının yanı sıra Sözleşme ve protokolleri tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin iddialardır⁴⁴.

Gerekçenin içeriğinde barındırması zorunlu unsurların eksikliği, hak ihlallerine sebebiyet vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, gerekçenin içeriğine dönük olarak şu ifadeler yer almaktadır⁴⁵:

“Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir.”

AİHM, bir kararında gerekçenin değinmesi gereken hususlara ilişkin benzer bir görüşe yer vermiştir⁴⁶:

“Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılabilir. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır.”

Uyuşmazlığa ilişkin maddi olgular değerlendirildiğinde gerekçenin içermesi

⁴³ “...Sözleşmenin amacı, teorik veya yanıltıcı hakları değil, pratik ve etkili olacak hakları güvence altına almaktır. Bu hak, ancak iddia ve savunmalar gerçekten “dinleniyorsa”, yani mahkeme tarafından usulüne uygun olarak değerlendirilirse etkili olabilir. Başka bir deyişle, 6. maddenin etkisi, yargılamaya makamlarını, ilgili olup olmadıklarına ilişkin değerlendirmesine hâlel getirmeksizin, taraflarca ileri sürülen görüşleri, iddiaları ve delilleri düzgün bir şekilde inceleme görevi altına almaktır.” AİHM, Perez/Fransa, 12.02.2004, no.47287/99, § 80.

⁴⁴ AİHM, Wagner ve J.M.W.L/Lüksemburg, 28.06.2007, no.76240/01, § 96.

⁴⁵ AYM, Akın Tekkurt Başvurusu, 20.10.2020, B. No: 2016/8411, § 34.

⁴⁶ AİHM, Ruiz Torija/İspanya, 09.12.1994, no.18390/91, § 29–30.

gereken unsurlarda farklılıklar oluşması muhtemeldir. Gerekçe kapsam itibarıyla içermesi gereken unsurların yanı sıra temas ettiği hukuki müesseselere temas eden yönleriyle de önem kazanmaktadır. AİHM, gerekçeli karar hakkı kapsamında, mahkemelerin verdikleri kararlarında, kararın dayandığı hususlara ilişkin olarak davanın tüm taraflarının bilgilendirilmesini sağlamak için gerekçe göstermelerini zorunlu kılmaktadır. AİHM, usulüne uygun şekilde gerekçeli karar kendisine tebliğ edilmeyen⁴⁷ sanığın, yapmış olduğu temyiz başvurusunun gerekçesiz olması nedeni ile reddedilmesini, sanığın gerçek ve etkili bir savunmadan mahrum kaldığı ve sonuç olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatini taşımaktadır⁴⁸. Böylece, gerekçe sayesinde demokratik bir toplumda yargı kararlarının rasyonel temellerinin bilinmesinin yanı sıra ilgililerin de kanun yoluna başvurma hakkını etkili olarak kullanabilmelerine imkân sağlanacaktır. AİHM, gerekçeli karar hakkının hukuk düzenindeki yerine ilişkin yaptığı değerlendirmelerde; bir mahkeme kararının makul bir şekilde gerekçelendirilmesinin davanın taraflarının gerçekten dinlendiği görünümünü kazandırarak kararın daha kolay benimsenmesini sağlaması⁴⁹, davanın taraflarına karşı kanun yoluna başvurma ve kararın üst derece mahkemeleri tarafından denetlenme imkanı sunması⁵⁰, davanın taraflarının verilen kararı anlamalarını sağlayarak keyfiliğe karşı güvence oluşturması⁵¹, adaletin işleyişi üzerinde kamu denetimini mümkün kılması⁵² gibi tespitlere yer vermiştir.

Yargılama safhalarında, tarafların hukuki menfaatlerin korunmasında önemli güvenceler sağlayan gerekçenin önemi konusunda Anayasa Mahkemesi kararlarında ilkesel belirlemelerde bulunmuş, gerekçenin önemini şu şekilde açıklama yoluna gitmiştir⁵³:

“Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa’nın 36. maddesine “...ile adil yargılanma” ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleş-

⁴⁷ “Tarafların kanun yoluna başvurabilmeleri kararın gerekçeli ve usulüne uygun tebliği edilmesini gerektirmektedir.” Bkz. Hüseyin Turan, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Mahkeme Kararlarında Gerekçe’ [2009] Adalet Dergisi 108.

⁴⁸ Feyyaz Gölcüklü, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama”’ (1994) 49 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi 209.

⁴⁹ AİHM, Magnin/Fransa, 10.05.2015, no.26219/08, § 29.

⁵⁰ AİHM, Seryavin ve diğerleri/Ukrayna, 10.02.2011, no.4904/04, § 58.

⁵¹ AİHM, Harisch/Almanya, 11.04.2019, no.50053/1, § 33.

⁵² AİHM, Tatishvili/Rusya, 22.02.2007, no.1509/02, § 58.

⁵³ AYM, Akın Tekkurt Başvurusu, 20.10.2020, B. No: 2016/8411, § 28.

mesi'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir."

AYM, hukuk düzeninde konumlanması adına gerekçeli karar ilkesine oldukça önem atfetmiş, ihlal kararlarına konu etmiştir. Adil yargılama hakkının güvencesi kapsamında değerlendirdiği gerekçeyi, mahkemeler açısından bir yükümlülük olarak değerlendirme yoluna gitmiştir⁵⁴:

"... mahkemeler, "kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme" yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, tarafların temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olmasının yanı sıra tarafların, muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması için de gereklidir."

D. Yargı Düzeninde Gerekçe

Gerekçe; temel bir hak niteliği kazanması ve birçok temel hak ve hürriyetin korunmasıyla doğrudan ilişkili olduğundan, hukuk düzeninde önemli bir yere sahiptir⁵⁵. Günümüzde 'gerekçeli karar hakkı', temel bir hak olarak kabul edilmenin yanı sıra adil yargılanma hakkının temel bir unsurunu oluşturmaktadır⁵⁶. AİHS m.6 kapsamında adil yargılanmanın temel ilkeleri belirtilmiş fakat aynı maddenin gerekçeli karar hakkına yönelik bir hüküm içermediği görülmüştür. Zımnî kabulden hareketle içtihadı bir hak niteliği kazanan gerekçeli karar hakkı, hakkaniyete uygun yargılama ilkesi kapsamında, ceza davalarının yanı sıra medeni hakka ilişkin olan davalarda da kabul edilmektedir⁵⁷. Gerekçe, ceza ve hukuk davalarının yanı sıra idari davalar da dahil olmak üzere tüm yargılama evreninde gözetilmek zorundadır.

⁵⁴ AYM, Sencer Başat Başvurusu, 18.06.2014, B. No: 2013/7800, § 34.

⁵⁵ Ersan Şen, 'Gerekçeli Karar Hakkı' (Hukuki Haber, 2020).

⁵⁶ M. Nedim Bekri, 'Gerekçeli Karar Hakkı: Right to a Reasoned Judgement.' (2014) 72 Ankara Barosu Dergisi 203, 207."plainCitation": "M Nedim Bekri, 'Gerekçeli Karar Hakkı: Right to a Reasoned Judgement.' (2014

⁵⁷ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemelerinde Adil Yargılanma Hakkı* (Beta Yayınları 2013) 322.

1. Hukuk Davalarında Gerekçe

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde, yargılamaya hâkim olan ilkelerden biri olarak, "hukuki dinlenilme hakkı" düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrasının c bendinde, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirme yapması ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesi bu hakkın unsurlarından biri olarak belirtilmiştir. Gerekçenin yasal çerçevesinin de oluşturulduğu hukuk yargılamalarına ilişkin yapılan bireysel başvurularda gerekçeli karar hakkı ihlallerine rastlamak mümkündür.

Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına dair temel prensipleri vurguladığı öncü kararları mevcuttur. Vesim Parlak Başvurusunda⁵⁸, işe iadesine karar verilmesi istemiyle açtığı davada davanın reddi yönünde verilen gerekçeli kararın kendisine tebliğ edilmeden kararın Yargıtay tarafından onanması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlali kararı verilmiştir. Salih Söylemezoğlu Başvurusunda⁵⁹, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hükümlerine göre verilen koruma kararına yapılan itirazda, ileri sürülen iddia ve delillerin kararda tartışılmaması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlaline karar verilmiştir. Sentez Reklam ve Tanıtım Hizm. San. Tic. Ltd. Şti. Başvurusunda⁶⁰, iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davasında, davanın esasına etki edecek temyiz isteminden feragat dilekçesi değerlendirilmeden karar verilmesi nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlaline hükmedilmiştir. Aziz Turhan Başvurusunda⁶¹, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olan mecburi hizmet yükümlülüğünün davacının çalıştığı kuruma aktarılabilmesi ve bunun için süre şartının bulunmadığı iddiasının, İlk Derece Mahkemesi kararının yanı sıra Yargıtay kararında da tartışılmadığı ve karşılanmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkı bağlamında gerekçeli karar hakkının ihlaline karar verilmiştir. Nilgün Gökay ve Diğerleri Başvurusunda⁶² ise, uyuşmazlık konusu aynı olan ancak henüz sonuçlanmamış başkaca yargılama dosyaları üzerinden bir gerekçe oluşturulması sonucunda İlk Derece Mahkemesinin de bu gerekçeyi benimseyerek başvuru-
ların açtıkları davanın reddine karar vermesi nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlaline hükmedilmiştir.

2. Ceza Davalarında Gerekçe

CMK'nın 230. maddesinde hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken unsurlar hüküm türleri yönünden ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Hükmün 230. madde gereğince gerekçeyi içermemesi ise, hukuka kesin aykırılık sebebi olarak kabul

⁵⁸ AYM, Vesim Parlak Başvurusu, 20.03.2014, B. No: 2012/1034.

⁵⁹ AYM, Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 06.01.2016, B. No: 2013/3758.

⁶⁰ AYM, Sentez Reklam ve Tanıtım Hizm. San. Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, 10.01.2019, B. No: 2014/1292.

⁶¹ AYM, Aziz Turhan Başvurusu, 08.05.2014, B. No: 2012/1269.

⁶² AYM, Nilgün Gökay ve Diğerleri Başvurusu, 12.01.2017, B. No: 2014/3303.



edilmiştir (CMK 289/1-g). Ceza yargılamalarında karşılaşılan gerekçeye ilişkin noksanlıklar Anayasa Mahkemesinde bireysel başvurulara yol açmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin ceza yargılamalarına ilişkin gerekçeli karar hakkına dair temel prensipleri vurguladığı öncü kararları mevcuttur. Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusunda⁶³, dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetler yönünden, başvuruçuların sundukları bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının İlk Derece Mahkemesince kabul edilmemesi ve bu konularda Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki taleplerinin de yetersiz gerekçelerle reddedilmesi nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlaline karar verilmiştir. Tuba Doğruyol Başvurusunda⁶⁴ ise, hükmün içerik ve kapsamı ile Mahkemenin bu hükme varırken davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği Kanun maddesinin somut olayla ilgisinin olmadığı, idari para cezası karar tutanağı hız limiti aşarak araç kullanılmasına ilişkin olduğu halde, olayla ilgisiz olan sürücü belgesiz kişilerce aracın sürülmesine izin verilmesi hususunun kararda tartışıldığı gerekçesiyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

3. İdari Davalarda Gerekçe

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "kararlarda bulunacak hususlar" başlıklı 24. maddesinde kararların gerekçeli olması gerektiğine ilişkin hükümler yer almaktadır. Adli yargı kolunda gözetilen gerekçe zorunluluğu, idari yargılama süreçlerinde de gözetilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin idari yargılamalara ilişkin gerekçeli karar hakkına dair temel prensipleri vurguladığı öncü kararları mevcuttur. Mustafa Kahraman Başvurusunda⁶⁵, Danıştay temyiz incelemesi safhasında yasal düzenlemeyle mülki idare amirlerine verilen dava açma yetkisinin iptal edildiği dikkate alındığında, dava şartı olan ve davanın her aşamasında resen gözetilmesi gereken dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı değerlendirilerek, benzer konularda temyiz incelemesi sonucu verilen kararlar ile karşılaştırma yapılarak ve bu hususların tamamı tartışılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu konular değerlendirilmeksizin ve tartışılmaksızın onama kararı verilmesinin başvuruçunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Abbas Emre Başvurusunda⁶⁶, başvuruçunun 1994 yılında terörle mücadelede dolayı köyünün boşaltılması neticesinde manevi zarara uğradığından bahisle 26/4/2010 tarihinde açtığı tam yargı davasında, başvuruçunun manevi tazminatı hak edip etmediğinin tartışılması gerekirken 5233 sayılı Kanun'da manevi zararların karşılanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer verilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinin gerekçeli karar

⁶³ AYM, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, 10.06.2015, B. No: 2014/7800.

⁶⁴ AYM, Tuba Doğruyol Başvurusu, 18.06.2014, B. No: 2014/7800, RG 18.09.2015-29479.

⁶⁵ AYM, Mustafa Kahraman Başvurusu, 04.11.2014, B. No: 2014/2388, RG 13.01.2015-29235.

⁶⁶ AYM, Abbas Emre Başvurusu, 06.01.2016, B. No: 2014/5005, RG 25.12.2015-29573.

hakkının ihlaline yol açmıştır. Hakan Salas Başvurusunda⁶⁷, tam yargı davasında maddi tazminat istemi yönünden yerleşik içtihadı aykırı karar verildiği, önceki kararlarından farklı bir sonuca neden ulaşıldığının başvuru ve üçüncü kişiler tarafından objektif olarak anlaşılmasına imkân verecek düzeyde yeterli açıklama yapılmadığı belirtilerek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Denктаş Nakliyat Turizm Ltd. Şti. Başvurusunda⁶⁸ ise, Anayasa'nın 40. maddesinde yer alan ve idari işlemlerde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilerine hangi sürelerde başvuracağını belirtmesinin zorunlu olduğu kuralına rağmen dava konusu edilen işlemde bu hususlara yer verilmediği için süresi içinde dava açamadığına yönelik başvuru iddiasının ciddi olduğu ve İlk Derece Mahkemesi tarafından bu iddia değerlendirilemediği için kanun yolu aşamasında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği ancak Danıştay tarafından ayrı bir değerlendirme yapılmayarak İlk Derece Mahkemesi kararına atıf yapılmak suretiyle temyiz isteminin ve daha sonra karar düzeltme talebinin reddedildiği oysa bu iddianın atıf yapılmak suretiyle karşılanacak iddia niteliğinde olmadığı, temyiz merciince bu iddianın açık bir şekilde kararlarında değerlendirilmediği ve karşılanmadığı gerekçeleriyle başvuru hakkının gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

II. GEREKÇELİ KARAR HAKKININ İHLAL GÖRÜNÜMLERİ

Gerekçeli karar hakkının yol açtığı ihlal görünümlerinin; çoğunlukla adil yargılanma hakkı olmak üzere masumiyet karinesi, diğer temel haklar (ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı vs.) bağlamında gerçekleştiği ifade edilebilir. Nihayetinde, gerekçeli karar hakkına ilişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını incelemenin, temel hak ve hürriyetlere ilişkin normlara katkı sağlayacağı açıktır.

23.09.2012- 30.09.2023 tarihleri arasındaki Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru istatistikleri⁶⁹ incelendiğinde, ihlal kararlarının hak ve özgürlüklere göre dağılımının önemli bir kısmını (%79- 56.443 ihlal kararı) makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin oluşturduğu görülmektedir. Hemen akabinde 3.556 ihlal kararıyla adil yargılanma hakkı ihlalleri ön plana çıkmaktadır. Gerekçeli karar hakkının, adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu, ihlal başvurularının bir kısmının da gerekçeye ilişkin olduğu bilinmektedir. Çalışmanın konusunu oluşturan gerekçeli karar hakkına dair ihlal kararları halen AİHM ve Anayasa Mahkemesi kürsülerinde gündemini korumaktadır. Dolayısıyla yargı yerlerinde gerekçeli karara ilişkin problemlerin devam ettiğini söyleyebiliriz.

⁶⁷ AYM, Hakan Salas Başvurusu, 07.03.2019, B. No: 2014/14216.

⁶⁸ AYM, Denктаş Nakliyat Turizm Ltd. Şti. Başvurusu, 15.10.2015, B. No: 2013/3963, RG 25.12.2015-29573.

⁶⁹ AYM Bireysel Başvuru İstatistikleri için bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/8917/bb_2023_3_tr.pdf (Erişim Tarihi: 08.11.2023)

A. Gerekçeli Karar Hakkına Aykırı Görünümler

Uyuşmazlıkların niteliği itibariyle gerekçe formlarının da çeşitlilik arz ettiği düşünülürse, gerekçeye aykırı birçok rizikonun olduğu muhakkaktır. Bu başlık kapsamında gerekçesizlik formlarının⁷⁰ inceleneneğini söylemek daha doğru olacaktır. Sözü edilen gerekçesizlik formlarının tümü; gerekçeli karar alma hakkını olumsuz etkileyen, tarafların ve toplumun gerekçeden olan beklentisini sakatlayan, hukuksuzluk üreten durumlar niteliğindedir. Literatürün yanı sıra bilhassa AYM ve AİHM temelinde şekillenen yargı kararlarında, adil yargılanma hakkı bağlamında gerekçeli karar hakkı ihlallerine yol açan, birçok gerekçeye aykırılık teşkil eden formun olduğu görülecektir.

1. İçeriğinde Gerekçe Bulunmayan Kararlar

Mahkeme kararlarının gerekçeden yoksun olması farklı şekillerde tezahür etmektedir. Yerel mahkemelerden başlayan yargılama sürecinin etkili kanuna başvuru yolunun kullanılmasına kadar giden süreçte gerçekleşen tüm yargısal etkinlikleri konu alan, ara kararlar dahil tüm kararların gerekçeli olması istenmektedir. Sözü edilen yargısal etkinliklerin çeşitliliği göz önüne alındığında gerekçesiz kararlara dair yanlış uygulamaların devam ettiği söylenebilir.

Temyiz makamları bağlamında kısaca değerlendirme yapmak gerekirse; gerekçesiz kararları ‘yok’ hükmünde kabul edilecek, kanun yoluna başvurulması ve hükmün gerekçesiz olduğu kanaatine varılması halinde başkaca bir husus incelenmeyecek ve doğrudan bozma kararı verilecektir⁷¹.

Gerekçenin daha kapsamlı ele alınabilmesi, ayrıca gerekçesizlik formlarının idrak edilebilmesi adına Anayasa Mahkemesi’nin en geniş yorumları içeren, farklı usul ve kurumlara da değinen kararlarından beslenmek yerinde olacaktır. Kararın gerekçeli olmasına ilişkin prensip, uygulanmayan usul ilkelerinin gerekçelendirilmesini de kapsamaktadır. Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun koşulları olduğu halde ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB)’ kurumunun kendilerine uygulanmadığını, uygulanmamasının nedenlerinin de kendisine bildirilmediğinden bahisle yapılan bireysel başvuruda ihlal kararı vermiştir⁷². Aynı somut olaya dayanan başka bir bireysel başvuru talebini inceleyen AYM, lehe olup uygulanmayan düzenlemelerin de yerel mahkeme kararında gerekçelendirilmesi⁷³ gerektiğini belirtmiştir.

⁷⁰ Şeker (n 21) 101.

⁷¹ Danıştay Başkanlığı 13. D, 13.05.2019, E.2019/745, K. 2019/1641.

⁷² “Anayasa Mahkemesi daha önce ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararında HAGB kurumunun adli sicil kaydı bulunmayan başvuruçular yönünden uygulanmamasına dair bir nedene yer verilmemesini gerekçeli karar hakkı yönünden incelemiş ve ihlal sonucuna varmıştır. Bu başvuruda da söz konusu karardan ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu olmadığından başvuruçuların Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.” AYM, Fazilet Beyhan ve Diğerleri, 03.03.2022, B. No: 2019/35534, § 11.

⁷³ AYM, Emre Ongurlar Başvurusu, 10.01.2019, B. No: 2012/1034, § 26.

Gerekçeli karar ilkesinin, usul ve esasa ilişkin tüm yargılama sürecinde gözetilmesi gereken bir unsur olması prensibi, mahkemece verilen tedbir niteliğindeki kararları da kapsar. Verilen kararların tedbir niteliğinde olması gerekçesiz verilmesine cevaz vermemektedir. Başvurucunun, eski eşiyle arasında görülen boşanma davası sırasında eşinin gerçek dışı beyan ve iddialarına dayalı olarak aleyhinde önleyici tedbir kararı verildiğini, lehine tedbir kararı verilmesine dayanak yapılan olguların ve iddialarının gerçekliğinin araştırılması için yaptığı itirazın hiçbir inceleme ve araştırma yapılmaksızın gerekçesiz olarak reddedildiği iddialarıyla yapılan başvuruda, AYM verdiği ihlal kararının gerekçesinde ‘asgari düzeyde’ olsa dahi gerekçeyi aramakta, gerekçenin olmamasını kabul etmemektedir⁷⁴:

“..... tespitler ışığında somut olayda itiraz merciinin kararında, başvurunun dilekçesinde belirttiği dosyalar ve bu dosyaların içeriğindeki belge ve beyanlar ile dinlenilmesi istenilen tanıklarla ilgili hiçbir hususa değinilmediği, tedbire dayanak olgunun gerçekliğinin bu çerçevede tartışılmadığı, tedbir kararında esasa ilişkin hususlarda gerekçe bulunması hâlinde bu karara atıf yapılarak değerlendirme yapılmasının makul görülebileceği ancak ihlal iddiasına konu itiraz merci kararında, dosyaya sunulan delillerle sonuç arasında ne şekilde bağ kurulduğunun, gerekçesiz olarak verilen tedbir kararına yapılan itirazın neden reddedildiğinin asgari düzeyde dahi açıklanmadığı anlaşılmıştır.”

AİHM’e göre ise adil yargılanma hakkının korunması için, mahkemeye sunulan tüm delillerin karara etkisine dikkat edilmeksizin değerlendirilmesi ve tarafların ileri sürdüğü argümanların istisnasız olarak dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının gereği olarak yargılama sürecinde tarafların tüm iddiaları ve savunmaları, ayrıca bu iddia ve savunmalara dayanak teşkil eden tüm delilleri göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak gerekçeli karara ilişkin olarak, kapsam bölümünde belirtilen hususların dışında kalan tüm unsurların bulundurulması hususunda takdir marjı kabul edilmektedir. Bu hususta AİHM’nin içtihatları, gerekçe metninde yalnızca karara etki eden iddia ve savunmalara yer verilmesi yönündedir.

Örneğin, şirket sahibi ve genel müdürü olan başvurucunun, kredi kullandığı bankaya karşı yürüttüğü hukuk davasında delil sunma isteğinin gerekçe gösterilmeden reddedilmesi karşısında AİHM, sunulan delillerin esasa etkisinin olup olmadığını göz ardı ederek salt talebin reddedilmesinin gerekçelendirilmemesine eleştiri getirmiştir⁷⁵:

⁷⁴ AYM, Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 06.01.2018, B. No: 2013/3758, § 41.

⁷⁵ AİHM, Suominen/Finlandiya, 24.07.2013, no.37801/97, § 35.



“Mahkeme, yerel bir mahkemenin belirli bir davada argümanları seçerken ve tarafların beyanlarını destekleyen kanıtları kabul ederken belirli bir takdir marjına sahip olmasına rağmen, bir makamın kararlarını gerekçe göstererek faaliyetlerini gerekçelendirmek zorunda olduğuna dikkat çeker. Mahkeme, mahkemenin başvuran tarafından sunulan delilleri kabul etmeyi reddetmesinin sağlam temellere dayanıp dayanmadığını incelemenin kendi görevi olmadığını kaydeder; bu nitelikteki soruları belirlemek ulusal mahkemelere düşer.”

2. Yetersiz Gerekçe

Bir gerekçenin, biçimsel olarak görünürde bulunmasına rağmen maddi uyumsuzluğu gerekçelendirme açısından yetersiz olma halidir⁷⁶. Bu gerekçesizlik formu gerekçeden tamamen yoksun olma halinden farklıdır. Gerekçe kısmında yazılan açıklamaların; tarafları tatmin etmekten uzak, iddia ve savların bir kısmı yanıtlanmamış, önemli hususlar yüzeysel şekilde ele alınmış, değerlendirme kısmı zayıf kalmış, hüküm fıkrasıyla tatmin edici bir bağ kurulamamış nitelikte olması halinde yetersiz gerekçeden bahsedebiliriz. Maddi anlamda yetersiz bir gerekçe, bir veya iki cümleyle özetleme, kanun maddesinin tekrarı veya soyut hukuk normlarının tekrarıyla yetersizliğini örtmek ister.

Şeker’in⁷⁷ dikkat çeken ifadesiyle, “gerekçenin hükmü besleyecek debide olmaması”, gerekçenin esasen hizmet ettiği adaletin gereksinimlerinden uzaklaşması ve temellendirmenin tatmin edici olmaktan uzaklaşması da yetersizlik olarak tanımlanır. Yalnızca içerik sorunlu gerekçelerden farklı olarak karar ve gerekçenin kurgulanmasındaki şekli yetersizlikler de bu formda değerlendirilmelidir.

AYM tarafından verilen sürekli atıfta bulunan bir kararında⁷⁸, yargılamanın sıhhati açısından gerekçenin yeterliliğine ilişkin olarak; “*Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği, davanın niteliğine ve şartlarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce ilgili ve yeterli bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir.*” diyerek görüşünü ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvurusu yetersiz gerekçelendirmenin hukuki nitelemesinin yapılması açısından önemlidir. Dava konusu olayda⁷⁹, terörle mücadele biriminde yetkili amirin koruma talebi üzerine görevlendirilen polis memurları resmi araçla seyir halindeyken gerçekleşen trafik kazasında şehit ol-

⁷⁶ Tolga Şirin, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı’ [2021] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 70.

⁷⁷ Şeker (n 21) 144.

⁷⁸ AYM, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, 18.06.2014, B. No: 2014/7800, § 39.

⁷⁹ AYM, Aziz Bankur ve Diğerleri Başvurusu, 14.06.2023, B. No: 2018/25145, RG 8.11.2023-32363.

muşlardır. Başvurucular, yakınlarının şehit olması nedeniyle 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında vazife malulü olarak kabul edilmiş ve başvuruculara anılan Kanun kapsamında aylık bağlanmıştır. Başvurucular, murislerinin terör saldırısını önlemek amacıyla görev yaptığı sırada ölmesi nedeniyle şehit kabul edilmesine bağlı vazife malullüğünün 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) başvurmuştur. Başvuru, vefatın 3713 sayılı Kanun kapsamına girmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucular, vazife malullüğünün 3713 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesine yönelik başvurularının reddine dair işlemlerin iptali talebiyle ayrı ayrı dava açmıştır. İdare Mahkemesince de dava konusu işlemler iptal edilmiştir. Kararlarda, başvurucuların murislerinin terör eylemlerinin önlenmesi amacıyla yol güvenliğinin sağlanması için görevlendirildiği ve trafik kazasının terör bölgesinde meydana geldiği ifade edilmiştir. Ölümüne sebebiyet veren görevin terörle mücadele kapsamında ve rutin bir görev olarak nitelendirilemeyecek olması nedeniyle dava konusu işlemlerin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Bölge İdare Mahkemesi ise istinaf taleplerini kabul ederek davaları kesin olarak reddetmiştir. Kararlarda; başvurucuların murislerinin Bitlis Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube müdürünün İzmir'e atanması nedeniyle havaalanına gidişi sırasında yol güvenliğini sağlamakla görevlendirildiğini, bu görevi ifası sırasında geçirdikleri trafik kazası sonucu vefat ettiklerini açıklamıştır. Bölge İdare Mahkemesi; olayın terör olaylarının önlenmesi, takibi veya etkisiz hâle getirilmesi amacıyla ifa edilen görev esnasında gerçekleşmemesi nedeniyle 3713 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Sonrasında vefat eden diğer şehit yakını da aynı şekilde, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında işlem yapılması gerektiğini belirterek Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) başvurmuş ve başvuru aynı gerekçelerle reddedilmiştir. İlk derece mahkemesi önceki başvurulardan farklı olarak, murisin 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu kapsamında iştirakçiliğinin bulunmadığını belirtmiş, bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde 5510 sayılı Kanun uyarınca iş mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varmıştır. Bu kararı takiben İş Mahkemesinde dava açılmıştır. Mahkemesi ise davayı kabul ederek davacıların şehit olan murisi ile birlikte dört personelin olası suikast, kaçırma, yol kesme ve bombalı saldırılar gibi terör eylemlerinin önlenmesi ve yol güvenliğinin sağlanması amacıyla görevlendirildiğini belirtmiştir. Söz konusu karar Bölge Mahkemesi tarafından kaldırılmış, Yargıtay tarafından ise bu karar onanmıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede; dava konusu olayın 3713 sayılı Kanun kapsamına girmediği hususunun Daire kararlarının gerekçesinde yer almadığını, başvurucuların murislerinin görevlendirilme amacını değerlendirilmediğini, kazanın terör faaliyetini önleme amacı taşımadığına ilişkin kendi değerlendirmesini açıkça ortaya koymadığını, yalnızca havaalanına gidiş sırasın-



da yol güvenliğinin sağlanmasından bahsettiğini, söz konusu görevlendirmenin arkasında yatan nedenleri göz önünde tutmadığını, bu sebepleri de neden kabul etmediğini söylemediği tespitinde bulunmuştur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, olayın 3713 sayılı Kanun kapsamında olduğuna ilişkin iddiaların açıklığa kavuşturulmadığını, yargılama sürecinin bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucuların gerekçeli karar haklarının ihlal edildiği sonucuna hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde ise, gerekçeli karar hakkı denetiminin, gerekçenin yasal olup olmadığı, yeterli ve makul olup olmadığı, gerekçenin öğrenilip öğrenilmediği, tarafların iddialarının karşılanıp karşılanmadığı, gerekçenin makul sürede yazılıp yazılmadığı ilkeleri açısından yapıldığı görülmektedir.

AİHM ilkesel olarak, ulusal hukuk ve ulusal mahkemelerin düzenlemeleri için önemli olan, delillerin kabul edilebilirliğine veya delillerin değerlendirilme şekline ilişkin herhangi bir kural ortaya koymadığını, ulusal mahkemelerin belirli delil unsurlarına veya değerlendirilmek üzere kendilerine sunulan bulgulara veya değerlendirmelere ağırlık vermesi gibi konuların Mahkeme'nin inceleme kapsamına girmediğini yinelemiştir⁸⁰. Buna rağmen AİHM, ulusal mahkemelere ait bulguların keyfi, açıkça mantıksız ya da somut olayı temellendirmede yetersiz olan değerlendirmelerin olması halinde Sözleşme'nin 6/1 maddesi uyarınca sorgulamaya devam edeceğini teyit etmiştir.

AİHM, yetersiz gerekçeyle ilişkilendirilebilecek Urat/Türkiye⁸¹ davasında; başvurucunun kamu görevinden ihracının iptali istemli davasında, yargılamayı yapan idare mahkemesinin, değerlendirmelerini sadece ceza yargılamasındaki suçlara dayandığını belirtmiştir. Başvurana ait CV'nin terör örgütüne ait hücre evinde bulunduğu, başvuranın terör örgütünün derslerine ve programlarına katıldığı iddialarını dayanak gösteren idare mahkemesinin kararının gerekçelerden tamamen yoksun olmadığını fakat kararın çok kısa olduğunu belirtmiştir. Adil yargılanma hakkı kapsamında ihlal kararı verilmeyen başvuruda, gerekçenin yoksunluğundan ziyade yetersizliğine ilişkin tespitlere yer verilmiştir.

3. Yasal Dayanak İçermeyen Gerekçe

Yasal gerekçe, hükmün olayla ilişkili yasal düzenlemelerde belirtilen nedenlere dayalı verilmesiyle oluşturulmuş gerekçe halidir⁸². Yasal gerekçe gösterilmemesi ise, maddi olayın çözümlenmesi, olaya uygulanması mümkün yasalar temelinde gerekçelendirme yapılmaması halinde oluşan gerekçesizlik görünümüdür. Netice itibarıyla gerekçeyle örülen mantıki bağ, soyut bir düzenlemenin sınırları içerisinde hükme ulaşmalıdır. Gerekçelendirme uğraşını yasaya üstün kılma anlayışı,

⁸⁰ AİHM, Onur Durmuş/Türkiye, 09.04.2013, no.31575/07.

⁸¹ AİHM, Urat/Türkiye, 27.11.2018, no.53561/09, § § 51-53.

⁸² Hilmi Şeker (n 3) 184.

yargıcın maddi olayı çözümlenmekten uzaklaşarak kendi farklı emellerini⁸³ karara egemen kılma çabasına karşılık gelmektedir. Uyuşmazlığın çözümüyle doğrudan ilişkili, toplumsal mutabakata veya yasa yapıcının iradesine dayanan soyut kurallar temelinde gerekçelendirme yapılmaması açık bir ihlal nedenidir.

AYM başvurusuna konu olayda⁸⁴, özel bir şirket tarafından rüzgâr enerji santrali (RES) kurmak üzere ilgili Bakanlıktan alınan Çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) olumlu.” şeklinde kararın iptali için İdare Mahkemesine dava açmıştır. İdare Mahkemesi dosyada bulunan bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporunu inceleyerek dava konusu işlemin iptaline hükmetmiştir. Danıştay Dava Dairesi ise, mahkeme kararına dayanak oluşturan bilirkişi raporunda yer verilen tespit ve değerlendirmelerin, uyuşmazlık konusu ‘ÇED Olumlu’ kararına esas ÇED Raporunun hatalı veya eksik olduğunu ortaya koyabilecek mahiyette, somut ve teknik verilerle desteklenmediği, bilirkişi raporunda, soyut ve genel nitelikte birtakım çekince ve öngörülere yer verildiği, anılan raporda eksiklik olarak belirtilen hususların ise ÇED Raporunu kusurlandırmaya yeterli olmadığı gerekçeleriyle İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ve davanın kesin olarak reddine oyçokluğuyla hükmetmiştir.

Danıştay, kümülatif etki yönünden İdare Mahkemesinin gerekçesine katılmadığını, Yönetmelik ekinde yer alan Çevresel Etki Değerlendirmesi Genel Formatında kümülatif etki çalışması yapılması yönünde bir yükümlülük öngörülmediğini belirtmiştir. Danıştay’ın 2008 tarihli Yönetmelik’in EK-III’ünde yer alan hükümleri dayanak almak suretiyle bu sonuca vardığı anlaşılmıştır. Şirketin İSE proje başvurusunu yaptığı 19/2/2014 tarihinde 2013 tarihli Yönetmelik’in, ÇED kararının tesis edildiği 13/1/2015 tarihinde ise 2014 tarihli Yönetmelik’in yürürlükte olduğu görülmektedir. Olaya uygulanacak yönetmeliğin belirlenmesinde her iki Yönetmelik’in 29. ve geçici 1. maddelerinin de dikkate alınması gerekecektir. Danıştay kararında ise, bir taraftan işlem tarihinde yürürlükte olduğunu belirttiği 2013 tarihli Yönetmelik hükümlerine, bir taraftan da 2008 tarihli Yönetmelik’in EK-III’ünde yer alan hükümlere yer vermiştir. Bununla birlikte Danıştay ÇED raporunun hazırlanması yönünden 2013 tarihli Yönetmelik hükümlerini, kümülatif etki yönünden ise 2008 tarihli Yönetmelik hükümlerini dayanak almasının, bir başka deyişle 2013 tarihli Yönetmelik’in EK-3, Bölüm III, (a) bendinde yer alan kümülatif etkilerin belirlenmesi hükmünü olaya uygulamamasının sebebinin ise açıklamadığı görülmüştür. Nihayetinde AYM, teknik bilgiye dayalı hukuka aykırılık iddialarına karşılık işlemin neden hukuka uygun görüldüğü yönünde makul ve kabul edilebilir bir gerekçe sunulmadığı, olayın niteliğine uygun, ayrıntılı ve yeterli bir yanıt verilmediği sonucuyla beraber gerekçesinde yasal olarak yürürlükte imkan kalmayan düzenlemelere yer vermesi sebebiyle ihlal kararı vermiştir.

⁸³ Şeker (n 21) 109.

⁸⁴ AYM, Agah Aral ve Diğerleri Başvurusu, 29.09.2020, B. No: 2016/13031.



AİHM, yasal bir düzenlemeye dayandırılmayan bir gerekçeyle sonuçlandırılan yargılamanın adil yargılanma hakkının ihlaline neden olacağını açıkça kayda geçirmiştir. *Andelkovic/Sırbistan*⁸⁵ davasında; başvuru, maddi sıkıntı yaşamakta olan ve başvuranın tatil ücretini ödemeyen işvereni hakkında kamu davası açmış, ilk derece yargılamasını kazanmıştır. Fakat üst derece mahkemesi, ilk davada ortaya konan bulguları ve somut olayla ilişkili iş kanununa herhangi bir atıfta bulunmadan kararı bozmuştur. Temyiz Mahkemesi, yasal dayanağın ne olduğu, somut olaya nasıl uygulanması gerektiği hakkında açıklama yapmamıştır. AİHM, herhangi bir yasal temele dayanmayan Temyiz Mahkemesi'nin sahip olduğu takdir marjının sınırlarından çıkarak soyut bir iddiaya dayandığını, başvuranın adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini kayda geçirmiştir.

Yasal gerekçe gösterilmemesinden kaynaklı olarak verilen ihlal kararlarından biri de *De Moor/Belçika*⁸⁶ davasına aittir. Başvurucunun, ordudan emekli olduktan sonra hukuk diploması alarak Baro levhasına kaydolmak için yaptığı başvuru, Baro Yönetimi tarafından; hukuk dışında ayrıca bir mesleğe mensup olması, halihazırda baro bünyesinde çok sayıda avukat bulunması ve baro yemini etmemesi gerekçeleriyle reddedilmiştir. Başvurucu bu karara karşı Yüksek İdare Mahkemesi'ne dava açmışsa da Baro kararlarının Yüksek Mahkeme'nin kendi denetimi dışında olduğundan bahisle ret kararı vermiştir. AİHM meseleye ilişkin yaptığı inceleme sonucunda, kararda yasal gerekçeler gösterilmediği ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

4. Kavramların Tekrarıyla Oluşturulan Gerekçe

Gerekçenin kalitesizliği olarak da tanımlanabilecek bu gerekçesizlik formu, yargılama makamlarının uyuşmazlıkları çözümlemedeki alışkanlıkları ve kolaycılığıyla da ilişkilidir. Her dava niteliği itibarıyla farklılık arz etmesine rağmen, benzer dava ve işleri çözümlemede kullanılan emsal kararlar aracılığıyla davaları benzeştirmenin yaygın bir uygulama olduğu bilinen bir gerçektir. Maddi olayın çözümlenmesinde, içerik kaygısı gütmeyen şablon atıflarla karar gerekçesinin oluşturulmasının ihlal nedeni sayılabileceği açıktır. Yasal ifadelerin yanı sıra bilirkişi raporundaki görüşlerin tekrarıyla oluşturulmuş bir gerekçenin de makul ve yeterli olduğundan bahsedilemez. Nitekim mahkeme veya hâkimin kendi mantık örgüsü içinde olayı temellendirme etkinliğinden ayrılarak soyut kavramların tekrarı üzerinden gerekçe kurması başka bir gerekçesizlik formuna sebebiyet vermektedir.

Kanunlarda yer alan soyut ve muğlak kavramların tekrar edilmesi makul ve yeterli bir gerekçelendirme biçimi değildir⁸⁷. Referans alınan yasal düzenlemeler, dava dosyasında bulunan gerçeklikler temelinde eşleştirilmelidir. Bu gerekçesizlik motifinin oluşmasına bilhassa belirsiz yasal düzenlemelere sığınılması neden

⁸⁵ AİHM, *Andelkovic/Sırbistan*, 09.04.2013, no.1401/08, § 27.

⁸⁶ AİHM *De Moor/Belçika*, 23.06.1994, no.16997/90.

⁸⁷ Şeker (n 21) 119.

olmaktadır. Sakkopoulos/Yunanistan⁸⁸ davasında, başvuru hakkında verilen hükmün içerik olarak maddi olayın çözümlenmesinde akim kaldığını, Atina İstinaf Mahkemesi'nin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 533/2. maddesi hükümlerinin tekrarından ibaret olduğunu, kanun maddesinin mevcut davaya uygulanmasının dışında herhangi bir gerekçe sunulmadığına dair tespitlerin devamında AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Genellikle tutuklama kararlarında karşılık bulan bu gerekçesizlik formu, gerekçe yazmaktan imtina edilerek kanun maddelerinin tekrarlanması ya da somut olayın yüzeysel bir değerlendirmesini içerecek biçimde şablon bir metinden olayların anlatılıp düzenlenmesi şeklinde görülmektedir. Nitekim gerekçenin bu şekliyle oluşturulması, özellikle ceza yargılamalarında AİHM nezdinde Türkiye'nin mahkûm olduğu birçok hak ihlal başvurularına neden olmaktadır. Bilhassa tutukluluk ve tutukluluğun devamı kararlarında baş gösteren bu gerekçe motifinde yer alan; "Suçun niteliğine, delillerin durumu ve tutukluk süresi" "Kuvvetli suç şüphesinin bulunması", "Başka türlü delil elde etme olanağının bulunmaması", "Makul şüphe bulunması", "Somut delillerin bulunması" gibi ifadelerin somut olaya uyarlanmasının aksaklıklara neden olduğu, ciddi mağduriyetlere yol açtığı da bir gerçektir. Kalay/ Türkiye⁸⁹ davasında, başvuruçunun tutukluluk haline, mu-

⁸⁸ AİHM, Sakkopoulos/Yunanistan, 22.05.2007, no.14249/04, § 51-52.

⁸⁹ "30. Tutuklu kişinin suç işlediğine dair haklı şüphenin mevcudiyetinin devam etmesi, tutukluluğun devamının geçerliliği için bir sine qua non durumudur, ancak belli bir süreden sonra bu yeterli olmaz. AİHM, bu durumda, adli yargı makamları tarafından kaydedilen diğer gerekçelerin özgürlükten mahrum bırakmayı haklı çıkarmayı sürdürüp sürdürmediğini tespit etmelidir. Bu gerekçeler "ilgili" ve "yeterli" olduğu durumda, AİHM, yetkili ulusal makamların işlemlerin yürütülmesinde "özel çaba" sergileyip sergilemediğini de tespit etmelidir (bkz., diğer içtihatlar yanında, Ilijkov – Bulgaristan, no. 33977/96, § 77, 26 Temmuz 2001, ve Labita – İtalya [BD], no.26772/95, §§ 152-153, AİHM 2000-IV).

31. Söz konusu davada, göz önüne alınacak süreç 15 Mayıs 2001 tarihinde başlamış ve 28 Aralık 2001 tarihinde sona ermiştir. Sonuç olarak, bu süreç yaklaşık yedi buçuk ay sürmüştür. Dava dosyasındaki belgelerden, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, başvuranın tutuklu yargılanmasının devamına, "suçun niteliğine, delillerin duruma ve tutuklama tarihine ilişkin olarak" gibi benzer basmakalıp ifadeler kullanılarak hüküm verdiği ortaya çıkmaktadır.

32. Bu bağlamda, AİHM, başvurana yüklenen suçun ciddiyetini ve ilgili cezanın katılgını göz önüne almaktadır. Ancak, AİHM, kaçma tehlikesinin, yalnızca maruz kalınan cezanın katılgı temelinde değerlendirilemeyeceğini (bkz. Muller – Fransa, 17 Mart 1997 tarihli karar, Reports 1997 II, § 43), ancak, ya böyle bir tehlikenin varlığını doğrulayabilecek ya da bu tehlikeyi tutuklu yargılanmayı haklı çıkarmayacak kadar önemsiz gösterebilecek, diğer ilgili ek unsurlar açısından incelenmesi gerektiğini hatırlatır (bkz., diğer içtihatlar yanında, Letellier – Fransa, 26 Haziran 1991 tarihli karar, Seri A No. 207, s. 319-B, § 43). Bu bağlamda, AİHM, yerel mahkemenin başvuranın tutuklu yargılanma süresini uzatma kararlarında, bu şekilde bir gerekçeylemeden yoksun olduğunu kaydeder.

33. Son olarak, genelde, "delillerin durumu" ifadesi ciddi suç göstergelerinin varlığı ve sürekliliğine dair önemli bir unsur olsa da söz konusu davada, başvuranın şikayetçi olduğu tutukluluk süresini, tek başına haklı çıkarmaya yetmez (bkz., yukarıda anılan, Letellier; Tomasi – Fransa, 27 Ağustos 1992 tarihli karar, Seri A no. 241-A; Mansur – Türkiye, 8 Haziran 1995 tarihli karar, Seri A no. 319-B, § 55, ve yukarıda anılan, Demirel, § 59)." AİHM, Kalay/Türkiye,



hakemenin gerekçesizliğine atıfta bulunarak eleştiri getirmiştir. Kararda yer alan aşağıdaki tespitler, şablon ifadelerden teşkil eden gerekçesizlik motifini teyit eder niteliktedir:

“...Son olarak, genelde, “delillerin durumu” ifadesi ciddi suç göstergelerinin varlığı ve sürekliliğine dair önemli bir unsur olsa da söz konusu davada, başvuranın şikayetçi olduğu tutukluluk süresini, tek başına haklı çıkarmaya yetmez. Dolayısıyla, mahkemenin yürüttüğü basmakalıp muhakemeyi de değerlendiren AİHM, yedi buçuk aylık sürenin, özellikle de başvuranın önceden yaşamış olduğu sekiz buçuk yıllık tutukluluğunun ışığında, haklılığının kanıtlanmadığı görüşündedir.”

5. Belirsiz Kavramlar/ Çelişkili İfadeler İçeren Gerekçe

Maddi olayın bağlamından kopuk, muğlak, anlam karmaşasının yoğun olduğu, temellendirilen olgulardan hükme varmanın oldukça güç olduğu gerekçesizlik formudur. Bu türden gerekçede, savunma hakkı ve kanun yolunun etkin kullanılmasını imkânsız hale getirecek şekilde belirsiz kavramların kullanılması zahiri bir temellendirme faaliyeti olarak kabul edilmektedir⁹⁰.

Dava dosyasından bağımsız şekilde değerlendirilmiş ve dosyadaki bulgularla ilişkilendirilmemiş, mantığın ve hayatın olağan akışına aykırı, hüküm fıkrasının yanı sıra kendi içerisinde çelişkiler barındıran, belirsiz kavramlarla temellendirilmiş gerekçenin, gerekçesizlik motifini doğuracağı açıktır.

Gerekçenin farklı okumalara sebep verecek, uyumsuzluğun sonlandırılmasını akim bırakacak nitelikte belirlemeler üzerine inşa edilmesi, AYM tarafından ihlal niteliğinde görülmektedir. Bireylerin hak arayışını belirsizliğe sürükleyen yargı kararları hususunda AYM önüne gelen başvuruda; başvuru, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun kapsamında yaptığı başvurusunun reddedilmesi, ret işlemine karşı açtığı dava neticesinde Danıştay tarafından ikamet ettiği mezarının boşaltılıp boşaltılmadığı hususunda çelişkili kararlar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Sözü edilen iddialarla ilgili önüne gelen Sabri Oruç⁹¹ başvurusunu inceleyen AYM, davacının beklentilerine cevap verecek nitelikte açık ve anlaşılır olmasını teyit eder nitelikte değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...Bir mahkeme kararının gerekçesi, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyar; maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterir. Tarafların hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve hukuka uygunluk denetimini yapabilmeleri-

22.09.2005, no.16779/02, § 30-34.

⁹⁰ Şeker (n 21) 107.

⁹¹ AYM, Sabri Oruç Başvurusu, 29.09.2016, B. No: 2014/4863, § 23.

ri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini kuşkuyla yer vermeyecek açıklıkta gösteren bir gerekçe bölümünün bulunması zorunludur.”

6. Kanun Yolunda Gerekçeden İmtina Edilmesi

Gerekçenin, dava konusu olayın irdelenmeden, aynı dava hakkında öncesinde yapılan değerlendirmelere bağlı kalınarak yazılması bir diğer gerekçesizlik türüdür. İçselleştirilmiş gerekçe⁹², hukuki dinlenme hakkı ve savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına engel teşkil etmektedir. Benzer bir davanın kararı veya davaya kaynaklık eden bilirkişi raporunun gerekçesinin aynen benimsenmesiyle gerekçenin içselleştirildiğinden bahsedebiliriz. Bilirkişi raporlarının değerlendirme süzgecinden geçirilmeden benimsenmesi, bozma gerekçesinin aynen kabul edilmesi, ısrar kararında ilk atfın benimsenmesi gibi durumların yanı sıra üst mahkemelerde onama kararlarında, ilk derece mahkemesi tarafından kaleme alınan gerekçelerin aynen benimsenmesi de gerekçesizlik görünümüne neden olur⁹³. Netice itibarıyla, uyuşmazlığın yargıcın değerlendirmesinden bağımsız olarak önceden saptanmış tespitlerden oluşturulmuş gerekçenin ihlale neden olacağı söylenebilir.

Kanun yolu aşamasında ortaya çıkan ve henüz değerlendirilmemiş olguları değerlendirmekten imtina eden temyiz makamlarının ihlale yol açtığı bilinmektedir. AYM önüne gelen Ayşen Esen davasında, Tıp Fakültesinde (İdare) öğretim üyesi olarak profesör kadrosunda görev yapmakta olan başvuru ayrıca mesai saatleri dışında özel muayenehanesinde hekimlik faaliyeti yürütmektedir. Üniversite yasal düzenlemeler uyarınca 2015 yılı Ocak ayından itibaren başvurucuya üniversite ödeneğini ve ek ödemeleri ödemiştir. Başvuru 2547 sayılı Kanun’un geçici 70. maddesinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması, idari işlemin iptali ve yapılmayan ödemelerin yasal faiziyle birlikte tahsil edilmesi talebiyle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi Anayasa’ya aykırılık iddiasını yerinde görmemiş ve işin esasına geçerek davanın reddine karar vermiştir. Başvuru, kanuni düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğunu belirterek karara karşı istinaf itirazında bulunmuştur. İstinaf Mahkemesi kararı usul ve hukuka uygun bularak itirazı oybirliğiyle reddetmiştir. İstinaf itirazının reddi üzerine başvuru karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Karar düzeltme başvurusu da İstinaf İDD tarafından reddedilmiştir. Başvuru, kanun yolu aşamasında verilen İstinaf Mahkemesi kararında gerekçe bulunmadığını, ayrıca benzer nitelikteki davalarda farklı kararlar verilmesi nedeniyle hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin zedelendiğini, nihayetinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Karar düzeltme aşamasında tesis edilen idari işleme dayanak gösterilen ilgili Kanun’un maddesi Anayasa’ya aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Yargılama sürecinde or-

⁹² Şeker (n 21) 124.

⁹³ Sunay (n 9) 36.



taya çıkan bu duruma ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamış, ilk derece yargılamasında ortaya konulmuş bulgu ve değerlendirmeler ışığında karar onanmakla yetinilmiştir. AYM'nin, başvuruya ilişkin yaptığı tespitler şu şekildedir⁹⁴:

“..... Danıştay içtihadında (bkz. §§ 24, 25) yargılama süreci sona ermeden Anayasa Mahkemesi tarafından bir hükmün iptal edilmesi hâlinde dava konusu işlemin kanuni dayanaktan yoksun hale geleceği belirtilmiş, bu kapsamda da Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş olan bir hüküm esas alınarak derdest olan bir davanın çözülmesinin hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'ya aykırı olacağı açıklanmıştır. Bu durumda somut olayın koşullarında karar düzeltme sürecinde yürürlüğe giren iptal kararı üzerine ortaya çıkan hukuki durumun tartışılması gerekmektedir.

İstinaf Mahkemesi, karar düzeltme talebinin reddine ilişkin kararının gerekçesinde başvurucunun açmış olduğu davanın reddine dayanak yapılan 2547 sayılı Kanun'un geçici 70. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması hakkında bir değerlendirme yapmayarak bu hususu yanıtız bırakmıştır. Dolayısıyla sonuca etkili olabilecek bu durumun incelenmemiş olması İstinaf Mahkemesi tarafından verilen kararda yeterli gerekçenin bulunduğu kabul edilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.”

AİHM ayrıca temyiz makamının gerekçeyi içselleştirmesini, ortaya çıkan yeni olgular karşısındaki isteksizliğini eleştirmiş ve ihlal kararları vermiştir. Cihangir Yıldız / Türkiye⁹⁵ davasında, başvurucuya ait konutun yıkım kararının iptali talebiyle açılan davada ilk derece mahkemesinin talebine rağmen davacı tarafından belgeler sunulmamış, davanın reddedilmesi üzerine yapılan temyiz istemiyle birlikte ilgili belgeler Danıştay'a sunulmuştur. Danıştay, sunulan belgeleri dikkate almadan, ortaya çıkan yeni bulgular hakkında gerekçeye yer vermeksizin kararın hukuki olduğundan bahisle ilk derece mahkemesi kararını onamış, karar düzeltme yolu da tüketildiğinden karar kesinleşmiştir. Başvurucu temyiz sürecinde sunduğu delillerin Danıştay tarafından değerlendirilmemesinden dolayı adil yargılanmadığını iddia etmiştir. Başvuruya ilişkin verdiği kararda AİHM, delil unsurlarının kabul edilebilirlik ölçütlerini belirleme yetkisinin ulusal makamlara ait olduğunu,

⁹⁴ AYM, Ayşen Esen Danacı Başvurusu, B. No: 2017/17765, 03.06.2017, RG 8.7.2020-31179, § 41-42.

⁹⁵ AİHM, Cihangir Yıldız/Türkiye, 17.04.2018, no.39407/03, § 48-51.

fakat ilk defa temyiz aşamasında sunulan ve sunulan delillerin kabul edilemezliğini öngören bir sistemin kendiliğinden sözleşmeye aykırı olmadığını ifade ettikten sonra, kabul edilemezliğine ilişkin bir gerekçe sunulmamasına ilişkin şu şekilde değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...Hükümetin ileri sürdüğü gibi, Danıştay’ın yargılamanın ileri bir aşamasında sunulan belgeleri zımnen kabul edilemez ve dikkate alınamaz olarak değerlendirdiği varsayılsa bile, Yüksek Mahkeme, böyle bir yaklaşımı haklı göstermek için herhangi bir gerekçe göstermemiş ve başvuranın temyiz başvurusunun esas nedenine yanıt vermemiştir.

Tüm bu değerlendirmeleri göz önünde bulundurarak Mahkeme, başvuran tarafından sunulan temel argümanlarla ilgili olarak –hak ettikleri halde- spesifik ve açık bir yanıt verilmediğini ve bu nedenle, davada varılan sonucun yeterince gerekçeli olarak değerlendirilmeyeceği kanaatine varmaktadır.”

Deryan/Türkiye⁹⁶ davasında, başvurunun açtığı davanın zaman aşımına uğradığını, iki tanığının dinlenmediğini ve faiz talebi olmamasına rağmen derece mahkemesince faize hükmedildiğini ileri sürerek kararı temyiz etmiş, Yargıtay herhangi bir gerekçe göstermeden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. AİHM yaptığı incelemede, ilk derece mahkemesi ve Yargıtay’ın kararlarında zaman aşımı iddiasının incelenmediğine kanaat getirmiştir. AİHM’e göre bu konularda Yargıtay tarafından verilen onama kararında bu temel iddialar karşılanmamış, gerekçe esasa etki edecek temel iddialar göz ardı edilerek yazılmıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvurunun adil yargılanma hakkı bağlamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

7. Tebliğ Edilmeyen / Erişilemeyen Gerekçe

Uyuşmazlığın taraflarının yargı kararının temel nedenleri hakkında bilgilenebilmesi ve savunma hakkı çerçevesinde kendisine tanınan etkili başvuru yollarını kullanabilmesinin temin edilmesi gerekçenin en temel işlevidir⁹⁷. Gerekçeye erişimin sağlanamaması veya etkili kanun yolu başvurusunun sağlıklı şekilde işlemesine engelleyen durumların oluşması başka bir gerekçesizlik motifine neden olmaktadır. Bu gerekçesizlik motifinin en temel kaynağı, yazılan gerekçeden açık ve net şekilde haberdar olunmasının engellenmesidir⁹⁸. Tarafların gerçek ve etkili bir savunmadan yararlanabilmesi, kanun yollarını etkin bir şekilde işletebilmesi nihayetinde adil yargılanma hakkı bağlamında ihlalin oluşmaması için tarafların

⁹⁶ AİHM, Deryan/Türkiye, 21.07.2015, no.41721/04.

⁹⁷ Sunay (n 9) 28.

⁹⁸ Şirin (n 56) 72.



gerekçeden usulüne uygun şekilde haberdar olması zorunludur. Kişinin savunmasını hazırlaması için gerekli kolaylıklara ve zamana sahip olması, dava dosyasının daha geniş kapsamda hazırlanması, hükmün gerekçeli olarak kişiye tebliği gibi unsurlar açısından aynı kişinin gerekçeye erişimi mecburidir⁹⁹. Bu gerekçesizlik formu nedeniyle yapılan başvurularda, AYM ve AİHM'nin adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirmeleri mevcuttur.

Vesim Parlak davasında, başvuruçunun işe iadesine karar verilmesi istemiyle açtığı davada davanın reddi yönünde verilen gerekçeli karar kendisine tebliğ edilmeden kararın Yargıtay tarafından onandığını, başka davacılara gerekçeli kararın gönderilmesine rağmen kendisine gönderilmediğini belirterek eşitlik ilkesinin, adil yargılanma hakkı ve çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Gerekçeli karar hakkı bağlamında adil yargılanma hakkına uygun olmayan yargılama sürecine ilişkin AYM'nin yaptığı tespitler yol gösterici niteliktedir¹⁰⁰:

“Uygulamada, iş mahkemelerinde, 8 günlük temyiz süresi teftim ile başladığından, bir kısım mahkemeler gerekçeli kararı taraflara tebliğ etmemekte, bir kısım mahkemeler ise gerekçeli kararı her halde taraflara tebliğ etmektedir. Bu durum somut başvuruda olduğu gibi bazı davalarda tarafların mahkemelerin gerekçesini bilmeden temyiz başvurusu yapmak zorunda kalmasına ve temyiz incelemesinde davanın taraflarının temyiz gerekçeleri bilinmeden inceleme yapılmasına neden olmaktadır. İlk derece mahkemesi kararının gerekçesini bilmeyen kişilerin temyiz hakkını gereği gibi kullandığı ve tarafların temyiz nedenlerini bilmeyen temyiz merciinin de temyiz incelemesini sağlıklı bir şekilde yaptığı söylenemez. Bahsedilen şekilde yapılan temyiz başvurusu ve temyiz incelemesi, gerekçeli karar hakkı bağlamında adil yargılanma hakkına uygun olmayan bir yargılama yapılmasına sebebiyet vermektedir.”

Eski Genelkurmay Başkanı M. İlker Başbuğ'un¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru üzerine verilen ihlal kararının da sözü edilen gerekçesizlik motifinden kaynaklandığı söylenebilir. Dava konusu olayda, başvuruçunun hakkında verilen mahkûmiyet kararının gerekçesinin yasal süre içinde dava dosyasına konulmaması nedeniyle tahliye talebine ilişkin karar verilemediği, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarını mahkemeye taşımıştır. AYM, başvuruçunun gerekçeye ilişkin kısımlarında yaptığı tespitlerden hareketle ihlal gerçekleştiği sonucuna ulaşmıştır:

⁹⁹ Şeker (n 21) 130.

¹⁰⁰ AYM, Vesim Parlak Başvurusu, 20.03.2014, B. No: 2012/1034, § 39.

¹⁰¹ AYM, Mehmet İlker Başbuğ Başvurusu, 06.03.2014, B. No: 2014/912, § 72-84.

“...ilk derece mahkemesindeki yargılamanın sona erdiği davada temyiz incelemesinin yapılabilmesi için öncelikle gerekçeli kararın dava dosyasına konulması, sonrasında temyiz talebinde bulunan tarafların açıklanan hükme dayanak teşkil eden gerekçeye ilişkin varsa itirazlarını bildirme imkânına sahip olmaları gerekmektedir.

Hüküm tarihinden itibaren yedi ayı aşan bir süredir gerekçeli kararın dosyaya konulmamış olması nedeniyle başvurusunun, mahkûmiyete bağlı olarak tutukluluğun devamına ilişkin kararın görevli olmayan bir mahkeme tarafından verildiği, dolayısıyla özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki olmadığı yönündeki iddiasını temyiz mercii önüne götürememesi sonucu ortaya çıkmıştır. Başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakılmasına ilişkin kararın hukukiliğini temyiz mercii önünde denetleme hakkını kullanamamasının hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkelerine uygun olduğu söylenemez.”

AİHM, gerekçeli kararın temyiz süresi içinde öğrenemediği, süresinde yapılmayan temyiz başvurusunun reddedildiğini, sanığın etkili savunma olanaklarının elinden alındığını belirtmiş, Sözleşmenin savunma hakkı bağlamında adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/3-b, c maddelerinin veyahut mahkemeye erişim hakkının ihlaline neden olduğuna karar vermiştir¹⁰².

Supergrav Albania SHPK/ Arnavutluk başvurusunda¹⁰³, başvuru şirket bölge polisine karşı Bölge Mahkemesinde hukuk davası açarak tazminat talebinde bulunmuştur. Dava ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş, bu karar Temyiz Mahkemesi tarafından onanmıştır. Şirket bir kez daha temyiz başvurusunda bulunmuş, 28.01.2016 tarihinde temyiz istemi hiçbir gerekçe öne sürülmeden tekrar reddedilmiştir. İlgili devletin ulusal hukuk düzeninde, 8 Kasım 2016 tarihli yasal düzenlemeyle Anayasa Mahkemesine başvuru süresi, anayasal bir hak veya özgürlüğe müdahalenin öğrenildiği andan itibaren iki yıldan dört aya indirildi. Başvurucu şirket 20 Eylül 2017 tarihinde Temyiz Mahkemesi’ne bir yazı göndererek gerekçeli mahkeme kararının kendisine tebliğ edilmesini talep etmiştir. Gerekçeli karar 26 Eylül 2017 tarihinde başvuru şirkete tebliğ edilmiştir. Şirket 4 Ekim 2017 tarihinde anayasa şikâyetinde bulunmuştur. 8 Kasım 2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu Temyiz Mahkemesi kararının kabul edildiği tarihten itibaren dört aylık süre sınırı dışında yapılan başvurunun kabul edilemez olduğunu beyan etmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvuran şirketin Yüksek Mahkeme önündeki davasının sonucu hakkında zamanında bilgi alması gerektiğine hükmetmiştir.

¹⁰² AİHM, Kutlu ve Diğerleri/Türkiye,13.12.2016, no.51861/11; aynı yönde karar için bkz., Nölkenbockhoff /Almanya, 25.08.1987, no.10300/83.

¹⁰³ AİHM, Supergrav Albania SHPK/Arnavutluk, 09.04.2023, no.20702/18, § § 27- 32., aynı yönde karar için bkz. AİHM, Georgiy Nikolayevich Mikhaylov/Rusya, 01.04.2023, no.4543/04.

Şirket, gerekçeli kararın zamanında tebliğ edilmemesi ve sürenin kısaltılmasını öngören yasal düzenlemenin daraltıcı yorumu sebebiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM' e başvurmuştur.

AİHM, bu davada, anayasa şikâyetinde bulunma süresinin Temyiz Mahkemesi kararının verildiği tarihten mi yoksa gerekçeli kararın başvuruca tebliğ edildiği tarihten mi sayılması gerektiğine vurgu yapmıştır. Bu bağlamda AİHM, tarafların, kendilerine yük getiren veya meşru hak ve menfaatlerini ihlal edebilecek mahkeme kararları hakkında etkili bir şekilde bilgi sahibi olabildikleri andan itibaren, temyiz başvurusunda bulunma hakkından yararlanabilmeleri gerektiğini belirtmiştir. Aksi takdirde mahkemelerin temyize başvurma süresini önemli ölçüde kısaltabileceğini ve hatta kararlarının tebliğini geciktirerek temyizi imkansız hale getirebileceklerini ifade etmiştir. AİHM, iyi savunulmuş bir anayasa şikâyetinde bulunabilmek için, başvuran şirketin, özet gerekçe de olsa, Temyiz Mahkemesi kararının içeriğini ve gerekçesini tam olarak bilmesi gerektiği kanaatindedir. Başvuran şirketin 26 Eylül 2017 tarihine kadar Temyiz Mahkemesi'nin gerekçeli kararından haberdar olmadığı gerçeği göz önüne alındığında, önceden anayasa şikâyetinde bulunma konusunda etkili bir hakka sahip olmadığına hükmetmiştir. AİHM, anayasa şikâyetinde bulunmak için dört aylık süre sınırının, mevcut koşullar altında, Temyiz Mahkemesi kararının başvuran şirkete tebliğ edildiği 26 Eylül 2017 tarihinden itibaren hesaplanması gerektiği halde Anayasa Mahkemesinin, bu süreyi Temyiz Mahkemesi'nin kararını verdiği 28 Ocak 2016 tarihinden itibaren saydığını ve başvuran şirketin anayasa şikâyetinin süresi içinde yapılmış olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. Başvurucu şirketin bu nedenle Anayasa Mahkemesine erişim hakkından yoksun bırakıldığını, dolayısıyla şirketin Anayasa Mahkemesine erişim hakkı açısından Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

8. Makul Sürede Yazılmayan Gerekçe

Adil yargılanma hakkının somut görünümelerinden biri de makul sürede yargılanma hakkıdır. Makul sürede yargılanma hakkı, yargılamanın süruncemede kalmasını, tarafların olağandan daha uzun süren yargılama faaliyetinden kaynaklanacak endişenin etkisinde kalmasını önleyecek temel normdur¹⁰⁴. Davaların makul süre içinde sonuçlanmaması ya da sonuçlandırılmaması, tarafların yargıya olan güvenini sarsar, özellikle de davanın geç sonuçlandırılmasında yararı olanları cesaretlendirir. Makul süre içinde sonuçlandırılmayan bir davanın sonunda hakkını elde eden taraf, gecikme sebebi ile ya zarar görecektir ya da hakkını tam olarak elde edemeyecektir. Bu nedenle yargılamadaki gecikmeler, kişilerin yasal olmayan yollara başvurmaları sonucunu doğuracaktır.

Gerekçenin geç yazılması ve tarafa geç ulaştırılması, yargılamanın olağan ve makul bir süre içinde sonlandırılmasına engel olmaktadır. Adil yargılanma hakkı-

¹⁰⁴ Gölcüklü (n 36) 218.

nın en önemli görünümünden olan makul sürede yargılanma hakkının, gerekçeli karar ilkesi bağlamında ele alınması gerekir. Makul sürede yargılanma hakkını etkileyen gerekçenin geç yazılmasının ihlale neden olacağı AYM ve AİHM kararlarından anlaşılmaktadır.

AİHS 6. maddenin 1. fıkrasında geçen; “Herkesin kendisi hakkında görülen davanın, makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkı” konuya ilişkin de kapsayıcı bir hükümdür. Makul süre kavramı konusunda AİHM içtihatları, davanın niteliği ve koşullar yönünden değerlendirmeye gitmiştir¹⁰⁵. Olağan koşullara aykırı olacak düzeyde, kararın verildiği tarihten uzun süre sonra gerekçeli kararın tebliğ edilmesinin makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği, tarafların hukuki güvenlik ve belirlilik beklentisini zedelediği açıktır. Buchholz /Almanya¹⁰⁶ davasında, mahkemenin karar verdikten 2 ay sonra taraflara bildirimde bulunmasına eleştiri getirmiş, gerekçenin yazılmasındaki gecikmenin mahkemeye atfedilebileceğinden bahisle ihlalin bulunduğuna karar vermiştir.

SONUÇ

İnsan davranışlarının rasyonel biçimde temellendirilebilmesi için zorunlu olan gerekçe, yargısal etkinlikler aracılığıyla birçok temel hak ve hürriyetin korunmasıyla da doğrudan ilişkili olduğundan hukuk düzeninde önemli yer tutmaktadır. Dolayısıyla yargısal kararların meşruiyetinin sağlanabilmesi adına ‘gerekçeleştirme fonksiyonu’ temel bir hak niteliği kazanmış, ‘gerekçeli karar hakkı’ adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak anayasal güvenenin yanı sıra içtihatlar yoluyla AİHS’nin kapsamında koruma altına alınmıştır. Temel bir hak niteliğinde olduğu evrensel kabul gören gerekçeli karar hakkı, yüksek mahkemeler nezdinde ihlale sebebiyet teşkil eden gerekçesizliğin farklı görünümünün kararlar üzerinden değerlendirilmesiyle açıklık kazanacaktır.

Gerekçeye ilişkin en temel ihlal görünümü gerekçenin hiç olmaması halidir. Esasa etki edecek iddiaların hiç karşılanmadığı, hukuki müesseselerin (HAGB vb.) uygulanmama hallerinin gerekçelenendirilmediği, lehe olup uygulanmayan düzenlemelerin gerekçelenendirilmediği, karara etki edecek delillerin değerlendirilmediği veyahut delillerin değerlendirilmemesine ilişkin kararın da gerekçelenendirilmediği haller bu kapsamda ele alınmaktadır. Gerekçeden tamamen yoksun olma halinden farklı olarak maddi uyumsuzluğu gerekçeleştirme açısından yetersizlik önemli ihlal nedenidir. İddia ve savların bir kısmının yanıtlanmadığı, önemli hususların yüzeysel şekilde ele alındığı, yapılan değerlendirmelerle hüküm fıkrası arasında tatmin edici bir bağın kurulamadığı durumlarda yetersizlikten bahsedilebilir. AİHM, olguların mantıksal temele oturtulmadığı, somut olayı temellendirmede yetersizliğe neden olacak şekilde keyfi tutumların ön plana çıktığı kararlara ilişkin tespitlerin ardından ihlal kararları vermiştir.

¹⁰⁵ AİHM, Muğosa/Karadağ, 21.09.2016, no.76522/12.

¹⁰⁶ AİHM, Buchholz/Almanya, 06.05.1981, no.7759/77.



Maddi olayın çözümlenmesi, olaya uygulanması mümkün yasalar temelinde gerekçelendirme yapılması gerekirken aksine yasal gereke gösterilmemesi başka bir gerekçesizlik görünümüdür. AYM, mahkeme kararlarının yasal olarak yürürlük imkan kalmayan düzenlemelerle gerekçelendirilmiş olması halinde ihlal kararı vermiştir. AİHM de benzer şekilde, ilk derece mahkeme safhasında ortaya konan bulguları ve somut olayla ilişkili İş Kanununa herhangi bir atıfta bulunmadan kararı bozan Temyiz kararında, yasal dayanağın ne olduğu, somut olaya nasıl uygulanması gerektiği hakkında açıklama yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

Yargılama makamlarının iş yükünden kaynaklandığı düşünülen şablon kararlar diğer bir gerekçesizlik görünümüdür. Farklı davaları farklı içeriklere sahip olmasına rağmen emsal kararlar aracılığıyla benzeştirmenin yaygın bir uygulama olduğu bir gerçektir. Bilhassa ceza davalarında görülen kanun maddelerinin tekrarlanması veyahut tutukluluk kararlarında somut olayları karşılamayacak şekilde yer alan, “suçun niteliğine, delillerin durumu ve tutukluk süresi” “kuvvetli suç şüphesinin bulunması”, “başka türlü delil elde etme olanağının bulunmaması”, “makul şüphe bulunması”, “somut delillerin bulunması” gibi ifadelerin tekrarıyla oluşturulan gerekçeler ihlallere neden olmaktadır. Şablon kararların yanı sıra belirsiz kavramlarla oluşturulmuş gerekçeler de gerekçeli karar ihlallerine yol açmaktadır. Uyuşmazlığın çözümünü zora düşürecek nitelikte, muğlak, bağlamdan kopuk şekilde oluşturulmuş gerekçe hususunda AYM, başvurunun iddialarına cevap verecek nitelikte açık ve anlaşılır olmayan mahkeme kararının gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Dava konusu olayın irdelenmeden, ilave iddiaların karşılanmadığı, aynı dava hakkında öncesinde yapılan değerlendirmelere bağlı kalınarak yazılmış bir temyiz kararı diğer bir ihlal nedenidir. AİHM ilgili kararında, ilk derece safhasında sunulamayan fakat temyiz aşamasında dosyaya sunulan belgelerin değerlendirilmediği, ortaya yeni koyulan bulguların karşılanmadığı, ilk derece mahkemesi kararının onanmasıyla verilen temyiz kararının adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirmiştir.

Yargı kararlara ilişkin bilgi sahibi olunması, ayrıca gerekirse kanun yoluna başvuru imkanının değerlendirilmesi için gerekçeli kararın tebliği zorunludur. AYM, işe iadesine karar verilmesi istemiyle açtığı davada davanın reddi yönünde verilen gerekçeli karar kendisine usulüne uygun şekilde tebliğ edilmeden kararın Yargıtay tarafından onandığı gerekçesiyle başvurunun ihlal iddiasını yerinde görmüştür. AYM başka bir kararında, yasal süre içerisinde gerekçeli karar dosyasına konulmadığı gerekçesiyle tahliye talebine karar verilemeyen başvurunun adil yargılanma hakkının ihlali iddiasını kabul etmiştir. Tebliğ edilmeyen gerekçenin yanı sıra makul sürede yazılmayan gerekçe de adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Kararın gerekçesinin burada makul düzeyi aşan olağan koşullarla izah edilemeyen gecikmelerle yazılması açık bir ihlal görünümüdür. Ülkemizde adil yargılanma hakkı kapsamında en çok ihlalin verildiği hususun makul sürede yar-

gılanma hakkının olduğu düşünüldüğünde gerekçenin de bu çerçevede düşünülmesinde yarar olduğu açıktır.

Gerekçenin, yargısal etkinliklerin yürütülmesi sürecine sağladığı katkılar oldukça fazladır. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını güçlendirmesi, yargıya olan güveni sağlaması, kanun yoluna etkili başvuruyu sağlaması, hakimlerin özdenetimine katkı sunması, savunmada kolaylığı temin etmesi, keyfiligi önlemesi, soyut normların somut olaylara uygulanabilmesine olanak vermesi gibi unsurlar gerekçenin adli yönden sunduğu katkıların ana başlıklarıdır. Pedagojik yönden değerlendirildiğinde ise; hakimlerin kendini geliştirmesi, hukuk ve içtihatların geliştirilmesi üzerindeki yarattığı etkinin yanı sıra gerekçe hukuk tüketicilerinin kullandığı veri setleri olarak düşünüldüğünde, toplumun önemli bileşenleri tarafından yararlanılan bir kaynak niteliğindedir. Uyuşmazlığın tarafları ve toplum nezdinde sağlanacak tatmin duygusunun, ayrıca kamuoyu tarafından dikkatle takip edilen davalarda hâkimin kendini ifade edebileceği tek iletişim aracının gerekçe olması, gerekçenin psikolojik işlevini açıklamaktadır. Doğru muhakeme ve mantıklı bir çerçeve oluşturulmasının aracı olan gerekçenin işlevlerine ilişkin farkındalık düzeyinin artırılması gerekir. Gerekçenin sağladığı yararlar üzerinden bir bakış açısı geliştirilirse, gerekçe noksanlıklarının azaltılması yolunda ilerleme kaydedilebilecektir.

Temel bir insan hakkı olarak nitelendirilen ‘gerekçeli karar hakkı’ üzerinde yapılan değerlendirmeler neticesinde, gerekçenin makul, yasal ve yeterli olması gerektiğine yönelik içtihatlar ortaya konulmuştur. Söz konusu niteliklerden yoksun gerekçelerin, adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi, ifade özgürlüğü, özel hayata ve aile hayatına saygı, mülkiyet hakkı vb. temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açacağından bu niteliksiz gerekçe formları üzerinde düşünülmelidir. Gerekçeye aykırı birçok rizikonun gerçekleştiği yargısal kararlarda, tarafların ve toplumun gerekçeden olan beklentisini sakatlayan, hukuksuzluk üreten hükümler ortaya konulmaktadır. Gerekçenin yokluğu, gerekçenin yetersiz olması, gerekçede yasal gerekçe gösterilmemesi, norm, terim ve kavramların tekrarıyla gerekçenin oluşturulması, gerekçenin belirsiz kavramlar/ çelişkili ifadeler içermesi, temyiz makamınca gerekçenin içselleştirilmesi, gerekçeye erişimin sağlanamaması, gerekçenin makul sürede yazılmaması önemli gerekçe yoksunluklarıdır. AYM ve AİHM kararlarında, sözü edilen gerekçesizlik görünümüne ilişkin tespitlere yer verilmiştir. Sözleşme kapsamında tanımlı temel hakların ihlali iddialarının gerekçeyle bağlantılı olanlarının değerlendirilmesinde, gerekçeye ilişkin temel ilkeler belirlenmiştir.

KAYNAKÇA

Artuç M, *Hüküm Kurma Sanatı* (Adalet Yayınevi 2015)

Aşçıoğlu Ç, ‘Yargıda Gerekçe Sorunu’ [2003] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 109

Atagün ÖF, ‘Temel Bir İnsan Hakkı Olan Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Gerekçeli Karar Hakkı’ (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2020)



Atay EE, ‘Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıdaki Uygulaması’ [2018] Danıştay Dergisi

Baştürk İ, ‘Yargı Kararlarında Gerekçelendirme Çalışması Bildiriler Kitabı 2’, *Yargıtay Ceza Daireleri Kararları Işığında Gerekçeli Karar Unsurları: İhtiyaç Analizi ve Bazı Öneriler* (Türkiye Adalet Akademisi 2021)

Bekri MN, ‘Gerekçeli Karar Hakkı: Right to a Reasoned Judgement.’ (2014) 72 Ankara Barosu Dergisi 203

Centel N and Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Beta Yayınları 2015)

Gedik D, ‘Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)’, *Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan*, vol 21 (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019)

Gölcüklü F, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama”’ (1994) 49 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Ekin Kitabevi Yayınları 2015)

Güriz A, ‘Adalet Kavramının Belirsizliği’, *Cumhuriyet Döneminde Türkiye’de Öğretim ve Araştırma Alanı Olarak Felsefe Seçilmiş Metinlerle* (Türkiye Felsefe Kurumu 2001)

İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemelerinde Adil Yargılanma Hakkı* (Beta Yayınları 2013)

İşıқтаç Y and Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (Filiz Kitabevi 2021)

İyilikli AC, ‘Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükümün Yetersiz Gerekçeye Feda Edilmesi’ [2021] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 245

Kılıç M, ‘Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonelitesi’ [2021] TAAD 47

Kramer SN, *Tarih Sümer’de Başlar* (Kabalıcı Yayınevi 2016)

Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, (Yetkin Yayınları 2017)

Özkan G, ‘Danıştay İçtihatlarına Göre Gerekçenin Önemi’, *Anayasa ve İdare Hukuku Alanında Gerekçeli Karar Unsurları ve Geliştirilmesi Gereken Alanlara Yönelik İhtiyaç Analizi* (Türkiye Adalet Akademisi 2021)

Pekcanitez H, ‘Hukuki Dinlenilme Hakkı’ [2000] Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan

Şeker H, ‘Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri’ [2007] Ankara Barosu Dergisi

—, ‘İbralaşmayı Yoksayan Etik İlişki/ Yozlaşan Gereğe’ [2013] Türkiye Barolar Birliği Dergisi

—, *Esbab-ı Mucibe’den Retoriğe Hukukta Gereğe* (Yeditepe Üniversitesi Yayınları 2020)

Selçuk S, ‘Yargıtayın (Bozma Mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Alınması ve Kurumsallaşması Sorunları’ [1992] Yargıtay Dergisi

—, *Beccaria’nın İnsanlığa Bildirisi* (İmge Yayınevi 2004)

Şen E, ‘Gereğeli Karar Hakkı’ (Hukuki Haber, 2020)

Şirin T, ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarında (İdari Yargı Bağlamında) Gereğeli Karar Alma Hakkı’ [2021] Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

Sunay ZA, ‘Gereğeli Karar Hakkı ve Temel İlkeleri’ [2016] Danıştay Dergisi

Tanrıver S, *Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Makalelerim 1* (Asil Yayın Dağıtım 2005)

Turan H, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Mahkeme Kararlarında Gereğe’ [2009] Adalet Dergisi

Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Hukuk Yayınları 2006)

Kararlar

AYM, Abbas Emre Başvurusu, 06.01.2016, B. No: 2014/5005, RG 25.12.2015-29573

AYM, Agah Aral ve Diğerleri Başvurusu, 29.09.2020, B. No: 2016/13031

AYM, Akın Tekkurt Başvurusu, 20.10.2020, B. No: 2016/8411

AYM, Ayşen Esen Danacı Başvurusu, 03.06.2017, B. No: 2017/17765, RG 8.7.2020-31179

AYM, Aziz Bankur ve Diğerleri Başvurusu, 14.06.2023, B. No: 2018/25145, RG 8.11.2023-32363

AYM, Aziz Turhan Başvurusu, 08.05.2014, B. No: 2012/1269

AYM, Denктаş Nakliyat Turizm Ltd. Şti. Başvurusu, 15.10.2015, B. No: 2013/3963, RG 25.12.2015-29573

AYM, Emre Ongurlar Başvurusu, 10.01.2019, B. No: 2012/1034

AYM, Fazilet Beyhan ve Diğerleri, 03.03.2022, B. No: 2019/35534

AYM, Hakan Salas Başvurusu, 07.03.2019, B. No: 2014/14216

AYM, Mehmet İlker Başbuğ Başvurusu, 06.03.2014, B. No: 2014/912



AYM, Mustafa Kahraman Başvurusu, 04.11.2014, B. No: 2014/2388, RG 13.01.2015-29235

AYM, Nilgün Gökay ve Diğerleri Başvurusu, 12.01.2017, B. No: 2014/3303

AYM, Sabri Oruç Başvurusu, 29.09.2016, B. No: 2014/4863

AYM, Salih Söylemezoğlu Başvurusu, 06.01.2016, B. No: 2013/3758

AYM, Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, 10.06.2015, B. No: 2014/7800

AYM, Sentez Reklam ve Tanıtım Hizm. San. Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, 10.01.2019, B. No: 2014/1292

AYM, Tuba Doğruyol Başvurusu, 18.06.2014, B. No: 2014/7800, RG 18.09.2015-29479

AYM, Vesim Parlak Başvurusu, 20.03.2014, B. No: 2012/1034

Danıştay Başkanlığı 13. D, 13.05.2019, E.2019/745, K. 2019/1641

AİHM, Andelkovic/Sırbistan, 09.04.2013, no.1401/08

AİHM, Buchholz/Almanya, 06.05.1981, no.7759/77

AİHM, Cihangir Yıldız/Türkiye, 17.04.2018, no.39407/03

AİHM De Moor/Belçika, 23.06.1994, no.16997/90

AİHM, Deryan/Türkiye, 21.07.2015, no.41721/04

AİHM, Georgiy Nikolayevich Mikhaylov/Rusya, 01.04.2023, no.4543/04

AİHM, Harisch/Almanya, 11.04.2019, no.50053/1

AİHM, Kalay/Türkiye, 22.09.2005, no.16779/02

AİHM, Kutlu ve diğerleri/Türkiye, 13.12.2016, no.51861/11

AİHM, Magnin/Fransa, 10.05.2015, no.26219/08

AİHM, Muğosa/Karadağ, 21.09.2016, no.76522/12

AİHM, Nölkenbockhoff/Almanya, 25.08.1987, no.10300/83

AİHM, Onur Durmuş/Türkiye, 09.04.2013, no.31575/07

AİHM, Perez/Fransa, 12.02.2004, no.47287/99

AİHM, Ruiz Torija/İspanya, 09.12.1994, no.18390/91

AİHM, Sakkopoulos/Yunanistan, 22.05.2007, no.14249/04

AİHM, Seryavin ve diğerleri/Ukrayna, 10.02.2011, no.4904/04

AİHM, Suominen/Finlandiya, 24.07.2013, no.37801/97

AİHM, Supergrav Albania SHPK/Arnavutluk, 09.04.2023, no.20702/18

AİHM, Tatishvili/Rusya, 22.02.2007, no.1509/02

AİHM, Urat/Türkiye, 27.11.2018, no.53561/09

AİHM, Wagner ve J.M.W.L/Lüksemburg, 28.06.2007, no.76240/01



ÖZEL HUKUK

CAS TEMYİZ YARGILAMASINDA UYGULANACAK HUKUK

Applicable Law in Cas Appeal Process

Necip Fazıl ERBEYİN*

Özet

Bu çalışmada çok genel hatlarıyla *lex sportiva* kavramı ile sportif uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi bağlamında CAS Tahkim Mahkemesinden bahsedilmektedir. CAS Tahkim Mahkemesinin rolü ve işlevi kısaca incelenmektedir. İlgili düzenlemeler uyarınca CAS nezdinde kanun yolu başvurusu olarak temyiz usulü düzenlenmektedir. Her ne kadar Türk hukuku düzenlemelerinde TFF kurulları kararlarının nihailiği ve kesinliği vurgulanmakta ise de bu durumun sadece yönetim ve disipline ilişkin kararlarda geçerli olduğu, taraflar arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak CAS'ın temyizen inceleme yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Çalışmada, çoğu zaman farklı tabiiyette bulunan uyuşmazlık tarafları arasında CAS Temyiz Mahkemesi tarafından uygulanacak hukuk, ilgili düzenlemeler ve uygulama çerçevesinde ele alınmaktadır. CAS, Lozan/İsviçre'de teşekkül ettiğinden ve birçok uluslararası sportif yapının da merkezinin İsviçre'de bulunduğundan, İsviçre hukukunun kaçınılmaz etkisi himayesinde tarafların uygulanacak hukuk bağlamında irade serbestileri işlenmektedir. CAS ve FIFA kuralları arasındaki etkileşim de nazara alındığında, ilgili düzenlemeler çerçevesinde taraflara bahsedilen kısıtlı irade serbestine göre öncelikle ilgili sportif yapının kural ve düzenlemeleri birincil olarak, akabinde tarafların açıkça veya zimnen seçtikleri hukuk kurallarının ikincil ve tamamlayıcı olarak uygulanacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, sporcuların çoğu zaman kulüp, dernek veya lig karşısında daha güçsüz konumda olduğu kabul edildiğinden, evrensel kurallar gözetilmekte ve tamamlayıcı olarak da tarafların seçimi göz önüne alınmaksızın İsviçre hukuku uygulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: TFF, FIFA, CAS, Spor Hukuku, Temyiz, Uygulanacak Hukuk

Abstract

The concept of *lex sportiva* and the CAS Arbitration Court are mentioned in the context of the resolution of sports-related disputes through arbitration. In this context, the role and function of CAS Arbitration Court is briefly examined. In accordance with the relevant regulations, an appeal procedure has been arranged as a legal remedy before the CAS, although the finality of the decisions of the TFF boards are emphasized in the Turkish legal regulations, this situation shall be deemed applicable only to the decisions on management and discipline, it is accepted that the CAS has the authority to appellate review in terms of contractual disputes. Thus, the study examines the law to be applied by the CAS Court of Appeal in disputes between the parties to the dispute, which are often of different nationalities, within the framework of the relevant regulations and practice. Since CAS is established in Lausanne/Switzerland and most international sports organizations have their headquarters in Switzerland, the inevitable effect of Swiss law is discussed and the parties' freedom of will in the context of applicable law is

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

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.03.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Dr., Avukat (Serbest), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Programı, necipfazil@erbeyin.av.tr, <https://orcid.org/0009-0003-0190-073X>.



discussed. Considering the interaction between the CAS and FIFA rules and limited freedom of will granted to the parties within the framework of the relevant regulations, it is accepted that the rules and regulations of the relevant sporting organization shall be applied primarily, and then the legal rules that the parties have explicitly or implicitly chosen must be respected secondarily and as complementary. However, since athletes are often considered to be in a weaker position against clubs, associations or leagues, universal rules are often applied and Swiss law is applied as a complementary law, regardless of the choice of the parties.

Keywords: TFF, FIFA, CAS, Sports Law, Appeal, Applicable Law

GİRİŞ

Spor bir aktivite, hobi, boş zamanı sağlıklı bir şekilde değerlendirme faaliyeti olmasının yanında günümüzde artık ekonomik ve hatta siyasal etkileri de bulunmaktadır. Bu çerçevede spor, oyun olmanın yanı sıra uluslararası ve hatta uluslar üstü etkiye kavuşan bir faaliyet olmakla hukuki bakımdan da çok farklı bir görünüme arz etmektedir.

İlişkilerin bu kadar yoğun oluşu çerçevesinde birtakım uyuşmazlıkların doğuşu da kaçınılmazdır. Bu bağlamda sporcular, kulüpler, federasyonlar ve uluslararası spor organizasyonları arasında ortaya çıkan ilişkiler ve bu ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü de hukuk sistemi içerisinde yerini aramaktadır. Bu ihtiyaca yönelik olarak hem sporun kendine has özellikte olması hem de çeşitli hukuk veya spor disiplinlerindeki farklı etkileri nedeniyle sportif uyuşmazlıkların çözümünün de süratli ve mevzu hukuk çerçevesinde gerçekleştirilmesi büyük bir önemi haizdir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin başında gelen tahkim, spor hukuku bakımından en çok başvurulan yöntemdir. Tüm dünyada otoritesi kabul edilen bir spor tahkim mahkemesi olan Milletlerarası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) kurulmuştur. CAS'ın kendi düzenlemeleri çerçevesinde CAS tarafından hem ilk derece hem de temyiz yargılaması faaliyetleri yürütülmektedir.

Çalışmamız özelinde ilk bölümde çok genel hatlarıyla sportif uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü ve CAS'dan bahsedilmektedir. Akabinde CAS'daki yargılama faaliyeti, CAS'ın görev ve fonksiyonu ile yetkisi yine kısaca değerlendirilmektedir. Esas konumuz CAS temyiz tahkim yargılamasında uygulanacak hukuka ilişkin olmakla temyiz tahkim makamı CAS kısaca ele alınmakta ve nihayet CAS temyiz tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk ilgili tartışmalarla birlikte değerlendirilerek ulusal hukuk, FIFA düzenlemeleri ve CAS düzenlemeleri arasındaki ilişki incelenmektedir.

A. SPORTİF UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMÜ

1. Genel Olarak

Her bir spor dalına özgü birtakım kurallar ve bunların yanında sportif aktörler arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler zaman içerisinde sistematik bir hale gelerek kendiliğinden *spor hukuku* (*lex sportiva*) kavram ve yapısını ortaya çıkar-

mıştır¹. Bu kurallar sporla ilgili federasyonları, uluslararası ve hatta uluslar üstü kuruluşlar ve ayrıca devletler tarafında kanun, sözleşme, kod, talimat gibi farklı isim ve şekillerde kodifiye edilmiştir. Bu düzenlemeleri hukuki denetime tabi tutma ihtiyacı yanında gerek düzenlemelere aykırı hareketler gerekse de sözleşmesel yükümlülükler çerçevesinde uyuşmazlıkların çözümlenmesinde hukuki denetim müessesesi olarak tahkim benimsenmiştir. Spor hukukunun oldukça spesifik bir hukuk dalı oluşu ve birçok hukuk dalıyla yakın ilişkisi de gözetildiğinde, ayrıca yargılamaların hızlı gerçekleştirilmesi gereği ve çoğu zaman teknik bir konuya ilişkin oluşu neticesinde tahkim yolu kuralların hukuki denetiminin ve uyuşmazlıkların çözümünü için en etkin yol olarak karşımıza çıkmaktadır².

Sporun kodifikasyon sürecine tabi kılınan bu gelişimi karşısında, yönetim ve disiplin konularında da profesyonelleşme sonucu sorunların hızlıca ve etkin bir şekilde çözümünün sağlanması amacıyla kulüp ve federasyon bünyelerinde çoğu zaman yönetim kurulunun yanında ve bağımsız olarak tüm spor aktörleri üzerinde denetimi sağlamak üzere hukuk, disiplin, ceza kurulları oluşturulmuş ve bu kurulların tesis edeceği kararları karşı itiraz makamı olarak da tahkim kurulları tercih edilmiştir³.

Böylece tahkim kurulları, kuralların hukuki denetiminin yanı sıra disiplin kurullarının ihlali, taraflar arası doğmuş parasal uyuşmazlıkların dahi çözümünde esas makam olarak benimsenmiştir⁴.

2. CAS Tahkim Mahkemesi

CAS, Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından oluşturulmuş ancak faaliyet alanı olimpik hareketin sınırlarını aşarak spor ile ilgili uyuşmazlıkların büyük bir bölümünü kapsayacak şekilde geniş bir şekilde yetkilendirilmiş spor hukukunda en yetkili olarak görülebilecek tahkim kuruludur⁵. Bu çerçevede CAS, sporla doğrudan veya dolaylı olarak ilgili bütün ticari uyuşmazlıkların yanında, çeşitli organların disiplin cezası kararları veya spor kuruluşlarının kararına karşı, kararı alan makamın hukuki statüsüne göre birinci derece veya temyiz yargılaması gerçekleştiren başvuru makamıdır⁶.

¹ Kadir Gürten ve Ege Erenel, 'Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği', İÜHFD (2012) 3(1) 295-315, 297; Timothy Davis, 'What is Sports Law?' Marquette Sports Law Review 2001 11(2); Daniel Girsberger and Nathalie Voser, 'Chapter 10: Sports Arbitration', *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* (Third Edition Kluwer Law 2016).

² Fatih Çalka, 'Adil Yargılanma Bağlamında Türk Spor Tahkimi' *Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Dergisi* (2016) 4(1) 21.

³ Hasan Gerçeker, 'Spor Hukuku ile Ceza Hukuku İlişkisi – Hukuk Boyutunda Doping' *Terazi Hukuk Dergisi* (2016) 11(122) 61.

⁴ Mustafa Artuç, 'Spor Tahkim Kurulları' *TAAD* (2014) 5(19) 867.

⁵ Hatice Özdemir Kocasakal, 'Uluslararası Spor Yargısı', *Spor Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Sorunlar Sempozyumu* (Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi Spor Hukuku Komisyonu 2018), 46.

⁶ Hasan Petek, 'Taraftarları Sebepiyle Federasyonların ve Kulüplerin Sorumluluğu; Taraf Hangi



CAS, spor dünyasının gereksinimlerine uygun usullerle, tahkim ve arabuluculuk yöntemleriyle spor hukuku alanında meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözümünü hızlandırmaya yönelik hizmet sunan ve bütün spor kuruluşlarından bağımsız olarak karşımıza çıkan, oldukça temel bir ihtiyacı karşılayan oldukça önemli bir kurumdur.

CAS'ın misyonu özünde sporda meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü olmakla, CAS tarafından tesis edilen tahkim kararlarının devlet mahkemesi kararları kadar infaz gücü vardır. Bunun yanında tarafların kabul etmesi kaydıyla arabuluculuk hizmeti de CAS tarafından sağlanmaktadır. Ayrıca CAS, hukuki sorunlara ilişkin olarak istişari görüşler de verebilmektedir.

CAS'ın merkezi İsviçre'nin Lozan şehrinde bulunmakta olup, tüm dünyada tek yetkili mercii olarak New York ve Sydney şehirlerinde de irtibat ofisleri vardır. Bu ofisler dahi Lozan'a bağlı olarak çalışmaktadır ve usulle ilgili bütün işlemleri yapmaya yetkilidir.

Olimpik yapının gerektirdiği şekilde Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından kurulan CAS, tam bağımsız yapıya sahiptir. Kendi oluşturduğu hakem heyetleriyle doping dahil tüm spor hukuku uyuşmazlıklarını, spora özgü bir şekilde ve usul kurallarına riayet ederek, tahkim ve arabuluculuk kuralları çerçevesinde çözüme kavuşturmaktadır. Ayrıca uzun vadede milli ve milletlerarası spor federasyon ve kurullarının takip etmekte olduğu usuli kurallar yanında, tesis ettikleri esasa ilişkin kararlar arasında yeknesaklığı sağlamak görevlerini üstlenmektedir.

CAS ana mevzuatı, yani **CAS Spor Tahkim Kodu'** (*Code of Sports-Related Arbitration*), "**Spor Alanındaki Uyuşmazlıkları Çözümlemeye Yönelik Organların Statüleri**" (*Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes*) ve "**CAS Usul Talimatı**" (*Procedural Rules*) olmak üzere iki ana bölümden oluşmaktadır. Bunun yanında "**CAS Arabuluculuk Talimatı**" (*CAS Mediation Rules*) ve "**Olimpik Oyunlar Tahkim Talimatı**" (*Arbitration Rules for the Olympic Games*) ile "**Standart Hükümler**" (*Standard Clauses*) ve "**Tahkim Gider Tarifesi**" (*Schedule of Arbitration Costs*) şeklindeki tamamlayıcı mevzuatla birlikte CAS oldukça derli toplu bir mevzuat çerçevesinde faaliyet göstermektedir.

B. CAS YARGILAMASI

1. CAS'ın Görev ve Fonksiyonu

CAS'ın beş temel fonksiyonu bulunmaktadır ve bunlar şu şekildedir:⁸

Tarafta?' *Terazi Hukuk Dergisi* (2007) 2(15) 128.

⁷ CAS Spor Tahkim Kodu <https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Code_2023__EN_.pdf> accessed 28.03.2023.

⁸ Cenk Akil, 'Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği' *MÜHF-HAD* (2013) 19(3) 76; Aysu Melis Bağlan, *Sporda Uluslararası Tahkim Yargılaması ve Türkiye'de Hukuki Durum* (Seçkin 2017), 46.

- i. Uyuşmazlıkların çözümü noktasında öncelikli ve tek yetkili kurum olarak karar tesis etmek,
- ii. Spor federasyonları tarafından tesis edilen kararların (disiplin cezaları) temyizden incelenmesini sağlamak,
- iii. Uyuşmazlıkları arabuluculuk yöntemiyle iyi niyet kaideleri çerçevesinde çözümlenmek,
- iv. Sporla alakalı hukuki konularda görüş vermek,
- v. Uluslararası spor turnuvaları (FIFA Dünya Futbol Şampiyonası, UEFA Avrupa Futbol Turnuvası vs.) ile olimpiyat oyunları sırasında ortaya çıkan anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların kısa bir zamanda çözüme kavuşturmak.

Bu çerçevede CAS çoğu zaman bir hakem mahkemesi niteliğinde faaliyet göstererek basit bir usulle uyuşmazlıkları çözümlenmektedir.

CAS uyuşmazlık çözüm dairelerinin oluşumu noktasında CAS Kodu'nun S20 ve devamı maddeleri yol göstermektedir. Hakemlerin seçilmesi ile listenin hazırlanması bu belirlemelere göre yapılmaktadır. Bu çerçevede, CAS Kodu'nun S3 maddesinde gösterilen bir veya üç hakemi belirleme yetkisi Uluslararası Spor Tahkim Konseyi'ne ait olup Konsey'in bu hükümlere göre belirlediği kişiler dört yıl boyunca CAS hakem listesinde yer almaktadır. CAS Kodu S13/2 uyarınca listede en az 300 hakem ve 50 uzlaştırmacı bulunmaktadır. Hakemlerin seçim usulü ise CAS Kodu'nun S14 maddesinde gösterilmektedir. Listede yer alan hakemler, hem ilk derece hem de temyiz yargılamalarında görev alabilmektedir (CAS Kodu S18). Ayrıca, hakem olarak atanan kişiler bağımsız ve tarafsızlıkları hakkında taahhütte bulunmuş olmaktadır⁹ (CAS Kodu S18/2). Bağımsızlık ve tarafsızlık bu duruma hanel getirebilecek durumları derhal bildirme yükümlülüğü şeklinde de ayrıca ortaya konmaktadır (CAS Kodu R33). Diğer taraftan, hakemlerin CAS nezdinde görülen uyuşmazlıklarda taraf avukatı olarak hareket etmeleri de mümkün değildir (CAS Kodu S18/3).

CAS'ın çalışma dili kural olarak İngilizce, Fransızca ve İspanyolca olup taraflar yargılamanın başka bir dilde gerçekleştirilmesini de tahkim heyeti ve CAS'tan talep edebilirler (CAS Kodu R29).

1. CAS'ın Yetkisi ve Yargılama

Lex sportiva kavramının kapsamlılığı şüphesiz tahkim yargılamasına dair hükümlere de yansımıştır. Gerçekten CAS Kodu R27 hükmünde '*sporla ilgili uyuşmazlık*' kavramı tarafları ve konusu bakımından oldukça geniş bir kapsamı ifade etmektedir. Uygulamada, farklı spor dallarına dair ticari uyuşmazlıklardan (sponsörlük sözleşmeleri, yayın hakları, transfer düzenlemeleri ve istihdam meseleleri gibi) spora özel uyuşmazlıklara (doping, turnuvalara katılabilme, sahadaki kaza

⁹ Hatice Özdemir Kocasakal, *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)*, (Vedat 2013), 252; Bağlan (n 8) 50.



ve olaylar) gibi birçok mesele CAS nezdinde dermeyeran edilebilmektedir. Böylece çok farklı hukuk dalına da sirayet eden sportif uyuşmazlıklar nedeniyle spor hukuku, çeşitli hukuk dallarının kaynaştığı ve karıştığı bir alan olarak ifade edilebilir. Nitekim sportif uyuşmazlıklar bu çerçevede şahsiyet hakları, dernekler hukuku, sözleşmeler hukuku, şirketler hukuku, fikri mülkiyet hukuku, haksız fiiller, rekabet hukuku ve ceza hukuku gibi birçok daldan unsurlar içerebilir.¹⁰ Tahkime elverişlilik hususu ise CAS tarafından *ex officio* değerlendirilecektir¹¹.

CAS, İlk Derece Tahkim Dairesi ve Temyiz Tahkim Dairesi olmak üzere birbirinden farklı usullerin uygulandığı iki ana birimden teşekkül etmektedir (CAS Kodu S3, S20).

Bunlardan İlk Derece Tahkim Dairesi, ilk derece yargılamasına tabi uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu özelde kurulan hakem heyeti uyuşmazlıkları CAS Kodu R27 uyarınca karara bağlar¹².

Diğer taraftan **Temyiz Tahkim Dairesi**, federasyonların, birliklerin veya diğer sportif kuruluşların kararlarıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümünde temyiz makamı olarak faaliyet gösterir¹³.

Bu çerçevede CAS yargılaması ancak tarafların yazılı olarak kararlaştırmış olmaları halinde yapılabilecek ve CAS yargılamasına hem gerçek hem de tüzel kişiler başvurabilecektir¹⁴.

CAS önüne gelen bir uyuşmazlık CAS Kodu'nun S20 ve R27 maddeleri uyarınca ilk derece tahkim yargılaması veya temyiz yargılamasına tabi tutulur. CAS Kodu R27 ve devamı maddelerinde tahkim yargılaması sürecine ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, madde R27 uyarınca CAS'ın uyuşmazlıkları ele alabilmesi ancak tarafların anlaşmış olduğu ve ihtilafın spor hukuku kaynaklı olması halinde mümkündür¹⁵. Temyiz yargılaması için ayrıca kararı tesis eden makamın bulunduğu sportif kuruluş veya federasyon mevzuatında ya da özel bir anlaşma ile CAS yargılamasının caiz olduğunun ortaya konması da aranır¹⁶. Bu bakımdan CAS önüne getirilen uyuşmazlıkların çoğu zaman bu kuruluş ve federasyonların ilgili makamlarının almış oldukları kararlara karşı temyiz mercii olarak başvurulardan kaynaklandığı belirtilmelidir. Gerçekten yapılmış olan temyiz başvurularının ilk derece başvurularından neredeyse 6 kat daha fazla olduğu da tespit edilmiştir¹⁷.

¹⁰ (n 1).

¹¹ Despina Mavromati and Matthieu Reeb, *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials* (Kluwer Law International 2015) para 95.

¹² Bağlan (n 8) 47; Özdemir Kocasakal (n 9) 165.

¹³ Ibid.

¹⁴ Özdemir Kocasakal (n 9) 168.

¹⁵ Özdemir Kocasakal (n 9) 169.

¹⁶ Özdemir Kocasakal (n 9) 169.

¹⁷ Özdemir Kocasakal (n 9) 177.

2. Temyiz Tahkim Makamı olarak CAS

CAS temyiz yargılamasına ilişkin esas düzenlemeler, CAS Kodu'un R47-R59 maddelerinde düzenlenmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, CAS Kodu R47 uyarınca temyiz yargılaması ancak kararına karşı başvurulacak olan federasyon veya kuruluşun mevzuatında açıkça CAS'a atıfta bulunulması ya da tarafların kendi aralarında anlaşım temyiz öncesi tüm hukuki çareleri tüketmeleri kaydıyla gerçekleştirilebilmektedir¹⁸.

Temyiz başvuru dilekçesinde yer alması gereken hususlara CAS Kodu R48'de yer verilmiştir. Buna ek olarak CAS'a başvuran tarafın CAS Kodu R64.1 ve R65.2 uyarınca 1.000-CHF tutarında yargılama giderini ödemesi gerekir.

Temyize başvuru süresi tarafların anlaşması ya da ilgili mevzuatta gösterilen süreler, bu yoksa kural olarak temyize konu kararın başvuran tarafa tebliğinden itibaren yirmi bir gündür (CAS Kodu R49).

CAS temyiz yargılamasının CAS Kodu R53 ve R54 uyarınca üç hakemden oluşan hakem heyeti tarafından yürütülmesi ihtimalinde tarafların seçtikleri hakemler ile Tahkim Dairesi Başkanı tarafından taraf hakemlerine danışılarak atanan hakem tarafından gerçekleştirilecektir. Bunun yanında, CAS Kodu R50 uyarınca taraf anlaşması veya ilgili mevzuat çerçevesinde tek hakemle de yapılabilir.

CAS'ın yetkisine ilişkin olarak ilgili mevzuatta da birtakım sınırlamalar söz konusu olabilir. Buna örnek olarak FIFA Statüsü 67 gösterilmekte olup¹⁹, bu madde uyarınca FIFA hukuk kurullarının, konfederasyonların, üyelerin veya liglerin nihai kararlarına karşı yirmi bir gün içerisinde CAS temyiz tahkim yoluna başvurulabilecektir. Ancak anılan düzenleme uyarınca oyun kurallarının ihlaline ilişkin kararlar, doping kararları hariç dört maça kadar veya üç aya kadar uzaklaştırma disiplin cezaları ile federasyon ve konfederasyon talimatları çerçevesinde bağımsız ve usulüne uygun oluşturulan hakem heyetleri tarafından tesis edilen kararlar aleyhine CAS temyiz yoluna başvurulamaz.

Dilekçeler teatisini müteakiben hakem heyeti duruşma tarihini tesis ederek taraflara bildirir. Tarafların onayı varsa tahkim yargılaması duruşma olmaksızın da gerçekleştirilebilir²⁰.

Hakem heyeti kararları oy çokluğu prensibine tabi olup, heyet kısa kararı dosyanın tevzi akabinde üç ay içerisinde tesis edilmelidir. Heyetin veya Temyiz Tahkim Dairesi Başkanı'nın talep ve onayıyla bu süre uzatılabilir. Kararın açık olması halinde taraflar tebliğden itibaren kırk beş gün içerisinde tavzih talebinde bulunabilirler (CAS Kodu R63).

¹⁸ Özdemir Kocasakal (n 9) 189; Onur Şahin, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Bundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sportif Yargı Yoluyla Çözümü* (On İki Levha 2015), 128.

¹⁹ Özdemir Kocasakal (n 9) 212.

²⁰ Şahin (n 18) 127.



Hukumumuzda CAS temyiz yargılamasına başvurulması hususunda esas olarak iki ihtimal söz konusudur. İlki, tarafların anlaşmasının olması halinde CAS temyiz yoluna gidilebileceğidir²¹. Diğer ihtimalde TFF Tahkim Kurulu'nun kesin kararlar tesis etmesi ve Türk mevzuatında CAS'a açıkça atıfta bulunulmamış olması çerçevesinde temyiz başvurusunun usulden reddi de söz konusu olabilir²². Bu noktada kısaca görüşümüzü ortaya koymak gerekirse, esasen Anayasa'nın 59. Maddesi ve diğer Türk spor hukuku düzenlemelerinde ifade edilen kararların kesinliği bahsini ancak sporun yönetimi ve disiplinine ilişkin uyumsuzluklar hususunda olduğu kabul edilmelidir. Gerçekten TFF Statüsü madde 63'te de bu esas benimsenmiştir. UÇK'nin ancak sözleşmesel uyumsuzlukları ele aldığı gözetildiğinde özellikle UÇK kararlarının inceleme konusu edildiği Tahkim Kurulu kararları bakımından CAS temyiz yoluna başvurulabileceği, nitekim bu çıkarımın Anayasa Mahkemesi'nin 06.11.2011 tarihli kararıyla da uyumlu olduğu belirtilmelidir²³. Nitekim TFF Statüsü madde 63/3 uyarınca uluslararası ihtilaflarda FIFA'nın yetkili olduğu, FIFA Statüsü madde 57 uyarınca da CAS'ın temyiz yargılama yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Haliyle, yabancılık unsuru barındıran uluslararası sözleşmesel uyumsuzluklar bakımından CAS'ın temyiz yargılaması yapma yetkisi bulunduğu açıktır.

3. CAS Temyiz Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Hukuk

Yukarıda genel olarak aktarıldığı üzere, sportif uyumsuzlukların çözümünde esas olarak tahkim müessesinden faydalanılmaktadır. Bu çerçevede FIFA ve UEFA talimatları çerçevesinde tahkim kurulları ulusal boyutta ilgili ülke kuruluşları bünyesinde veya dışında oluşturularak, spor hukukunun tüm aktörleri bakımından adil ve hukuka uygun bir biçimde tecellisi sağlanmaktadır. İnceleme konumuz başlı başına özel bir önemi haizdir. Zira ilk derece yargısı tarafından tesis edilmiş kararların ilgili mevzuat düzenlemeleri uyarınca çoğu zaman nihai karakterde oluşu çerçevesinde hâlihazırda oldukça istisnai karakterde bulunan CAS temyiz yargılamasında uygulanacak hukukun tespiti ehemmiyet arz etmektedir.

Milletlerarası tahkim kuralları çerçevesinde CAS temyiz tahkim yargılamasında esasa uygulanacak hukuk (*lex causae*) belirlenecektir. CAS merkezi İsviçre Lozan'da yer alıyor olduğundan, esasa uygulanacak hukuk bakımından belirleme **İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu** çerçevesinde yapılacaktır. İşbu Kanun'un "Uygulanacak Hukuk" başlıklı 187/1 maddesi "*Hakem heyeti, uyumsuzluğu tarafların seçtikleri hukuka, böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde ise uyumsuzlukla en sıkı ilişki içinde bulunan hukuka göre karara bağlar.*" hükmünü havidir. Anılan hüküm çerçevesinde öncelik tarafların anlaşmasına hasredilmiş, bu şekilde bir belirleme yoksa en sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir²⁴.

²¹ Özdemir Kocasakal (n 9) 217.

²² Ibid.

²³ Anayasa Mahkemesi 19/11 06.01.2011 RG 26.02.2011/27858.

²⁴ Kısmet Erkiner, *Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi CAS* (On İki Levha 2010), 18.

Hukuk seçimi bu çerçevede açık veya zımni şekilde yapılabilecektir²⁵. Eğer taraflar uyuşmazlığın esasının belirli bir ülke hukukuna göre çözüleceği noktasında açıkça anlaşmışlarsa açık hukuk seçimi, konu özellikle düzenlenmeyip tahkim kurumuna atıfta bulunulmuş olması zımni hukuk seçimi anlamına gelmektedir. Bu çerçevede doktrinde uyuşmazlığın çözümünde CAS'ın yetkili kılınmış olması halinde uygulanacak hukuk da CAS düzenlemeleri olacağından, esasen “*sıkı ilişkili yer hukuku*”nun uygulanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır²⁶. Nitekim CAS Kodunun R58 maddesinin de kanunlar ihtilafı düzenlemesi içermesinden hareketle Kanun 187 ve CAS Kodu R58 birlikte değerlendirilerek uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir²⁷. CAS Kodunun “Esasa Uygulanacak Hukuk” başlıklı R58 maddesi “*Hakem heyeti uyuşmazlığı uygulanabilir düzenlemelere ve -tamamlayıcı olarak- tarafların seçtikleri hukuk kurallarına veya böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde, temyiz edilen kararı veren ulusal ya da uluslararası federasyon yahut spor kuruluşunun mukim olduğu ülke hukukuna veya hakem heyetinin uygun göreceği hukuk kurallarına göre karara bağlar. Heyet, son ihtimali tercih etmesi halinde, kararının gerekçelerini de beyan etmek durumundadır.*”²⁸ düzenlemesini havi olup, madde uyarınca şu şekilde bir inceleme yapılabilir:

İlk olarak, “uygulanabilir düzenlemeler” değerlendirilecektir. Bu çerçevede temyiz incelemesine konu edilecek kararı tesis eden sportif yapının düzenlemeleri değerlendirilecektir. O halde karar ulusal bir yapı tarafından tesis edilmişse ilgili yapının kuralları tatbik edilecektir. FIFA kuralları tarafından tesis edilen kararlar bakımından da FIFA düzenlemeleri uygulanacaktır. Bu noktada FIFA Statüsü 56/2²⁹ de esaslı bir önemi haiz olup, CAS temyiz yargılamasında anılan madde çerçevesinde FIFA Statüsü, FIFA disiplin kodu gibi düzenlemeleri, tamamlayıcı olarak da İsviçre hukuku uygulanacaktır.

²⁵ Alper Çağrı Yılmaz, *FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshi* (On İki Levha 2017), 301.

²⁶ Ibid.

²⁷ CAS 2014/A/3850, p. 48.

²⁸ Maddenin önceki halinde esasen taraf iradeleri tamamlayıcı hukuk kurallarıyla sınırlanmamışken, 2013 tarihinde gerçekleştirilen değişiklik ile taraf serbestisi kısıtlanmış ve tarafların seçimi ancak tamamlayıcı kurallar bakımından dikkate alınır hale getirilmiştir. Her ne kadar taraf serbestisinin bu şekilde sınırlandırılması sözleşme özgürlüğü prensibine aykırı bir görünüm teşkil etse de, esasında uyuşmazlıkların büyük bir kısmının farklı milletlerden sporcular ve kulüpleri veya ligleri arasında olduğu düşünüldüğünde, sporcular açısından en azından görünüşte daha hakkaniyetli bir yargılama yapılması temin edilir. Ayrıca CAS kararlarının da yeknesak bir ekseninde tesis edilmesi bu sayede mümkün olarak, spor yargılamalarına öngörülebilirlik kabiliyeti bahsedilir. Nitekim CAS tarafından 2015 yılında tesis edilen kararda da “*CAS Kodunun R58 maddesi, hakem heyetinin uyuşmazlığın esasına hangi maddi kuralları/hukuku uygulaması gerektiğini göstermektedir. Bu hüküm, “uygulanabilir düzenlemelerin”, sadece tamamlayıcı olarak uygulanabilen “taraflarca seçilen kurallara” olan üstünlüğünü ortaya koymaktadır. CAS Kodunun R58 maddesi herhangi bir istisna kabul etmemiş ve normlar hiyerarşisini zorunlu kılmamıştır.*” şeklinde tespit edilmiştir. CAS 2014/A/3527, 31.07.2015, 57.

²⁹ Madde şu şekildedir: “*CAS yargılamasında CAS Kodu hükümleri uygulanır. CAS, muhtelif FIFA düzenlemelerini öncelikli olarak, İsviçre hukukunu ise tamamlayıcı olarak tatbik eder.*”.



İkinci olarak “*tarafkların açıkça veya zımnen seçtikleri hukuk kuralları*” gösterilmiştir. Bu özelde ulusal yapılar tarafından tesis edilen kararlarda öncelikle ilgili yapının kuralları, akabinde tamamlayıcı olarak tarafların hukuk seçimi tatbik edilecektir. Bu bakımdan taraflar ulusal hukuk düzenlerini, uluslar üstü hukuku, hukukun genel ilkelerini, *lex mercatoria*’yı benimseyebilecekleri gibi uyuşmazlığın *ex aequo et bono* çözümlenmesini de kararlaştırabilirler³⁰.

Ne var ki FIFA bakımından durum karmaşık bir görünüm arz etmektedir. Zira yukarıda bahsedildiği üzere İsviçre kurallarının tamamlayıcı olarak uygulanacağı FIFA Statüsü’nde hüküm altına alınmış olmakla, söz gelimi FIFA Dispute Resolution Chamber (FIFA Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, “DRC”) tarafından tesis edilmiş bir kararda uygulanacak hukukun tespiti özel bir zorluk teşkil eder. Tarafların seçtiği hukuk mu, yoksa İsviçre hukuku mu tamamlayıcı olarak uygulanacaktır? CAS kararlarında da bu konuya ilişkin olarak yaklaşım henüz yeknesaklaşmış değildir³¹. Nitekim bazı CAS kararları FIFA Statüsü 57/2 uygulamayarak doğrudan taraf seçimine üstünlük tanımış³², bazı CAS kararlarında ise tarafların hukuk seçimi FIFA Statüsü 57/2 çerçevesinde nazara alınmamış ve İsviçre hukuku tamamlayıcı hukuk olarak tatbik edilmiştir³³. Örneğin *Frank Ribéry v. Galatasaray Spor Kulübü* uyuşmazlığında taraflarca sözleşmeye Türk hukukunun uygulanacağı öngörülmesine rağmen sözleşmede FIFA kurallarına yapılan atıf ve uyuşmazlığın Türk mahkemeleri yerine DRC’ye dermeyan edilmiş olması çerçevesinde CAS, FIFA kurallarının yanında tamamlayıcı hukuk olarak İsviçre hukukunu uygulamış ve Türk hukukunu hiç nazara almamıştır³⁵.

İşbu karmaşaya ilişkin olarak öğretilerde de farklı görüşler ifade edilmiştir. Örneğin *Haemmerle*, FIFA kurallarının tamamlayıcısı olarak hem İsviçre hukukunun hem tarafların seçtiği hukukun birlikte uygulanmasını önermektedir³⁶. Diğer taraftan *Haas*, İsviçre hukukuna ancak FIFA kurallarının yorumlanmasında başvurulması gerektiğini, FIFA kurallarındaki herhangi bir boşlukta tarafların seçtiği hukuka öncelik verilmesi gerektiği ifade etmektedir. Buna göre FIFA kurallarının hangilerinin uygulanacağı, FIFA kurallarındaki ifadelerin ne anlama geldiği, söz gelimi kusur ve hakkaniyet indirimi yapıp yapılamayacağı gibi hususların İsviçre hukuku bağlamında ele alınması gerekmektedir. Diğer taraftan sözleşmenin kurul-

³⁰ Girsberger and Voser (n 1).

³¹ Yılmaz (n 24) 305.

³² CAS 2004/A/678, 20.5.2005, p. 6-9.

³³ CAS 2014/A/3757, 45; CAS 2014/A/3679, p. 64.

³⁴ Ayrıca görüşler için bkz. Yılmaz, 305.

³⁵ Özdemir Kocasakal (n 9) 334 vd; CAS 2006/A/1180 Galatasaray SK v/ Franck Ribéry & OM, Arbitral Award, 24 April 2007, para 11.

³⁶ Corina Louise Haemmerle, ‘Choice of Law in the Court of Arbitration for Sport: Overview, Critical Analysis and Potential Improvements’ *ISLJ* (2013) 13 299-328, 304.

ması, temsil yetkisi ve bedel, faiz oranı gibi hallerde taraflarca seçilen hukukun uygulanarak boşluğun doldurulması gerektiğini savunmaktadır³⁷. Bu çerçevede tarafların riayet etmesi gereken FIFA kuralları gözetildiği ve tarafların irade özerkliğinin de yargısal olarak kısıtlanmadığı bir yaklaşım olarak işbu görüş kanımızca da uygun gözükmektedir. Nitekim CAS Kodu R58 hükmünün de lafzı ve ruhuna en uygun yaklaşımın bu olduğu belirtmek gerekir³⁸.

Nihayet, taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa temyiz incelemesi edilecek kararı tesis eden sportif yapının bulunduğu ülke hukuku veya hakem heyetinin uygun göreceği bir hukukun tatbik edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede ulusal yapıların kararlarında ilgili ülke hukuku, FIFA kuralları kararlarında ise İsviçre hukuku tamamlayıcı hukuk olarak uygulanacaktır. Ayrıca, hakemler tarafından gerekçesi gösterilmek kaydıyla başka bir ülke hukukunun tatbik edilmesi de mümkündür³⁹.

Bununla birlikte, birçok uluslararası sportif federasyonların zaten merkezinin İsviçre olduğu gözetilerek, uygulamada esasa ilişkin hukuk bakımından genellikle İsviçre hukukunun uygulandığı rahatlıkla söylenebilir. Ayrıca, çoğu uluslararası federasyon zaten kendi kural ve düzenlemelerine sahip olduğundan, tahkim heyetlerinin herhangi özel bir milli hukuka atıfta dahi bulunmadan işbu kural ve düzenlemeleri uyguladığı söylenebilir.

Görüldüğü üzere CAS temyiz yargılamasında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bakımından İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 187/2 başlangıç noktası teşkil etmektedir. Diğer taraftan, tarafların CAS'ı yetkilendirdiği anlaşma çerçevesinde CAS Kodu R58'in uygulanacağı da zımni bir içimde kabul edilmiş olmakla taraflar arasında açık hukuk seçimin bulunsa dahi R58 devreye girerek açık hukuk seçiminden daha öncelikli konuma gelmektedir. Nitekim maddede tarafların iradesi "uygulanabilir düzenlemeler"den sonra ikinci plana atılmış olmakla varmış olduğumuz işbu sonuç teyit edilebilir. Yani hiyerarşik olarak R58, taraf iradelerinden daha önce gelir. Bu çerçevede tarafların seçtiği hukuk ise ancak tamamlayıcı düzenlemeler bakımından önem arz edecektir. Bununla beraber "uygulanabilir düzenlemeler" bir ülke hukuku ise işbu ülke hukuku FIFA düzenlemelerinin yorumlanması ve tamamlanmasında, tarafların seçtikleri hukuk ise göz ardı edilmeyerek FIFA düzenlemelerindeki boşlukların doldurulmasında tamamlayıcı olarak yer almalıdır. Böylece hem taraf iradeleri hem de ilgili düzenlemelere riayet edilmiş olacaktır.

³⁷ Ulrich Haas, 'Applicable Law in Football-Related Disputes - The Relationship between the CAS Code, the FIFA Statutes and the Agreement of the Parties on the Application of National Law', *TAS CAS Bulletin* (2015) 2015(2) 7-17, 15 vd.

³⁸ CAS 2014/A/3527, Award, 31 July 2015, para. 57.

³⁹ Ayrıca uygulanması gereken hukukun tespiti aşırı zaman kaybına veya masrafa yol açacaksa da hakemler bu hükme başvurarak uygulanacak hukuku doğrudan kendileri tespit edebilir. Özdemir Kocasakal (n 9) 77.



CAS Kodu R27 uyarınca CAS Kodu kapsamında belirlenen usul kuralları temyiz yargılaması sırasında tatbik edilecek ve yargılama işbu usul kurallarına riayet edilerek gerçekleştirilecektir⁴⁰.

SONUÇ

Çalışmamızın esasını oluşturan CAS temyiz yargılamasında uygulanacak hukuk konusu özellikle birbirinden farklı düzenlemelerin bulunuşu ve bunların ilişkisi çerçevesinde incelenmiştir.

CAS'ın temyiz yetkisinin doğumu temel olarak üç koşulun varlığına tabi olup bunlardan ilki aleyhinde temyiz başvurulacak kararı tesis eden sportif yapının mevzuatında veya taraflar arasındaki sözleşmede CAS'ın temyiz yetkisinin tanınmış olmasıdır. İkinci koşul, CAS temyiz başvurusu öncesinde ilgili mevzuatta gösterilen iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasıdır. Son şart ise uyuşmazlığın spora ilişkin bulunmasıdır. Bu çerçevede DRC kararlarına karşı CAS temyiz yolunun açık bulunduğu bir şüphe yoktur. Diğer taraftan, ulusal tahkim kurulu kararlarına karşı CAS temyizinin kabul edilip edilmediğinde ilgili düzenlemeler belirleyicidir. Zira işbu düzenlemelerde CAS'ın temyiz yetkisinin kabul edilmiş olması aranmaktadır. Bu düzenlemelerde CAS'ın temyiz yetkisi kabul edilmemiş olsa dahi taraflar anlaşarak CAS'ın yetkisini kabul edip işbu düzenlemeleri bertaraf edebilirler.

Bu çerçevede her ne kadar Anayasa ve ilgili TFF düzenlemelerinde TFF kuralları ve TFF Tahkim Kurulu kararlarının nihailiği vurgulanmakta ise de, işbu nihailiğin ancak yönetim ve disipline ilişkin kararlara has olduğu, taraflar arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından CAS'ın temyiz yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu ihtimalde dahi iç hukuk yollarının tüketilmiş olması aranacak, yani UÇK tarafından tesis edilen bir karara karşı TFF Tahkim Kurulu'na da başvurulması ve neticeten elde edilecek TFF Tahkim Kurulu kararına karşı CAS temyizine başvurabilmek için tarafların anlaşması da aranacaktır.

Bu şekilde, CAS temyiz yargılamasında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk bahsi CAS'ın merkezinin Lozan/İsviçre'de bulunmasından hareketle İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ve CAS Kodu çerçevesinde değerlendirilecektir. Her ne kadar anılan Kanun'un 187/1 maddesinde taraf iradelerine öncelik verilmiş ve sonrasında sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmış ise de, CAS Kodu da değerlendirildiğinde ortaya daha farklı bir yapı çıkmaktadır. Zira taraflar, CAS'ın temyiz yetkisini kabul etmekle esasen CAS Kodu'nun uygulanmasını da zımni olarak kabul etmektedir. Bu çerçevede CAS Kodu R58 uyarınca öncelikle "uygulanabilir düzenlemeler" tatbik edilecek, tamamlayıcı olarak "tarafların açıkça veya zımnen seçtikleri hukuk kuralları" uygulanacaktır. En son ise temyiz incelemesine konu kararı tesis eden sportif yapı ülke hukukunun veya hakem heyetinin uygun göreceği hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu çerçevede,

⁴⁰ Özdemir Kocasakal (n 5) 333.

her ne kadar taraf iradelerini kısıtlayan bir yaklaşım sergilenmekte ise de, çoğu zaman lig veya kulüp gibi daha güçlü bir varlığı karşısına alan sporcunun tarafı olduğu uyuşmazlığa böylece hem kendisine dayatılan hukuk seçimindense daha evrensel kurallar uygulanmakta hem de CAS kararlarının yeknesaklaşması temin edilmektedir. Bu bakımdan tarafların seçtikleri hukuk kuralları ancak tamamlayıcı hukuk olarak dikkate alınabilmektedir.

Temyiz yargılaması ise usulen CAS Kodu R27 uyarınca CAS Kodu'nda yer verilen düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirilecektir.

KAYNAKÇA

İkincil Kaynaklar

Akil C, 'Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği' *MÜHF-HAD* (2013) 19(3) 76.

Artuç M, 'Spor Tahkim Kurulları' *TAAD* (2014) 5(19) 867.

Bağlan A M, *Sporda Uluslararası Tahkim Yargılaması ve Türkiye'de Hukuki Durum* (Seçkin 2017).

Çalka F, 'Adil Yargılanma Bağlamında Türk Spor Tahkimi' *Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Dergisi* (2016) 4(1) 21.

Davis T, 'What is Sports Law?' *Marquette Sports Law Review* (2001) 11(2).

Erkiner K, *Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesi CAS* (On İki Levha 2010).

Gerçeker H, 'Spor Hukuku ile Ceza Hukuku İlişkisi – Hukuk Boyutunda Doping' *Terazi Hukuk Dergisi* (2016) 11(122) 61.

Girsberger D and Voser N, 'Chapter 10: Sports Arbitration', *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives* (Third Edition Kluwer Law 2016).

Gürten K ve E, 'Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği' *ÜHFD* (2012) 3(1) 295-315.

Haas U, 'Applicable Law in Football-Related Disputes - The Relationship between the CAS Code, the FIFA Statutes and the Agreement of the Parties on the Application of National Law', *TAS CAS Bulletin* (2015) 2015(2) 7-17.

Haemmerle C L, 'Choice of Law in the Court of Arbitration for Sport: Overview, Critical Analysis and Potential Improvements' *ISLJ* (2013) 13 299-328.

Mavromati D and Reeb M, *The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials* (Kluwer Law International 2015).

Özdemir Kocasakal H, 'Uluslararası Spor Yargısı', *Spor Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Sorunlar Sempozyumu* (Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi Spor Hukuku Komisyonu 2018), 46.

Özdemir Kocasakal H, *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)*, (Vedat 2013)

Petek H, 'Taraftarları Sebebiyle Federasyonların ve Kulüplerin Sorumluluğu; Taraf Hangi Tarafa?' *Terazi Hukuk Dergisi* (2007) 2(15) 128.

Şahin O, *Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Bundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Sportif Yargı Yoluyla Çözümü* (On İki Levha 2015).

Yılmaz A Ç, *FIFA ve CAS Kuralları Çerçevesinde Uluslararası Nitelikli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin Feshi* (On İki Levha 2017).

Birincil Kaynaklar

CAS Spor Tahkim Kodu <https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019__en_.pdf> accessed 28.03.2023.

FIFA Statüsü <<https://digitalhub.fifa.com/m/5eb2b45e547ff39f/original/ndfxogw-koukoe4dm3uk0-pdf.pdf>> accessed 28.03.2023.

CAS 2006/A/1180 *Galatasaray SK v. Franck Ribéry & OM*, Arbitral Award, 24 April 2007 <<https://arbitrationlaw.com/library/arbitration-cas-2006a1180-galatasaray-sk-v-frank-rib%C3%A9ry-olympique-de-marseille-award>> accessed 28.03.2023.

CAS 2014/A/3850 <<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3850.pdf>> accessed 28.03.2023.

CAS 2014/A/3527 <<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3527.pdf>> accessed 28.03.2023.

CAS 2004/A/678 <<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/678.pdf>> accessed 28.03.2023.

CAS 2014/A/3757 <<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3757.pdf>> accessed 28.03.2023.

CAS 2014/A/3679 <<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3679.pdf>> accessed 28.03.2023.

Anayasa Mahkemesi 19/11 06.01.2011 RG 26.02.2011/27858.

HACZEDİLMEZLİKTEN ÖRTÜLÜ OLARAK FERAGAT EDİLMESİ

Implied Consent to the Garnishment in Enforcement Proceedings

Taner Emre YARDIMCI*
Fevziye KANAT YARDIMCI**

Özet

Borçlunun belirli mal ve hakları, İİK m. 82 ve diğer kanuni düzenlemeler gereğince hacze tabi değildir. Bu koruma temel olarak sosyal devlet ilkesine dayanmaktadır ve borçlunun muhtaç olmaksızın yaşamasını güvence altına almaktadır. Borçlu, İİK m. 83/a gereğince kendisine tanınan bu korumadan icra dairesine başvurarak feragat edebilir. Muvafakat gösterilmesi örtülü olarak ve icra takibinden önce gerçekleştirilemez. Borçlunun zımnî muvafakatine göre hacze tabi olmayan mal ve hakların icra takibine dâhil edilebileceği yönünde yargı kararları bulunmaktadır. Kanaatimizce, İİK m. 83/a bakımından bu kararlar değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: borçlu, icra takibi, haczi kabil olmayan mal ve haklar, hacze örtülü muvafakat gösterilmesi, sosyal devlet ilkesi.

Abstract

Certain goods and properties of the debtor are not subject to attachment under Article 82 of the Turkish Enforcement and Bankruptcy Law and other certain legal provisions. This protection is mainly based on the social state principle and ensures that the debtor can live without dependency. The debtor may also waive the exemption granted to him by applying to the execution office according to Article 83/a of the Turkish Execution and Bankruptcy Law. Consent to garnishment shall not be implied and may not be given before the enforcement proceedings. There are some judicial rulings according to which exempted goods and properties shall count in execution proceedings with the tacit consent of the debtor. In my opinion, these rulings should be discussed in terms of Article 83/a of the Turkish Execution and Bankruptcy Law.

Keywords: debtor, enforcement proceedings, attachment exempted goods and properties, implied consent to garnishment, social state principle.

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

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 26.07.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023*

* Av. Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, bilgi@yardimcihukuk.com.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5330-4986>.

** Av., Koceli Barosu, bilgi@yardimcihukuk.com.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9435-4146>.

GİRİŞ

Takip borçlusuna ait olan mal ve hakların belirli bir kesiminin haczi caiz olmakla birlikte borçlusunun göstereceği muvafakat iradesi (haczedilmezlikten feragat edilmesi) ile bu korumanın kalkması mümkündür. İİK m. 83/a hükmüne uygun olarak gerçekleşecek bir feragat ile borçlunun kanunen haczi caiz olmayan mal ve hakları da haciz işlemine tabi olabilmektedir. Haczedilmezlikten usulüne uygun ve geçerli bir şekilde feragat edilebilmesi için birtakım şartlar yerine getirilmelidir. İİK m. 83/a gereğince önceden feragat mümkün olmadığı gibi takip borçlusunun feragatte bulunmaya yönelik açık bir irade göstermesi gerekir. Haczedilmezlikten örtülü olarak feragatte bulunulması ise şikâyette bulunulmaması olarak ele alınmaktadır. Oysa şikâyet yoluna başvurmamak, İİK m. 83/a anlamında bir feragat işlemi değildir. Öte yandan, Yargı uygulamasında borçlunun bazı tutum ve davranışları haczedilmezlikten feragatte bulunulması olarak ele alınmaktadır. Öyle ki icra takibi başlatılmadan önce dahi haczedilmezlikten feragat edildiği sonucuna varılmaktadır.

Yargı kararları bağlamında haczedilmezlikten örtülü olarak feragat edilmesinin İİK m. 83/a gereğince mümkün olup olmadığı ele alınmalıdır. Bu amaçla Yargıtay'ın haczedilmezlikten feragat olarak gördüğü bazı işlemler üzerinde durulmalıdır. Borçlu tarafından havuz hesabı oluşturulmasının, haczi kabil olmayan malvarlığı üzerinde belirli maddi hukuk işlemleri yapılmasının ve belirli bir alacaklıya karşı haczedilmezlikten feragat edilmesinin İİK m. 83/a kapsamına girip girmeyeceği değerlendirilmelidir. Özellikle haczedilmezlikten feragatin taraf takip işlemi olduğu gözetilerek Yargıtay'ın kararlarına konu olan hususların gerçek anlamda bir taraf takip işlemi olup olmadığı belirlenmelidir.

Çalışmamızda öncelikle haczedilmezlikten feragat işleminin hukuki niteliği tespit edilerek bu işlemin bir sözleşme mahiyetinde olup olmadığı tespit edilecektir. Bu suretle hangi hâlde hacze örtülü olarak muvafakat gösterilip gösterilmediği değerlendirilecektir. Daha sonra Yargıtay kararlarına konu olaylar açısından takip borçlusunun haczedilmezlikten feragat ettiği sonucuna varılmasının mümkün olup olmadığı irdelenecektir. Son olarak, belirli bir alacaklı bakımından yapılan haczedilmezlikten feragatin diğer bir alacaklı lehine de görülüp görülemeyeceği belirlenecektir.

I. HACZEDİLMEZLİKTE FERAGAT İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ BAĞLAMINDA ÖRTÜLÜ MUVAFAKAT GÖSTERİLMESİ

Haczedilmezlikten feragat işleminin hukuki niteliği ve bu işlemin örtülü olarak gerçekleşip gerçekleşemeyeceği, İİK m. 83/a hakkında verilen yargı kararlarının değerlendirilmesi bakımından büyük bir önemi haizdir. Bu işlemin bir icra sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı ve örtülü olarak feragatte bulunmanın mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. İİK m. 83/a düzenlemesi şu şekildedir: “82 ve 83 üncü maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan

anlaşmalar muteber değildir.”. Burada geçen “önceden” ile takip kesinleşmeden önce gösterilen muvafakin geçerli olmayacağı; “*muteber değildir*” ifadesiyle ise muvafakin hukuki sonuç doğurmayacağı kastedilmektedir.

A. Feragat İşleminin Hukuki Niteliği

Borçluya ait malvarlığı değerlerinden bir kısmı kanuni düzenleme gereğince ya hiç ya da kısmen haczedilememektedir. Kanuni düzenlemeler ile getirilen bu sınırlandırmalar borçluyu korumaya yönelik olup haczedilmezlik kavramı ile izah edilmektedir. Haczedilmezlikten feragat ise borçlunun bu korumadan istifade etmemek yönünde gösterdiği iradedir. Nitekim borçlunun tutum ve davranışına bağlı olarak kendisine tanınan bu korumanın uygulanmaması söz konusu olur. Hukukumuzda haczedilmezlikten feragat edilmesi, takip borçlusunun hacze muvafakat göstermesi (İİK m. 83/a) veyahut haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvurmaması hâllerinde mümkün görülmektedir. İlk durum, borçlunun feragate ilişkin olarak açık irade açıklamasına dayanırken; ikinci durumda haczedilmezlikten örtülü olarak feragat edildiği kabul edilmektedir¹. Gerçekten örtülü bir feragatin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği feragat işleminin hukuki niteliğine göre belirlenebilir.

İcra hukukunda yapılan işlemler icra takip işlemi ve taraf takip işlemi olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. İcra takip işlemi, icra dairesi tarafından yapılan ve takibin ilerlemesine yönelik bir mahiyettedir. Taraf takip işlemi ise takibe yön ve şekil vermek üzere ve genellikle belirli bir icra takip işleminin yapılmasına dayanak teşkil etmektedir². Yani takibin tarafınca yapılan belirli bir taraf takip işlemine istinaden icra dairesi tarafından icra takip işlemi tesis edilmektedir. Bu özelliği itibarıyla taraf takip işlemi takibin sonucu üzerinde etki doğurucu bir niteliği de haizdir.

Haczedilmezlikten feragat de taraf takip işlemi niteliğinde olup takibe yön ve şekil vermek üzere gerçekleşir. Takip borçlusu tarafından hacze muvafakat gösterilmesi ile normalde haczi mümkün olmayan belirli bir malvarlığı haczedilebilmektedir. Dolayısıyla, icra takip işlemi olan haciz işlemine takip borçlusunun muvafakat göstermesi şeklindeki feragati dayanak teşkil etmektedir. Bu niteliği haiz olmayıp özellikle maddi hukuka ilişkin bir işlem, taraf takip işlemi olarak görülemeyeceği gibi haczedilmezlikten feragat edildiği şeklinde de yorumlanmamalıdır. Zira bir maddi hukuk işleminde (Ör. Rehin tesisi), icra organına yönelik olarak yapılmama ve asli etkisini de cebri icra alanında doğurmama sebebiyle, taraf takip işleminden söz edilemez.

İİK m. 83/a çerçevesinde feragatte bulunulması, sözleşme vasfında görülmektedir. Öyle ki hacze muvafakat gösterilmesi, icrayı genişleten sözleşme başlığı

¹ Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (Yetkin Yayınevi 2016) 488.

² Hakan Pekcanitez ve Cemil Simil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet (2. Bası, Oniki Levha Yayınevi 2017) 58; Aziz Serkan Arslan, İcra Takip İşlemleri (Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları) (Yetkin Yayınevi 2018) 28.



altında ele alınmaktadır³. Her ne kadar “sözleşme” ifadesi kullanılsa da burada gerçek anlamda bir sözleşme söz konusu değildir. Zira karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile kurulan bir işlem yoktur. Aksine, haczedilmezlikten feragat, takip borçlusunun tek taraflı irade açıklaması ile hüküm ve sonuç doğuran bir işlemdir. Şöyle ki icra dairesine yapılacak irade açıklaması ile haczedilmezlikten feragat edilmiş olmaktadır. Hacze muvafakatin sonuç doğurması için takip alacaklının kabulde bulunması da aranmaz. Buna ek olarak, icra dairesinin bu yönde bir karar vermesine lüzum da yoktur.

B. Örtülü Olarak Muvafakat Gösterilmesi

Haczedilmezlikten feragat edildiği takdirde borçluyu korumak amacıyla kanunla sağlanmış güvence sona ermiş olmaktadır. Borçlu bakımından ortaya çıkacağı bu etki sebebiyle, feragat iradesinin açık bir şekilde ortaya konulmuş olması beklenmelidir⁴. Borçlunun icra dairesine yaptığı açıklamada herhangi bir tereddüt yaşandığı takdirde ise haczedilmezlikten feragat edilmediği sonucuna varılması daha isabetli olur⁵. Bununla birlikte, muvafakatin şarta bağlanmasının mümkün olmadığını belirtmeliyiz. Taraf takip işlemi olması sebebiyle haczedilmezlikten feragat şarta bağlanmadan gerçekleştirilmelidir.

Hukukumuzda borçlunun haczi kabil olmayan malvarlığının haczi üzerine şikâyet yoluna başvurulmamış olması, haczedilmezlikten örtülü olarak feragat edildiği şeklinde görülmektedir⁶. Aslında genel kabulün aksine, bu ihtimalde örtülü olarak hacze muvafakat gösterilmesi söz konusu değildir. Sadece kanuni düzenlemeye aykırı icra takip işleminin iptali için icra mahkemesine başvurulmamaktadır. Burada takip borçlusunun haczedilmezlikten feragat etmeye yönelik bir tutum ve davranışta bulunduğunu söylemek güçtür. Kendisine kanunen tanınan imkânı takip borçlusunun kullanmamış olması, İİK m. 83/a anlamında bir feragat olarak görülemez. Nitekim haczedilmezlikten feragatin muhatabı olan icra dairesine yönelik bir tutum ve davranış gerçekleşmiş olmaz.

Eğer şikâyet başvurusunda bulunulmaması örtülü feragat olarak görülür ise açıklanması güç bazı sorunlar da gündeme gelir. Öncelikle feragatin hangi süre içinde gerçekleşmiş kabul edileceğinde belirsizlik doğar. Şöyle ki şikâyet süresi olan yedi günlük sürenin mi yoksa haczedilen malvarlığının niteliğine (*süresiz şikâyeti haklı kılma*) göre takibin sona ereceği anın mı dikkate alınacağında⁷ te-

³ İbrahim Aşık, İcra Sözleşmeleri (Turhan Yayınevi 2006) 121; Evren Kılıçoğlu, İcra Sözleşmeleri (Arıkan Yayınevi 2005) 127.

⁴ Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflâs Hukuku (3. Bası, Yetkin Yayınevi 2022) 200.

⁵ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku (6. Bası, Yetkin Yayınevi 2022) 208.

⁶ Kılıçoğlu (n 3) 131.

⁷ Bu hususta bkz. Kılıçoğlu (n 3)132.

reddüt doğar. Bu ise takibin belirsiz bir hukuki zeminde ilerlemesi şeklinde bir sancıyı beraberinde getirir. Bunun dışında, şikâyet başvurusunda bulunmamanın taraf takip işlemi olarak görülmesi de mümkün değildir ki bir taraf takip işlemi olan haczedilmezlikten feragat işleminin bu şekilde yapıldığının kabulü mümkün olsun.

Kanaatimizce, haczedilmezlikten açık veya örtülü olarak feragat edilsin her iki hâlde de İİK m. 83/a bağlamında bir değerlendirme yapılmalıdır. Örtülü feragatin bu kanuni düzenlemeye göre mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Uygulamada haczi kabil olmayan malvarlığı hakkında yapılan bazı maddi hukuk işlemleri ile belirli bir alacaklıya karşı yapılan feragatin diğer bir alacaklı bakımından da örtülü bir feragat teşkil ettiği şeklinde bir kabul söz konusudur.

II. HACZİ CAİZ OLMAYAN MALVARLIĞI ÜZERİNDEKİ TASARRUFLARIN HACZEDİLMEZLİKTEN FERAGAT EDİLMESİ OLARAK GÖRÜLMESİ

Uygulamada borçlunun haczedilemeyen malvarlığı üzerinde gerçekleştirdiği bazı maddi hukuk işlemleri hacze muvafakat gösterilmesi şeklinde yorumlanmakta ve bu sebeple haczin gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir. Özellikle borçlunun “havuz hesabı” oluşturmaya ve haczi kabil olmayan malvarlığını kiraya vermesi gibi hususlar İİK m. 83/a anlamında muvafakat olarak görülmektedir.

A. Havuz Hesabı Uygulaması

5393 sayılı K. m. 15/9’da belediyenin haczedilemeyecek malvarlığı şu şekilde ifade edilmiştir: “Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez.”. Buna göre, belediyenin banka hesabına yatırılan ve bu düzenleme kapsamına giren belirli bir paranın haczi mümkün değildir. Yeter ki belediye tarafından söz konusu paranın bu vasıfta olduğu ispat edilsin. Ancak bu paranın hangi amaçla kullanıldığının haczedilmezlik iddiasının ileri sürülmesi açısından bir önemi yoktur⁸.

⁸ Yargıtay 8. HD 35/12843 12.10.2017 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>: “.. 3194 Sayılı İmar Kanunu’nun 44/son maddesine dayanılarak çıkarılan Otopark Yönetmeliği’nin 10/3. bendinde ‘‘Otopark bedelleri kamu bankalarından herhangi birinde açılacak otopark hesabına yatırılır.’’ hükmü, 11. maddesinde ise ‘‘Otopark hesabında toplanan meblağ, belediyelerin kendi kaynaklarından ayıracağı tahsilatla birlikte, tasdikli plan ve 5 yıllık imar programına göre hazırlanan kamulaştırma projesi karşılığında otopark tesisi için gerekli arsa alımları ile bölge ve genel otoparkların inşasında kullanılır. Otopark hesabında toplanan meblağ, otopark tesisi dışında başka bir amaçla kullanılmaz. Otopark hesabında toplanan meblağın amacında kullanılıp kullanılmadığı hususu İçişleri Bakanlığı’nca denetlenir’’ hükmü düzenlenmiştir. Anılan bu maddelerde otopark hesabında toplanan meblağın, otopark tesisi dışında başka bir amaçla kullanılmayacağı belirtilmiştir. Bu maddeler itibarıyla belediyenin 30216227-5001 no’lu otopark hesabında bulunan paraların fiilen kamu hizmetinde kullanıldığının kabulü gerekeceğinden, haczi mümkün değildir. Bir diğer anlatımla otopark hesabı niteliği gereği haczedilemez Hesaptaki



Yargıtay, 5393 sayılı K. m. 15/9 kapsamında ileri sürülen haczedilmezlik iddiasını belediyenin hesabının havuz hesabı niteliğinde olup olmamasını dikkate alarak değerlendirmektedir. Havuz hesabı, haczi kabil olmayan para ile haczi mümkün olan paranın aynı hesapta toplanması sonucunda meydana gelir. Yargıtay'a göre, havuz hesabı oluşturulmuş ise haczedilmezlik iddiasının ispat edilmesi olanağı kalkmış olur. Bu paraları ayrı hesaplarda tutması yerine havuz hesabı oluşturması iyi niyete aykırı olduğu gibi haczedilmezlik iddiasının da ispat edilemediği kabul edilmelidir. Bununla birlikte, paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkından feragat olarak da görüldüğü için haczedilmezlik yönündeki şikâyet başvurusunun reddedileceği kabul edilmektedir. Gerçi karara konu hesapta haciz tarihinde bulunan paranın vergi mahiyetinde olması nedeniyle haczi kabil nitelikte olmadığı sonucuna varılmıştır⁹. Fakat bu karara ilişkin değerlendirmelerin İİK m. 83/a ile bağdaşmayan yönleri bulunmaktadır.

Öncelikle belirtmeliyiz ki Yargıtay'ın havuz hesabı uygulaması sebebiyle haczedilmezlik iddiasının ispat edilemediği yönündeki değerlendirmesi yerinde değildir. Karara konu olayda hazırlanan bilirkişi raporunda havuz hesabı olduğu belirtilen hesaptaki paraya yatırılan kalemler tek tek tespit edilmiş olup bunların bir kısmının haczi kabil olmadığı anlaşılmıştır. Demek ki havuz hesabı kullanımında dahi haczedilmezlik iddiasının ispat edilmesi mümkündür. Zira haczi kabil olmayan malvarlığı değerleri tespit edilebilecek durumdadır. Fakat bunun tespitinin mümkün olmayacağı bir ihtimal de söz konusu olabilir. Şöyle ki hesap sürekli işlem görüyor ve sürekli yatan ve çekilen paralar varsa kalan bakiyenin vergi, resim ve harç mı olduğu yoksa haczi kabil para mı olduğunun belirlenmesi güçtür¹⁰. Yalnızca böyle bir ihtimalde haczedilmezlik iddiasının ispat edilemediği dikkate

paralardan başka amaçlar için harcamalar yapılması onların haczedilebilecekleri sonucunu doğurmaz. Bir diğer anlatımla bu durum paraların niteliğini etkilemez ve haczedilmezlikten feragat anlamına gelmez. O halde, anılan otopark hesabı yönünden alacaklının şikâyetinin reddine karar verilmesi gerekirken şikâyetin tümünden kabulünün doğru olmadığı gerekçesiyle bozulması yerine otopark hesabına yönelik hükmün de onanmasına karar verildiğinden borçlunun bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulü yoluna gidilmiştir. ..."

⁹ Yargıtay HGK 8-403/832 02.06.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>: "... İstanbul Valiliği Defterdarlık Muhasebe Müdürlüğü'nün 09.12.2013 tarihli yazısından şikâyete konu haczedilen paranın 4706 sayılı Kanun'un 5. maddesine istinaden Hazine taşınmazlarının satışından elde edilen paralardan borçlu belediyeye ayrılan paylar olduğu anlaşılmaktadır. Şikâyete konu hesap borçlu belediyenin İstanbul Defterdarlığı Muhasebe Müdürlüğü nezdindeki emanet hesabı olup, banka hesabı gibi belediyenin tasarrufu ile açılan bir hesap değildir. Dolayısıyla borçlu belediye tarafından haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılmasından söz edilemez. O hâlde borçlu belediyenin İstanbul Defterdarlığı Muhasebe Müdürlüğü nezdindeki emanet hesabında bulunan bu para vergi hükmünde olduğundan haczedilmezlik şikâyetinin kabulü gerekir. ...". Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. HD 21449/5894 19.04.2017 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>; Yargıtay 12. HD 23933/14975 30.11.2017 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>; Yargıtay 12. HD 11080/16860 21.11.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>; Yargıtay 12. HD 2424/4490 05.04.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

¹⁰ Yargıtay 12. HD 11114/19912 28.05.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

alınmalı ve bakiye para haczedilebilmelidir. Ayrıca haczedilmezlik korumasından yararlanmak için havuz hesabı oluşturulmuş ise bu takdirde zaten haczedilmezlik iddiasının ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağı için haczin gerçekleşebileceği de kabul edilebilir.

Buna karşın, havuz hesabı oluşturulmasının İİK m. 83/a anlamında örtülü feragat olarak görülmesi mümkün değildir. İlk olarak, belki de takibin dahi başlatılmadığı bir aşamada borçlu belediyenin böyle bir birleştirmede bulunması, hacze önceden muvafakat gösterilemeyeceği yönündeki şartın¹¹ açık ihlalidir. Henüz takip kesinleşmediği için belediyenin açıkça muvafakat göstermesine kanunen olanak da yoktur. Bunun dışında, havuz hesabı oluşturulması suretiyle haczedilmezlikten feragat edilmesine yönelik bir irade gösterildiği de söylenemez.

Havuz hesabı uygulamasının varlığı hâlinde öncelikle yatırılan paraların ayrı ayrı incelenmesi ve 5393 sayılı K. m. 15/9'un kapsamı dışında kalan kalemlerin haczi yoluna gidilmelidir. Şayet haczi mümkün olmayan kalemlerin haczedilmesine belediye tarafından muvafakat gösterilir ise ancak bu şartla havuz hesabındaki paranın tamamen haczi yoluna gidilmelidir. Havuz hesabındaki paranın fiilen kamu hizmetine tahsis edilip edilmediğinin ise bir önemi yoktur. Çünkü 5393 sayılı K. m. 15/9'da fiilen kamu hizmetine tahsis edilip edilmeme, maddi varlığı bulunan mallar bakımından öngörülmüştür.

Havuz hesabına ilişkin diğer bir karar ise avukata ait olan banka hesabına ilişkindir. 6183 sayılı K. kapsamında yapılan takip çerçevesinde avukatın UYAP'a tanımlı banka hesabına elektronik yolla haciz konulmuştur. Yargıtay, bu hesabın fiilen meslek için kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi ve haczi kabil paralar ile karıştırma durumunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Yine havuz hesabı oluşturulması, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görülmüş ve takip alacaklısı bakımından mülkiyet hakkı ihlaline sebep olacağına dikkat çekilmiştir. Son olarak, takip borçlusu avukata hesapta bulunan paraların

¹¹ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları (5. Bası, Vedat Yayınevi 2010) 415. Yargıtay HGK, tüketici kredi sözleşmesinde yer alan ve emekli maaşının hazine muvafakat gösterildiğine dair sözleşme hükmünün İİK m. 83/a hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz olacağını kabul etmiştir (Yargıtay HGK E. (13)3/829 21.02.2022). Her ne kadar uygulamada bankanın doğrudan kesinti yapması sebebiyle İİK m. 83/a anlamında bir feragatten bahsedilmese de Yargıtay'ın önceden yapılmış feragatin geçersizliği yönündeki kabulü isabetlidir. Bununla birlikte, banka tarafından emekli borçluya karşı icra takibi başlatılır ve emekli maaşının haczi yoluna gidilir ise tüketici sözleşmesindeki emekli maaşının haczedilebileceğine dair hüküm İİK m. 83/a bağlamında ele alınabilir. Önceden muvafakat gösterilemeyeceği sebebiyle bu şekildeki bir hükmün geçersiz görülmesi gerekir. Gerçekten, Alman hukukunda da genel işlem şartlarında bu nitelikte hükümlere yer verilebileceği endişesi ile kötüye kullanımı önlemek adına takip borçlusunun önceden göstereceği muvafakatin geçersiz olacağı kabul edilmektedir (Gaul, Hans Friedhelm, 'Parteivereinbarung in der Zwangsvollstreckung', Zwangsvollstreckungsrecht (12. Auflage, Beck Verlag 2010) 578). Aslında haczedilmezlikten feragat edilmesi sözleşme vasfında olmadığı için genel işlem şartlarında yer alan bu şekildeki bir hüküm de hacze muvafakat gösterilmesi olarak görülmemelidir. Nitekim icra dairesine yönelik olarak irade açılması bulunmamaktadır.

müvekkillerine ait olduğunu ispat etme imkânı tanınması gerektiği belirtilmiştir¹².

Avukatın mesleği için kullandığı hesaptaki paranın 6183 sayılı K. m. 70/1 - (2) kapsamında haczedilemez malvarlığı olarak görülmesi doğru değildir. Söz konusu düzenleme, meslek için lüzumlu eşya ve elbisenin haczedilemeyeceğine ilişkindir. Haczedilmezlik istisna olduğu için buna ilişkin hükümler yorum yoluyla genişletilmemelidir. Dolayısıyla, banka hesabında bulunan paranın bu nitelikte görülmesi gerekir. Avukatlık ücreti olarak avukatın banka hesabına yatırılacak paranın her hâlükârda haczedilebileceği düşüncesindeyiz. Bu paranın avukatın müvekkillerine ait paralar ile karıştırılmasının havuz hesabı kapsamında değerlendirilmesi de sakıncalıdır. Sonuçta müvekkile ait bir para söz konusu olduğu için haczedilmezlik ve haczedilmezlikten feragate ilişkin hükümlere göre değil, 6183 sayılı K. m. 66 bağlamında istihkak iddiasına ilişkin bir değerlendirme yapılmalıdır.

B. Malvarlığının Kiraya Verilmesi

Yargıtay'ın bir kararında belediye tarafından kiraya verilmiş olan ve 5393 sayılı K. m. 15/9'un kapsamına giren taşınmaza ilişkin olarak İİK m. 83/a çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır. Taşınmazın kiraya verilmesinin hacze muvafakat gösterilmesi teşkil edip etmediği üzerinde durulmuştur. Kararda "... 369 ada 9 parsel sayılı taşınmazın A harfiyle gösterilen alanının belediye ek hizmet binası olarak kullanılan iki katlı yapı olduğu ve buranın belediyece depo alanı olarak kullanıldığı, batı cephesi zemin katın 25 metre karelik bir alanının dükkan olarak kiraya verildiği, raporda B harfiyle gösterilen alanda yine belediyeye ait ek hizmet binası bulunduğu, kırmızı kalem ile boyalı olarak gösterilen alanın ise özel teşebbüs tarafından çay bahçesi ve kafeterya olarak işletildiği ..." şeklinde tespitte bulunan bilirkişi raporu dikkate alınmıştır. Bununla birlikte, kamu hizmetine tahsis yönünde belediyece karar alınmış olmasının yeterli olmadığı tespitinde de bulunulmuştur¹³. Gerçekten de haczedilecek malın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmediği önem arz etmektedir. Şayet fiilen kamu hizmetinde kullanılmayan bir mal söz konusu ise haczin gerçekleştirileceği kabul edilmelidir. Öyle ki belediyenin bu hususta alacağı kamuya tahsis kararı da hacze engel olmaz¹⁴.

Kararda haczedilmezlikten feragat edilmesi açısından da değerlendirmede bulunulmuş olması doğru olmamıştır. Taşınmazın kiraya verilmiş olması, belediyenin bu malvarlığının haczine muvafakat göstermesi olarak görülemez. İİK m. 83/a bağlamında feragatte bulunulması, öncelikle takibin kesinleşmesi ile mümkün olabilir¹⁵. Henüz takibin başlatılmadığı bir aşamada taşınmazın kiraya verilmiş

¹² Yargıtay 10. HD 930/4980 28.09.2020 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD 10426/14089 03.10.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

¹³ Yargıtay 12. HD 12893/16269 11.11.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

¹⁴ Yargıtay 8. HD 2194/10391 14.06.2016 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

¹⁵ Talih Uyar, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (Cilt: 2 - İİK m. 83-170) (3. Bası, Bilge Yayınevi 2014) 1677.

olmasının dikkate alınması önceden feragatte bulunulamayacağı kuralına aykırı niteliktedir. Ayrıca kiraya verme işlemi, feragatte bulunmaya yönelik örtülü bir muvafakat niteliğinde de değildir. Şöyle ki haczedilmezlikten feragat edilmesi, icra dairesi muhatap alınarak¹⁶ yapılan bir taraf takip işlemidir. Kira sözleşmesinde ise belediye, üçüncü bir kişi ile maddi hukuka ilişkin bir işlem yapmaktadır. Bu yüzden, borçlunun yapmış olduğu belirli maddi hukuk işlemlerinden hareketle haczedilmezlik teminatının sona erdiği sonucuna varmak doğru değildir¹⁷.

Bununla birlikte, belediyenin taşınmazın kiralanması suretiyle elde ettiği kira gelirinin haczedilmesi mümkün görülmelidir. Mesela belediyenin kendisine ait araziye kiraya vermek suretiyle elde ettiği gelir haczedilebilir¹⁸. Ancak burada haczedilmezlikten feragat edildiği için değil de haczedilmezliğin kapsamına giren bir malvarlığının (kira gelirinin) söz konusu olmadığı dikkate alınmalıdır. Çünkü kira geliri 5393 sayılı K. m. 15/9'un kapsamına girmemektedir.

III. BELİRLİ BİR ALACAKLI BAKIMINDAN HACZEDİLMEZLİKTEN FERAGAT EDİLMESİ

Belirli bir alacaklı bakımından haczedilmezlikten feragat edilmesi, borçlu aleyhine birden fazla haciz yoluyla takip yapılması ile bu takipler arasında rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibin de yer almasına göre ayrı ayrı incelenebilir. Feragat belirli bir alacaklı açısından gerçekleştiği için “açık irade açıklaması” kapsamına o takip alacaklısının belirtilmesi de dâhil görülebilir. Şu var ki yargı kararları hem böyle bir feragatte bulunulması hem de takip borçlusunun açıkça muvafakat göstermesinden söz edilmesi yönlerinden ele alınmalıdır.

A. Takip Borçlusuna Aleyhine Birden Fazla Haciz Yoluyla Takibin Derdest Olması

Hukukumuzda haczedilmezlikten feragatin belirli bir alacaklı bakımından gerçekleşebileceği geniş ölçüde kabul edilmektedir¹⁹. Buna göre, İİK m. 83/a bağlamında muvafakatte bulunan takip borçlusuna, diğer bir alacaklıya karşı haczedilmezlik iddiasında bulunabilir. Öğretide haczedilmezlikten önceden feragat edilemeyeceği de dikkate alınarak hacze muvafakat gösterilmesinden diğer bir alacaklının yararlanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir²⁰. Buna göre, haczedilmezlikten feragat ederken hangi alacaklı lehine feragat edildiği de belirtilmelidir. Ancak borçlu hakkında iflase karar verildiği takdirde hakkında feragatte

¹⁶ Uygulamada bu konudaki beyan icra tutanağına geçirilip imza edilmek suretiyle veya icra dairesine verilen bir dilekçe ile gerçekleşmektedir (ibid 1677).

¹⁷ Kılıçoğlu (n 3) 128, 129.

¹⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 202.

¹⁹ Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku (2. Bası Adalet Yayınevi 2013) 525; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 4) 200; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 208.

²⁰ Aşık (n 3) 126.



bulunulan malvarlığı da iflas masasına girecektir²¹. İflas açıldığı takdirde belirli bir alacaklı lehine feragatte bulunulmasının da bir önemi kalmaz. Çünkü bütün alacaklılar lehine bir durum ortaya çıkmış olur. Lâkin ilk durum bakımından borçlunun tercihine bağlı olarak alacaklılar arasında bir eşitsizlik yaratılmış olur²². Takip borçlusuna böyle bir serbesti tanınıp tanınmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir.

Yargıtay'ın bazı kararları da yukarıda belirtilen görüşe dayanak alınmaktadır²³. Yalnız söz konusu kararlar örtülü olarak feragatte bulunulmasına ilişkindir. Haciz işlemi sonrasında şikâyete başvurmamış olan takip borçlusunun başka bir takip sebebiyle uygulanan hacze karşı haczedilmezlik iddiasında bulunabileceği belirtilmektedir. Ancak şuna dikkate edilmelidir ki takip borçlusunu burada İİK m. 83/a çerçevesinde bir feragatte bulunmamıştır. Aksine feragatte bulunmaya yönelik hiçbir açıklama yapılmamıştır. Dolayısıyla, diğer bir alacaklıya karşı haczedilmezlik iddiasında bulunulması olağan görülmelidir. Çünkü takip borçlusunun haczedilmezlikten feragat etmeye yönelik bir irade göstermesi söz konusu değildir.

Şayet belirli bir alacaklı lehine haczedilmezlikten feragat edileceği kabul edilirse önce o malvarlığının paraya çevrilmesi beklenilmelidir. Feragat iradesi yalnızca o alacaklı lehine olacağı için diğer bir alacaklı bakımından belirli bir haciz işlemi bulunmadığı için İİK m. 107 uyarınca paraya çevirme talebinde bulunmak da mümkün olamayacaktır. Paraya çevirme işlemi tamamlandıktan sonra lehine feragatte bulunan takip alacaklısına ödeme yapıldıktan sonra artan bir para olursa artık bu paranın haczedilemeyeceği ileri sürülemez. Diğer takip alacaklısı da bu paranın haczedilmesini ve kendisine ödeme yapılmasını talep edebilir²⁴. Görüldüğü üzere, İİK m. 83/a çerçevesinde feragatte bulunan takip borçlusunu, alacaklılar arasında adil olmayan bir durum yaratma imkânı ile donatılmıştır.

Kanaatimizce, İİK m. 83/a ile yalnızca haciz işleminin yapılmasına olanak sağlanabileceği düşünülmelidir. Borçlunun bu feragati belirli bir alacaklıya hasretmesi ise kanuni düzenlemenin amacını aşacak niteliktedir²⁵. Feragatte bulunduğu haczedilmezlik koruması kalkacağından ötürü herhangi bir alacaklı da o malvarlığının haczini talep edebilmelidir. Hatta feragatte bulunduğu tarihte icra takibi başlatmamış bir alacaklı dahi haciz talebinde bulunabilmelidir. Şöyle ki

²¹ Postacıoğlu ve Altay (n 11) 418; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku (7. Bası, Yetkin Yayınevi 2021) 292.

²² Mehmet K. Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflâs Hukuku (6. Bası, Beta Yayınevi 2015) 154.

²³ Yargıtay 12. HD 13338/2513 12.02.1993 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

²⁴ Bulut Uğur, 'Borçlunun Hâline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat', 2010 (12) DEÜHFD 1083.

²⁵ İİK m. 83a bakımından borçlunun haczin sonuçlarını önceden öngörememesi, baskı altında tutulmaması ve haczedilmezlik durumunun ancak haciz anında anlaşılabilirliği şeklinde üç temel amaçtan bahsedilebilir (Özbay, İbrahim, 'İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (İİK m. 83/a)', 2005 (9) 1-2 AÜEHFD 546, 547). Borçluya belirli bir veya birkaç alacaklı lehine feragat bulunma imkânı tanınması ise bu amaçlar arasında değildir.

borçlu hakkındaki derdest olan bir icra takibinde haczedilmezlikten feragat edilmiş olsun ve hacze iştirak edecek diğer bir alacaklı ise henüz icra takibi başlatmamış olsun. Haczedilmezlikten feragatin belirli bir alacaklıya hasredilememesi sebebiyle, bu diğer alacaklı da borçlunun haczedilmezlikten feragat etmiş olmasından istifade edebilmelidir. Nitekim haczedilmezlik iddiasından başka bir takip için olsa da geçerli ve usulüne uygun olarak feragat edilmiştir. Ancak hacze iştirak şartları sağlanmadığı takdirde, sonradan lehine haciz uygulanan alacaklıya İİK m. 100/3'e göre ödemede bulunulması mümkün olur²⁶.

B. Rehin Tesis Edilmiş Olmasına Rağmen Haczedilmezlik İddiasına Dayanılması

Haczedilemeyeceği öngörülen malvarlığı üzerine rehin tesis edilmiş olsa bile haciz yoluyla takipte bulunan alacaklıya karşı haczedilmezlik kuralının geçerli olacağı kabul edilmektedir²⁷. Bu kabule uygun olarak, paraya çevirme işlemi sonrasında rehin alacaklısına ödeme yapılmalıdır. Rehin alacaklısına ödeme yapıldıktan sonra artan bir para olursa borçlunun mesken ihtiyacını karşılayacak bir bedel ayrılmalı ve geri kalan kısım haczedilebilmelidir²⁸. Borçlunun hâline münasip evinin paraya çevrilmesini esas alarak ileri sürülen bu görüş, takip borçlusuna ciddi bir koruma sağlamaktadır. Çünkü haczi caiz olmayan malvarlığı paraya çevrildikten sonra dahi haczedilmezlik korumasının devam edeceği kabul edilmiştir. Yani ikame ilkesi uygulanacağı için takip borçlusu lehine bir durum söz konusu olur.

Yargıtay ise rehin tesis edilmiş olması hâlinde haczedilmezlikten feragat edilmemiş olacağı için haczedilmezlik iddiasının hiç kimseye karşı ileri sürülemediğine karar vermiştir²⁹. Daha sonraki kararlarda ise zorunlu bir rehlin bulunup bulunmamasına göre ayırım yapılmıştır. Borçlunun hâline münasip evi bakımından verilen kararlarda ipotegİN zorunlu niteliği esas alınmıştır. Zorunlu bir ipotek söz konusu değil ise haczedilmezlik iddiası ileri sürülemez. Mesken kredisi, zirai kredi, esnaf kredisi gibi zorunlu olarak kurulmuş ipotekler veyahut zorunlu ipoteklerden olmamakla birlikte ipotek bedelinin haciz tarihinden önce ödenmiş olması hâlinde haczedilmezlik şikâyetinde bulunulması mümkün görülmektedir³⁰.

Borçlunun zorunlu bir sebep yokken kendi rızasıyla ipotek tesis ederek haczedilmez malının (*mutad meskeninin*) satılacağını göze almış olduğu dikkate alınmıştır³¹. Yargıtay'ın geliştirdiği bu yaklaşımın kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. İster zorunlu olsun ister bu mahiyette olmasın rehin tesis edilmiş olması,

²⁶ Krş. ibid 1085-1087.

²⁷ Postacioğlu ve Altay (n 11) 416; Cenk Akil 'Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meske-niyet) İddiası (İİK m. 82/12)' 2011 (60) 4 AÜHFD 795, 796.

²⁸ Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları (2. Bası, Fakülter Matbaası 1975) 188, 189.

²⁹ Yargıtay HGK 714/779 22.10.1969 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

³⁰ Yargıtay 12. HD 13286/4054 16.03.2017 <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>.

³¹ Bulut (n 24) 1091, 1092.

haczedilmezlikten feragat olarak nitelendirilmemelidir³². Çünkü İİK m. 83/a ile önceden feragatte bulunulması yasaklanmıştır³³. Ayrıca feragatte ilişkin bir irade açıklaması da yoktur³⁴. Şöyle ki daha icra takibinin başlatılmadığı bir aşamada rehin tesis edilmiş olduğu için önceden yapılmış bir feragatten söz edilebilir. Bu durumda, zaten İİK m. 83/a ile önceden feragat edilmesi yasaklandığı için borçlunun gerçekten de haczedilmezlikten feragat etmek yönünde bir iradesi bulunsada dahi geçerli olamaz³⁵. Kaldı ki rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte haciz işlemi bulunmaması sebebiyle rehin alacaklısına karşı haczedilmezlik iddiasını ileri sürülmesi hiçbir şekilde gündeme gelmeyecektir³⁶. Dolayısıyla, rehin tesis etme işlemi, İİK m. 83/a anlamında bir feragat değildir. Bunların dışında, rehin tesisinin maddi hukuka ilişkin olma özelliği de dikkate alınmalıdır³⁷. Haczedilmezlikten feragat ise taraf takip işlemi olup rehin tesisinde olduğu gibi karşı tarafa değil icra dairesine karşı yapılacak bir açıklama ile gerçekleşmektedir.

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, rehin tesis edilmesi, rehin alacaklısı lehine olacak şekilde haczedilmezlikten feragat edildiği şeklinde anlaşılabilir. Bu yüzden, kanunen haczedilemeyeceği öngörülen ve üzerinde rehin bulunan malvarlığının haczedilebilmesi için takip borçlusunun İİK m. 83/a anlamında feragatte bulunması şarttır. Eğer böyle bir feragat gerçekleşmemiş ve buna rağmen haciz işlemi uygulanır ise şikâyet başvurusu üzerine haczin iptaline karar verilmelidir. Yani haciz koydurana alacaklıya karşı haczedilmezlik iddiasında bulunulabileceği kabul edilmelidir³⁸. Şu var ki rehin alacaklısının talebi üzerine paraya çevirme işlemi gerçekleşir ve rehin alacaklısına ödemedede bulunulduktan sonra artan bir miktar olur ise ancak bunun haczi talep edilebilir ve haczedilmezlik iddiasında bulunulamaz. Çünkü paraya çevirme işlemi neticesinde ele edilen bedel bakımından haczedilmezlik koruması öngörülmemiştir. Buna bağlı olarak, böyle bir durumda ikame ilkesinin uygulanamayacağı düşüncesindeyiz. Rehlin alacaklısına ödeme yapıldıktan sonra geri kalan kısmın haczedilebileceği kabul edilmelidir. Zira İİK m. 82/3'te öngörülen ikame ilkesi, borçluya ait olan belirli miktar para hakkında öngörülmemiştir. Aksi hâlde, haczedilmezliğe ilişkin kanuni düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği şeklindeki temel ilkeye aykırı bir durum söz konusu olur.

SONUÇ

İİK m. 83/a uyarınca borçlunun haczedilmezlikten feragat etmesi tek taraflı taraf takip işlemi olup takip alacaklısının kabulüne bağlı olmadığı gibi icra dairesinin de bu hususta karar vermesine bağlı olmaksızın sonuç doğurmaktadır. Haczi

³² ibid 1093.

³³ Aşık (n 3) 126, 127; Atalı, Ermenek ve Erdoğan (n 5) 208.

³⁴ Bulut (n 24) 1093; Yıldırım/Deren-Yıldırım (n 22) 154.

³⁵ Kılıçoğlu (n 3) 134.

³⁶ Bulut (n 24) 1094, 1096.

³⁷ Kılıçoğlu (n 3) 134; Yıldırım/Deren-Yıldırım (n 22) 154.

³⁸ Kılıçoğlu (n 3) 134.

kabil olmayan malvarlığının haczi üzerine sırf şikâyet yoluna başvurulmamış olması, İİK m. 83/a anlamında hacze örtülü olarak muvafakat gösterilmesi olarak görülmemelidir. Borçlunun tutum ve davranışına göre haczedilmezlikten örtülü olarak feragat edilip edilmeyeceği İİK m. 83/a kapsamında değerlendirilmelidir.

Yargıtay, takip borçlusu belediyenin havuz hesabı oluşturması üzerine 5393 sayılı K. m. 15/9'a göre haczedilmezlik iddiasının ileri sürülemeyeceği yönünde kararlar vermektedir. Esasen henüz takip başlatılmadan önce böyle bir hesap oluşturulmuş olması, haczedilmezlikten önceden feragat edilemeyeceği dikkate alındığında her hâlükârda geçersiz görülmelidir. Diğer taraftan, icra dairesine karşı haczedilmezlikten feragat etme de söz konusu değildir. Buna rağmen belediyenin haczedilmezlikten feragat edildiği sonucuna varılması isabetli değildir. Şu var ki havuz hesabı oluşturulması sebebiyle haczedilmezlik durumunun ispat edilemediği veya hacze engel olmak üzere havuz hesabı oluşturulması sebebiyle bu iddianın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı görülmesi mümkündür. Fakat bu hâlde İİK m. 83/a çerçevesinde feragatte bulunulması değil de haczedilmezliğin ispat edilememesi veya bu iddianın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı gereği mümkün olmaması söz konusu olabilir.

5393 sayılı K. m. 15/9 gereğince haczedilemeyeceği öngörülen bir malvarlığı değerinin kiraya verilmiş olması da hacze muvafakat gösterilmesi olarak görülmüştür. Oysaki kiraya verme işlemi icra takibi öncesi gerçekleşmiş olabilir ve ayrıca icra dairesine yönelik olarak feragat yönünde bir beyanda bulunulması söz konusu değildir. Dolayısıyla, belediyenin böyle bir durumda İİK m 83/a bağlamında hacze muvafakat gösterdiği sonucuna varmaya olanak yoktur. Lâkin fiilen kamu hizmetinde kullanılan taşınmazın kiralanması üzerine elde edilen kira gelinin haczi mümkün görülmelidir. Kira geliri 5393 sayılı K. m. 15/9'un kapsamına girmediği için haczedilmezlikten feragat edilmesine lüzum kalmamaktadır.

Genel kabulün aksine haczedilmezlikten belirli bir takip alacaklısı lehine feragat edilmesi mümkün görülmemelidir. Aksi hâlde, takip borçlusunun takdirine göre alacaklılar arasında adil olmayan bir eşitsizlik yaratılabilir. Hacze muvafakat gösterilmesi yeterli görülmeli ve bütün alacaklılar bu feragatin ortaya çıkaracağı sonuçtan faydalanabilmelidir. Borçlunun belirli bir malvarlığının haczedilemeyeceği öngörülerek aslında o malvarlığından yoksun kalması önlenmek istenmiştir. Eğer hacze muvafakat gösterilmiş ise artık hangi alacaklının tatmin edileceği hususu haczedilmezliği ilgilendiren bir konu olmaktan çıkmış olur.

Kanunen haczi mümkün olmayan bir malvarlığının üzerine rehin tesis edilmiş olması da örtülü olarak feragatte bulunulması olarak görülmemelidir. Takip öncesinde yapılan bu işlemin hacze muvafakat gösterilmesi olarak görülmesi önceden feragatte bulunulmayacağı kuralı ile bağdamayacağı gibi icra dairesine yönelik olmayan bir maddi hukuk işleminin yapıldığı da gözetilmelidir. Yani ortada bir taraf takip işleminin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Yargıtay'ın geliştirmiş olduğu zorunlu ipotek kıstası da isabetli değildir. İpoteğin paraya çevril-

mesisi yoluyla takipte haciz işlemi olmadığı için haczedilmezlik bakımından bir değerlendirme yapılması da doğru değildir. Öte yandan, haczi kabil olmayan ve üzerine rehin tesis edilen malvarlığı bakımından rehin alacaklısı dışındaki alacaklılara karşı örtülü olarak haczedilmezlikten feragat edildiği sonucuna varılması da mümkün değildir. Çünkü böyle bir durumda rehin alacaklısı açısından da İİK m. 83/a bağlamında feragatte bulunulması söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

- Akil C ‘Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği’ (Meske-niyet) İddiası (İİK m. 82/12)’ 2011 (60) 4 AÜHFD 775-808.
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S ve Hanağası E, İcra ve İflâs Hukuku (7. Bası, Yetkin Yayınevi 2021).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, İcra ve İflâs Hukuku (6. Bası, Yetkin Yayınevi 2022).
- Arslan A S, İcra Takip İşlemleri (Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları) (Yetkin Yayınevi 2018).
- Aşık İ, İcra Sözleşmeleri (Turhan Yayınevi 2006).
- Bulut, Uğur, ‘Borçlunun Hâline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat’, 2010 (12) DEÜHFD 1073-1103.
- Gaul, Hans Friedhelm, ‘Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung’, Zwangsvollstreckungsrecht (12. Auflage, Beck Verlag 2010) 568-586.
- Görgün Ş, Börü L ve Kodakoğlu M, İcra ve İflâs Hukuku (3. Bası, Yetkin Yayınevi 2022).
- Kılıçoğlu E, İcra Sözleşmeleri (Arıkan Yayınevi 2005).
- Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku (2. Bası Adalet Yayınevi 2013).
- Özbay, İbrahim, ‘İcra ve İflâs Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (İİK m. 83/a)’, 2005 (9) 1-2 AÜEHFD 543-567.
- Pekcanitez H ve Simil C, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet (2. Bası, Oniki Levha Yayınevi 2017).
- Postacıoğlu İlhan E. ve Altay Sümer, İcra Hukuku Esasları (5. Bası, Vedat Yayınevi 2010).
- Uyar T, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (Cilt: 2 - İİK m. 83-170) (3. Bası, Bilge Yayınevi 2014).
- Üstündağ Ü, İcra Hukukunun Esasları (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1975).
- Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (Yetkin Yayınevi 2016)
- Yıldırım M K. ve Deren-Yıldırım N, İcra ve İflâs Hukuku (6. Bası, Beta Yayınevi 2015).
- Yılmaz E, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (Yetkin Yayınevi 2016).

HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI HÂLİNDE PAY SAHİBİ TARAFINDAN AÇILAN ALTERNATİF ÇÖZÜMLÜ TAZMİNAT DAVASI

*Compensation Litigation with Alternative Solution Filed by the Shareholder
in case of Unlawful Exercise of Control in the Group of Companies*

Sefa ER*

Özet

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile ilk kez düzenlenen şirketler topluluğu hükümleri, şirketler hukuku anlamında önemli bir gelişme olmuştur. Bu önemli gelişmeyle birlikte hâkimiyetin yönlendirme yoluyla hukuka aykırı kullanılması hâlinde TTK'nın 202/1-b maddesi ile öngörülen pay sahibi tarafından açılan alternatif çözümlü tazminat davası da taşıdığı özellikler nedeniyle medeni usul hukuku bakımından birçok istisnai hususu bünyesinde taşımaktadır. Zira alternatif çözümlü tazminat davası ile bağlı şirketin pay sahiplerine kanuni dava takip yetkisi tanınmış, buna karşılık dava takip yetkilisi olan pay sahibinin talebine aykırı olarak tazminat yerine alternatif çözümlere karar verilebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla alternatif çözümlü tazminat davası, dava takip yetkisinden kaynaklanacak birçok uyumsuzluğu bünyesinde barındırmakla birlikte ayrıca taleple bağlılık ilkesinin kanuni istisnasını da teşkil etmektedir. Bu itibarla hâkimiyetin yönlendirme yoluyla hukuka aykırı kullanılması hâlinde pay sahibi tarafından açılan alternatif çözümlü tazminat davası, şirketler topluluğu ve medeni usul hukuku özelinde ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Sözcükler: şirketler topluluğu hukuku, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması, taleple bağlılık ilkesi, alternatif çözümlü tazminat davası

Abstract

There has been an important development in terms of corporate group company law, which was regulated for the first time with the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102. In case the control is used unlawfully, an compensation litigation with alternative solution is filed pursuant to article 202/1-b of the TCC. Due to the characteristics of this compensation litigation with alternative solution, it contains many exceptional issues in terms law of civil procedure. This compensation litigation with alternative solution, shareholders the of subsidiary company has the competence to conduct litigation proceedings and it is regulated that alternative solutions may be decided instead of compensation, contrary to the demand of the shareholder. This compensation litigation also constitutes the legal exception to the principle of being bound by the scope of demand. This compensation litigation filed in case of illegal use of control will be tried to be dealt with in the context of the group of companies and law of civil procedure.

Keywords: law of group companies, unlawful exercise of control, principle of being bound by the scope of demand, compensation litigation with alternative solution

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

> Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 26.07.2023

> Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Dr., Hâkim, Yargıtay, sefaer@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-5738-8224>.

GİRİŞ

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6762 sayılı TTK) döneminde, ticaret şirketlerinin ayrı tüzel kişiliklere sahip oldukları ileri sürülerek aslında şirketler topluluğu kapsamında bulunan bağlı şirketlerin ekonomik olarak da bağımsız oldukları düşünülüyordu. Bu durum sorumluluk hukuku açısından ekonomik gerçekliğe ve özellikle hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep oluyordu¹. Bu nedenle TTK ile ekonomik gerçeklik ile hukuk kurallarının çelişmemesi gerektiği düşüncesiyle şirketler topluluğu yasal olarak düzenlemeye kavuşturulmuştur². Bu düzenlemeler yapılırken büyük ölçüde Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun (AktG) özellikle fiili konzern (şirketler topluluğu) ile ilgili hükümleri ve “Forum Europeum”³ önerilerinden esinlenilmiştir. Özellikle topluluk dışı pay sahiplerinin paylarını satın alma zorunluluğu, dolayısıyla topluluk dışı pay sahibinin şirketten çıkarılması “Forum Europeum” önerilerinden esinlenilmiş çözümdür⁴. Buradan

¹ TTK Gerekeşi (195 ilâ 209. maddelerle ilgili genel açıklamalar) <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023.

² Şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için kaç tane şirketin varlığının gerekli olduğu hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Esasında öğretide görüş birliğinin bulunmamasının nedeni Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin (TSY) 105. maddesi ile öngörülen asgari bağlı şirket sayısına ilişkin düzenlemedir. TSY'nin 105. maddesi gereğince şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için; hâkim, ticaret şirketi ise buna bağlı en az iki, teşebbüs ise buna bağlı en az üç ticaret şirketi bulunmalıdır. Kanaatimizce TTK anlamında, bir şirketler topluluğunun mevcudiyeti için şirketler topluluğunun hâkimi ister bir ticaret şirketi ister bir teşebbüs olsun ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan bir bağlı şirketin bulunması yeterli olacaktır. Çünkü bir ticaret şirketinin TTK'nın 195/1 maddesinde sayılan kıstaslarla diğer bir ticaret şirketi üzerinde hâkimiyeti hâlinde birinci şirketin hâkim, ikinci şirketin bağlı şirket olacağı ve bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye'de ise şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, TSY'nin 105. maddesi ile getirilen şirketler topluluğu için asgari şirket sayısı açıkça TTK'nın 195. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden TSY'nin anılan maddesinin uygulanması mümkün değildir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Cafer Eminoğlu, *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim* (1. Bası, Yetkin 2014) 163; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C.1*, (4. Bası, Adalet 2022) 529 vd.; Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler İlk Tespitler*, (2. Bası, On İki Levha 2012) 174; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (2. Bası, Dora 2013) 12; Gökmen Gündoğdu, ‘Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu’ (2014) 12(133), *Legal Hukuk Dergisi*, 107, 115-119; Fatma Betül Çakır Çelebi, ‘Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs’ (2018) 4(1) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 19, 23; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (4. Bası, Vedat 2015) 613 vd.; Özlem Karaman Coşgun, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları’ (2015) 21(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 107, 130; Gül Okutan Nilsson, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2009) 67; Halit Aker, ‘Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü Hâkim Teşebbüs’ (2009) 25(2) *BATİDER*, 229.

³ “Forum Europeum” adı altında toplanan bir grup bağımsız akademisyen “Avrupa İçin Şirketler Topluluğu Hukuku” adlı bir proje başlatmıştır. Bu grup 1992 yılında, çeşitli Avrupa Birliği ülkelerinin hukuklarındaki mevcut şirketler topluluğu kavram ve yaklaşımlarını harmanlayarak bir öneri hazırlamıştır. Bu bağımsız öneri şirketler topluluğu kapsamında Avrupa Birliğinin çalışmalarını da etkilemiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. Okutan Nilsson (n 2) 61.

⁴ TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023.

hareketle TTK'nın 195 ilâ 209. maddelerinde yer alan düzenlemeler gözetildiğinde bir yandan hâkim şirketin (veya teşebbüsün) hâkimiyetine olanak sağlanmakta diğer yandan ise hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması hâlinde hâkim şirketin bağlı şirkete, bağlı şirketin topluluk dışı pay sahiplerine ve bağlı şirketin alacaklılarına karşı sorumlu olduğu belirtilmektedir.

Şirketler topluluğu, özellikle bağlı şirketin menfaatlerinin hâkim şirket veya bir başka bağlı şirketin (neticede topluluğun) menfaatleri uğruna feda edilen ve bu nedenle de bağlı şirketin topluluk dışı pay sahiplerinin ve alacaklılarının zarara uğramasına zemin hazırlayan bir sistemdir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından hâkimiyetin sonuçları itibariyle özellikle bağlı şirketin topluluk dışı pay sahipleri ve alacaklılarına zarar verecek şekilde kullanılması hukuka aykırı olarak kabul edilmiş ve bu sonuçların ortadan kaldırılmasını temin etmek için TTK'nın 202. maddesinde menfaatleri koruyucu ve dengeleyici bazı mekanizmalar ön görülmüştür. Özellikle TTK'nın 202/1-b maddesi; *“Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa, bağlı şirketin her pay sahibi, hâkim şirketten ve onun, kayba sebep olan, yönetim kurulu üyelerinden, şirketin zararını tazmin etmelerini isteyebilir. Hâkim istem üzerine veya re'sen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine bu maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre, davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.”* hükmünü haizdir. Bu kapsamda TTK'nın 202/1-b maddesi ile hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini, şirketin yönetimine ilişkin çeşitli işlemler yapmaya yönlendirmesi yoluyla, hukuka aykırı biçimde kullanması hâlinde bağlı şirketin pay sahiplerine, hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden bağlı şirketin uğradığı zararın tazmini için dava açma hakkı tanınmıştır. Aynı dava açma hakkı TTK'nın 202/1-c maddesi gereğince şirket iflas etmemiş olsa dâhi, alacaklılara da tanınmıştır⁵.

Görüldüğü üzere bu davada ayrıca tazminat şartlarının oluşması hâlinde, mahkemeye, talep üzerine veya re'sen ve hakkaniyet gerektiriyorsa tazminat yerine davacının paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen diğer bir çözüme karar verme noktasında oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır⁶. Başka bir deyişle bu dava ile aynen TTK'nın 531. maddesinde düzenlenen anonim şirketin haklı sebeple feshi davasında olduğu gibi mahkemeye tazminata hükmetmek yerine davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verme yetkisi tanınmış olmaktadır. Bu özelliği nedeniyle TTK'nın

⁵ TTK'nın 202/1-c maddesi gereğince alacaklılar bakımından alternatif çözümlerin doğrudan uygulanması mümkün değildir; sadece tazminat davasının açılmasına izin verilmektedir. Bkz. Kürşat Göktürk, Şirketler Topluğunda Sorumluluk Esasları, (1. Bası, Adalet 2015) 256.

⁶ Hamdi Yasaman, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Hâkimin Genişleyen Rolü’ (2009) 25(4), BATİDER 74, 92.

202/1-b maddesi ile düzenlenen dava, öğretide alternatif çözümlü tazminat davası olarak nitelendirilmektedir⁷.

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince, mahkemenin, tazminat yerine bağlı şirketin davacı pay sahibinin tüm paylarının istem hâlinde veya re'sen hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar vermesi şirketler topluluğu özelinde, diğer hukuk davalarında uygulanan taleple bağlılık ilkesinin kanuni bir istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla anılan düzenleme çerçevesinde açılan tazminat davasında, tazminat şartlarının oluşması hâlinde tazminata alternatif olarak diğer çözümlerin öngörülmesi hususunda mahkemeye geniş bir takdir hakkı tanındığı görülmektedir. Özellikle davacının, payının satın alınmasını istemediği durumda talebinden farklı olarak payının satın alınması yoluyla şirketten çıkarılması artık talebini belirlemiş olan davacının talebinin aşılması, davacı tarafından öngörülme ve kabul edilmeyen bir sonuca muhatap kalması anlamına gelecektir.

Bu çalışmada hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini yönlendirme yoluyla hukuka aykırı kullanması ve bu işlem neticesinde bağlı şirketin kayba uğraması hâlinde bağlı şirketin pay sahibinin TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açtığı tazminat davası incelenecektir. Özellikle bu davada tazminat yerine istem hâlinde veya re'sen davacının paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verilebilmesi medeni usul hukuku bakımından özel bir öneme sahiptir. Bu önem nedeniyle TTK ile ilk kez düzenlenen, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması hâlinde pay sahibi tarafından açılan alternatif çözümlü tazminat davası, şirketler topluluğu ve medeni usul hukuku özelinde ele alınacaktır.

I. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI

Şirketler topluluğunda hâkimiyetin hangi hâllerde söz konusu olacağı TTK'nın 195. maddesinde düzenlenmiş; hâkimiyetin varlığının söz konusu olabilmesi için iki farklı durumdan bahsedilmiştir⁸. Bunlardan birincisi TTK'nın 195/1 maddesinde düzenlenmiş olup aksi ispat olunamaz bir hukuki faraziye dayanmaktadır. Buna göre bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; “*oy haklarının çoğunluğuna sahipse*” veya “*şirket sözleşmesi uyarınca,*

⁷ Tekinalp (n 2) 652. Yazar, “alternatif çözümlü dava” nitelendirmesini, TTK'nın 531. maddesinde düzenlenen anonim şirketin haklı nedenle feshi davası için de kullanmaktadır.

⁸ TTK'nın 203. maddesi gereğince bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan ve dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, “tam hâkimiyet” söz konusudur. Bunun dışında kalan hâkimiyet ilişkilerinin ise “kısmî hâkimiyet” olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Dolayısıyla bir ticaret şirketinin, başka bir ticaret şirketinin paylarının veya oy haklarının yüzde yüzüne sahip olmadığı hâllerde, kısmî hâkimiyet ilişkisi gündeme gelecektir. Bkz. Dudu Derya Başlamışlı, ‘Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması (TTK m. 202/2)’ Feridun Yenisey'e Armağan C. II (Beta 2014) 2754.

yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse” veyahut da “kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa” birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir (TTK m. 195/1-a). Bununla birlikte, bir ticaret şirketi, diğeri bir ticaret şirketini, bir sözleşme⁹ gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir (TTK m. 195/1-b).

Hâkimiyetin varlığının söz konusu olduğu bir diğer durum ise TTK’nın 195/2 maddesinde aksi ispat edilebilir bir karine olarak düzenlenmiştir. Buna göre TTK’nın 195/1 maddesinde öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir¹⁰. Dolayısıyla bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip bulunmak, hâkimiyetin varlığı hususunda kesin bir ölçüt olarak kabul edilmemiş, bu husus sadece bir karine olarak görülmüştür. Başka bir deyişle bu hüküm ile hâkimiyetin varlığını tespit için önemli olanın pay çoğunluğu olmadığı, oyların çoğunluğu olduğu belirtilmiştir.

Bir şirketin başka bir şirket üzerinde hâkimiyet kurması, kural olarak hukuka aykırı değildir; ancak bu hâkimiyetin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak kullanılması hukuka aykırılık oluşturacaktır. Başka bir deyişle hâkim şirket (veya hâkim teşebbüs) TTK’nın 195. maddesi gereğince elde ettiği hâkimiyetini, bağlı şirketin menfaatini göz ardı ederek, kendi çıkarları doğrultusunda kullanmaması gerekir. Bu kapsamda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve bunun neticesinde ortaya çıkan sorumluluk TTK’nın 202. maddesinde iki ayrı kategoride düzenlenmiştir. TTK’nın 202/1 maddesinde yönlendirme yoluyla hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması düzenlenmiş iken; TTK’nın 202/2 maddesinde ise yapısal nitelikte kararlar alınması yoluyla hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması düzenlenmiştir.

TTK’nın 202/1 maddesinde öngörülen yönlendirme yoluyla hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması durumunda hâkim şirket, bağlı şirket yönetim kurulu ve onun karar alma mekanizması üzerinde nüfuzunu kullanmak suretiyle bağlı şirketi kayba uğratma sonucunu doğurabilecek bazı işlem ve tasarruflarda bulunmaya yönlendirmektedir. Bu kapsamda özellikle hâkim şirket, bağlı şirketi; “iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya”; “kârını azaltmaya ya da aktarmaya”; “malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya”; “kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye”;

⁹ Öğretide Alman hukukundan sıkça kullanılan ancak Türk hukukunda henüz uygulaması görülmeyen hâkimiyet sözleşmelerine ileride uygulanabileceği ihtimaline binaen kanunda yer verildiği belirtilmektedir. Bkz. Veliye Yanlı, ‘Hâkimiyet Sözleşmeleri’ (2013) 3(1) REGESTA 3, 3; Okutan Nilsson (n 2) 135.

¹⁰ Başlamışlı (n 8) 2753.



“ödemelerde bulunmaya”; “haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya” yönlendirmektedir (TTK m. 202/1-a). Anılan maddede yönlendirme yoluyla hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması durumunda bağlı şirketi kayba uğratma sonucunu doğurabilecek bazı işlem ve tasarruflar sınırlı sayıda olmayacak şekilde belirtilmiştir. TTK’nın 202/1-a maddesinde belirtilen bu işlem ve tasarruflar aslında kanunen hukuka aykırı değildir¹¹. Bu işlem ve tasarrufları hukuka aykırı hâle getiren unsur, bunların bağlı şirketi kayba uğratması ve yönetim kurulunun özen borcu çerçevesinde değerlendirildiğinde özen borcunun ihlalinin oluşturacak nitelikte olmasıdır¹². Örneğin bağlı şirketin hâkim şirket lehine bir kefalet vermesi hukuka aykırı bir işlem olarak düşünülemez; ancak bunu hukuka aykırı kılan unsur, bu şekilde hareket etmenin bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna aykırılık teşkil etmesi, bu aykırılığın bağlı şirkette bir kayıp meydana getirmesi ve söz konusu kaybın denkleştirilmemiş olmasıdır.

TTK’nın 202/2 maddesinde öngörülen yapısal nitelikte kararlar alınması yoluyla hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması durumunda ise bağlı şirket genel kurulunda veya yönetim kurulunda bağlı şirket bakımından açıkça haklı bir sebebi olmayan önemli nitelikte kararlar alınmakta ve sonucunda bazı işlemler yapılmaktadır. Bunlar, hâkimiyetin uygulanması ile gerçekleştirilen ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan, birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişikliği gibi kararlardır. Esasında bu kararların alınması da doğrudan hukuka aykırı değildir; ancak bağlı şirketin genel kurulunda veya yönetim kurulunda alınan bu kararlar hâkimiyetin “fiilen kullanılması” neticesinde alınmıyorsa ve bu yönde bir kararın alınmasının bağlı şirket bakımından hiçbir haklı sebebi bulunmuyorsa, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması söz konusudur¹³.

TTK’nın 202/1-b ve 202/2 maddelerinde iki ayrı kategoride düzenlenen hukuka aykırılık hâllerinin kısmen sonuçları da farklılık arz etmektedir. TTK’nın 202/1-a maddesinde belirtilen yönlendirme yoluyla hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve bağlı şirketin kayba uğraması durumunda hâkim şirket denkleştirme yükümlülüğü altına girmektedir. Denkleştirme, faaliyet yılı içinde fiilen yerine getirilmez veya süresi içinde denk bir istem hakkı tanınmazsa bağlı şirketin her pay sahibine (ve bağlı şirketin alacaklılarına) TTK’nın 202/1-b maddesinde belirtilen tazminat davası açma hakkı tanınmaktadır.

TTK’nın 202/2 maddesinde belirtilen yapısal nitelikte kararlar alınması yoluyla hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve bağlı şirketin kayba uğraması duru-

¹¹ TTK m. 202 Gerekçesi <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023.

¹² Okutan Nilsson (n 2) 223.

¹³ Başlamışlı (n 8) 2758.

munda hâkim şirketin denkleştirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira TTK'nın 202/2 maddesinde belirtilen kararlar bağlı şirketten ziyade pay sahiplerine zarar veren kararlardır. Bu nedenle TTK'nın 202/2 maddesinde genel kurul kararına red oyu verip tutanağa geçirten veya yönetim kurulunun bu ve benzeri konulardaki kararlarına yazılı olarak itiraz eden pay sahiplerine; hâkim teşebbüsten, zararlarının tazminini veya paylarının varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yönteme göre belirlenecek bir değerle satın alınmasını mahkemen isteyebilme hakkı tanınmıştır.

Hemen belirtmelidir ki TTK'ya mehoz olan Alman hukukunda sözleşmeye dayalı şirketler topluluğu, temel şirketler topluluğu tipini oluşturmaktadır¹⁴. Sözleşmeye dayalı şirketler topluluğunda hâkim şirkete tek elden yönetim imkânı tanınmış, bağlı şirketi yönetme ve talimat verme yetkisi verilmiş ve bunun sorumluluk açısından bazı sonuçları düzenlenmiştir. Sözleşmesel şirketler topluluğunda topluluk dışı pay sahiplerinin korunmasına yönelik ise pay sahiplerine bir seçimlik hak tanınmaktadır. Bu kapsamda pay sahibi ya kendisine mahrum kaldığı kâr payının ödenmesini isteyebilecek veya hakkaniyete uygun bir bedel karşılığında payının satın alınmasını seçerek şirketten ayrılabilir (AktG §304- §305). Fiili şirketler topluluğunda ise sözleşmesel şirketler topluluğundan farklı olarak hâkim şirketin bağlı şirketin menfaatlerini zedeleyecek iş ve işlemler yapması kural olarak yasaklandığı için hâkim şirket, bağlı şirkete vereceği kayıpları denkleştirme borcu altına girmektedir. Denkleştirme yapılmaması durumunda ise hâkim şirket, hâkim şirketin yönetim kurulu ve bağlı şirketin yönetim kurulu, bağlı şirkete verilen zararlardan dolayı sorumlu olmaktadır (AktG §317- §318). Bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklıları şirketin tazminat talebini ileri sürebilirler (AktG §317- §309).

II. HÂKİMİYETİN YÖNLENDİRME YOLUYLA HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI DURUMUNDA TAZMİNAT YERİNE ÖNGÖRÜLECEK ALTERNATİF ÇÖZÜMLER

A. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI DURUMUNDA AÇILAN TAZMİNAT DAVASI

TTK'nın 202/1-b maddesinde de öngörüldüğü üzere, hâkimiyetin yönlendirme yoluyla hukuka aykırı kullanılması durumunda pay sahibi tarafından açılan tazminat davasında, alternatif çözümlere karar verilebilmesinin ön şartı, tazminat davasının şartlarının gerçekleşmiş olmasıdır¹⁵. Tazminat davasının şartları gerçek-

¹⁴ “Konzern” Alman hukukunda esas alınan kanuni terim iken, “şirketler topluluğu” Türk hukukunda “konzern” yerine kullanılan kanuni bir terim hâlini almıştır. Bkz. TTK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023.

¹⁵ Göktürk (n 5) 241.



leşmez ise mahkeme alternatif çözüme karar veremeyecek davayı doğrudan reddedecektir. Başka bir deyişle alternatif çözümlü tazminat davasında mahkemenin payın satın alınması çözümü dâhil diğer alternatif çözümlere karar verebilmesi için tazminat davasının şartlarının oluşması, tazminatın alternatifi olarak öngörülecek çözümün duruma uygun düşmesi ve kabul edilebilir olması gerekir. Bu kapsamda mahkeme ilk olarak tazminat davasının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyecek, bu şartların gerçekleştiği kanaatine ulaşırsa ya tazminata ya da duruma uygun düşen diğer bir çözüme karar verebilecektir. Tazminat davasının şartlarının oluşmadığı kanaatine ulaşırsa bu durumda dava esastan reddedilecektir. Tazminat davasının şartları ise, hâkim şirketinin hâkimiyetini hukuka aykırı olarak kullanması sonucunda bağlı şirketin kayba uğraması ve ayrıca kaybın denkleştirilmemiş olması ile davalıların sorumluluktan kurtuluş imkânına sahip bulunmamalarıdır.

En genel anlamıyla denkleştirme, hâkim şirketin, bağlı şirketin kaybını kendisine sağladığı bir karşı imkânla gidermesi demektir¹⁶. Başka bir deyişle TTK'nın 202/1-a maddesinin son cümlesine göre, kaybın aynı faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya en geç faaliyet yılı sonuna kadar kaybın nasıl giderileceği açıklanarak bağlı şirkete eşdeğer hukuki bir istem hakkı tanınmasıdır. Buna göre pay sahiplerinin ve alacaklıların tazminat davası açma hakkı, ancak hâkim şirketçe bir denkleştirme yapılmadığı takdirde kullanılabilir¹⁷. Bu nedenle denkleştirme yapılmamış olması tazminat davasının olumsuz şartıdır ve denkleştirme süresi henüz dolmadan veya süre dolmasına rağmen denkleştirmenin gerçekleşmesi hâlinde açılan tazminat davası dinlenemeyecektir¹⁸.

TTK'nın 202/1-a maddesinde hâkim şirketin, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamayacağı ifade edilerek özellikle zarar kavramı yerine, bilinçli olarak kayıp kavramı kullanılmıştır¹⁹. Gerçekten de kayıp kavramının içine, şirketin malvarlığının veya kârlılığının sadece azaltılması değil ayrıca şirketin riske sokulması da girmektedir²⁰. Örneğin kefalet, garanti ve aval verme gibi sorumluluklar yüklenilmesi, henüz risk gerçekleşmese dâhi kayıp doğurucu işlem sayılmaktadır²¹. Oysa denkleştirmenin gereği gibi yapılmaması durumunda ortaya çıkan zarar, tazminata hükmedildiği andan, hâkim şirketin talimatının yerine getirildiği ana kadar ortaya çıkan ve talimatla arasında illiyet bağı bulunan tüm gelişmelerdir. Bu bakımdan, denkleştirilmesi gereken kayıp, talimatın gerçekleş-

¹⁶ Ersin Çamoğlu, 'Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları' (2013) 2(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu) 19, 22.

¹⁷ Göktürk (n 5) 241.

¹⁸ ibid 243.

¹⁹ TTK m. 202 Gerekçesi <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023.

²⁰ Okutan Nilsson (n 2) 228.

²¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, (13. Bası, Vedat 2017) 759.

tirildiği tarihten geleceğe yönelik olarak hesaplanırken, denkleştirilmesi gereken zarar geçmişe dönük bir bakış açısıyla belirlenir²². Yani artık bu davada kayıp yerine tazminat geçmiş olacak ve tazminat hukuku uygulanacak olup kayıp değil zarar talep edilecektir²³.

TTK'nın 202/1-d maddesi gereğince, davalı tarafta yer alan hâkim şirkete ve onun kayba sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerine sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Buna göre davalıların tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için kaybın, şirketin bağlı bir şirket olma özensizliğinden, tedbirsizliğinden ve kayıtsızlığından dolayı değil de, işin niteliğinden ve şartlarından doğduğunu, basiretli hareketin bir gereği olarak ortaya çıktığını ispatlaması gerekmektedir²⁴. Bu durumda, davalılar ispat yükümlüğünü yerine getirirse tazminata karar verilemeyecek olması nedeniyle dava reddedilecektir.

B. TAZMİNATA ALTERNATİF ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan davada tazminat şartlarının oluşması hâlinde mahkemece ya tazminata karar verilecek ya da davacı pay sahibinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veyahut da duruma uygun düşün ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verilebilecektir. Davacı pay sahibinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınması çözümü ile duruma uygun düşün ve kabul edilebilir başka bir çözüm, tazminat davasının karşısında alternatif çözüm yöntemlerini oluşturmaktadır.

Somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse bağlı şirketin zararının tazmini yerine takdir edilecek alternatif çözümlerde gözetilmesi gereken “duruma uygun düşünme” ve “kabul edilebilir olma” kriterleri, menfaatler dengesine en uygun düşün ve somut koşullarda adaleti en yüksek ölçüde gerçekleştiren bir çözümü ifade etmektedir²⁵. Başka bir deyişle “duruma uygun düşünme” ve “kabul edilebilir olma” kriterleri, verilecek kararlarda adaleti sağlamaya yönelik ve sadece davanın taraflarının değil aynı zamanda tüm ilgililerin menfaatini korumaya olanak sağlayacak çözüme işaret etmektedir²⁶. Bu iki kriterin amacı, hâkim şirkete ve onun yönetim kurulu üyelerine yüklenecek yaptırımın maliyeti ile bağlı şirketin uğradığı zarar veya pay sahiplerine sağlanacak menfaat arasındaki dengenin sağlanmasıdır²⁷. Mahkemenin takdir edeceği alternatif çözüm, yönlendirme yoluyla hâkimiyetin kötüye kullanılması sebebiyle zor durumda kalan topluluk dışı pay sahiplerinin haklarını korumaya en uygun ve

²² İrfan Akın, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku (1. Bası, Seçkin 2014) 274; Okutan Nilsson (n 2) 228.

²³ Tekinalp (n 2) 652.

²⁴ Tekinalp (n 2) 658; Pulaşlı (n 2) 560.

²⁵ Ersin Çamoğlu, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi’ (2015) 31(1) BATİDER 5, 13; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 20) 772; Göktürk (n 5) 250.

²⁶ Okutan Nilsson (n 2) 386.

²⁷ ibid 386.



en elverişli çözüm olmalıdır²⁸. Alternatif çözümün duruma uygun düşmesi ve kabul edilebilir olması, takdir edilen çözümün sadece davacı tarafından onaylanması değil, aynı zamanda bunun hâkim şirket yönünden yerine getirilebilir ve bağlı şirket yönünden de yararlı olması anlamına gelmektedir²⁹.

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan davalarda asıl amaç, bağlı şirketin zararının giderilmesi olduğu için tazminata hükmedilmesinin bağlı şirkete bir yararının bulunmadığı durumlar ile alternatif çözümün bağlı şirket ve alacaklılar yönünden dürüstlük kuralına ve adalete aykırı olmadığı durumlarda alternatif çözümlere başvurulması gerekir³⁰. Çünkü alternatif çözüm yöntemleri, sadece şirketler topluluğunun ortaya çıkardığı hâkim şirketin bağlı şirkete müdahalesinin olumsuz sonucuyla ilgili olup bağlı şirkete verdirilen kayıp, sürekli ve kapsamlı hâle geldiğinde ve hâkim şirketin bağlı şirketteki payları dışındaki diğer pay sahipleri açısından tazminat yaptırımının işlevsiz kalacağı durumlarda uygulanması gerekmektedir³¹. Buna karşılık, zarar miktarının belli olduğu ve payların hâkim şirket tarafından satın alınma bedeli ile kıyaslandığında düşük bir tazminat ödeyerek bağlı şirketin zararının giderilebileceği durumlarda alternatif çözüm yöntemlerine karar verilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır³².

Mahkemenin alternatif çözümlerin belirlenmesinde anonim şirketler hukukunun temel prensiplerini, özellikle şirketler topluluğunun temel ilkelerini ve emredici kanun hükümlerini dikkate alması gerekir³³. Ayrıca mahkeme, alternatif çözüme ilişkin takdir hakkını kullanırken esas sözleşmeye ya da şirket organlarının yetkilerine müdahale anlamına gelecek şekilde karar vermektan çekinmelidir³⁴. TTK'nın 202/1-b maddesinin gerekçesinde tazminat yerine öngörülebilecek bazı alternatif çözümler örnek olarak sayılmıştır³⁵. Bu alternatif çözümler somut olayın taşıdığı özellikler dikkate alınarak, tazminat yerine davacı pay sahiplerinin paylarının gerçek değeriyle satın alınması veya denkleştirmenin mahkemece karara bağlanması, ek kâr payı dağıtılması, bağlı şirket esas sözleşmesinde topluluk dışında kalan pay sahiplerini koruyucu önlem ve mekanizmalara yer veren değişiklik yapılması gibi duruma uygun düşen bir karar verilmesi şeklinde karşımıza çıkabilir³⁶.

²⁸ Nuri Erdem, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi* (1. Bası, Vedat 2012) 238.

²⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 20) 772.

³⁰ ibid 772.

³¹ Göktürk (n 5) 251.

³² Okutan Nilsson (n 2) 384.

³³ Ayşe Şahin, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi* (1. Bası, Vedat 2013) 509; Çamoğlu (n 25) 15.

³⁴ Şahin (n 33) 511.

³⁵ TTK m. 202 Gerekçesi <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023.

³⁶ Alternatif çözüm olarak bağlı şirketin haklı nedenle feshine karar verilip verilemeyeceği hususu gündeme gelebilir. Ancak şirketin haklı nedenle feshi, başvurulması gereken son çare olması nedeniyle şartlar oluşmadan mahkemenin alternatif çözüm olarak re'sen şirketin haklı nedenle feshine karar vermesi mümkün değildir.

Hemen belirtilmelidir ki mahkemenin bu türden alternatif çözümlere karar verebilmesi için bu çözümlerin davacı tarafından talep edilmiş olması zorunlu olmadığı gibi talep edilmiş olması durumunda da mahkeme bu taleple bağlı değildir. Başka bir deyişle mahkeme, topluluk dışı pay sahibinin tazminat talebinin yanı sıra buna alternatif olarak talep ettiği çözümü duruma uygun ve kabul edilebilir bulmuyorsa kendi çözüm üretebileceği gibi talep edilen çözümde değişiklik de yapabilir. Ayrıca mahkeme sadece bir çözümü uygun bulacağı gibi birden fazla alternatif çözüme de karar verebilir³⁷. Öte yandan mahkeme tarafından öngörülecek alternatif çözüm, sadece davanın tarafları ile ilgili olmalı, davanın tarafı olmayan pay sahiplerini veya üçüncü kişileri doğrudan doğruya yükümlülük altına sokacak şekilde alternatif çözümlere karar verilmemelidir.

Alman hukukunda fiili şirketler topluluğunda, hâkim şirket tarafından bağlı şirketin menfaatlerini zedeleyecek iş ve işlemlerin yapılması durumunda kural olarak hâkim şirket, bağlı şirkete vereceği kayıpları denkleştirme borcu altındadır. Başka bir deyişle Alman hukukundaki fiili şirketler topluluğunda kural olarak sadece tazminat davası öngörülmüş; alternatif çözümler öngörülmemiştir. Ancak fiili şirketler topluluğunda hâkimiyetin kullanılma şeklinin fiili şirketler topluluğu düzenlemesi ile izin verilen sınırı aşarak sözleşmesel şirketler topluluğu bakımında izin verilen seviyeye ulaştığı takdirde (nitelikli fiili şirketler topluluğu) sözleşmesel şirketler topluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla topluluk dışı pay sahipleri için tanınan alternatif çözümlerin (seçimlik hakların) fiili şirketler topluluğunda da söz konusu olduğu kabul edilmektedir³⁸. Dolayısıyla nitelikli fiili şirketler topluluğunda, topluluk dışı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasını veya mahrum kaldıkları kâr payının ödenmesini talep etme hakları mevcuttur³⁹. TTK ile Alman hukukundan farklı olarak sözleşmesel şirketler topluluğuna ayrı bir hukuki sonuç bağlanmamış ise de öngörülen alternatif çözümler, Alman hukukundaki sözleşmesel şirketler topluluğuna kıyasen uygulanan çözümlere benzemektedir⁴⁰.

C. ALTERNATİF ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK PAYIN SATIN ALINMASI ÇÖZÜMÜ

TTK'nın 202/1-b maddesinde kısmi hâkimiyetin bir gereği olarak topluluk dışı pay sahiplerinin haklarının korunması için somut olayda hakkaniyete uygun düştüğü takdirde tazminat yerine alternatif bir çözüm olarak davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınması, gerek istem üzerine gerekse

³⁷ Ünal Tekinalp, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları' iç Erol Ulusoy (edr), Ersin Çamoğlu'na Armağan (Vedat 2013) 219.

³⁸ Bruno Kropff, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 5* §§278-328 (2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2000) §311, Rn. 216.

³⁹ Kropff (n 38) §317, Rn. 123.

⁴⁰ Okutan Nillson (n 2) 259.



re'sen dâhi karar verebilme yetkisi mahkemeye tanınmıştır. Payın satın alma çözümü alternatif çözüm yöntemi olarak özellikle belirtilen tek alternatif çözüm yöntemidir. Bu çözüm yöntemi niteliği gereği sadece bağlı şirketin zararının tazmini amacıyla dava açan pay sahipleri bakımından uygulanabilecektir⁴¹. Davacı pay sahibi ısrarla tazminat talep etmiş olsa dâhi mahkemenin bunu dikkate almaya- rak re'sen davacı pay sahibinin paylarının satın alınmasına ve bu suretle şirketten çıkmasına karar verebilmesi mümkündür. Ancak mahkemenin bu takdir yetkisi, Kanun'un amacına ve menfaatler dengesine göre özenle kullanılması gereken bir yetkidir⁴². Çünkü sadece davacının veya davacıların paylarının satın alınması hâlinin genellikle bağlı şirketin uğradığı kaybı gidermeyeceği ve bu nedenle de bazı durumlarda hakkaniyete uygun düşmeyeceği gözden uzak tutulmaması gereken bir husustur.

Payların satın alınması çözümü, tazminattan bağımsız olmayan, ancak bir tazminat davası çerçevesinde ve somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse öngörülebilir alternatif bir çözümdür. Başka bir deyişle davacı pay sahibinin talep ettiği veya mahkemenin re'sen uyguladığı, payın hâkim şirket tarafından satın alınması çözümü, bağlı şirketin zararının tazmininin bir alternatifidir⁴³. Dolayısıyla mahkeme, tazminata karar verecekse bunun yanında payın satın alınmasına karar vermeyecektir⁴⁴. Buna karşılık, tazminat şartları oluşmuş ise mahkeme, taleple bağlı olmaksızın hakkaniyeti gözeterek tazminatın yerine payın satın alınmasına karar verecektir. Tazminat şartları oluşmamış ise mahkeme, alternatif çözümlere başvuramayacak davayı reddedecektir. Bu durum payın satın alınması çözümünün ikame nitelikte olduğunu göstermektedir⁴⁵. Payın satın alınması çözümünün ikame niteliği, davacı pay sahibinin tazminat talebinde bulunmaksızın doğrudan doğruya TTK'nın 202/1-b gereğince payının hâkim şirket tarafından satın alınması talebinde bulunamayacağı anlamına gelmektedir. Çünkü anılan maddenin davacı pay sahibine tanıdığı hak, bağlı şirketin zararının tazminini talep etme hakkıdır. Bu nedenle tazminat talebinde bulunmaksızın payların satın alınmasının (veya diğer çözümlerin) talep edilmesi mümkün değildir⁴⁶.

Topluluk dışı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınması, bağlı şirketin zararını tazmin etmeyen, ancak topluluk dışı pay sahiplerini bu

⁴¹ Akın (n 21) 276.

⁴² Çamoğlu (n 15) 26.

⁴³ Akın (n 21) 277.

⁴⁴ Çamoğlu (n 15) 27. Yazar, TTK'nın 202/1-b maddesinin mahkemeye tanıdığı çok geniş takdir yetkisi kapsamında bağlı şirkete ödenecek tazminat yanında ayrıca davacının hissesinin satın alınması yolu ile şirketten çıkmasına karar verebilme olanağının da tanıdığını, somut olay adaletine ve davacının da isteğine uygun düşüyorsa mahkemenin bu ya da benzeri karma bir çözüme de karar verebileceğini belirtmektedir.

⁴⁵ Göktürk (n 5) 243.

⁴⁶ Göktürk (n 5) 244; Okutan Nilsson (n 2) 383.

zarardan uzak tutmayı hedefleyen bir çözüm niteliğindedir⁴⁷. Çünkü bağlı şirkete yönlendirme yoluyla kayıp verdiren işlem veya tedbirler, ya hâkim şirkete ya da başka bir bağlı şirkete, nihayetinde ise şirketler topluluğuna fayda sağlamaya yönelik işlemlerdir. Dolayısıyla bağlı şirketin kaybına sebebiyet veren işlemler genel olarak şirketler topluluğunun yararına olacağına göre, bağlı şirket kayba uğrasa dâhi, hâkim şirket, şirketler topluluğu içerisinde kendi payına düşen bu kaybı dengelemiş olabilir⁴⁸. Oysa bağlı şirketin topluluk dışı pay sahipleri, şirketler topluluğuna sağlanan herhangi bir faydaya katılmayacakları için, bağlı şirketin uğradığı kayıp onlar açısından telafi edilmemiş dolaylı bir zarar anlamına gelecektir. Bu bakımdan hâkim şirketin, topluluk dışı pay sahiplerinin paylarını satın alarak onların şirketten çıkmalarına imkân vermesi, topluluk dışı pay sahiplerinin, bağlı şirketin zararı nedeniyle uğrayacakları dolaylı zarardan etkilenmemelerini veya daha az etkilenmelerini sağlayacaktır⁴⁹.

Payın satın alınması çözümü ile diğer alternatif çözümler arasında öncelik ve sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. Kanaatimizce payın satın alınması çözümünün uygulanması için öncelikle diğer alternatif çözümlerin de göz önünde bulundurulması, bu çözümlerin duruma uygun ve kabul edilebilir olmaması hâlinde payın satın alınması çözümünün değerlendirilmesi gerekir. Buna göre davacı pay sahiplerinin paylarının satın alınmasına karar verilebilmesi, tazminat dışında kalan diğer alternatif çözüm yollarının duruma uygun ve kabul edilebilir olmamasına bağlıdır. Dolayısıyla tazminat şartlarının oluştuğu kanaatine ulaşan mahkeme, öncelikle davacı pay sahibi için payın satın alınması çözümü dışında somut duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir alternatif çözümün bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Duruma uygun düşen diğer bir çözüm bulunmuyorsa, somut olayın şartlarını ve mevcut menfaatleri, davacı pay sahibinin paylarının gerçek değeri ödenerek satın alınmasına karar vermesi bakımından değerlendirmelidir. Aksi hâlde şirketten ayrılmak istemeyen pay sahibinin mülkiyet hakkının ihlâl edilmesi gündeme gelebilecektir⁵⁰. Bu itibarla diğer alternatif çözümler değerlendirilmeden doğrudan payın satın alınması çözümüne karar verilmesi, hâkim şirketin topluluk dışı pay sahibini bağlı şirketten çıkarma hakkına dönüşebilir. Bu durum, hâkim şirketin, bağlı şirket azınlık pay sahiplerini şirketten çıkarma hakkını düzenleyen TTK'nın 208/1 maddesinin anlamını yitirmesine yol açacak; böylece anılan maddede öngörülen şartlarla bağlı olmaksızın da hâkim şirket, azınlık pay sahiplerini şirketten çıkarma hakkı elde edecektir⁵¹. Bu nedenle mahkeme, bu alternatif

⁴⁷ Okutan Nilsson (n 2) 383.

⁴⁸ Göktürk (n 5) 241.

⁴⁹ Okutan Nilsson (n 2) 383.

⁵⁰ Göktürk (n 5) 265.

⁵¹ Murat Gürel, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2009) 116.

çözümüne re'sen karar verecekse, diğer alternatif çözümler değerlendirmeli, somut olayda hakkaniyete uygun düşme ölçütünü özenle uygulayarak istisnai hâllerde bu yola başvurulmalıdır⁵². Öte yandan tazminat şartlarının oluşmasına rağmen, mahkemenin, zararın tazmini yerine payların satın alınması çözümüne başvurduğu durumlarda, zararı sabit olan bağlı şirketin diğer pay sahipleri ile şirket alacaklılarının menfaatlerinin ihlal edilmesi durumuyla karşı karşıya kalınmakta ve bireysel çıkarlar gözetilerek bağlı şirketin sabit olan zararının tazmin edilmemesi sonucu ortaya çıkmaktadır⁵³. Bunun içindir ki, payların satın alınması çözümüne çok istisnai durumlarda başvurulması gerekmektedir.

Mahkeme istem üzerine veya takdir yetkisi kapsamında re'sen davacının paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına karar verirse, bu karar yenilik doğuran bir karar niteliğindedir. Davacı, kararın kesinleştiği tarihte paylarını devrederek şirketten çıkmış sayılır⁵⁴. Zira yenilik doğurucu karar şekli olarak kesinliğe kavuştuğu anda hukuki değişiklik kendiliğinden gerçekleşmiş olur. Bununla birlikte, bu hâlde, yenilik doğurucu karar “*davacı pay sahiplerine paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenmesine*” şeklinde edaya ilişkin bir hüküm de içerdiği için taraflarca, karar kesinleştikten sonra icra yoluyla kararın infazı istenebilir.

III. ALTERNATİF ÇÖZÜMLÜ TAZMİNAT DAVASININ MEDENİ USUL HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

TTK ile ilk kez düzenlenen şirketler topluluğu hükümleri şirketler hukuku anlamında önemli bir gelişme olmuştur. Bu önemli gelişmeyle birlikte hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması hâlinde TTK'nın 202/1-b maddesi ile öngörülen pay sahibi tarafından açılan alternatif çözümlü tazminat davası da taşıdığı özellikler nedeniyle medeni usul hukuku bakımından birçok istisnai hususu bünyesinde taşımaktadır. Bu bakımından TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan tazminat davası sırasında ortaya çıkacak birçok önemli hususun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) hükümleri kapsamında açıklanması da gerekecektir. Bu tazminat davası özellikle; kanuni dava takip yetkisinin tanınması ve buna karşılık dava takip yetkilisinin talebine aykırı olarak tazminat yerine paylarının gerçek değerinin ödenerek şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer çözümlere karar verilebilecek olması nedeniyle medeni usul hukuku bakımından da özel öneme sahiptir.

HMK'nın 24. maddesinde düzenlenen tasarruf ilkesi gereğince hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara

⁵² Çamoğlu (n 15) 26.

⁵³ Göktürk (n 5) 244.

⁵⁴ Çamoğlu (n 15) 27.

bağlayamaz. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Ayrıca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder (HMK m. 24/3). Tasarruf ilkesinin doğal bir sonucu olarak davacının, mahkmeden hukukî korunma istemesi yeterli değildir; ayrıca, dava açarken, kendisi lehine nasıl bir hüküm istediğini ve hükmün içeriğini de belirlemelidir⁵⁵. Alternatif çözümlü tazminat davasında da pay sahibi dava açarken talep sonucu olarak açık bir şekilde tazminat talebinde bulunmalıdır. Başka bir deyişle alternatif çözümlü tazminat davasında bağlı şirketin davacı pay sahibi, hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden, şirketin zararını tazmin etmelerini isteyecektir. Ancak mahkemece tazminat şartları oluşmasına rağmen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse tazminat yerine davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilecektir. TTK'nın 202/1-b maddesindeki "tazminat yerine" ifadesinden öncelikle bağlı şirketin zararının giderilmesi için tazminat talebinde bulunulması, payın satın alınması çözümü ile diğer çözümlerin ise ancak bu dava içerisinde ve bu davanın şartlarının gerçekleşmesi hâlinde tartışılabileceği anlaşılmaktadır.

HMK'nın "taleple bağlılık" başlığını taşıyan 26. maddesinde, açıkça kanunda aksine bir düzenleme yoksa mahkemenin, tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olduğu, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremeyeceği öngörülmüş ve duruma göre talep sonucundan daha azına karar verebileceği düzenlenmiştir. Bu madde gereğince, davanın taraflarının talep etmediği husus hakkında karar verilemeyeceği gibi, talep edilenden farklı bir şeye de karar verilmeyecektir⁵⁶. Bununla birlikte HMK'nın 26. maddesinde belirtilen "açıkça kanunda aksine bir düzenleme yoksa" ibaresinden hareketle taleple bağlılık ilkesinin kanundan kaynaklanan birçok istisnası bulunmaktadır⁵⁷. Bu istisnalardan birini de TTK'nın 202/1-b maddesi kapsamında açılan alternatif çözümlü tazminat davası oluşturmaktadır. Zira alternatif çözümlü tazminat davasında mahkeme, istem üzerine veya re'sen tazminat yerine davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilecek olması taleple bağlılık ilkesinin kanundan kaynaklanan istisnasına örnek teşkil etmektedir.

Bununla birlikte TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince, somut olayda taleple bağlılık ilkesinin istisnası olarak hakkaniyete uygun düştüğü takdirde tazminat yerine davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirketçe satın alınmasına gerek istem

⁵⁵ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2018) 153.

⁵⁶ Emel Hanağası, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi' (2016) 32(1) *BATİDER* 199, 242.

⁵⁷ Bkz. Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. I* (15. Bası, On İki Levha 2017) 793; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C. I* (3. Bası, Yetkin 2020) 421.



üzerine gerekse re'sen dâhi karar verebilme yetkisi öngörüldüğünden, bu davanın terditli açılıp açılmayacağı sorusu akla gelmektedir. Bilindiği gibi HMK'nın 111. maddesinde terditli dava, davacının aynı davalıya karşı aralarında hukuki veya ekonomik bağlantı bulunan birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanmıştır. Buna göre terditli davada, taleplerin bir sıraya konulması, biri olmazsa diğerinin talep edilmesi söz konusu olup davacının taleplerinden birinin seçiminin mahkemeye bırakılması söz konusu değildir⁵⁸. Terditli davada mahkeme, talepler arasında serbestçe seçim yapamaz ve asıl talepten önce fer'i talep hakkında karar veremez⁵⁹. Mahkeme, ancak asıl talebi kabul etmezse, davacının fer'i talebini inceleyip bir karar verebilir.

Bu doğrultuda TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan davalarda, mahkemenin davacı tarafından terdit ilişkisi içerisine sokulan taleplerin yine onun tarafından belirlenmiş sırasına uyma zorunluluğu olmadığı gibi dava dilekçesindeki taleplerden herhangi birine karar verme zorunluluğu da yoktur⁶⁰. Başka bir deyişle davacının dava dilekçesinde tazminat talebi ile birlikte diğer çözümü belirtmesi mahkemeyi bağlayıcı nitelikte terditli bir talep hakkı vermez⁶¹. Bunun yanında, davacının tazminat talebi ile birlikte payın satın alınması talebini terditli olarak ileri sürmesinde bir engel yoktur. Böyle bir durumda mahkeme, sırf bu nedenle davanın reddine karar veremeyecek somut olaya uygun çözümü serbestçe takdir edecektir⁶². Ancak her hâlükarda tazminat talebinde bulunulması gerekir; tazminat talebinde bulunulmaksızın diğer çözümlerin talep edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla davacı, payın satın alınmasını tazminat davasına bağlı terditli olarak talep etmiş olsa dâhi mahkeme davacının talebiyle bağlı olmayacaktır. Davacı dava dilekçesinde, asıl talep olarak paylarının satın alınmasını, fer'i talep olarak da tazminat talep etse, mahkeme, bu durumda, davacının asıl talebini doğrudan reddedecek, ama fer'i talep olan tazminat talebi noktasında işin esasına girip tazminat talebinin kabul edilebilir olması durumunda takdir yetkisini kullanarak hakkaniyete uygun düşecekse bu sefer payın satın alınması kararı verebilecektir.

B. DAVANIN TARAFLARI

1. Davacı

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince, alternatif çözümlü tazminat davasını açma hakkı bağlı şirketin pay sahiplerine tanınmış; TTK'nın 202/1-c maddesi ile de bağlı şirketin alacaklılarının da şirket iflas etmemiş olsa bile bu davayı aç-

⁵⁸ Hanağası (n 55) 243.

⁵⁹ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II* (15. Bası, On İki Levha 2017) 1084; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 58) 308.

⁶⁰ Hanağası (n 55) 243; Pekcanitez (n 58) 1085; Tanrıver (n 56) 629.

⁶¹ Hanağası (n 55) 243; Pekcanitez (n 58) 1085; Tanrıver (n 56) 629.

⁶² Hanağası (n 55) 243; Pekcanitez (n 58) 1085; Tanrıver (n 56) 629.

bilecekleri belirtilmiştir⁶³. Bu düzenleme, davacı sıfatının kim ya da kimlere ait olduğunun kanun tarafından açıkça belirlendiği durumların bir örneğini oluşturur. Bunun için bu davalar bakımından davacı sıfatına sahip olanlar hukuki yararı olan herkes değil, sadece Kanun’da belirtildiği üzere pay sahipleridir⁶⁴. TTK’nın 202/1-b maddesi gereğince davayı açabilecek pay sahipleri ise bağlı şirketin topluluk dışı pay sahipleridir⁶⁵. Hâkim konumundaki pay sahibinin de bu davayı açma hakkı olsa da bu durumun hukuki gerçekçilikle bağdaşmayacağı için bu davanın topluluk dışı pay sahipleri tarafından açılması gerekir. Başka bir deyişle hâkim konumundaki pay sahibinin bu davayı açmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Topluluk dışı pay sahibinin bu davayı açmadaki hukuki yararı ise bu davanın bağlı şirket tarafından açılmayacak olması karşısında, şirketin uğradığı zararın tazmin ettirilip oluşan dolaylı zararın giderilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bağlı şirketin bu davayı açmada hukuki yararı olduğu hâlde TTK’nın 202/1-b maddesinde belirtilmediği için bu davayı açamayacağı anlaşılmaktadır⁶⁶.

Alternatif çözümlü tazminat davasında bağlı şirketin pay sahibi, bağlı şirketin uğradığı zararın bağlı şirkete verilmesini hâkim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden talep etmek zorundadır. Başka bir deyişle bu davada davacı pay sahibi, anonim şirketlerde sorumluluk davasında olduğu gibi kendisi için dolaylı zarar niteliğindeki bağlı şirketin zararını kendisine verilmesini talep edemez. Eğer hâkim şirketin ve onun yönetim kurulu üyelerinin eylemleri nedeniyle bağlı şirket pay sahibi doğrudan zarara uğramış ise bu zararını şirketler topluluğu hükümleri kapsamında değil genel hükümler çerçevesinde talep edebilecektir⁶⁷.

Davacı pay sahibi, kendisi için dolaylı zarar niteliğindeki bağlı şirketin zararını bağlı şirkete verilmesini istemesi HMK’nın 53. maddesinde düzenlenen dava takip yetkisi ile ilgilidir. Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olup kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Dava takip yetkisi kural olarak çekişmeli hakkın sahibine ve ihtilafı maddi hukuk ilişkisinin taraflarına aittir. Bazı durumlarda ise bu yetki, dava konusu maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kimselere de ait olabilir. Dava takip yetkisi, maddi hukuk ilişkisinin taraflarına ait ise “bağımlı dava takip yetkisi”; maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan kimselere ait ise “bağımsız dava

⁶³ Alman hukukunda AktG § 309/4 gereğince alacaklılar dava açan pay sahiplerinden farklı olarak ödemenin doğrudan kendilerine yapılması noktasında dava açabilmektedir. Bkz. Kropff (n 38) §317, Rn. 68.

⁶⁴ Akın (n 21) 276.

⁶⁵ Göktürk (n 5) 245.

⁶⁶ Madde gerekçesinde, bağlı şirkete dava hakkının tanınmama sebebi, bu davanın bağlı şirket tarafından açılma ihtimalinin hukuki gerçekçilikle bağdaşmaması olarak belirtilmiştir. Bkz. TTK m. 202 Gerekçesi <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023.

⁶⁷ Göktürk (n 5) 215.



takep yetkisi (dava yetkinliği)” söz konusudur⁶⁸. Bağımsız dava takep yetkisi, yetkinin kaynağına göre kanuni dava takep yetkisi ve iradi dava takep yetkisi olarak ikiye ayrılmaktadır⁶⁹. Kanuni dava takep yetkisinde bu yetki, hakkın veya çekişmeli hukuki ilişkinin dışındaki üçüncü kişiye bizzat kanun tarafından tanınmaktadır⁷⁰. Hukukumuzda çeşitli kanunlarda kanuni dava takep yetkisinin tanındığı hâllere rastlamak mümkündür⁷¹. TTK’nın 202/1-b maddesi kapsamında düzenlenen alternatif çözümlü tazminat davası da kanuni dava yetkisinin tanındığı davalardandır⁷². Bu davalarda bağlı şirketin pay sahibi, Kanun’un kendisine tanıdığı dava takep yetkisi kapsamında talep ettiği tazminatın bağlı şirkete verilmesini istemektedir.

Dava takep yetkisine sahip olanlardan her biri diğerinden bağımsız olarak bu yetkiyi kullanabilme imkânına sahip ise paralel (veya yarışan) dava takep yetkisi; dava takep yetkisi sadece bir kişiye verilmiş ise münhasır dava takep yetkisi söz konusudur⁷³. TTK’nın 202/1-b maddesi gereğince alternatif çözümlü tazminat davasını açma hakkı bağlı şirketin her pay sahibine tanınmış bir hak olduğundan paralel dava takep yetkisi söz konusudur. Pay sahiplerinin şirket zararını dava edebilmeye ilişkin sahip olduğu bu yetki, ikinci derecede değil, hak sahibinin (bağlı şirketin) dava takep yetkisinden bağımsız olarak mevcuttur⁷⁴.

Hemen belirtilmelidir ki dava takep yetkisinin üçüncü kişiler tarafından kullanılması durumunda davanın tarafının kim olduğu Türk hukukunda tartışmalıdır. Bu konudaki bir görüşe⁷⁵ göre, kanun gereği takep yetkisinin üçüncü kişi tarafından kullanılması davada taraf değişikliğine yol açmaz; dava takep yetkisine sahip kişi,

⁶⁸ Cenk Akil, ‘Dava Yetkinliği’ (2018) 9(36) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1, 2; Muhammed Özekes, Vural Seven ve Nedim Meriç, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası* (1. Bası, On İki Levha 2021) 136; Hakan Pekcanitez ve Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. I* (15. Bası, On İki Levha 2017) 594-596.

⁶⁹ Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 68) 597.

⁷⁰ Akil (n 68) 2; Özekes, Seven ve Meriç, (n 68) 136; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 68) 597.

⁷¹ TTK’nın 555. maddesi kapsamında pay sahibi tarafından açılan sorumluluk davası, İİK’nın 94/2 maddesi gereğince alacaklı, borçlunun henüz tapuya tescil ettirmediği bir taşınmazın borçlu adına tescil ettirmek için icra dairesinden dava açma yetkisi verilmesini istemesi; İİK’nın 245. maddesi gereğince alacaklıların masa tarafından neticelendirilmesine lüzum görmedikleri bir iddianın takibi hakkını isteyen alacaklıya devretmesi; İİK’nın 120/2 maddesi gereğince borçlunun üçüncü bir kişideki alacağını haczettiren alacaklının, bu alacağın tahsili için, icra dairesinden temin edeceği belge ile dava açabilmesi; TMK’nın 562. maddesi gereğince aciz belgesine sahip bir alacaklının borçlusunun miras iktisap etmesinden sonra, murisin tasarruf yetkisini aşarak yaptığı ölüme bağlı tasarruf hakkında alacağı oranında tenkis davası açabilmesi gibi hususlar kanuni bağımsız dava yetkisine örnek olarak gösterilebilir.

⁷² Özekes, Seven ve Meriç (n 68) 103.

⁷³ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019) 224; Buse Dişel, *Dava Takep Yetkisi* (1. Bası, On İki Levha 2020) 67; Özekes, Seven ve Meriç (n 68) 83.

⁷⁴ Özekes, Seven ve Meriç (n 68) 136.

⁷⁵ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.I* (6. Bası, Demir Demir 2001) 1155; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 58) 260.

takip ettiği davanın tarafı değildir. Zira dava takip yetkisine sahip olan kişi, davayı asıl taraf adına takip eder; dolayısıyla davanın tarafı hukuki ilişkide yer alan asıl taraftır. Bir diğer görüşe⁷⁶ göre ise; dava takip yetkisinin üçüncü kişi tarafından kullanılması durumunda davanın tarafı dava takip yetkisine sahip olan kişidir. Zira davada dava takip yetkisine sahip kişinin de bir hukuki koruma ihtiyacı mevcuttur ve kendi adına hukuki koruma takip etmektedir. Kanaatimizce de dava takip yetkisinin üçüncü kişi tarafından kullanılması durumunda davanın tarafı dava takip yetkisine sahip olan kişidir. Dava takip yetkisine sahip olan kişi, davanın gerçek tarafı olarak kabul edilmezse bu kişinin, maddi hukuk ilişkisinin tarafının temsilcisi olduğu sonucu ortaya çıkar. Oysa dava takip yetkisine sahip kişi, maddi hukuk ilişkisinin tarafının temsilcisi kabul edilemez⁷⁷. Ancak dava takip yetkisine sahip kişinin davanın gerçek tarafı olarak kabul edilmesi, taraf olduğu davada talep edilen hakkın sahibi veya yükümlüsü olduğu anlamına da gelmez. Bu nedenle TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan alternatif çözümlü tazminat davasında dava takip yetkisine sahip olan bağlı şirketin pay sahibi, tazminat şartlarının oluştuğunu ispat etmek suretiyle tazminatın bağlı şirkete verilmesini talep eder.

Alternatif çözümlü tazminat davası açma hakkı, TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince pay sahibi sıfatından doğan bir hak olduğundan bu hak, devirle devralana geçmektedir⁷⁸. Dolayısıyla zarara sebep olan işlemin yapıldığı veya zararın doğduğu tarihten sonra ve dava tarihinden önce payı devralan pay sahibi de bu davayı açabilecektir⁷⁹. Başka bir deyişle dava açılmadan önce payı devralan pay sahibi de dava açabileceği gibi dava açıldıktan sonra payın devri durumunda, payı devralan kişi de HMK'nın 125/2 maddesi gereğince açılmış bu davaya devam edebilecektir⁸⁰. Ancak her iki durumda da yeni pay sahibinin, mahkemece re'sen payının satın alınmasına karar verilebileceği hususunu öngörmesi gerekir.

Hâkim şirketin yönlendirmesi nedeniyle bağlı şirketin zararına sebep olan işlem, ayrıca bağlı şirketin genel kurul kararı gereğince yapılmışsa bu genel kurulda olumlu oy kullanan bağlı şirket pay sahibinin daha sonra TTK'nın 202/1-b mad-

⁷⁶ Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (11. Bası, Yetkin 2022) 198; Tanrıver (n 56) 526; Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 68) 600.

⁷⁷ “Maddi taraf teorisinde dava takip yetkisi diye bir kavram söz konusu olmayıp ihtilafı hukuki ilişkinin tarafları aynı zamanda davanın da taraflarıdır. Bu nedenle bu teoriye göre taraf ve sıfat kavramları birbirinden ayrılmaz. Bu teori uyarınca davada sığta kim sahipse, davanın tarafı da mutlaka bu kimse olmalıdır. Oysa şekli taraf teorisinde davada taraf ve sıfat kavramları birbirinden ayrılmış ve ayrıca usuli bir kavram olan dava takip yetkisi kabul edilmiştir. Dava takip yetkisi kanunen hak sahibinden başkasına tanındığı zaman, dava yetkini davanın gerçek tarafı olur” Bkz. Pekcanitez ve Taş Korkmaz (n 68) 600.

⁷⁸ Göktürk (n 5) 216; Alman hukukunda da sonradan pay sahibi sıfatını kazanan kişilerin dava hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir. Bkz. Kropff (n 38) §317, Rn. 48.

⁷⁹ Okutan Nilsson (n 2) 343.

⁸⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 20) 772; Göktürk (n 5) 245.



desi gereğince dava açamayacağı kabul edilmelidir⁸¹. Aynı şekilde hâkim şirketin yönlendirmesi ile bağlı şirketi zarara uğratan yönetim kurulu üyelerinin ibraları yönünde oy kullanan bağlı şirket pay sahiplerinin de dava açma hakkı bulunmamalıdır⁸². Bu husus genel hüküm niteliğindeki ibranın etkisinin düzenlendiği TTK'nın 558. maddesinden çıkarılmaktadır. Zira anılan madde gereğince pay devralınmadan önce şirket, yönetim kurulu üyelerini ibra kararı vermiş ve pay sahibi bunu bilerek payı iktisap etmiş ise artık yönetim kurulu üyelerine karşı dava açmaz. Dolayısıyla bu ibra kararını bilerek bağlı şirketin payını devralmış yeni pay sahiplerinin de hâkim şirketten zararın tazminini talep hakkı bulunmamaktadır⁸³.

Hâkim şirketin aynı işlemi nedeniyle birden fazla pay sahibinin aynı davada tazminat talebinde bulunması durumunda, mahkemece, tazminat şartlarının oluştuğu kanaatine varılırsa her bir pay sahibinin somut durumu göz önünde bulundurulurularak karar verilmesi gerekmektedir. Ancak mahkemece, bazı pay sahipleri için zararın tazmini yönünde hüküm kurulurken bazıları için payın satın alınmasına karar verilemeyecektir. Ayrıca payın satın alınması çözümüne karar verilecekse pay oranını düşüreceğinden davacının paylarının kısmen alınmasına da karar verilemez; davacının tüm paylarının satın alınmasına karar verilmelidir.

Bir paya birden fazla kişinin, paylı mülkiyet ya da elbirliği mülkiyet biçiminde sahip olmaları durumunda payın bölünmezliği ilkesi gereğince bu kişilerin zorunlu dava arkadaşı olarak tazminat davasını açabilmeleri mümkündür⁸⁴. Çünkü tazminat yerine payın satın alınması kararı verilebilme ihtimali karşısında, bu durumdan etkilenen herkesin davada taraf olması gerekmektedir. Öte yandan dava sırasında davacı pay sahibinin vefat etmesi durumunda da mirasçılar mirası reddetmemişler ise davayı zorunlu dava arkadaşı olarak birlikte takip edebileceklerdir. Çünkü davanın sonunda payın satın alınmasına karar verilebileceğinden mirasçılarının malvarlığı haklarına etki eden bir durum söz konusu olacaktır.

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince alternatif çözümlü tazminat davasında, yukarıda da belirtildiği üzere dava takip yetkisi bağlı şirketin pay sahibine aittir. Başka bir deyişle davacı sıfatı kural olarak bağlı şirketteki payın maliki tarafından kullanılmalıdır. Bu çerçevede, payın haczedildiği veya üzerinde rehin tesis edildiği durumda, maddi hukuktan kaynaklanan rehin hakkı ile takip hukukundan kaynaklanan haciz hakkı, alacaklısına TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince dava açma imkânı vermez⁸⁵. Bu durumlarda dava takip yetkisi pay sahibine ait olup mahkemece, tazminat yerine payın satın alınmasına karar verilirse rehin hakkı

⁸¹ Okutan Nilsson (n 2) 344.

⁸² Akın (n 21) 256; Okutan Nilsson (n 2) 344; Aksi yönde bkz. Göktürk (n 5) 217.

⁸³ Akın (n 21) 256.

⁸⁴ Hanağası (n 55) 211.

⁸⁵ Özkes, Seven ve Meriç (n 68) 101; Ayrıca anonim ortaklıkta pay üzerinde rehin hakkının etkilerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Y. Can Göksoy, *Anonim Ortaklıkta Payın Rehni* (1. Bası, Seçkin 2001) 228-314.

veya haciz hakkı sahibi payın gerçek değeri üzerinden alacaklarına kavuşacaktır. Aynı şekilde, payların veya pay senetlerinin ariyet olarak verilmiş olması ya da bunlar üzerinde vedia hakkı bulunması da vedia veya ariyet alan kimseler ile intifa senedi ve katılma intifa senedi sahiplerinin TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince dava açma hakları bulunmamaktadır⁸⁶.

TTK'nın 600/3 maddesi gereğince pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olması hâlinde ise intifa hakkı sahibinin tek başına TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince dava açma hakkı bulunmamalı; intifa hakkı sahibi ancak pay sahibi ile birlikte bu davayı açmalıdır⁸⁷. Zira pay üzerinde tasarruf yetkisi sadece malike ait olduğundan ve dava sonunda mahkemece payların satın alınmasına karar verilmesi de mümkün olduğundan alternatif çözümlü tazminat davasında herhâlde pay sahibinin bulunması zorunludur.

2. Davalı

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince tazminat davasının davalıları hâkim şirket ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyeleridir⁸⁸. TTK'nın 202/1-b maddesinde davalıların özellikle hâkim şirket ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyeleri olduğu belirtilmiş; iki davalı arasında “ve” bağlacı kullanılarak her iki davalının da davada taraf olabileceği düzenlenmiştir.

Tazminat davası yönünden her iki davalının sorumluluğu bakımından birinci ya da ikinci dereceden sorumluluk ayrımı yapılmadığı için sorumlulukları eşit düzeydedir⁸⁹. Gerçekten de kayba sebebiyet veren yönlendirmeden dolayı hâkim şirketin yanı sıra bu yönlendirmeyi yapan yönetim kurulu üyelerinin de denkleştirmeden ötürü sorumluluğunun bulunması gerekir. Ancak alternatif çözümün talep edildiği veya re'sen karar verildiği durumlarda davalı sıfatı yönünden bu kadar açıklık bulunmamakta olup sadece payın satın alınması çözümünde payın hâkim şirket tarafından satın alınacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bu davalarda mahkemenin, payın satın alınması noktasında re'sen karar verme yetkisi olduğundan, her hâlükarda davanın hâkim şirkete yöneltilmesi gerekmektedir⁹⁰. Öte yandan TTK sistemi bir tane hâkim şirket kabul ettiği ve topluluk politikalarını en tepedeki hâ-

⁸⁶ Hanağası (n 55) 209.

⁸⁷ İntifa hakkı sahibi pay sahibinin haklarını hakkaniyete uygun şekilde kullanmalıdır. Bu kapsamda TTK'nın 555. maddesi gereğince sorumluluk davası açma hususunda kanun tarafından intifa hakkı sahibine de dava takip yetkisi tanınmıştır. Başka deyişle intifa hakkı sahibi tek başına TTK'nın 555. maddesi gereğince sorumluluk davası açma yetkisine sahiptir. bkz. Özkes, Seven ve Meriç (n 68) 101. Ancak alternatif çözümlü dava sonucunda tazminat yerine payın satın alınmasına karar verilmesi ihtimali karşısında intifa hakkı sahibi bu davayı tek başına açamamalıdır.

⁸⁸ Tekinalp (n 2) 658. Yazar, TTK'da davalıların müteselsil olarak sorumlu olduklarına dair bir açıklık bulunmadığını, TTK'nın 202/1-e maddesi gereğince sadece yönetim kurulu üyeleri arasında farklılaştırılmış teselsül ilişkisinin bulunduğu kabulü gerektiğini belirtmektedir.

⁸⁹ Göktürk (n 5) 220.

⁹⁰ Tekinalp (n 2) 654.



kim şirket belirlediği için bu davalarda davalı sıfatı tepedeki hâkim şirkete aittir⁹¹. Dava, ara hâkim şirkete açılırsa dâhi yargılama sırasında tepedeki hâkim şirket tespit edilirse HMK'nın 124/3 maddesi gereğince karşı tarafın rızası aranmaksızın dava hâkim şirkete yöneltilebilir⁹².

C. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

TTK'nın 202/1-b maddesi kapsamında açılacak tazminat davasında TTK'nın 202/1-e maddesinde yapılan atıf gereğince, görevli ve yetkili mahkemenin anonim şirket sorumluluk hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Buna göre TTK'nın 561. maddesi gereğince görevli ve yetkili mahkeme, şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesidir. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, bu davalarda görev davanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi mahkeme tarafından da her zaman kendiliğinden incelenebilir. TTK'nın 5/4 maddesi gereğince, ayrı ticaret mahkemesi kurulmamış olan yerlerde ise görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez, asliye hukuk mahkemesi davaya devam edecektir. Asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ise anonim şirket sorumluluk hükümlerine yapılan atıf nedeniyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5/3 maddesi gereğince dava değerine bakılmaksızın bu davalar, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülüp ve sonuçlandırılacaktır.

Her ne kadar açık bir düzenleme yer almasa da TTK'nın 202/1-e maddesinin yaptığı atıfla kıyasen uygulanacak olan TTK'nın 561. maddesi gereğince yetkili mahkeme, hâkim şirketin bulunduğu yer mahkemesidir. Bu sonuca TTK'nın 202/1-e maddesinin son cümlesindeki hâkim şirketin merkezinin yurtdışında bulunması durumunda yetkili mahkemenin bağlı şirketin bulunduğu yer mahkemesinin olduğu düzenlemesinden ulaşılmaktadır⁹³. Bu kapsamda hâkim şirketin merkezi yurtdışında ise dava, lehine tazminat talep edilen bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıdır. Dolayısıyla hâkim şirketin merkezi yurtdışında değilse yetkili mahkemenin hâkim şirketin bulunduğu yer mahkemesi olduğu hükmün mefhumu muhalifinden anlaşılmaktadır.

D. YARGILAMADA ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR

TTK'nın 202/1-e maddesinde anonim şirketlerde sorumluluk davasına (TTK m. 555) yapılan atıf nedeniyle TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılacak tazminat davasında hangi yargılama usulünün uygulanacağını TTK'nın 1521. maddesi gözetilerek belirlenmesi gerekmektedir. Buna maddeye göre, "Ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket or-

⁹¹ Akın (n 21) 263.

⁹² Tekinalp (n 2) 655.

⁹³ Göktürk (n 5) 239; Okutan Nillson (n 2) 389.

taklîğinden veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır.” Hâkim şirket bağlı şirketin hâkim pay sahibi olduğundan topluluk dışı bağlı şirket pay sahiplerinin, hâkim şirket aleyhine açacağı davada, TTK’nın 1521. maddesinin uygulama alanı bulacağı açıktır. Çünkü anılan maddede pay sahiplerinin birbirleriyle şirket pay sahipliğinden kaynaklanan davalar ile alacaklıların, hâkim şirketin yönetim kurulu üyeleri aleyhine açacağı davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağı açıkça hükme bağlanmıştır⁹⁴.

TTK’nın 202/1-b maddesi gereğince açılan davalarda da kural olarak dava malzemesinin getirilmesine ilişkin olarak uyuşmazlığın tarafları sorumlu olup HMK’nın 25. maddesinde düzenlenen “taraflarca getirilmesi ilkesi” uygulanmaktadır⁹⁵. Gerçekten de kanunla belirtilen durumlar dışında mahkemenin, dava malzemesini kendiliğinden toplaması, tarafların bildirmediği delilleri kendiliğinden incelemesi mümkün değildir⁹⁶. Bu durum TTK’nın 202/1-b maddesi gereğince açılacak davalarda da geçerli olacaktır. Ancak mahkeme, taraflarca getirilme ilkesi gereğince tazminat şartlarının oluştuğu kanaatine varırsa ve hakkaniyete uygun düşecekse vereceği kararı belirlemek üzere önüne getirilen dava malzemesi ile yetinmeyip maddi olay ve delilleri kendisinin re’sen araştırması gerekecektir⁹⁷. Örneğin alternatif çözümlere, hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde başvurulabilecek olması karşısında hakkaniyete uygunluğun tespit edilebilmesi için ayrıca davacı pay sahibinin payının değerinin de belirlenmesi gerekecektir. Aksi hâlde mahkemece takdir edilen payın satın alınması çözümünün hakkaniyete uygun olup olmadığı tespit edilemeyecektir.

Davacının talep etmediği bir sonucun gerçekleşebilme ihtimali nedeniyle kararın açıklanmasından önce alternatif çözümler hakkında tarafların bilgilendirilmesinin ve beyanlarının sorulmasının gerekip gerekmediği ve bu durumun HMK’nın 36. maddesinde düzenlenen hâkimin reddi sebeplerini oluşturup oluşturmayacağı hususlarının üzerinde de durulması gerekmektedir⁹⁸. Kanaatimizce çözümün isabetini kuvvetlendirmek ve olası sakıncalarını belirlemek için tarafların bilgilendirilmesi ve özellikle davacının beyanının sorulması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Ayrıca HMK’nın 36/1-b maddesinde “*davada, iki taraftan birine veya üçüncü kişiye kanunen gerekmediği halde görüşünü açıklamış olması*” hâkimin reddi sebebi olarak belirtilmiş ve özellikle “*kanunen gerekmediği halde*” ifadesi vurgulanmıştır. TTK’nın 202/1-b maddesi ise mahkemeye talep olmaksızın re’sen

⁹⁴ Gürel (n 51) 131.

⁹⁵ Erdönmez (n 56) 796.

⁹⁶ Erdönmez (n 56) 798.

⁹⁷ Hanağası (n 55) 239.

⁹⁸ Göktürk (n 5) 242.

karar verme imkânı vererek kanuni bir gereklilik ortaya koyduğu için bu durum hâkimin reddi sebebinin istisnasını oluşturacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere alternatif çözümlü tazminat davasının bağlı şirketin pay sahipleri tarafından açılmasının temel amacı, bağlı şirketin zararının tazminine yönelik olduğundan ve tazminata karar verildiğinde alternatif çözümlere başvurulamayacağından, zararın tazminine karar verilmesi hâlinde diğer alternatif çözüm yollarına başvurulması mümkün değildir⁹⁹. Dolayısıyla paralel dava takip yetkisi kapsamında bir pay sahibi tarafından TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince dava açılması hâlinde diğer pay sahiplerinin aynı işlem nedeniyle dava açmalarını engelleyen derdestliğin meydana gelip gelmeyeceğinin ve dolayısıyla ilk davanın kesinleşmesi üzerine diğer pay sahipleri yönünden bu kararın kesin hüküm teşkil edip etmeyeceğinin tartışılması gerekir.

Paralel dava takip yetkisine sahip pay sahibinin TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince dava açtığı bir durumda bu yetki şeklen kullanılsa da aslında bağlı şirket adına ve onun yerine kullanılmaktadır. Paralel dava takip yetkisi kapsamında hangi pay sahibi tarafından bu yetki kullanılırsa kullanılsın aslında asıl hak sahibi olan bağlı şirketin hakkı ve konumu sebebiyle bu yetki söz konusudur. Bu durum aynı zamanda dava takip yetkilisi olarak davada taraf konumunu alacak olan pay sahibinin konumunu da belirlemektedir¹⁰⁰. Ancak bağlı şirket adına bu hak kullanılsa ve tazminatın bağlı şirkete ödenmesi talep edilse de hiçbir zaman bağlı şirket, bu davanın tarafı olmayacaktır¹⁰¹. Davanın tarafı her zaman dava takip yetkisini kullanan davacı pay sahibidir. Dolayısıyla her iki davanın dava sebepleri ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucu aynı olsa da davanın tarafları farklı olacağından HMK'nın 303/1 maddesi gereğince ilk davanın ikinci dava için kesin hüküm teşkil edeceğinden bahsedilemeyeceği gibi derdestlik de söz konusu olmayacaktır¹⁰².

Bununla birlikte TTK'nın 202/1-b maddesi açılan davalarda da kural olarak tazminat şartlarının oluşup oluşmadığı hususunda ispat yükü davacı olduğundan davacı pay sahibi tarafından gösterilen deliller, dava takip yetkisini kullanan

⁹⁹ Göktürk (n 5) 246.

¹⁰⁰ Özkes, Seven ve Meriç (n 68) 143.

¹⁰¹ Tanrıver (n 56) 525; Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 76) 198; Pekcantez ve Taş Korkmaz (n 68) 600.

¹⁰² Tanrıver (n 56) 526; Aksi yönde bkz. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 58) 260; Dişel (n 73) 132. Yazar, paralel (veya yarışan) dava takip yetkisinin bulunduğu durumlarda yetki sahiplerinden birinin dava açması ile diğerlerinin artık dava açmayacaklarını, diğerlerinin dava takip yetkilerinin söndüğünü, zira ilk davanın açılmasıyla birlikte diğerleri yönünden derdestliğin meydana geldiğini, ilk davanın kesinleşmesi üzerine artık diğerleri yönünden kesin hüküm oluştuğunu, kesin hüküm ve derdestlik etkisini kabul etmemenin aynı zamanda başkasının hakkını dava takip yetkisini de anlamsız hâle getireceğini, sadece asıl hak sahibi ile dava takip yetkisini kullanan kişilerin şeklen farklı kişiler olduklarını, dolayısıyla karşı tarafın kendisine yönelik birden fazla dava açılması riskine katlanmasını beklemenin doğru olmadığını belirtmektedir.

her pay sahibi tarafından farklılık arz edecektir. Dolayısıyla mahkemece, gösterilen deliller gözetildiğinde bir pay sahibi tarafından açılan tazminat davasında tazminatın şartlarının oluşmadığı yönünde kanaat oluşacakken diğerinde tazminat şartlarının oluştuğuna dair kanaat oluşabilecektir. Bu durum da esasen paralel dava takip yetkisinin kullanıldığı TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan ilk davanın, diğer davalar için derdestliğinin söz konusu olmayacağını veya kesinleşen ilk kararın diğer davalar yönünden kesin hüküm teşkil etmeyeceğini göstermektedir.

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan tazminat davasının kabul edildiği durumda tazminatın şirkete ödeniyor olması, yani hukuki sonucun sadece şirket zararını karşılaması, böylelikle pay sahiplerinin dolaylı zararlarının giderilmesi dava takip yetkisine sahip olup da kullanmayanların menfaatlerini de korumaktadır¹⁰³. Tazminat davasının reddedildiği durumda ise diğer dava takip yetkililerinin dava açması engellenmeyecek ise de ret kararının verilmesini gerektiren sorumluluğun oluşmadığı yönündeki tespit diğer mahkemece dikkate alınacaktır. Zira bir davada verilen kesin hüküm, üçüncü kişi tarafından birinci davanın taraflarından birine karşı açılan ve konusu ile dava sebebi aynı olan ikinci davada kesin hüküm teşkil etmez ise de ikinci davada güçlü delil niteliği taşır¹⁰⁴. Öte yandan alternatif çözümlü tazminat davası kapsamında mahkemece tazminat şartlarının oluşması hâlinde tazminat yerine alternatif çözüme de karar verilebilecek olması karşısında bu hükmün, ikinci dava için kesin hüküm teşkil ettiğinden bahsedilemeyecektir. Hatta bu durumda bağlı şirketin zararı tazmin edilmediğinden diğer pay sahiplerinin de dava açmasında hukuki yarar bulunacaktır.

Alternatif çözümlü tazminat davasının farklı pay sahipleri tarafından paralel dava takip yetkisi kapsamında farklı davalar olarak açılması durumunda mahkemece, mümkünse bu davalar birleştirilerek karar verilmelidir. Birleştirme mümkün değilse ilk dava bekletici sorun yapılmalıdır. Şayet davalardan biri sonuçlanmış ve kesinleşmiş ise yukarıda da bahsedildiği üzere o zaman hukuki yarar değerlendirilmeli ve kesinleşen mahkeme kararının gerekçesinde yer alan tespitler dikkate alınmalıdır. Zira bu davalar bağlı şirketin zararının tazmin edilmesi amacıyla yönelik olduğundan ve bağlı şirketin zararının tazminine daha önce karar verildiğinden sonraki davalar yönünden hukuki yararın varlığı değerlendirilmelidir¹⁰⁵.

¹⁰³ Özkes, Seven ve Meriç (n 68) 143.

¹⁰⁴ Yargıtay HGK, 643/888, 17.09.2019, "...Bir davada verilen kesin hüküm, bu davanın taraflarından biri tarafından başka birine (üçüncü kişiye) karşı açılan (veya üçüncü kişi tarafından birinci davanın taraflarından birine karşı açılan) ve konusu ile dava sebebi (vakıalar) aynı olan ikinci bir davada kesin delil teşkil etmez; çünkü iki davanın tarafları farklıdır. Fakat birinci davada verilen kesin hüküm, ikinci davada güçlü bir takdiri delil teşkil eder..."

¹⁰⁵ Aksi yönde bkz. Göktürk (n 5) 237. Yazar, aynı sebebe dayalı olarak açılan kesinleşmiş hükmüde kabul edilen tazminat tutarının diğer dava bakımından miktar itibarıyla bir etkiye sahip olduğunu, davayı açan pay sahibinin bunu icra edip etmeyeceği belli olmadığından ikinci veya müteaddit davalarda ancak tahsilde tekrür olmaması kaydıyla kabul edilen talebin tamamının hükmü altına alınmasının ve mahsup yapılmamasının isabetli olacağını belirtmektedir.



Dolayısıyla ilk davada bağlı şirketin zararını tamamen karşılayacak şekilde tazminata karar verilmiş ve karar kesinleşmiş ise diğer davalarda mahkeme alternatif çözümlere de karar veremeyecek ve bu kapsamda payın satın alma çözümü de söz konusu olmayacaktır.

Paralel dava takip yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda dava takip yetkisine sahip olan kişinin bu yetkisi, sadece davanın açılmasını ve hüküm alınmasını ifade etmeyip taraf olarak yürüttüğü davada usul işlemlerini de tek başına yapabilmesini kapsar¹⁰⁶. Ayrıca buradaki dava takip yetkisi kapsamına usul işleminin yanı sıra bir yönüyle aynı zamanda maddi hukuksal işlem mahiyetinde olan sulh, feragat ve kabul gibi işlemlerde girmelidir¹⁰⁷. Zira dava takip yetkilisinin açtığı davada sulh anlaşması yapması veya açtığı davadan feragat etmesi veyahut da kendisine açılan davayı kabul etmesi de davayla elde edilebilecek sonuç kapsamında taraf konumuna bağlı olarak yapılabilecek işlemlerdir¹⁰⁸. Dolayısıyla TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan tazminat davasında da davacı pay sahibi ile davalılar arasında sulh sözleşmesi yapılması veya davacı pay sahibinin açtığı davadan feragat etmesi mümkündür. Sulh ve feragatin hükmün kesinleşmesine kadar her zaman yapılabilecek olması karşısında özellikle feragat, mahkemenin alternatif çözümünü beğenmeyen davacı açısından başvuru bir yoldur¹⁰⁹.

Bununla birlikte TTK'nın 5/A maddesi gereğince ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır¹¹⁰. TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan dava da ticari bir dava olduğundan ve bu davada bağlı şirkete verilen zararın tazmini talep edildiğinden, neticede bir miktar paranın ödenmesine yönelik bir alacak ve tazminat talebi söz konusudur. Bu itibarla paralel dava takip yetkisi kapsamında pay sahibi tarafından alternatif çözümlü tazminat davası açılmadan önce arabulucuya başvurunun dava şartı olup olmadığı belirlenmesi gerekir. Öte yandan bu davada tazminat şartlarının oluşması hâlinde mahkemece istem üzerine veya re'sen alternatif çözümlere karar verilebilecek olmasının arabuluculuğa başvuru hususunda etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1/2 maddesine göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesi arabuluculuk faaliyetine konu olabilecektir. Dolayısıyla bir uyuşmazlık üzerinde tarafların tasarruf etmeleri mümkün de-

¹⁰⁶ Özeken, Seven ve Meriç (n 68) 146.

¹⁰⁷ Dişel (n 73) 73.

¹⁰⁸ Özeken, Seven ve Meriç (n 68) 148.

¹⁰⁹ Göktürk (n 5) 244.

¹¹⁰ 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 5/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında" ibaresi "para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında," şeklinde değiştirilmiştir.

ğilse o uyumsuzluk ile ilgili arabuluculuk faaliyeti de yapılamayacaktır. TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan alternatif çözümlü tazminat davasının da TTK'nın 5/A maddesi gereğince arabuluculuk kapsamında "arabuluculuğa elverişli" olup olmadığı tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyecekleri açısından değerlendirilmelidir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin gerekçesinde "sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları" tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar olarak belirtilmiştir¹¹¹. Buradan hareketle paralel dava takip yetkilisi olan pay sahibi tarafından TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan alternatif çözümlü tazminat davasında, yukarıda da belirtildiği üzere tarafların sulh sözleşmesi yapmaları mümkün olduğundan dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerekecektir¹¹². Bu davalarda asıl olarak bağlı şirkete verilen zararın tazmininin talep edilmesi zorunlu olduğundan tazminat şartlarının oluşması hâlinde mahkemece alternatif çözümlere karar verilebilecek olmasının arabuluculuğa başvuru hususunda bir etkisi bulunmamaktadır¹¹³.

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan tazminat davasında alternatif çözümlere karar verme yetkisi sadece mahkemenin takdirinde olan bir husustur. Dolayısıyla sonucu itibariyle taraf iradelerinin mutlak olduğu arabuluculukta alternatif çözümlerin kararlaştırılması mümkün değildir. Zira diğer pay sahiplerinin de menfaatlerini bir şekilde etkileyecek olan alternatif çözümlere ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanması kamu düzenine de aykırılık oluşturacaktır¹¹⁴.

Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin "dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru" başlıklı 23. maddesinde; tarafların ve uyumsuzluk konusunun aynı olduğu durumlarda birden fazla başvuru yapılmış ise, başvurunun hukuki sonuçları bakımından ilk başvurunun esas alınacağı belirtilmiştir. Buradan hareketle paralel dava takip yetkililerinden birisi olan pay sahibi tarafından dava öncesinde arabuluculuğa başvurulması hâlinde diğer dava takip yetkisine sahip olan pay sahipleri tarafından da dava öncesinde arabuluculuğa başvurulmuşsa ilk başvuru esas alınacak, bunun sonucuna göre açılacak davalar hususunda yukarıda belirtildiği gibi davalar ya birleştirilerek görülecek ya da ilk açılan dava bekletici sorun yapılacaktır¹¹⁵.

¹¹¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 1 Gerekçesi <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023

¹¹² Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk* (1. Bası, Adalet 2020) 282.

¹¹³ Eminoğlu ve Erdoğan (n 113) 282. Yazarlar, TTK'nın 202/1-b maddesinde ifade edilen nakdi tazminat ödenmesi dışındaki duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka çözümlerin de emredici hükümlere, genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla ihtiyari arabuluculuğa konu olabileceğini belirtmektedir.

¹¹⁴ Eminoğlu ve Erdoğan (n 113) 283.

¹¹⁵ Örneğin 100.000 TL'lik bağlı şirket kaybının varlığına rağmen hâkim şirketin bir pay sahibinin talebiyle başlatılan bir arabuluculuk süreci neticesinde 10.000 TL'yi bağlı şirkete ödemeyi kabul



E. ALTERNATİF ÇÖZÜM OLARAK PAYIN SATIN ALINMASINA KARAR VERİLMESİ HÂLİNDE PAYIN GERÇEK DEĞERİNİN BELİRLENMESİ

Pay sahiplerinin açacağı tazminat davasında, mahkemenin tazminat yerine pay sahibinin payının satın alınmasına karar verebileceği durumlarda TTK'nın 202/1-b maddesinin ikinci cümlesine göre, "*Hakim istem üzerine veya re'sen somut olayda hakkaniyete uygun düşecekse, tazminat yerine bu maddenin ikinci fıkrası hükümlerine göre, davacı pay sahiplerinin paylarının hakim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.*" Burada TTK'nın 202/2 maddesine yapılan atfın uygulama alanı esas itibarıyla sadece pay değerinin hesaplanma usulüne ilişkindir¹¹⁶.

Payların değeri, hükmün atf yaptığı TTK'nın 202/2 maddesine göre, "*varsa en az borsa değeriyle, böyle bir değer bulunmuyorsa veya borsa değeri hakkaniyete uygun düşmüyorsa, gerçek değerle veya genel kabul gören bir yönleme göre*" belirlenecek ve "*değer belirlenirken mahkeme kararına en yakın tarihteki veriler*" esas alınacaktır. Bu durumda, payın satın alınması bedelinin hesaplanmasında genel çerçeve, yöntem ve zaman olarak belirlenmiş olmaktadır. Buna göre, her şeyden önce payların borsada işlem gördüğü hâllerde ve hakkaniyete uygun ise borsa değeri esas alınacaktır. Özellikle hâkimiyetin kullanılmasının pay değerine yaptığı etkiden bağımsız olarak, dış etkenler sebebiyle pay değerinin aşırı inmesi ve çıkması durumlarında borsa değeri, üzerinden payın satın alınması hakkaniyete uygun düşmeyecektir¹¹⁷. Borsa değeri hakkaniyete uygun olmadığı durumlarda gerçek değer, genel kabul gören diğer bir değerlendirme yöntemine göre belirlenecektir.

Payın satın alınma bedelinin belirlenmesinde TTK'nın 202/2 maddesinin belirlediği ikinci çerçeve "*karara en yakın tarihteki değer*" olacağı yolundaki özel düzenlemedir. Bu düzenlemenin neden yapıldığı kanun gerekçesinde belirtilmesine rağmen pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması için yapıldığında kuşku bulunmamaktadır. Üstelik yargılama süreçlerinin uzunluğu da bu pratik zorunluluğu işaret etmektedir. Nitekim bu gerçeği göz önünde tutan kanun koyucu, TTK'nın 531. maddesinde düzenlenen haklı sebeple fesih davasında, mahkemenin takdir yetkisi kapsamında davacının payını alarak şirketten çıkmasına karar vermesi hâlinde de bu değer "*karar tarihine en yakın tarihteki değer*" olacağını açıkça belirtmiştir¹¹⁸. Buna göre, payın satın alınma değeri yargılamanın başında yaptırılacak bir hesaplama ile değil, yargılamanın son aşamasında, mahkemece, tazminat şartlarının oluştuğu kanaatine ulaşıldıktan sonra yaptırılacak bir bilirkişi

etmesi, bağlı şirketin diğer pay sahiplerinin (veya alacaklılarının) paralel dava yetkisini ortadan kaldırmayacak bunlardan her biri geriye kalan 90.000 TL'lik kaybın tamamı giderilene kadar dava açmaya yetkili olacaktır. Bkz. Eminoglu ve Erdogan (n 113) 282.

¹¹⁶ Göktürk (n 5) 249.

¹¹⁷ Okutan Nilsson (n 2) 410; Tekinalp (n 2) 665.

¹¹⁸ Çamoğlu (n 25) 27.

incelemesi ile payın gerçek değerinin tespit edilmesi gerekecektir.

Ancak karara en yakın tarihteki verilerin dikkate alınması her zaman pay sahiplerinin menfaatine uygun olmayabilir. Örneğin, hâkim şirket tarafından verilen talimat nedeniyle şirketin pay değerlerinin sürekli düşüşte olduğu durumlarda karara en yakın tarihteki verilerin esas alınması davacı pay sahiplerinin aleyhine bir çözüm olacaktır. Ayrıca söz konusu düzenleme, dava tarihinden itibaren bağlı şirketin aktiflerinin muvazaalı veya kötüniyetli olarak elden çıkarılması gibi sakıncaları beraberinde getirebilme ihtimalini içinde barındırır. Bu durumda, pay sahibinin lehine olduğu durumlarda karara en yakın tarihteki verilerin esas alınması, pay sahibinin aleyhine olduğu durumlarda ise talimatın gerçekleştiği tarihten önceki durum dikkate alınarak bu değer güncelleştirilmesi ile payın satın alınması değerinin belirlenmesi daha isabetli bir yöntem olacaktır¹¹⁹.

Ayrıca hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması sonucunda malvarlığının, büyük bölümünü kaybetmiş olan bağlı şirketin, paylarının satın alınma değerinin şirketin zararı tazmin edilmeden TTK'nın 202/2 maddesinde sayılan yöntemlerle belirlenmesi hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına sebep olabilecektir¹²⁰. Zira şirket, malvarlığının büyük bölümünü kaybettiği için şirketten ayrılmak isteyen pay sahibinin payının değeri oldukça düşük olacaktır. Bu nedenle payın satın alınmasına karar verilecekse, tazminata karar verilemeyeceğinden bağlı şirketin zararı tazmin edilmese de farazi olarak tazmin edilmiş gibi düşünülerek payın satın alma değerinin hesaplanması gerekmektedir¹²¹.

TTK'nın 202/2 maddesinde gerçek değer kavramına atıf yapılmakla birlikte, payın gerçek değerinin ne şekilde tespit edileceği açıklığa kavuşturulmuş değildir¹²². Payın gerçek değerinin hesaplanması bakımından farklı yöntemler kullanılmakla birlikte payın gerçek değerinin net aktif değer ve kârlılık değeri üzerinden hesaplanması bu yöntemlerden ikisidir. Net aktif değer, bağlı şirketin borç ve yükümlülükleri çıktıktan sonra net aktiflere göre hesap edilen öz varlık miktarının pay sayısına bölünmesi sonucu elde edilen değerdir¹²³. Kârlılık değeri ise, faaliyetlerine devam eden bir işletmenin varsayımsal satışında ödenecek bedel esas alınmak suretiyle hesaplanan değerdir¹²⁴.

¹¹⁹ Göktürk (n 5) 420.

¹²⁰ Akın (n 21) 310.

¹²¹ Göktürk (n 5) 244.

¹²² “Kanun gerçek değeri tanımlamayı tercih etmiştir. Tanım öğreti ile içtihadı bırakılmıştır. İsviçre’de ve 6762 sayılı Kanun’un 418 inci maddesi sebebiyle Türk doktrininde söz konusu değerle, aktiflerin olası satış değerinin, kapitalizasyon değerinin ve işletme iktisadının kabul ettiği şirketin tüm varlıklarını temel alan diğer değerlerin ifade edildiği savunulmuştur. Bu değer, tasfiye değerinin üstündedir. Çünkü yaşayan bir şirketin değeridir” Bkz. TTK m. 493 Gerekeşi <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf>> Erişim Tarihi 01 Haziran 2023.

¹²³ Murat Yusuf Akın, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (1. Bası, Vedat 2014) 96.

¹²⁴ ibid 96.



Hemen belirtilmelidir ki bağlı şirketin aktifleri gerçek değer ancak bir bölümünü oluşturmaktadır. Gerçek değer kapsamında olması gereken good-will, işletmenin başarısı, kârlılık potansiyeli gibi değerlerin de gerçek değere yansıtılması gerekmektedir. Bu bakımdan, payın gerçek değerinin kârlılık değeri üzerinden hesaplanması hakkaniyete daha uygun olacaktır. Çünkü Kanun'da ifade edilen gerçek değer, payın şirketler topluluğu içindeki yaşayan piyasa değeridir¹²⁵.

F. YARGILAMA GİDERLERİ

TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan alternatif çözümlü tazminat davası, niteliği itibarıyla genel olarak bir eda davasıdır. Mahkemece tazminat yerine alternatif çözümlere karar verme yetkisinin bulunması da davanın eda davası olma niteliğini etkilememektedir. Bu davadaki esas talep tazminat olduğundan, belirsiz alacak davası olarak da açılması mümkündür. Eda davasının bir türü olan belirsiz alacak davasında davacı, miktarını belirleyemediği bir alacağın ödenmesini talep etmekte; yargılama sürecinde dava değerinin belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda dava açarken belirttiği talebini ıslah yoluna başvurmak zorunda olmadan artırabilmektedir¹²⁶.

Alternatif çözümlü tazminat davasında dava sonucunda yargılama giderlerinin nasıl paylaşılacağına dair hüküm bulunmasına rağmen dava açılırken yapılan masraf ve ödenecek harçlardan kimin sorumlu olacağına dair bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla TTK'nın 555/2 maddesi davanın açılması sırasındaki masraflar ve alınması gereken harçtan sorumluluğa ilişkin olmadığından bu davanın açılması sırasında HMK'nın 323 ilâ 333. maddelerinin uygulanması gerekecektir. Buna göre alternatif çözümlü tazminat davasında harçlar ve masraflar kural olarak davayı açan bağlı şirket pay sahibi tarafından ödenecektir.

Alternatif çözümlü tazminat davasında esas talep tazminat olduğundan bu dava, konusu parayla ölçülebilen bir davadır. Bu nedenle bu davada 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (1) sayılı Tarifesinde belirlenmiş bulunan maktu başvuru harcı ile nispi karar ve ilam harcının peşin olarak ödenmesi gerekir. Ayrıca bu davada yargılama gideri olarak hükmedilecek vekalet ücreti de nispi olacaktır. Öte yandan kanaatimizce TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan alternatif çözümlü tazminat davasında tazminat yerine alternatif çözüme karar verildiği durumlarda, hükmedilen alternatif çözüme göre yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekir. Zira HMK'nın 326/2 maddesi gereğince yargılama giderleri tarafların haklılık oranına göre belirleneceğinden mahkemece verilen kararın esas alınması gerekecektir.

HMK'nın 326/1 maddesi gereğince kural olarak davacı tarafından ödenen tüm yargılama giderlerinin davada haksız çıkan ve bu sebeple aleyhe hüküm verilen tarafa yüklenecektir. Ancak TTK'nın 202/1-e maddesinin yaptığı atıf nedeniyle TTK'nın 555/2 maddesi gereğince, davacı pay sahibi tarafından yapılan yargılama

¹²⁵ Tekinalp (n 2) 556.

¹²⁶ Görgün, Börü ve Kodakoğlu (n 76) 224.

giderleri ve avukatlık ücreti davalıya yükletilemeyeceği hâllerde, davacı pay sahibiyle şirket arasında hakkaniyete göre paylaştırılabilecektir. Belirtilen düzenleme pay sahibi, uğradığı zarar karşısında hareketsiz kalan bağlı şirket yerine davayı açacağı için dava giderlerini düşünüp davadan vazgeçmesinin önlenmesi düşüncesi ile düzenlenmiş olup hükümle birlikte taraflara yükletilecek yargılama giderleriyle ilgilidir.

G. ZAMANAŞIMI

TTK'nın 202/1-e maddesinin açık lafzına göre, zamanaşımına ilişkin olarak, TTK'nın 560. maddesinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. TTK'nın 202/1-b maddesindeki ikinci fıkraya yapılan atfın sadece payın satın alma değerinin hesaplanması noktasında yapıldığının ve TTK'nın 202/2 maddesindeki zamanaşımının burada uygulanamayacağını kabulü gerekmektedir¹²⁷. Bununla birlikte şirketler topluluğu hukukunda zararın doğduğu zamanın farklı olması nedeniyle zamanaşımına ilişkin TTK'nın 560. maddesinin doğrudan doğruya değil kıyasen uygulanması, bir zorunluluk teşkil etmektedir. TTK'nın 560. maddesi; “*Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır.*” hükmünü haiz olup madde kıyasen uygulanacağı için zamanaşımının başladığı tarih, TTK'nın hâkim şirketin sorumluluğuna ilişkin şartları gözetilerek tespit edilmelidir¹²⁸.

Buna göre, TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan tazminat davasında beş yıllık uzun zamanaşımı süresinin, kayba sebep olan işlemin meydana geldiği faaliyet yılının sonundan itibaren başlaması gerekir¹²⁹. Zira pay sahibi veya alacaklıların sorumluluk davası açabilmeleri için kayba ilişkin denkleştirmenin, faaliyet yılı içinde gerçekleşmemesi şarttır. Dolayısıyla zamanaşımı süresinin de bu tarihten itibaren başlaması gerekmektedir. İki yıllık kısa zamanaşımı süresi ise, pay sahiplerinin (veya alacaklıların) zararı öğrenmesinden sonra başlamalıdır. Ancak iki yıllık zamanaşımı süresi, kayıp daha önce öğrenilse bile, denkleştirmenin yapılmadığı faaliyet döneminin sonundan önce işlememelidir¹³⁰.

SONUÇ

1) TTK'nın 202/1-b maddesinde hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini hukuka aykırı biçimde kullanması hâlinde bağlı şirketin pay sahiplerine topluluk bağlamında yeni bir tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Pay sahipleri

¹²⁷ Tekinalp (n 2) 657; Göktürk (n 5) 249.

¹²⁸ Okutan Nillson (n 2) 388.

¹²⁹ Göktürk (n 5) 238.

¹³⁰ Göktürk (n 5) 238.



tarafından açılan bu davanın en önemli özelliği bağlı şirketin pay sahiplerine kanuni dava takip yetkisi tanınmış olması, buna karşılık dava takip yetkilisi olan pay sahibinin talebine aykırı olarak tazminat yerine alternatif çözümlere karar verilebilmesidir. Mahkemeye tazminata karar vermek yerine gerek istem üzerine gerekse re'sen davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verme yetkisi HMK'nın 26. maddesinde düzenlenen taleple bağlılık ilkesinin kanuni bir istisnasını teşkil etmektedir. Ayrıca anılan madde ile bağlı şirket pay sahiplerine kanuni dava takip yetkisi tanınması medeni usul hukuku bakımından da özel bir öneme sahiptir.

2) Mahkemenin talep olmaksızın re'sen davacı pay sahibinin paylarının satın alınmasına ve bu suretle davacının şirketten çıkmasına veya diğer alternatif çözümlere karar verirken takdir yetkisini, maddenin amacına ve menfaatler dengesine göre özenle kullanması, bu çözümün duruma uygun düşmesi ve kabul edilebilir olması gerekir. Mahkemenin takdir edeceği alternatif çözüm, yönlendirme yoluyla hâkimiyetin kötüye kullanılması sebebiyle zor durumda kalan topluluk dışı pay sahiplerinin haklarını korumaya en uygun ve en elverişli çözüm olmalıdır. Alternatif çözümün duruma uygun düşmesi ve kabul edilebilir olması, takdir edilen çözümün sadece davacı tarafından onaylanması değil, aynı zamanda bunun hâkim şirket yönünden yerine getirilebilir ve bağlı şirket yönünden de yararlı olması anlamına gelmektedir. Zira sadece davacının (veya davacıların) paylarının satın alınması hâlinin veya diğer alternatif çözümlerin genellikle bağlı şirketin uğradığı kaybı gidermeyeceği ve bu nedenle de bu çözümlerin hakkaniyete uygun düşmeyebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

3) TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince alternatif çözümlü davasını açma hakkı bağlı şirketin pay sahibine tanınmış bir hak olduğundan paralel dava takip yetkisi söz konusudur. Pay sahiplerinin şirket zararının dava edilebilmeye ilişkin sahip olduğu bu yetki ikinci derecede değil, hak sahibinin (bağlı şirketin) dava takip yetkisinden bağımsız olarak mevcuttur. Paralel dava takip yetkisine sahip pay sahibinin dava açtığı bir durumda bu yetki şeklen kullanılsa da aslında bağlı şirket adına ve onun yerine kullanılmaktadır. Ancak bağlı şirket adına bu hak kullanılsa ve tazminatın bağlı şirkete ödenmesi talep edilse de hiçbir zaman bağlı şirket, bu davanın tarafı olmayacaktır. Davanın tarafı her zaman dava takip yetkisini kullanan davacı pay sahibidir. Dolayısıyla her iki davanın dava sebepleri ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucu aynı olsa da davanın tarafları farklı olacağından HMK'nın 303/1 maddesi gereğince ilk davanın ikinci dava için kesin hüküm teşkil edeceğinden bahsedilemeyeceği gibi derdestlik de söz konusu olmayacaktır.

4) Alternatif çözümlü tazminat davasının farklı pay sahipleri tarafından paralel dava takip yetkisi kapsamında farklı davalar olarak açılması durumunda mahkemece, mümkünse bu davalar birleştirilerek karar verilmelidir. Birleştirme mümkün

değilse ilk dava bekletici sorun yapılmalıdır. Şayet davalardan biri sonuçlanmış ve kesinleşmiş ise o zaman hukuki yarar değerlendirilmeli ve kesinleşen mahkeme kararının gerekçesinde yer alan tespitler dikkate alınmalıdır. Zira bu davalar bağlı şirketin zararının tazmin edilmesi amacına yönelik olduğundan ve bağlı şirketin zararının tazminine daha önce karar verildiğinden sonraki davalar yönünden hukuki yararın varlığı değerlendirilmelidir. Dolayısıyla ilk davada bağlı şirketin zararını tamamen karşılayacak şekilde tazminata karar verilmiş ve karar kesinleşmiş ise diğer davalarda mahkeme alternatif çözümlere de karar veremeyecek ve bu kapsamda payın satın alma çözümünü de söz konusu olmayacaktır.

5) Paralel dava takip yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda dava takip yetkisine sahip olan kişinin bu yetkisi, sadece davanın açılmasını ve hüküm alınmasını ifade etmeyip taraf olarak yürüttüğü davada usul işlemlerini de tek başına yapabilmesini kapsar. Ayrıca buradaki dava takip yetkisi kapsamına usul işleminin yanı sıra bir yönüyle aynı zamanda maddi hukuksal işlem mahiyetinde olan sulh, feragat ve kabul gibi işlemlerde girmelidir. Dolayısıyla TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan tazminat davasında da davacı pay sahibi ile davalılar arasında sulh sözleşmesi yapılması veya davacı pay sahibinin açtığı davadan feragat etmesi mümkündür. Sulh ve feragatin hükmün kesinleşmesine kadar her zaman yapılabilecek olması karşısında özellikle feragat, mahkemenin alternatif çözümünü beğenmeyen davacı açısından başvurabilecek bir yoldur

6) Bununla birlikte TTK'nın 5/A maddesi gereğince ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesi arabuluculuk faaliyetine konu olabilecektir. TTK'nın 202/1-b maddesi gereğince açılan alternatif çözümlü tazminat davası da tarafların sulh sözleşmesi yapmaları yoluyla üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir dava olduğundan dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması gerekecektir. Bu davalarda asıl olarak bağlı şirkete verilen zararın tazmininin talep edilmesi zorunlu olduğundan tazminat şartlarının oluşması hâlinde mahkemece alternatif çözümlere karar verilebilecek olmasının arabuluculuğa başvuru hususunda bir etkisi bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Aker H, 'Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü Hâkim Teşebbüs' (2009) 15(2) BATİDER, 229-295.

Akil C, 'Dava Yetkinliği' (2018) 9(36) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1-20.

Akın MY, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (1. Bası, Vedat 2014).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2018) 153.



Başlamışlı DD, ‘Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması (TTK m. 202/2)’ Feridun Yeni-sey’e Armağan C. II (Beta 2014) 2749-2789.

Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku* (2. Bası, Dora 2013).

Çakır Çelebi FB, ‘Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs’ (2018) 4(1) TFM 19-32.

Çamoğlu E, ‘Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları’ (2013) 2(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu) 19-33.

Çamoğlu E, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi’ (2015) 31(1) BATİDER 5-19.

Dişel B, *Dava Takip Yetkisi* (1. Bası, On İki Levha 2020).

Eminoğlu C ve Erdoğan E, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı Arabuluculuk* (1. Bası, Adalet 2020).

Eminoğlu C, *Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim* (1. Bası, Yetkin 2014).

Erdem N, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi* (1. Bası, Vedat 2012).

Erdönmez G, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. I* (15. Bası, On İki Levha 2017).

Göksoy YC, *Anonim Ortaklıkta Payın Rehni* (1. Bası, Seçkin 2001).

Göktürk K, *Şirketler Topluğunda Sorumluluk Esasları*, (1. Bası, Adalet 2015) 256.

Gündoğdu G, ‘Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu’ (2014) 12(133), Legal Hukuk Dergisi, 107-126.

Gürel M, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2009).

Hanağası E, ‘Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi’ (2016) 32(1) BATİDER 199-270.

Karaman Coşgun Ö, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları’ (2015) 21(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 107-166.

Kendigelen A, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler Yenilikler İlk Tespitler*, (2. Bası, On İki Levha 2012).

Kropff B, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 5 §§278-328* (2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2000).

Okutan Nilsson G, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2009).

Özekes M, Seven V ve Meriç N, *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası* (1. Bası, On İki Levha 2021).

Pekcanitez H, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II* (15. Bası, On İki Levha 2017).

Pekcanitez H ve Taş Korkmaz H, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. I* (15. Bası, On İki Levha 2017).

Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II*, (13. Bası, Vedat 2017).

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi C.1*, (4. Bası, Adalet 2022).

Şahin A, *Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi* (1. Bası, Vedat 2013).

Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku C. I* (3. Bası, Yetkin 2020).

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (4. Bası, Vedat 2015) 613 vd.;

Tekinalp Ü, 'Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları' iç Erol Ulusoy (edr), Ersin Çamoğlu'na Armağan (Vedat 2013) 211-222

Yanlı V, 'Hâkimiyet Sözleşmeleri' (2013) 3(1) REGESTA 3-17.

Yasaman H, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Hâkimin Genişleyen Rolü' (2009) 25(4), BATİDER 74-94.



FESHİN GEÇERSİZLİĞİ DAVASINDA ÖN KOŞUL OLARAK ARABULUCULUK KURUMU

Mediation as a Prerequisite in Invalidity of Termination Cases

H. Sena AKKIŞLA*

Özet

İş Kanunu kapsamındaki hukuki işlemler bakımından yargısal çözüm unsuru için getirilmiş olan arabulucuya başvuru ön koşulu bu çalışma kapsamında ele alınmıştır. Alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak arabuluculuk Türkiye’de iş hukuku, ticaret hukuku, kira hukuku ve tüketici hukuku alanlarında yargılama sürelerine yardımcı olmayı amaçlamaktadır. İşçi ve işveren arasında yaşanan hukuki uyuşmazlıkların uzun sürelerle sarkmadan çözülmesine yardımcı olmasının yanında tarafları barış ortamında bir araya getirerek sosyal ilişkilerin zedelenmemesine ve tarafların kendi ilişkilerinde adil bir çözüm bulabilmelerine olanak tanımaktadır. İş mahkemelerinin iş yükünü hafifletmeyi sağlayan arabulucu kurumu ilgili bu olumlu etkilerin karşısında tarafların bu görüşmeler esnasında yaşadıkları ve karşılaştıkları somut durumlar kanun koyucunun korumak istediği menfaati zedelemektedir. Esas olan ihtiyari arabuluculuk kavramı iken bunun bir dava şartı olarak düzenlenmiş olması İş Kanunu içerisindeki bazı dengeleri etkilemiştir. Bu etki en basit anlamıyla tarafların mahkemeye gitmeden önce arabulucuya gitmelerini zorunlu kılmış ancak burada anlaşmalarını zorunlu tutmamış olmasıdır. Taraflar burada anlaşma sağlamamış olmaları halinde mahkemeye gitmekte özgürdürler. Arabulucuya başvuru ile geçen süre bakımından yaşanan belirsizlikler tarafların aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir. Çalışmamız içerisinde bu kapsamda bulunan feshin geçersizliği halinde açılacak dava bakımından arabulucuya başvuru şartını ele alacağız.

Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, Fesih, Arabuluculuk, Geçersizlik

Abstract

The prerequisite of application to the mediator, which has been introduced for the judicial remedy element in terms of legal transactions within the scope of the Labour Law, is discussed within the scope of this study. Mediation as an alternative dispute resolution method aims to help the judicial proceedings in the fields of labour law, commercial law, rent law and consumer law in Turkey. In addition to helping to resolve legal disputes between the employee and the employer without prolonged periods of time, it brings the parties together in a peaceful environment and allows the parties to find a fair solution in their own relations. In the face of these positive effects of the mediator institution, which alleviates the workload of the labour courts, the concrete situations experienced and encountered by the parties during these negotiations damage the interest that the legislator wants to protect. While the concept of voluntary mediation is the main one, the fact that it is regulated as a condition of litigation has affected some balances within

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.10.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Av. Dr., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uşak Barosu, sakkisla92@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-0478-5904>.



the Labour Law. In the simplest sense, this effect is that the parties are obliged to go to the mediator before going to court, but they are not obliged to agree here. If the parties do not reach an agreement here, they are free to go to court. The uncertainties in terms of the time elapsed with the application to the mediator may have consequences to the detriment of the parties. In our study, we will discuss the requirement to apply to the mediator in terms of the lawsuit to be filed in case of invalidity of the termination within this scope.

Key Words: Labour Law, Termination, Mediation, Invalidity

GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanunu işçinin iş sözleşmesinin feshi sonucunda itiraz usul ve süresine ilişkin bir düzenleme yapmıştır. Yapılan bu düzenlemede işçinin sözleşmesi geçerli bir sebebe dayanmadan feshedilirse çözüm olarak işçi buna karşı dava açabilecektir. Ülkemizde bu konuda sıkça dava açılması ve iş mahkemelerinin iş yüklerinin artması, sonuçta uzun bir zaman alan yargılamalara ve hak kayıplarına yol açmıştır. Bunun önlenmesi amacıyla çözüm bulunması bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kurallarının iş mahkemelerinin yükünü hafifletmek ve zamansal tasarruf için feshin geçersizliği davası açılması için arabuluculuk yolu zorunlu hale getirilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmesiyle iş davalarında arabuluculuk zorunlu hale gelmiştir.

İş sözleşmesinin feshine itiraz davası bakımından yenilikler içeren düzenlemeler uygulamada bazı problemleri de hazırlamıştır. Bunlar en başta arabuluculuk dava şartına uymayan ve doğrudan dava açmış bulunan tarafın işçi olması halinde arabulucuya başvuru yapması ve anlaşmaması halinde kalan sınırlı bir sürede de dava açmak zorunda bırakılmasıdır. Esas anlamda başvuru süreleri bakımından bir hak kaybı doğabilmektedir. Bu durumla eşit önemde olan bir başka sorun ise boşta geçen süre bakımından bir anlaşmaya varılmış olması ancak işçinin işe iade edilmemesi yönünde bir anlaşma yapılmasıdır.

Çalışma öncelikle feshin geçersizliği davası üzerinden bir inceleme ile başlayacaktır. Bu bölümde iş sözleşmesinin feshi incelenecek ardından feshe itiraz ve feshin geçersizliği davası 4857 sayılı İş Kanunu bakımından ele alınacaktır. Bu temel değerlendirmenin ardından ikinci bölümde yeni bir kavram olan arabuluculuk ele alınacak ve bu kapsamda arabuluculuğun dava şartı olması üzerinde durulacaktır. Yine arabulucu ile anlaşma sağlanması halinde ne gibi hak ve yükümlerin olduğu ve bu kararın icrası incelenecektir. Son bölümde ise tarafların arabulucu kurumunda anlaşmamaları hali ele alınacak ve bu kapsamda tarafların dava hakları ve zamansal sorunlar üzerinde durularak değerlendirmelere yer verilecektir.

I. FESHİN GEÇERSİZLİĞİ DAVASI

Feshin geçersizliğine yönelik açılan dava, geçerli bir fesih nedeni olmadan işveren tarafından işten çıkartılan işçinin tekrar işe iadesi için başvuru olan bir yoldur. İşe iade davası olarak da denilebilen bu davanın amacı işçinin iş güvencesini sağ-

layan ve çalışmadığı zamanlardaki uğramış olduğu zararları tazmin etmektir. Dava işçinin korunmasını ve işverenin fesih hakkını kısıtlamaktadır.

İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin sürekliliğini sağlamak amacıyla, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinde, “iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır”. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşarlarsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir şeklindeki düzenlemesiyle geçerli bir sebep olmadan iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, işçinin bu feshe karşı koyabileceği düzenlenmiştir.

A. Genel Olarak

Sürekli bir borç ilişkisi doğuran iş sözleşmesi, farklı şekillerde sona ermektedir; bunların en kapsamlısı ve en önemlisi fesihtir. Fesih, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeleri ileriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğuran bir haktır¹. Sözleşmeyi feshetmek isteyen kişi karşı tarafa fesih beyanında bulunmalıdır. İş sözleşmesi, fesih beyanının ulaşmasıyla ya da ulaşmasından sonra belirli bir sürenin geçmesiyle sona erer. Fesih bildiriminde fesih beyanının açık olması yeterli olup fesih ifadesinin yer alması gerekmez.

Fesih kavramını temel olarak iki anlamda inceleyebiliriz. Bu bakımdan haklı/ haksız fesih ile geçerli/geçersiz fesih söz konusu olacaktır. Çünkü bu ayrım kanun koyucunun amaçladığı ve iş güvencesi kavramının temelini belirlemektedir. Fesih bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olsa dahi fesih serbestisi ilkesi² gereğince işverenin iş akdini herhangi bir neden göstermek zorunda bulunmaksızın istediği zaman bildirim sürelerine uymak suretiyle feshetmesi geçerli bir fesih kabul edilecek ve iş akdini sona erdirecektir. Ancak iş güvencesi sistemi bakımından bir hakkın kötüye kullanılmasından bahsetmek mümkün değildir bu durum ancak

¹ Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet ‘İş’ Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 41; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, 115; Tamer İnal, Borca Aykırılık/Dönme ve Fesih, Ankara 2014, 55; Ali Cengiz Köseoğlu, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, İstanbul 2011, 60; Gaye Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011, 361; Durmuş Özcan, İş Sözleşmesinin Feshi, Ankara 2011, 5; Gülsevil Alpagut, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Ankara 2010, 132; Eda Manav Özdemir, İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, 29; Gizem Sarıbay, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, Ankara 2007, 81; Ünal Ertaç, İş Güvencesinin Kapsamı Geçerli - Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları, Ankara 2012, 103 vd; Osman Usta, İş Hukukunda Akdin Fesihden Doğan Tazminatlar ve Uygulamalar, Ankara 1998, 1 vd.

² Süzek, Sarper, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, 553.



kanuna aykırı fesih olarak adlandırılabilir. Kanun tarafından belirlenmiş olan geçerli sebepler olmaksızın işveren tarafından yapılan fesih geçersiz kabul edilecek ve bu durumda işçi, ya işe iadesini ya da iş güvencesi tazminatını ve boşta geçen süreye ilişkin ücret talebini gerçekleştirebilecektir³. Ayrıca İK m.18/III kapsamında geçerli olmayacak fesih halleri düzenleme altına alınmıştır⁴. İşçi bu halde yasa- da öngörülen tazminat haklarına sahip olacaktır. İK m.17 süreli fesih kavramını düzenlemiştir.

Haklı nedenle fesih konusu bakımından ise derhal fesih hakkı bulunmakla birlikte bu hem iş güvencesi kapsamında değerlendirilecek hem de diğer iş ilişkileri bakımından söz konusu olacaktır. İş akdinin taraflarından birisi için dürüstlük kuralları gereği iş ilişkisine devam çekilmez hale gelmişse lehine fesih hakkı doğan taraf bildirim sürelerini beklemeksizin iş akdini haklı nedenle derhal feshedebilir. Söz konusu nedenler olmaksızın sözleşme feshedilmişse bir haksız fesih ortaya çıkmaktadır⁵. Derhal fesih hali ise İK m.26 ile düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, İK m.24 ve m.25 inci maddelerde gösterilen “*ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fülün gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır*”.

³ Süzek, (n.2) 553; Süzek, (n.1) 58 vd.; Mollamahmutoğlu, (n.1) 960; Serkan, Odaman, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, *Sicil Dergisi*, 2018, C.39, 144; İK m.17 süreli fesih kavramını düzenlemiştir. Süreli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmesini belirli sürenin geçmesiyle sona erdiren tek taraflı irade beyanıdır. İş güvencesi kapsamına giren iş ilişkilerinde süreli fesih hakkının oluşması yahut geçerli fesih hakkının kullanımı bakımından işçinin yeterliliği veya davranışları ile işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan nedenler olarak karşımıza İK m.18 ile çıkmaktadır. “İş sözleşmeleri; a) İş altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İş altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İş bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra, feshedilmiş sayılır”. Kanaatimizce bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.

⁴ “a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak. b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak. c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.(1) d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler. e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek. f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (1) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık”.

⁵ Süzek, (n.2) 553; Manav, (n.1) 203 vd.

İK m. 24-25 gereği iş sözleşmesi, belirli veya belirsiz süreli olması önem arz etmeksizin haklı bir nedenin varlığı halinde feshedilebilir. İşçinin haklı nedenle fesih halleri⁶ İK m. 24'te; işverenin haklı nedenle fesih halleri⁷ ise İK m. 25'te

⁶ Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir: "I. Sağlık sebepleri: a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa. b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa. II. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri: a) İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa. b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa. c) İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa. d) İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa. e) İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse, f) Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapılabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa, yahut çalışma şartları uygulanmazsa. III. Zorlayıcı sebepler: İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa".

⁷ Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir: "I- Sağlık sebepleri: a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi b) İşçinin bulunduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğu Sağlık Kurulunca saptanması durumunda. (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirmsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez. II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri: a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması. b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması. c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması. d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması. (1) e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması. f) İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi. g) İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi. h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi. ı) İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri,



düzenlenmiştir. Kanun koyucu hem işçi hem de işveren açısından haklı nedenle fesih hallerini “sağlık sebepleri”, “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” ve “zorlayıcı sebepler” başlıkları altında üç grupta ele almıştır. İK’da işveren açısından işçinin, gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlık halinde dördüncü bir grup olarak eklenmiştir. Ahlaka ve iyi niyete uymayan haller ve benzerleri ifadesinden anlaşıldığı üzere bu bentteki haller sınırlı olarak sayılmamıştır. Bir başka deyişle benzeri hallerde haklı fesih sebebi sayılır.

B. İş Sözleşmesinin Feshine İtiraz

İş güvencesi kapsamında sayılabilmek için bazı şartlar aranmaktadır. Kişinin iş sözleşmesinin haksız feshi sebebiyle işe iade davası açabilmesi için şu şartlar aranmalıdır; İş Kanun’una veya Basın İş Kanun’a tabi olmak⁸, işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması⁹, işçinin en az altı ay kıdeminin olması¹⁰, belirli komumdaki işveren vekili olmaması¹¹, belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesidir¹².

4857 sayılı İş Kanunu m.20’ye göre, “iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade

tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması. III- Zorlayıcı sebepler: İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması. IV- İşçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması. İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir”.

⁸ İş Kanunu m.18/I itibari ile düzenleme altına alınmış bir hüküm olarak karşımıza çıkan bu kurala göre, ilgili maddede belirtilen işçiler ile Basın İş Kanunu m.6 son fıkrası gereğince gazeteciler bakımından geçerli bir kural söz konusudur. Yine Basın İş Kanunu ilgili maddede İK m.18,19,20,21 ve 29 maddelerinin kıyasen uygulanacağını da belirtmiştir. Kanaatimizce denilebilir ki Türk Borçlar Kanununa ve Deniz İş Kanuna tabi iş ilişkilerine iş güvencesine ilişkin kurallar da uygulanmayacaktır. Kar, (n.1) 45; Talat Canpolat, ‘İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’ (2018) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 95, 97.

⁹ İK m.18 bakımından düzenleme altına alınmış bir diğer şart ise budur. Bunun maksadı ise belirli sayıdan az işçi çalıştıran iş yerlerinin iş güvencesi dışında tutulması, ekonomik gücü az olan küçük işletmelerin iş güvencesinin getirdiği yükü, pahalı ve uzun süreli fesih usulünü kaldıramayacağı düşüncesidir. Bazı eleştirilerin odağında olan bu şart bakımından Anayasanın 10.maddesi olan eşitlik ilkesine aykırılık taşınması ve yine 158 sayılı ILO sözleşmesinin koşullarını göz ardı etmesinden bahsedilmektedir. Güzel (n.1) 28; Mollamahmutoglu (n.1) 973 vd.

¹⁰ İK m.18 ile düzenleme altına alınmış bir başka koşul ise kıdem şartıdır. Bu noktada kıdem hesabının aynı işverenin yanında bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesaplanması olarak yapılacağı düzenlenmiştir.

¹¹ İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında m.18, 19,21 ve 25/son uygulanmayacağı belirlenmiştir. Kanaatimizce işverenin güvenin sarsılmaması amacıyla bir düzenleme yapılmıştır Canpolat (n 8) 98.

¹² İK m.18 kapsamında düzenlenen son şart bakımından anlaşılacağı üzere belirli süreli iş akdinde bu iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. Süzek (n.2) 564.

talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır; yine İK m.21 kapsamında işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır”.

İş güvencesini¹³ gerçekleştirmeye yarayan en önemli araçlarından biri de feshe itiraz davasıdır. Feshe itiraz davası, işverence geçerli sebep gösterilmeden ya da kanunda öngörülen usule uyulmadan yapılan fesihlere karşı işçilerin başvurabileceği bir itiraz yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. İş hukukunun gerçekleştirmeyi amaçladığı temel hedeflerinden biri, işçinin haksız feshe karşı korunmasıdır. Feshe itiraz davası, işverence geçerli sebep gösterilmeden ya da kanunda öngörülen usule uyulmadan yapılan fesihlere karşı işçilerin başvurabileceği bir itiraz yolu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴.

II. FESHİN GEÇERSİZLİĞİ DAVASINDA ÖN KOŞUL: ARABULUCULUK

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yapılan değişiklikle m.3 bakımından kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak belirlenmiştir.

A. Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kavramı

Arabuluculuk doktrinde tarafların, bağlayıcı bir çözüm önerisi getirme veya karar verme yetkisine sahip olmayan bir üçüncü kişinin yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, ortak menfaatlerini gözetecek aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeleri olarak tanımlanmıştır¹⁵. Arabulucu-

¹³ Geniş anlamda iş güvencesi; işçinin işini kaybetmesini güçleştiren veya işini kaybetmesinden dolayı uğradığı zararı ve riski hafifletmeye, hatta telafi etmeye yönelik tüm önlemlerdir. Dar anlamda iş güvencesi ise; işverenin fesih hakkını kullanırken geçerli bir nedene dayanmasını, bunun işveren tarafından bir uyuşmazlık halinde ispat edilme yükümlülüğünü ve buna bağlı olarak ya işçinin işe iadesini ya da yargı tarafından uygun görülecek bir tazminatın ödenmesini kapsayan bir güvencedir. Kutal, Metin, 'İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları', İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorular ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul, 2002, 16.

¹⁴ Manav Özdemir, Eda, 'İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü', TAAD, C. 1, S. 3, Ankara, 2010 259

¹⁵ Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2/1-b maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre: "Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder". Özbek, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, 592 vd;



luk, iradilik, tarafsızlık, gizlilik ve eşitlik esaslarına dayanır.

İş Hukuku, her ne kadar özel hukukun bir dalı, hem de esasen sözleşme serbestisi ilkesinin burada da geçerli olduğu düşünülse de iş sözleşmesinde taraflar arasında bir dengesizlik mevcuttur. Bu sebeple iş hukukunda, iş ilişkisinin niteliği nedeniyle bu hukuka özgü bir yorum kuralı olarak işçi lehine yorum ilkesi vardır. İşçi lehine yorum, kuralın uygulanması sırasında tereddüt çıkması halinde, eğer norm yeterince açık olmayıp amacı dikkate alındığında dahi farklı yorumlara gidilebilirse, işçinin yararına olan çözümün benimsenmesi anlamına gelmektedir¹⁶. Arabulucunun tarafsız olması gerektiğinden bu politikanın izlenmesinin mümkün olmadığı İş Kanunu'nun işçiyi koruyucu ve emredici hükme yer vermiş olmasının, tarafların müzakeresine dayanan bir yöntem olan arabuluculuk ile bağdaşmadığı söylenebilir; işçinin haklarını elde etmek için davanın sonuçlanmasını uzun süre beklemek yerine, kısa sürede sonuçlanabilecek arabuluculuğu tercih etmek zorunda kalabilmesinin esasen serbest iradeye dayanan arabuluculuğun özüne aykırı olduğu ifade edilmiştir¹⁷.

B. İş Sözleşmesi Feshe İtiraz Davasında Arabuluculuk Usulü

İşçinin işe iade davasını açabilmesi için, öncelikle arabulucuya başvurması gerekmektedir. Arabulucuda taraflar anlaşılırsa, uyuşmazlık taraflar arasında kesin olarak çözümlenmektedir. Arabulucuda anlaşamazlarsa, işçi süresi içerisinde iş mahkemesine başvurup işe iade davasını açmalıdır. İşe iade davası, basit yargı-

Keceç, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınları, Ankara, 2011. 23, 24; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, 605; Tanriver, Süha: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64, 2006, 165, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>).

¹⁶ Sützek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, 2017, 21, 22; Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncellenmiş 6. Bası, Ankara, 2017, 4. Y 9.HD, E. 2006/32297, K. 2007/ 3272, T. 12.02.2007, www.calismatoplum.org/sayi15/abc/56.doc "Kanun koyucuya İş Kanunlarını kabul ettiren tarihi sebepler ve bunlar arasında iktisadi durumca zayıf olan işçiyi iktisadi durumu daha kuvvetli olan işverene karşı özel şekilde koruyacak içtimali muvazenevi ve cemiyetin sükûnunu sağlama hedefi ve hukuk hükümlerinin tefsirinde lafzın gayenin ışığı altında manalandırılmasının gerektiği göz önünde tutulunca, iş hukukuna ait hükümlerin tefsirinde tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, iş hukukunun ana kaidelerinden olduğu neticesine varılır" YİBK., E. 1957/15, K. 1958/5, T. 27.05.1958 (RG, 26.09.1958, S. 10017).

¹⁷ Mert Namlı, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, 160; Gülsevil Alpagut, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul, 2016, 213; Kübra Doğan Yenisey, Kübra, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul 2016, 176.

lama usulüne tabidir. Taraflar, genel hükümler kapsamında iddialarını her türlü delille ispatlayabilirler.

Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m.3 uyarınca, ihtiyari arabuluculuk kurumu olarak yer alıp tarafların iradelerine bırakılan bir alternatif çözüm yolu olarak düzenlemiştir. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile birlikte, “*dava şartı olarak arabuluculuk*” müessesesi hukukumuzda girmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3/1 kapsamında, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır¹⁸.

Arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için tarafların kendisine başvurması neticesinde, uyuşmazlığın çözümü için taraflarla görüşür. Yapılan görüşmeler sonucunda tarafların anlaşmaya varması veya varamaması ile arabuluculuk faaliyetine son verir ve neticeyi tutanağa geçirerek durumu arabuluculuk bürosuna bildirir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu bakımından arabulucu, taraflara ulaşamazsa veya taraflar arabuluculuk faaliyetine katılmadığı için görüşme yapılamazsa, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirir¹⁹. Arabuluculuk faaliyetlerini yürütülmesi bakımından HUAK m.15 ile bu usul kuralları belirlenmiştir. Temelde ahlaka ve emredici kurallara aykırı olmayacak biçimde bir anlaşmaya varılması hedeflenir ve bu doğrultuda taraflar toplantıya davet edilirler. Bu kapsamda niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.

1. İtiraz Süresi ile Arabuluculuk Başvuru Süresi

İş sözleşmesi feshedilen işçi, haklı bir sebep olmaksızın işten çıkarıldığı iddiasıyla işe iade davası açmak istediğinde, işten çıkarıldığıının kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde ise, işçi son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Başvuru zorunlu olmasına rağmen, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılırsa, bu dava usulden reddedilecektir. İş Kanunu m.20/1 hükmünce usulden ret kararının kesinleşmesi üzerine, kesinleşen ret kararının re’sen tebliğinden itibaren iki hafta içinde de arabulucuya başvurulabilir.

¹⁸ Ömer Faruk, Demir, *İşe İade Davasında Yargılama*, DÜHFD, C.22, S. 37, 2017, 290 vd.; İsmail, İşel, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında, 2016, (www.güvenliçalışma.org) 4, Erişim Tarihi: 05.04.2019; Oğuz, Özgür, Türk İş Hukuku’nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Legal Yayıncılık, 2016, 84-85.

¹⁹ Odaman, Serkan / Karaçöp, Eda, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Arabuluculuk Müessesesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.35, 2016, 62; Demir, (n.8) 292.



Bu ilgili süreler bakımından arabulucuya başvuru ve tarafın işçi olması halinde üç husus bakımından inceleme yapılmalıdır. İş sözleşmesinin feshi halinde, işe iade talep edilecekse, bunun bir aylık süre içinde arabulucuya başvurulması yoluyla gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır. Bu süre, fesih bildirimiminin tebliğinden itibaren başlamaktadır. İkinci olarak, arabulucuya başvuru zorunluluğu yerine getirilmeden doğrudan dava açılması halinde süre düzenlenmiştir. Bu durumda dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir. Bu ret kararı üzerine de iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir. İki haftalık süre, kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren başlamaktadır. Üçüncü olarak, arabulucuya başvuru zorunluluğunun yerine getirilmesi, ancak tarafların anlaşamaması halinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Bu halde, iki haftalık bir süre kabul edilir ki bu da, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren başlamaktadır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3 fıkra 5'e göre, "*karşı tarafın yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna işçinin başvuruda bulunması gerekir*". Karşı tarafın birden fazla olması halinde her birinin yerleşim yerindeki arabuluculuk bürosuna başvuru mümkündür. Kanun yetkili arabulucu konusunda, davacı işçiye, davalının ikametgâhı ya da işyeri için yetkili olan arabulucunun seçimi hususunda seçimlik hak vermiştir. Arabuluculuk bürosu olmayan yerlerde, başvuruların, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılması gerekir²⁰.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.3/6 hükmünce yetkili arabulucunun belirlenmesi, arabuluculuk komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden büro tarafından gerçekleştirilir. Ancak, listede yer alan herhangi bir arabulucuyu, taraflar aralarında anlaşarak kararlaştırmışsa, bu kararlaştırılan arabulucu da büro tarafından görevlendirilebilir.

C. Arabuluculuk Kararının Sonuçları

İş sözleşmesinin feshine itiraz davası açılmadan önce arabulucuya giden taraflar iki farklı biçimde karar alabilirler. Bu kapsamda ya taraflar arabuluculuk faaliyeti sonucu bir anlaşmaya varacaklar ve bu anlaşma hükmüne göre bir uygulama doğacak ya da taraflar arabuluculuk faaliyetinde uyuşamayacak ve bu durumu belgeleyen bir zabıtla birlikte ilgili işçi görevli ve yetkili iş mahkemesinde dava açabilir. Ayrıca burada tarafların her halükarda özel bir hakeme gitmeleri de söz konusu olabilecektir.

1. Tarafların Arabulucuda Anlaşması

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde, tarafların anlaşmasıyla aralarındaki uyuşmazlığa son vermişlerse, bu hususa ilişkin arabulucunun vereceği hüküm, ilam

²⁰ Demir, (n.8) 302.

niteliği taşıyacaktır. Arabuluculuk faaliyeti olumlu neticelenip tarafların anlaşmasıyla artık ilgililer aynı uyuşmazlığı tekrar dava konusu yapamazlar ve HUAK m. 19/2 gereğince, arabulucunun uyuşmazlığın çözümü hususunda vereceği karar, taraflar bakımından kesin hüküm gibi sonuç doğuracaktır.

Taraflar aralarında anlaşılırsa, işe iade davası, iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Özel hakemde dava açma süresi de, son tutanağın düzenlenmesinden itibaren iki haftadır. İş davalarının esas olarak iş mahkemelerinde görülmesi kabul edilmektedir. İş mahkemelerindeki iş yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların kısa sürede sonuçlanması amacıyla işe iade davasının özel hakeme götürülmesi yolu açılmıştır. Buna göre, toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması veya tarafların anlaşması durumunda iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiası ile uyuşmazlığı özel hakeme götürebilir²¹.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işe iade talebi bakımından bir anlaşmaya varmaları halinde, bu anlaşmanın içeriği İş Kanunu'nun 21. Maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. İş Kanunu m.21/7 bakımından işe iade davalarında anlaşmanın geçerli olması için, belirli içerikte yapılması zorunlu kılındığından, yazılı olması zorunludur. İlgili anlaşma metinde işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaya varmaları halinde üç husus önem teşkil eder. Bunlar, işçinin işe başlatma tarihi, üçüncü fıkrada düzenlenen, işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar ödenecek olan doğmuş bulunan ücret ve işçinin işe başlatılmaması durumunda tazminatın parasal miktarıdır. Bu üç hususun anlaşma metninde yer almaması durumunda, Kanunda anlaşmanın sağlanamamış sayılacağı ve son tutanağın buna göre düzenleneceği belirtilmiştir²².

Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. Arabulucu, taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucunda anlaşmaya varılması veya varılamaması hâllerinde arabuluculuk faaliyetini sona erdirir ve son tutanağı düzenleyerek durumu derhâl arabuluculuk bürosuna bildirir. Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.

²¹ Nuri, Çelik/ Nursen, Caniklioglu/ Talat, Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, 30. Bası, İstanbul 2017, 310.

²² Bektaş, Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara 2017, 368; Özkes, Özlem, İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, TBB Dergisi 2018 (138), 300.

a. İşe Başlatılması Hususunda Anlaşma

İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı, mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Böylece anlaşma halinde feshin geçersiz hale geleceğini, hüküm ve sonuç doğurmayacağını, iş sözleşmesinin devam ettiğini söyleyebiliriz²³.

Yine bu halde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz. İşe iade talebiyle yapılan görüşmelerde tarafların anlaşmaları durumunda, arabulucuya ödenecek ücretin belirlenmesinde işçiyi işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, Tarifenin İkinci Kısım uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir²⁴.

İK m.21 hükmüne göre arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde; işe başlatma tarihini, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiyi en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

b. İşe Başlatılmama Halinde Feshin Geçerlilik Durumu ve Sonuçları

Tarafların kararlaştırdıkları tarihte işçi işe başlamayabilir veya işveren işe başlatmayabilir. İK m.21/7 kapsamında işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde feshin geçerli hâle geleceği ve işverenin sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacağı belirtilmiştir. İşverenin, işçiyi işe başlatmaması halinde ise, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre işçiyi ödenecek tazminat talep edilebilecektir.

İşçinin işverence işe başlatılmaması halinde iki olasılık söz konusudur. İşveren ya ilk fesih ile sorumlu olacak ya da işçiyi kararlaştırılan tarihte işe başlatmaması yeni bir fesih olarak değerlendirilecek ve işveren buna göre sorumlu olacaktır.

İşverenin yaptığı ilk feshin hukuki sonuçlarıyla sorumlu olduğu kabul edilirse, bu feshin hukuki niteliğine ilişkin olarak kanun koyucunun benimsediği yaklaşım ortaya konmalıdır²⁵. Esasen hükümde taraflarca anlaşma tutanağında kararlaştırı-

²³ Astarlı, (n.1) 49.

²⁴ İmdat, Türkay, İşçi-İşveren İhtilaflarında Açılan Davalarda Arabulucuya Başvuru Şartı ve Arabuluculuk Faaliyetinin Vergilendirilmesi, Emek ve Toplum Dergisi, C.7 Y.2017, S.17, 22.

²⁵ Faruk Barış Mutluay, 'İşe İade Davalarında Arabuluculuk' (2018) Çalışma ve Toplum, 2144.

lan tarihte işçinin işe başlamaması halinde feshin hukuki niteliği açıkça düzenlenmişse de, tarafların işe iade yönünde anlaşmasının ve dolayısıyla işe başlama/başlatılma tarihinin belirlenmesinin feshin hukuki niteliğine etkisi açıkça düzenlenmemiştir. Aynı şekilde işçinin işverence kararlaştırılan tarihte işe başlatılmamasının feshin hukuki niteliği üzerindeki etkisi de açıkça düzenlenmemiştir. Buna rağmen, “işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir” şeklindeki düzenleme, kanun koyucunun, işe başlatmaya ilişkin tarafların anlaşmasının feshin hukuki niteliğine olan yaklaşımını da gösterir niteliktedir. Zira kanun koyucu, tarafların işe başlatma konusunda anlaşmalarını ve bu çerçevede boşa geçen süreye ilişkin ücretin ve iş güvencesi tazminatının miktarlarını belirlemelerini dikkate alarak, feshin işverence geçersiz yapıldığı sonucunu benimsemiştir ki, işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde feshin geçerli hale geleceğini ayrıca ve açıkça düzenleme gereğini duymuştur. Tarafların işe başlatma konusunda anlaşmaları ile feshin geçersiz olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmeseydi, işçinin işe başlamaması halinde feshin geçerli hale gelmesi de söz konusu olmazdı.

Feshin hukuki niteliği açısından tarafların anlaşmasına herhangi bir sonuç bağlamak ve işverenin yaptığı ilk feshin sonuçlarıyla sorumlu olduğunu kabul etmek yerine, işverenin kararlaştırılan tarihte işçiyi işe almayarak sözleşmeyi feshettiğinin ve bunun sonuçlarıyla sorumlu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü taraflar işe başlatma konusunda anlaşarak ilk feshin haklı-haksız/geçerli-geçersiz nitelikte olup olmadığını dikkate almadan feshin sonuçlarını ortadan kaldırmayı ve sözleşme hiç feshedilmemiş gibi sözleşmenin devamını isteyebilirler. Bu durumda ilk fesih ortadan kalktığından artık işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlatılmaması halinde, sözleşmenin işverence yeniden feshedildiği sonucuna ulaşmak ve işverenin, şartları oluşmuşsa kıdem ve ihbar tazminatlarını ödemek zorunda olduğunu kabul etmek uygun olurdu.

Bir diğer açıdan bakıldığında tarafların anlaşmasına bağlı olarak işverence yapılan ilk feshin geçersiz olduğu kabul edildiğinde de işverenin geçersiz kabul edilen bu feshin sonuçlarıyla sorumlu olduğu ve işçinin hak kazanacağı haklar bakımından farklılık olmayacağı, her iki durumda da işçinin kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanacağı ileri sürülebilecekse de, öğretilde ortaya çıkabilecek bu olası eleştiri ve yaklaşım her durum için geçerli değildir.

Uygulamada karşılaşılan bir problem ise işverenin kararlaştırılan tarihte işçiyi işe başlatmaması halinde işverenin ilk fesihten sorumlu olduğu ve salt anlaşmaya bağlı olarak gerçekleştirilen söz konusu ilk feshin geçersiz nitelikte olduğu düşünülüp işverenin ilk fesihte ihbar süresi kullandırmışsa ya da ihbar sürelerine ilişkin ücreti peşin ödemişse, işverenin anlaşma tutanağında kararlaştırılan tarihte işçiyi işe almasa dahi artık ihbar tazminatı ödemek zorunda kalmamaktadır. Aksi durumda ise işverenin işçiyi kararlaştırılan tarihte işe almayarak sözleşmeyi feshettiği ve buna göre sorumlu olduğu kabul edilirse, işverenin ihbar tazminatı ödemek zorunda kalacaktır.

aa. İş Güvencesi Tazminat Alacağı

Tarafların işe başlatma, boшта geçen süre ücret alacağı ve iş güvencesi tazminatının miktarı hakkında anlaşmaları ancak işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde, boшта geçen süre ücretine ve iş güvencesi tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı önemli bir başka sorundur. Tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşamaması nedeniyle işçinin dava açması ve davanın lehine sonuçlanması durumunda, kararın tebliğinden itibaren on işgünü içinde işverene başvurması şartına bağlı olarak, işçi boшта geçen dört aylık ücret alacağına ve başvurusu üzerine işe alınmaması halinde iş güvencesi tazminatına hak kazanır. Dava sürecinin sonunda işçinin işe başlamak için başvuru yapması şartıyla boшта geçen süreye ilişkin ücret alacağına ve başvurusu üzerine işe alınmamasına bağlı olarak iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı kabul edildiğinden, aynı şartların arabuluculuk sürecinde anlaşma halinde de aranması gerekip gerekmediği belirlenmelidir²⁶.

İster işe iade davası ile ister arabuluculuk sonucu ödenmiş olsun, boшта geçen süre, işe başlatmama tazminatı, iş güvencesi tazminatı gibi ödemeler 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındadır. İşçi ve işverenin karşılıklı sonlandırma sözleşmesi ile sona erdirdiği iş ilişkisinde ödenen tazminatlar farklı değerlendirilmelidir. 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre, arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların, işçinin işe başlatılmaması konusunda anlaşmaları halinde, iş sözleşmesi feshedilen hizmet çalışanlarında en çok 8 aylık ücreti tutarında ödenen işe başlatmama tazminatları da istisna kapsamındadır.

İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde, feshin geçerli hale dönüşeceği ifade edilmiş ancak özellikle, kararlaştırılan boшта geçen süre ücret alacağına işçinin hak kazanıp kazanmayacağı açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Konuya ilişkin olası bir yaklaşım olarak arabuluculuk sürecinde tarafların serbestçe anlaşabileceği ve bu yüzden geçerli hale dönüşen feshe ya da işçinin işe başlamamasına rağmen kendisinin boшта geçen süreye ilişkin ücrete ve iş güvencesi tazminatına hak kazanabileceği öğretide ileri sürülebilir.

Arabuluculuk sürecine özgü olarak da kanun koyucu tarafından işçinin işe başlamaması halinde feshin geçerli hale geleceğinin açıkça kabul edilmesi karşısında, işçinin artık boшта geçen süre ücret alacağı ile iş güvencesi tazminatına hak kazanacağı düşünülmemelidir. Çünkü bu durum, boшта geçen süreye ilişkin ücret ve iş güvencesi tazminatı alacakları geçersiz feshe bağlanan sonuçlardır. Arabuluculuk sürecinde de işçinin işe başlamamasıyla feshin geçerli hale dönüşüğünü kabul edip işçinin söz konusu alacaklara hak kazandığını savunmak iş güvencesi kurumunun esaslarıyla çelişki gösterir. Önemle vurgulamak gerekir ki, kanun koyucu, arabuluculuk sürecini dikkate alarak işçinin işe başlamaması halinde feshin geçerli hale dönüşüğünü açıkça kabul ettiğinden, bu konuda tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşma serbestisinin açıkça sınırlandırıldığı ve geçerli feshin hukuki sonuçlarının doğduğu kabul edilmelidir.

²⁶ Mutluay, (n.25) 2139.

Nitekim ilgili hükümde “...üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur...” ifadelerine yer vermek suretiyle, taraflarca arabuluculuk sürecinde kararlaştırılan ve anlaşma tutanağında yer alan iş güvencesi tazminatının işe alınmama halinde ödenmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. İşe alınmama durumunun ortaya çıkması için işçinin öncelikli olarak kararlaştırılan tarihte işe başlamak amacıyla işyerine gitmesi gerektiği şüphesizdir.

bb. Boşta Geçen Süreye İlişkin Ücret Alacağı

İşverenin geçerli sebep göstermediği veya sebebin geçerli olmadığı hallerde, bu durum, mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu, işçinin işe başlatılmaması halinde, en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat ve kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiyeye ödenecek olan en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları değiştirilemez ve sözleşmeyle aksi kararlaştırılamaz²⁷. 4857 sayılı Kanununun 21. maddesinin 6.fıkrası kapsamında, “Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde; işe başlatma tarihini, üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını, işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması halinde fesih geçerli hale gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur” düzenlemesi getirilmiştir.

İşe başlatma tarihi dışında, işe başlatmamanın sonuçlarının belirlenmesi de zorunlu tutulmuştur²⁸. Aksi halde öncelikle iş yargılamasının yükünü hafifletme yönünde kanun koyucu tarafından öngörülen amacın gerçekleşemeyeceği, işe iade yönünde yapılan anlaşmaya rağmen işçinin, işveren tarafından işe alınmaması halinde, iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen dört aylık ücret alacağı için yeniden arabulucuya başvurması ya da doğrudan dava açması gerekeceği söylenebilir.

Tarafların arabulucuya başvurma zorunluluğunun bulunmasının sonuçları arasında iş güvencesi tazminatının miktarını en az dört aylık en fazla sekiz aylık ücret

²⁷ Gülsevil Alpagut, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi - 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, 2016, 213; Ali Güzel, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, ÇTD 2016/3 (50), 1145, Nezihe Binnur, Tulukçu, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Ankara 2017, 379 vd.; İş güvencesi ile ilgili hükümler kanaatimizce emredicidir. Bu çerçevede, İK. m. 18’in nisbî emredici olduğu; ancak İK m. 21/1, 2, 3 hükümlerinin mutlak emredici olduğu kabul edilmelidir. Süzek, (n.1) 659 vd.; Mollamahmutoğlu H./Astarlı M./Baysal U., İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, 370; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, (n.13) 527 vd.; Kar (n.6) 369.

²⁸ Doğa Yenisey, (n.17) 167 ; Özmumcu, (n.1) 832 vd..



tutarında ve boşa geçen ücret alacağının miktarını en fazla dört aylık ücret tutarında olacağını öngören hükmün emredici niteliği göz ardı edilecek ve işe iade davasının sonuçları tam bir pazarlık konusuna dönüşecektir²⁹. Bunlarla birlikte boşa geçen süre için ödenen miktar, ücret niteliğinde olup işçinin çalışma süresine bağlı olan hakları doğrudan etkilemektedir. Bu bakımdan, işveren bu süre için vergi ve SGK'ya da prim ödemekle yükümlü olmaktadır. Ancak arabulucu huzurunda tarafların anlaşmasıyla, işveren hukuka aykırı yaratmış olduğu sonuçtan yararlanabilecek, işçi ve SGK bakımından ise olumsuz sonuç ortaya çıkacaktır³⁰.

Boşa geçen süre ücretinin işe iadenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin kesin olmadığı bir dönemde taraflarca belirlenmesi işçi aleyhine olabilecek niteliktedir³¹. Zira işe başlatma tarihinin belirlenmesine rağmen işçinin işverence işe başlatılması kesin değildir. İşçinin en geç dört haftanın sonunda arabuluculuğa başvurduğu ve en fazla dört haftalık sürenin sonunda da arabuluculuk sürecinin tamamlandığı düşünüldüğünde, işçinin boşa geçen süre ücreti en fazla 8 hafta olabilir. Şüphesiz tarafların 8 haftayı aşacak şekilde boşa geçen ücret alacağını kararlaştırmaları da mümkündür³². Boşa geçecek sürenin uzunluğu esas alındığında, tarafların 8 haftayı aşacak şekilde boşa geçen süre ücret alacağını belirlemeleri çok gerçekçi bir beklenti değildir. İşçinin işverence anlaşma tutanağında belirlenen tarihte işe başlatılması halinde taraflarca belirlenen boşa geçen ücret alacağı miktarı hakkaniyetli olabileceksede, işe başlatılmadığı bir olasılıkta ise işçinin sadece 8 haftalık boşa geçen süre ücret alacağı alması kendisinin aleyhine olacaktır.

c. Arabuluculuk Kararının İcra Edilebilirliği

Arabuluculuk faaliyetinin tarafların anlaşmaya varmasıyla sona ermesi halinde, taraflarca üzerinde anlaşılan çözüm yönteminin kâğıda dökülmesi ve belge halini alması söz konusu olacaktır. Bu belgenin, HUAK m.18 anlamında bir anlaşma belgesi olarak nitelendirilebilmesi ve icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi için, arabulucu tarafından imzalanması gerekmektedir³³. İşbu anlaşma belgesinin içeriğini, uyuşmazlığın çözümüne yönelik taraflarca üzerinde anlaşılan usul ve esaslar oluşturacaktır. İlgili anlaşma belgesi bir sulh sözleşmesi şeklinde olabileceği gibi sözleşme şeklinde de yapılabilir. Anlaşma belgesinde tarafların mutabık kaldıkları hususlar yahut gerek İş Kanunu gerekse diğer ilgili kanunların emredici düzenlemelerine aykırı konular düzenlenemez.

²⁹ Güzel (n.9) 1145; Alpagut, (n.17) 213.

³⁰ Çelik (21) 326 vd.; Tunçomağ ve Centel (n.1) 203 vd.; Süzek, 2017: 644 vd.; Mollamahmutoğlu (n.1) 361 vd.; Eyrenci (n.1) 205 vd..

³¹ Y. 9.HD E.2018/5826 K.2019/2607 T.04.02.2019 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası –12.04.2023)

³² Ekmekçi, 2018, s.17

³³ Y. 9.HD. E.2016/25300 K.2016/21744 T.08.12.2016 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası – 12.04.2023)

Anlaşma belgesinde yer alan edimler; icra edilebilirlik şerhi³⁴ alınabilmesi ve daha sonra ilamlı icra yoluyla takibe gidilebilmesi için, tereddüde yer vermeyecek derecede açık olmalıdır. Taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda oluşturulan anlaşma belgesinin ilam niteliğinde sayılabilmesi ve icra edilebilmesi için, mahkemenin icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep edebilirler³⁵.

7036 sayılı Kanun ile 12.10.2017 tarihinde HUAK'ta yapılan değişiklik uyarınca, taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi de, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır hale gelmiştir. Ayrıca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerindeki anlaşılacak hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı emredilmiştir. Bu değişikliklerle birlikte arabuluculuk sürecini anlaşma ile sonuçlandıran taraflara kolaylık sağlanmış ve anlaşma belgesinin bağlayıcılığı konusunda şüpheye yer bırakmayan düzenleme yapılmıştır. Esasen ihtiyari arabuluculukta, taraflar; bu yönetime başvurmak, süreci devam ettirmek ve süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbesttir.

Zorunlu arabuluculukta dahi zorunlu olan kısım, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasıdır. Bu serbestlik arabuluculuğa konu edilen uyuşmazlıkların mutlaka bu yöntemle çözümlenmesi gerekmeyeceği anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla icra edilebilirlik şerhi verilmiş olsun olmasın, anlaşma belgesi ile üzerinde anlaşılacak hususlar taraflar açısından bağlayıcı olmaktadır. Bu durum da arabuluculuk sürecinin önemini ve etkisini artırmaktadır.

Anlaşma belgesinin hukuki açıdan bu derece kuvvetli bir belge haline gelmesi de hazırlanması aşamasında azami derecede dikkat edilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Bu açıdan belgede yer alan düzenlemelerin açık ve tartışmasız ifadeler içermesi gerektiği, sulh sözleşmesi şeklinde yapılması ve icrasında tereddüt yaşanmaması için mahkeme hükmü haline getirilmesinin doğru olacağı söylenebilir. Belgenin delil olarak niteliği değerlendirildiğinde, HUAK m.5'te yer alan "*Beyan veya belgelerin kullanılmasını*" hükmü akla gelmektedir. Bilindiği üzere bu hüküm uyarınca; taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, maddede sayılı beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. Dolayısıyla, belge kanunun amir hükmü uyarınca bağlayıcı olduğu ve üzerinde anlaşılacak hususlar hakkında dava açılmayacağı ve belgenin bu kapsamın dışında kaldığı sonucuna varılabilir³⁶.

³⁴ Y 9.HD. E.2016/31376 K.2016/21368 T.01.12.2016 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası – 15.03.2023)

³⁵ Mustafa Serdar, Özbek, Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3 S.2 Y.2017, 72vd..

³⁶ Serkan Odaman, Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, 1757.



III. TARAFLARIN ARABULUCUDA ANLAŞMAMASI HALİNDE DAVA YOLU

İşe iade davası HMK hükümleri çerçevesinde yürütülür. Dava dilekçesinde nelerin bulunması gerektiği HMK’da belirlenmiştir. İşe iade davasında, HMK hükümlerine ek olarak, arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşmaya varılmadığını gösteren tutanak ya da bir örneğinin de dava dilekçesine eklenmesi gerekir. Şayet bu tutanak eklenmeden işe iade davası açılacak olursa, mahkeme, işçiye bir haftalık kesin süre vererek bu eksikliğin giderilmesini talep etmelidir. Bir haftalık süre içerisinde işçi bu tutanağı ya da bir örneğini mahkemeye sunamazsa, dava usulden reddedilir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar, anlaşmaya varamazlarsa, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde işçi, iş mahkemesinde işe iade davasını açılabilir. İşe iade davalarında görevli mahkeme, iş mahkemesidir.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’na göre, işçi, önce arabulucuya başvurmalı, şayet olumlu sonuçlanmazsa, arabulucunun bulunduğu yerdeki iş mahkemesinde işe iade davası açılmalıdır. Taraflar 7036 sayılı Kanun m.375 hükmüne göre yetki sözleşmesi yapamazlar. Yargıtay³⁷, iş mahkemelerinin yetkisine ilişkin yetki kurallarını, kamu düzenine ilişkin olarak kabul etmektedir

A. Davanın Konusu

İşveren tarafından iş sözleşmesi haksız olarak feshedilen işçinin, sözleşmesinin haksız feshedildiğinin tespitini ve haksız fesih nedeniyle işe başlatılmasını, işe başlatılmaması durumunda ise tazminata karar verilmesini talep ettiği dava, işe iade davasıdır.

Feshe itiraz davası ile feshin geçersiz olduğu tespit edilebilmekte ve bunun sonucunda işçinin işe iadesi sağlanabilmektedir. Söz konusu davanın temel amacı işe iadenin sağlanması olduğu için bu dava tazminat talebini kapsamamaktadır. Burada işçinin itirazı, feshin geçersizliğine ve buna bağlı kanuni sonuçlarına yönelik olduğundan, işçi, feshe itirazla birlikte Kanunun ödenmelerini iş sözleşmesinin sona ermesine bağladığı hakları talep edemeyecektir³⁸.

B. Yargılama Usulü ve Süresi

6100 sayılı HMK m. 316/d ve HMK m. 316/g hükümlerine göre işe iade davalarında uygulanacak yargılama yöntemi basit yargılama usulüdür. Hukuk Muhakemeleri Kanununda yargılama usulü, yazılı ve basit yargılama usulü olarak iki şekilde düzenlenmiştir. İş mahkemelerinde de basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yazılı yargılama usulü detaylı bir şekilde hüküm altına alınmış, basit yargılama usulünün ise temel özellikleri ve farklı yönleri belirtilmiş olup, basit yargılama usulünde hüküm bulun-

³⁷ Y. 20. HD, 11.11.2015, 12101/10967, (Kazancı İçtihat Bankası) (Erişim Tarihi: 04.18.2023).

³⁸ Mollamahmutoğlu (n.1) 751; Demir (n.1) 291.

mayan durumlarda yazılı yargılama hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

Basit yargılama usulü, daha çabuk sonuçlandırılması gereken, daha kısa ve daha kolay bir inceleme yapılarak karar verilen davalar için düzenlenmiş bir yargılama usulüdür. Yargılamanın seri bir şekilde yapılması amaçlanmıştır. Basit yargılama sisteminde, ön inceleme aşaması da basitleştirilmiştir. Dosya üzerinden bir kararının verilmesinin mümkün olması durumunda, hâkim, duruşma yapmadan da karar verebilir. Dava şartları veya ilk itirazların yokluğu durumunda, bunlara ilişkin dosya üzerinden duruşma yapmadan da karar verilebilir. Ön inceleme aşamasından sonra tahkikat aşamasına geçilip deliller değerlendirilir. Tahkikat aşaması, basit yargılama usulünde en fazla iki duruşma ile yapılır ve duruşmalar arası en fazla bir ay olmalıdır.

İş Kanunu'nun 19/1'inci maddesine göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih bildirimiminin Kanunun bu açık düzenlemesine rağmen yazılı yapılmadığı hallerde bir aylık hak düşürücü süre, fiili veya sözlü feshin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar³⁹. Bir aylık arabulucuya başvurma süresi, fesih bildiriminin işçiye tebliğinden itibaren başlar. İş Kanunu m. 20'de belirtilen bir aylık hak düşürücü süre, ILO Sözleşmesi m. 8/3'te belirtilen makul süre olarak kabul edilmelidir ve bu sürede dava ikame edilip edilmediğini mahkeme, re'sen araştırmak zorundadır⁴⁰.

İş Kanunu madde 20'ye göre, "*iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılması sebebiyle davanın usulden reddi hâlinde ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının da resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir*". Dikkat edilmesi gereken husus, arabulucuya başvuru yapılmadan dava açılması halinde, mahkemenin ret kararının resen tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurusu gereklidir⁴¹.

³⁹ Mollamahmutoglu (n.1) 752; Osman Güven, Çankaya/ Cevdet İlhan Günay/ Seracettin Gökteş, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Ankara, 2006, 233; İsmet Mazlum, Feshe İtiraz Davası, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, 263 vd.; Bilgili, Abbas Bilgili, İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları, 2. Bası, Karahan Kitabevi, Adana 2005, 142.

⁴⁰ Güzel (n.7) 90; Polat, Soyer, Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, 1. Bası, Mayıs 2005, 56.

⁴¹ Ömer Ekmakçi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, 2019, 72; Canpolat (n.289) 98.



Bir aylık süre fesih bildirimini işçiye tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır⁴². Yargıtay'a göre⁴³ “bir aylık dava açma süresinin başlangıcı fesih iradesinin işçiye ulaştığı tarihtir. Ancak bazı hallerde işveren fesih bildiriminde bulunmuş ancak bunu tebliğ etmemiş olabilir”⁴⁴. Bu durumda işçi fesih bildirim tarihini kesin olarak belirleyebilecek bir işlem yaparsa artık bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. İşçi, arabulucuya başvurmadan doğrudan işe iade davasını açması sebebiyle davanın usulden reddi halinde, ret kararı taraflara resen tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir.

C. İspat Yükü

İspat yükü kuralları bir somut vakıa iddiasının ispatsız veya belirsiz kalması durumunda yani hâkimin iddia edilen vakıanın varlığı veya yokluğu konusunda kanaat edinemediği durumda hangi taraf aleyhine karar verileceği sorusuna cevap vererek belirsizlik halinin aşılmasına hizmet ederler⁴⁵.

HMK m. 190 uyarınca, ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf, o vakıayı ispat etmelidir. İspat yükünün maddi hukuka ilişkin bir konu olması nedeniyle taraflar, hukuka uygun bir şekilde ispat yükü sözleşmesi yapabilirler. İşveren, İş Kanunu m. 18'deki geçerli sebepleri her türlü delille ispatlayabilir. Ancak işçi, feshin işverenin iddia ettiği dışında başka bir sebebe dayandığını ileri sürüyorsa, yani, yeni bir vakıa ileri sürüyorsa, o iddiasını, takdiri delillerle ispatlayabilir⁴⁶.

Kural olarak ileri sürdüğü bir olaydan kendi lehine hak çıkaran kimse iddia ettiği olayları ispat etmelidir. Genel kuraldan ayrı olarak ispat yükünün kime ait olduğu bazen kanunda açıkça düzenlenmiş olabilir. İş Kanunu'nun 20'nci maddesine göre “Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Davaya ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir”. İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. İşverenin geçerli olarak belirttiği neden gerçekten iş sözleşmesinin feshini gerektirecek nitelikte olmalıdır. Nitekim işverenin belirttiği neden gerçekte doğru da olsa geçerli nedenle feshi gerektirecek nitelikte ve ağırlıkta değilse savunmasına itibar edilmeyecektir⁴⁷.

⁴² Mollamahmutoğlu (n.1) 751; Özekes (n.31) 490.

⁴³ Y. 22. HD. 30.12.2011, E. 2011/16036, K. 2011/8987 (Kazancı İçtihat Bankası – Erişim: 21.04.2023)

⁴⁴ Y. 22. HD. 1.12.2011, E. 2011/14911, K. 2011/6466 (Kazancı İçtihat Bankası – Erişim: 21.04.2023)

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/ Özekes (n.15) 402; Kuru/Arslan/ Yılmaz (n.15) 375.

⁴⁶ Çankaya / Günay / Göktaş (38) 205; Demir (n.8) 307; Özekes (n.15) 146.

⁴⁷ Özdemir (n.4) 296.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin bildirim sürelerine uyularak her zaman sona erdirilebildiği bir sistemde asıl olan fesih serbestisi olduğundan işverenin kötü niyetini ispat yükü işçiye düşer. Buna karşılık fesih bildirim hakkının kullanılabilmesini ancak geçerli yasal nedenlerin varlığına bağlayan iş güvencesi sisteminde asıl olan iş ilişkisinin devamı olduğundan geçerli bir fesih nedeninin oluştuğunu yani olağan durumun aksini bunu iddia eden işveren ispat yükü altındadır⁴⁸.

D. Yargılama Süresinde Davanın Akıbetini Etkileyen Durumlar

İş sözleşmesinin feshedilmesi ardından açılan işe iade davası bakımından dava sürecinde yaşanan birtakım gelişmeler yargılamanın akıbetini etkileyebilmektedir. Kural olarak davanın kabulü⁴⁹ ya da davanın reddi⁵⁰ söz konusu olabilmektedir. Ancak gerek tarafların şahıslarından gerekse dış etkenler sebebiyle mahkeme yargılama aşamasında başka bir hüküm vermesi bakımından etkiler önemlidir.

1. İşçinin İşveren Tarafından İşe Daveti

Feshe itiraz davası sürecinde işveren işçiyi işyerine davet edebilir. Bu davet sonucunda açılmış ve derdest davanın akıbeti değişmektedir. Dava şartlarından olan dava konusu ortadan kalkmaktadır⁵¹. Uygulama bakımından Yargıtay⁵² davanın sonlandırılması gerektiğini ve konusuz kalmasına itibar edilmemesi görüşünü benimsemiştir. Yargıtay konu ile ilgili kararlarında işçinin işverence işe başlatılması işe iade dışındaki isteklerden de feragat edilmediği sürece açılmış bulunan feshin geçersizliğinin tespiti davasının görülmesini etkilemeyeceği bu sebeple davanın devam edip sonlandırılması gerektiği hakkında bir tutum içerisinde⁵³.

⁴⁸ Süzek (n.2) 568.

⁴⁹ Mahkeme işçinin iddiasında haklı olduğu kanaatine varırsa, işe iade davasını kabul edecektir. İş Kanunu'nun 21'nci maddesine göre işçinin açmış olduğu dava haklı bulunduğu mahkeme, feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verecektir. Ayrıca işçinin işe iade edilmeme ihtimali dikkate alınarak bu halde ödenecek tazminat miktarı da belirlenecektir. Son olarak işçinin karar kesinleşinceye kadar çalıştırılmadığı süre için ödenmek üzere en fazla dört aylık ücretinin hüküm altına alınması gerekmektedir. İşe iadeye aykırılık tazminat tutarı, işçinin işyerindeki kıdemi ve feshi gerekçesi nazara alınarak, işçinin en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında belirlenmektedir. Yargıtay'ın yerleşik kararları uyarınca, işe başlatmama tazminat miktarı, yıllık ücretli izinle ilgili 53. Maddedeki kıdem süreleri dikkate alınarak 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4 aylık, 5 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5 aylık, 15 yıldan fazla kıdemi olan işçi için 6 aylık ücreti tutarında belirlenmekte, fesih sebebine göre bu miktarlar da azami sınır 8 aya kadar da çıkmaktadır.

⁵⁰ İşe iade davası sonunda işçinin iddiaları sabit görülmezse dava reddedilecektir. Davanın reddi halinde mahkeme işverenin iş sözleşmesini ya feshetmediğini ya da feshetmekle birlikte kanuna uygun geçerli veya haklı bir sebebe dayandığını kabul etmiş olacaktır. Kanaatimizce bu hüküm işverenin haklı işçinin ise haksız olduğunu belirleyen bir tespit hükmü niteliği taşır, Çankaya/Günay/Göktaş (n.12) 245; Özkes (n.28) 493.

⁵¹ Çankaya/Günay/Göktaş (n.12) 245; Süzek (n.2) 573; Mollamahmutoğlu (n.1) 756.

⁵² Y. 9. HD. 30.4.2007, E. 2007/1308, K. 2007/13524 (Kazancı İçtihat Bankası) (Erişim: 21.04.2023)

⁵³ Centel (n.1) 144.



Doktrinde elbette davanın konusuz kaldığına yönelik bazı görüşlerde yer almaktadır. Buna göre feshin geçersizliğinin tespiti davası sürerken işçinin işveren tarafından işe döndürülmesinin açılmış davayı konusuz bırakacağı kabul edilecek olduğunda; bu yolla açılacak feshin geçersizliğinin tespiti davasını reddettirecek kötü niyetli işverenin, kısa bir süre sonra yeniden geçersiz fesih işlemini gerçekleştirmesini engellemek son derece güçleşecektir. Bu yüzden işçi tarafından kabul edilen işveren daveti ancak iş ilişkisi hiç bozulmamışçasına yani önceki sözleşmeyle aynı koşullarla yeniden yapıldığı takdirde davanın konusuz kalması sonucunu yaratabilecektir⁵⁴.

İş sözleşmesi feshedilen işçinin bu daveti kabul etmeme gibi bir durumu da olabilecektir. İşçi, işverenin işe davetini değişik düşüncelerle kabul etmeyebilir. Bu durumda işverenin işçiyi çalışmaya davetine işçi tarafından uyulmamış olması açılmış feshin geçersizliğinin tespiti davasının reddine ilişkin bir sonucu zorunlu kılmamaktadır⁵⁵. Bu durumda işçinin yeniden işe dönmek ve işverenin emrinde çalışmak istemese dahi yapılan fesih işleminin yasaya aykırılığını tespit ettirmekte yarar vardır.

2. İşyerinin Kapanması

İşyerinin kapanmasına ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre⁵⁶, dava devam ederken işyerinin değişik sebeplerle kapanması halinde işçinin çalıştırılacağı işyeri artık bulunmadığından verilecek işe iade kararının bir anlamı olmayacaktır. İşyerinin kapanması halinde artık işverenin işçiyi çalıştıracak bir işyerinin bulunmamasının davanın esası hakkında verilen hükmü etkilemeyeceğini, kapanma olayının hiç yaşanmamış gibi mahkeme kararının sonuçlarını doğuracağına işaret edilmekte; kapanma halinde mevcut bir işyeri olmadığından işçinin başvuru imkânının bulunmadığını söylemenin de doğru olmayacağı, zira işverenin geçerli bir adresine başvuru ile geçersiz feshin sonuçlarından yararlanılabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda işyerinin kapanması, işçinin feshin geçersizliğinin tespiti davası açmasına ve görülmesine engel olmaması gerekir. İşçinin işine başlatılması fiilen olanaklı bulunmasa bile kendisinin parasal haklardan yoksun kılınması sonucunu yaratmamalıdır⁵⁷.

3. İşçinin Ölümü

İş sözleşmesi işverenin kişiliği esas alınarak yapılmadığından işverenin ölümlüyle işyeri külli halefiyet suretiyle mirasçılara geçeceğinden davanın muhatabı

⁵⁴ Ünal, Narmanlıoğlu, “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Hukuki Sonuçlar” Sicil V, 19, Eylül 2010, 13.

⁵⁵ Ercan, Akyiğit, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi, Ankara, 2007, 310; Centel (n.1) 146.

⁵⁶ Çankaya/Günay/Göktaş (n.12) 249. Mutluay (n.14) 324; Nazlı Elbir, ‘Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu’ (2020) 11 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139.,146.

⁵⁷ Centel (n.2) 148; Odaman (n.2) 78-79.

olan kişi olmasa da mirasçılarının karşı davaya devam edilebilecektir⁵⁸. Ancak işçinin ölümü halinde davanın konusuz kaldığı söylenebilir. Dava devam ederken işçinin ölümü halinde mirasçıların dört aylık ücret talebinde bulunabilmeleri doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Doktrinde bir görüşe göre⁵⁹; dört aylık ücret için işçinin süresinde işverene işe başlatılmak için müracaat etmesi şarttır. Mirasçıların işe başlatılmak için işverene başvurmaları iş sözleşmesinin kişiselliği uyarınca mümkün olmadığına göre ücret bakımından da davanın konusuz kaldığını kabul etmek gerekir. İkinci görüşe göre⁶⁰ ise, işçi, sağlığında feshin geçersiz olduğu iddiasıyla dava açtığına göre sağ olsaydı işe iade halinde işverene başvuracağı bir argüman olarak kabul edilmeli ve buna göre de mirasçılar boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları kadar bir miktara hak kazanmalıdırlar. Bu görüşüne hakkaniyetli olabileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

İşçinin işe iade edilmesi, iş sözleşmesinin işveren tarafından kanuni düzenlemelere aykırı olarak feshedilmesinin en önemli hukuki yaptırımıdır. İşçinin iş güvencesinden kaynaklanan işe iade edilmesini talep etme hakkı, dava edilebilme şartların mevcut olması halinde, dava yolu ile kullanılmaktadır. Bu durumda işçi, işe iade davasını açmalıdır.

İşçinin işe iade davasını açabilmesi için öncelikle olarak arabulucuya başvurusu gerekir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile artık işe iade davasından önce, arabulucuya başvurmak zorunlu kılınmıştır. Arabulucuya başvuru, bir dava şartı olarak kabul edilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 5521 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılarak yerine yeni bir İş Mahkemeleri Kanunu getirilmektedir. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu, iş mahkemelerinin kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulleri ile dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümleri kapsamaktadır.

7036 sayılı Kanun'la birlikte, başta 4857 sayılı İş Kanunu olmak üzere diğer iş mevzuatında da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin merkezinde, zorunlu arabuluculuk kurumu bulunmaktadır. Bu çerçevede, iş güvencesi, işe iade uyumsuzlukları bakımından da zorunlu arabuluculuk kapsamında özellikle İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde ekleme ve değişikliklere gidilmiştir. Biz bu çalışmada işe iade talepleri kapsamında zorunlu arabuluculuğun gösterdiği özellikleri incelemeye çalıştık.

İşe iade talebiyle arabulucuya başvuru, diğer zorunlu arabulucuya başvurularından farklı olarak, bir aylık hak düşürücü süreye bağlıdır. Bu süre, fesih bildiriminin tebliği ile başlar. Ancak, bu tebliğin yapılmaması veya tebliğe ilgili sorun-

⁵⁸ Çankaya/Günay/Göktaş (n.38) 248.

⁵⁹ Çankaya/Günay/Göktaş (n.38) 249.

⁶⁰ Mollamahmutoğlu (n.1) 757; Şamil Demir, 'İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları' [2013] Ankara Barosu Dergisi, 345; Elbir (n.56) 142. Y 9.HD 2017/21990 E, 2018/6271 K, 26.03.2018 T.; Y 9.HD 2021/9540 E, 2021/14240 K, 13.10.2021 T. (Erişim: lexpera.com.tr – 12.09.2023).



lar bakımından, daha önce Yargıtay'ın işe iade davalarında verdiği kararların ve doktrinde kabul edilen kriterlerin burada da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. İşçi, arabulucuya başvurmak yerine, doğrudan dava açarsa, mahkeme dava şartı sebebiyle talebi usulden reddetmek ve ret kararını re'sen taraflara tebliğ etmek durumundadır. Bu ret kararının kesinleşmesinden sonra da, re'sen yapılacak tebliğden itibaren, iki hafta içinde arabulucuya başvurma imkânı tanınmıştır. Gerek önce arabulucuya başvuru halindeki bir aylık süre sınırı, gerekse doğrudan mahkemeye başvurudan sonra iki haftalık ek süre, diğer iş uyuşmazlıklarında düzenlenmeyen, işe iade taleplerine özgü hükümlerdir. Burada tartışmaya açık konu, bu hak düşürücü süreler geçirilerek arabulucuya başvurulmuşsa, arabulucu hâkim ve karar verici konumunda olmadığından, bu sürelerin geçtiğinin nasıl dikkate alınacağı ve sürecin nasıl işletileceğidir. Kanaatimizce, burada akla gelebilecek en pratik yol, karşı tarafın bu durumu ileri sürerek arabuluculuk görüşmelerine katılmaması, arabulucunun da bu durumu tutanakta belirterek görüşmeleri sonlandırması ve eğer daha sonra dava açılırsa, bu durumun ayrıca davada değerlendirilmesidir.

İşe iade davası yargılamasında, mahkemece gerçekleştirilen yargılama süreci sonucunda işverence gerçekleştirilmiş olan feshin geçerli nedene dayandığına ve davacı işçinin haksız olduğuna kanaat getirilmesi halinde davanın reddine karar verilir. Bu durumda iş sözleşmesi sona ermiş olacaktır ve şartları oluşmuşsa işçi tarafından ayrıca dava açılarak muaccel olmuş olmasına rağmen henüz ödenmemiş olan işçilik ücretini ödemesi, fazla çalışma ücreti, kıdem ve ihbar tazminatı, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti vb. işçilik alacakları talebinde bulunulabilecektir. İşe iade davasının sonucunda feshin geçersizliğinin tespiti halinde işçinin işe iadesine ilişkin olarak hüküm kurulacaktır. Bu hükümle birlikte boşa geçen süre ücreti ve şarta bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ya da halk arasında bilinen diğer adıyla iş güvencesi tazminatına hükmedilir. Arabuluculuk süreci usulüne uygun olarak yürütülmesizden açılan işe iade davaları, dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilecektir. Bu nedenle reddedilen davaların kesinleşmesi akabinde kesinleşen kararın tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde arabulucuya başvurulması gerekecektir.

KAYNAKÇA

Aktepe S. (2009), “İşe İade Davalarının Medeni Usul Hukuku İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi”, Bilge Umar’a Armağan.

Akyiğit E. (2007), *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.

Alpagut G. (2010), *İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.

Alpagut G. (2016) “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul.

Baycık G. (2011), *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.

Baycık G. (2016), “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi - 14 Mayıs 2016* (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, 195-217.

Bilgili A. (2005), *İş Güvencesi Hukuku İşe İade Davaları*, 2. Bası, Karahan Kitabevi, Adana.

Centel T. (2012), *İş Güvencesi*, İstanbul.

Çankaya OG. Günay Cİ. Göktaş S. (2006), *Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları*, Ankara.

Çelik N. Caniklioğlu N. Canbolat T. (2017), *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınevi, 30. Bası, İstanbul.

Demir ÖF. (2017), *İşe İade Davasında Yargılama*, *DÜHFD*, Cilt: 22, Sayı: 37, Yıl: 2017, 285-312.

Demir Ş. ‘İş Hukukunda Geçersiz Feshin Sonuçları’ [2013] *Ankara Barosu Dergisi* 340-370.

Doğan Yenisey K. (2016), “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi*, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul.

Elbir N. ‘Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Kararı Sonrası İşçinin Başvurusu ve İşverenin Davetinde “Samimiyet” Olgusu’ (2020) *11 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 139-155.

Ertabak Ü. (2012), *İş Güvencesinin Kapsamı Geçerli - Geçersiz Fesih Sebepleri ve Fesih Usulü Geçersiz Fesih İtirazı ve Sonuçları*, Ankara.

Eyrenci Ö. Taşkent S. Ulucan, D. (2016), *Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları.

Güzel A. (2004), *İş Güvencesine Dair Yasal Esasların Değerlendirilmesi*, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı*. İstanbul Barosu Yayınları.

Güzel A. (2016), “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, *ÇTD* 2016/3 (50), 1131-1146.

Türkay İ. (2017), *İşçi-İşveren İhtilaflarında Açılan Davalarda Arabulucuya Başvuru Şartı ve Arabuluculuk Faaliyetinin Vergilendirilmesi*, *Emek ve Toplum Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 17.



- İnal T. (2014), *Borca Aykırılık/Dönme ve Fesih*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- İşel İ. (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında, www.guvenlicalisi.ma.org.
- Kar B. (2017), İş Güvencesi ve Uygulaması, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Karacabey K. (2016), “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 457-489.
- Kekeç EK. (2011), *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınları, Ankara.
- Kuru B. Arslan R. Yılmaz E. (2012) *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Köseoğlu AC. (2011), İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle *Bildirimli Feshi*, Yetkin Yayıncılık, İstanbul.
- Kutal M. (2022), ‘İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları’, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorular ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul.
- Manav Özdemir E. (2009), İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Manav Özdemir E. (2010), ‘İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü’, TAAD, C. 1, S. 3, Ankara.
- Mazlum İ. (2013), Feshe İtiraz Davası, Ankara Barosu Dergisi, 2013/2, s.249-276.
- Mollamahmutoğlu H. (2018), İş Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara.
- Namlı M. (2016), “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İstanbul.
- Mollamahmutoğlu H. Astarlı M. Baysal U. (2017) İş Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Narmanlıoğlu Ü. (2010), “İş Güvencesi Hükümleri Çerçevesinde Süresinde İşverene Başvuruda Bulunup Davet Edildiğinde İşe Başlamayan İşçinin Davranışına Bağlı Hukuki Sonuçlar” Sicil V, 19.
- Odaman S. (2007), “Fesihden Sonra İşyerinin Kapatılmasının Feshin Sonuçlarına Etkisi” Sicil İş Hukuku Dergisi, S.8.
- Odaman S. Karaçöp E. (2016), İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Arabuluculuk Müessesesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 35.

- Oğuz Ö. (2016), *Türk İş Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Legal Yayıncılık, Ankara.
- Oğuzman K. (1955), *Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet 'İş' Akdinin Feshi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Özbek MS. (2016), *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. Cilt, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özbek MS. (2017), Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3 S.2, 69-75.
- Özekes Ö. (2018), İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk, TBB Dergisi, (138), 274-316.
- Özcan D. (2011), *İş Sözleşmesinin Feshi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- Pekcanitez H. Atalay O. Özekes M. (2012), *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Vedat Yayıncılık, Ankara.
- Pekcanitez H. Atalay O. Özekes M. (2017), *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Polat S. (2005), *Feshe Karşı Korunmanın Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları*, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları.
- Sarıbay G. (2007), *Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz Ve Feshe İtirazın Sonuçları*, Legal Yayıncılık, Ankara.
- Serozan R. (2007), *Sözleşmeden Dönme*, Yetkin Yayıncılık, İstanbul.
- Süzek S. (2018), *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul.
- Tanrıver S. (2006), "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 64.
- Tulukçu NB. (2017), *İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Usta O. (1998), *İş Hukukunda Akdin Fesihinden Doğan Tazminatlar ve Uygulamalar*, Ankara.

İlgili Kararlar

- Y. 9. HD. 30.4.2007, E. 2007/1308, K. 2007/13524 (Kazancı İçtihat Bankası)
- Y 9.HD. E.2016/25300 K.2016/21744 T.08.12.2016 (Kazancı İçtihat Bankası)
- Y 9.HD. E.2016/31376 K.2016/21368 T.01.12.2016 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası)
- Y. 9.HD E.2018/5826 K.2019/2607 T.04.02.2019 (Erişim: Kazancı İçtihat Bankası)
- Y. 20. HD. 11.11.2015, 12101/10967 (Kazancı İçtihat Bankası)
- Y. 22. HD. 30.12.2011, E. 2011/16036, K. 2011/8987 (Kazancı İçtihat Bankası)
- Y. 22. HD. 1.12.2011, E. 2011/14911, K. 2011/6466 (Kazancı İçtihat Bankası)
- Y 9.HD 2017/21990 E, 2018/6271 K, 26.03.2018 T (Lexpera.com.tr)
- Y 9.HD 2021/9540 E, 2021/14240 K, 13.10.2021 T (Lexpera.com.tr)



LİMİTED ŞİRKETLERDE ÖNCELİK, ÖNALIM VE ALIM HAKLARININ KULLANILMASINA İLİŞKİN BELİRLİ ESASLAR

Certain Principles for Exercising First Option, Pre-emption and Purchase Rights in Limited Liability Companies

Cansu CİNDORUK*

Özet

Türk Ticaret Kanunu'nun 577'nci maddesinde limited şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı hüküm hâline gelen kayıtlar sayılmış; ilgili maddenin 1/-(b) bendinde, ortaklara veya şirkete esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının tanınmasına ilişkin düzenlemelere temas edilmiştir. TTK'nın 587'nci maddesinde ise tescil ve ilan edilen şirket sözleşmesi bakımından TTK m. 36 hükmü uyarınca ticaret sicilinin olumlu etkisinin geçerli olduğu kayıtları sayılmış; ilgili maddenin (j) bendinde de esas sermaye payları ile ilgili olarak öngörülen anılan haklara yer verilmiştir. Limited şirket payları üzerinde kurulan bu haklar, mehaz İsviçre hukukunda ise ortaklar bileşiminin korunması amacıyla hizmet eden birer yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık her iki hukuk sisteminde de ilgili hakların kullanım şekli ve esaslarına ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Limited şirketlerde ortaklara karşı ileri sürülen alım haklarının, ortak sıfatının kaybına yol açabileceği dikkate alınırca hakkın kullanılmasına ilişkin belirli esasların; özellikle limited şirket ortağının şirketten çıkarılmasına ilişkin kanuni düzenlemeler çerçevesinde incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Ayrıca TTK m. 577/1-(b)'de sayılan bu hakların, yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi hâlinde ise şirketin iktisap ettiği kendi esas sermaye payları ile ilgili olarak, şirkete karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Yan Edim Yükümlülüğü, Öncelik Hakkı, Önalım Hakkı, Alım Hakkı.

Abstract

The provisions whose binding depends on anchoring in the articles of association are listed in Article 577 of the Turkish Commercial Code. In subparagraph (b) of this article, the provisions regarding the establishment of first option, pre-emption and purchase rights of the shareholders or the company in capital contributions are stated. Per Art.587 of the TCC, the registered articles of association in the trade registry regarding first option, pre-emption and purchase rights concerning capital contributions shall bear an informative effect on third parties. Under Swiss law, these rights concerning capital contributions in limited liability companies are considered ancillary obligations. On the other hand, in both legal systems there is no regulation or legislation on the forms and conditions of the stated rights. Considering that the exercise of purchase rights against shareholders may result in the exit of the shareholder, it is crucial to examine the basic principles under the legal provisions regarding the withdrawal of a limited

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.09.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Arş. Gör., Başkent Üniversitesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, ccindoruk@baskent.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7738-5784>.



liability company shareholder. Moreover, it is necessary to determine whether these rights could be exercised regarding these shares acquired by the company, if such rights are considered as ancillary obligations.

Keywords: Limited Liability Company, Ancillary Obligations, First Option, Pre-emption, Purchase Rights.

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹ (TTK) 577'nci maddesinin 1/-(b) bendinde, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının tanınmasına ilişkin kayıtların, şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı hüküm hâline geleceği kabul edilmiştir. Böylece borçlar hukukuna özgü olan bu hakların, bir limited şirket sözleşmesinde yer almakla ortaksal nitelik kazanacağı öngörülmüştür. Tescil ve ilan edilen limited şirket sözleşmesinin, TTK'nın 36'ncı maddesi uyarınca ticaret sicilinin olumlu etkisinden yararlanabilecek kayıtlarının sayıldığı TTK m. 587 hükmünün (j) bendinde de anılan haklara temas edilmiştir. Bu şekilde üçüncü kişilerin, şirket sözleşmesinde yer alan ve usulüne uygun olarak tescil ve ilan edilen bu hakları bilmediklerini iddia edemeyecekleri kabul edilmiştir. Buna karşılık söz konusu hakların kullanım şekli ve koşulları bakımından ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Limited şirketlerde esas sermaye paylarıyla ilgili olarak tanınan öncelik, önalım ve alım hakları, mehz İsviçre hukukunda ortaklar bileşiminin ve şirketin bağımsızlığının korunması amacıyla öngörülen birer yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmiştir². Hukukumuzda ise anılan hakların bir limited şirket sözleşmesinde öngörülmele ortaksal nitelik kazanacağına temas edilmekle beraber³ şirketler hukuku düzenlemeleri çerçevesinde hangi borcun karşılığını oluşturduğuna işaret edilmemiştir. Limited şirketlerde ortaklar veya şirket lehine tanınan bu hakların, birer yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi hâlinde ise bu hakların kullanılmasına ilişkin belirli hususlar incelemeye muhtaç görünmektedir. Bu bağlamda şirketin iktisap ettiği esas sermaye paylarıyla ilgili olarak, yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilen bu hakların ileri sürülüp sürülemeyeceğinin tespiti gerekmektedir. Ayrıca TTK m. 577/1-(b)'de sayılan bu hakların, bir ortağın esas sermaye paylarının tamamına ilişkin olarak kullanılması; ortak sıfatının yitirilmesi anlamını taşıyabileceği için hakkın düzenlenme şekline ve kullanımına ilişkin belirli esasların, limited şirket ortağının şirketten çıkarılmasına ilişkin TTK m. 640

¹ RG, 14.02.2011, S. 27846.

² Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19 Dezember 2001 (Botschaft GmbH 2002) 3173.

³ Limited şirket sözleşmesinde öngörülen anılan hakların ortaksal niteliğine ilişkin bkz. Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları (Pay Defteri Hukuku ile)* (Vedat Kitapçılık 2012) 84; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (C. 4, Adalet Yayınevi 2022) § 65 N. 9; Muharrem Tütüncü, *Şirketler Hukuku Şerhi* (Ed. Kemal Şenocak), (C. 4, Seçkin Yayınevi 2023) 4062.

vd. düzenlemeleriyle bağlantılı olarak incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda anılan hakların, bir ortağın esas sermaye paylarının tamamına ilişkin olarak kullanılıp kullanılmayacağı belirlenmesi ve bu tür bir kaydın, şirket sözleşmesinde hangi koşullara uygun olarak öngörülebileceğinin değerlendirilmesi gerekir. Bununla beraber ortaklara karşı bu hakların kullanılmasının, ilgili ortağın şirketten ayrılmasıyla sonuçlanabileceği hâllerde kanun koyucu tarafından öngörülen hangi düzenlemelerin uygulama alanı bulacağı tespit edilmelidir. Bu hususta özellikle şirketin hak sahipliği çerçevesinde, şirketin kendi esas sermaye paylarını iktisabına ilişkin sınırlamaların uygulanabilirliği üzerinde durulmalıdır. Bu çalışmada, limited şirket paylarını konu edinen öncelik, önalım ve alım haklarının temel nitelikleri dikkate alınarak hakkın kullanımına ilişkin belirli hususların, mehz İsviçre hukukunda yer alan düzenlemeler ile bağlantılı bir şekilde incelenmesi amaçlanmaktadır.

I. ÖNCELİK, ÖNALIM VE ALIM HAKLARINA İLİŞKİN HUKUKİ ESASLAR

Türk Ticaret Kanunu'nun limited şirketlere ilişkin muhtelif hükümlerinde, esas sermaye paylarını konu edinen öncelik, önalım ve alım haklarına temas edilmiş; bu hakların, farklılık arz eden belirli nitelikleri haiz olduğu öngörülmüştür. Ancak ilgili düzenlemelerde anılan hakların şekle ve esasa ilişkin hususları ayrıntılı olarak hükme bağlanmamıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁴ (TMK) çerçevesinde önalım ve alım hakları, “*Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları*” bahsinde düzenlenmiş; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda⁵ (TBK) ise bu haklar, “*Satış İlişkisi Doğuran Haklar*” başlığı altında hükme bağlanmıştır. Buna karşılık ilgili düzenlemelerde de bu hakların herhangi bir tanımına yer verilmemiştir.

A. Limited Şirketlerde Öncelik, Önalım ve Alım Hakkı Kavramları

Türk Ticaret Kanunu'nun 577'nci maddesinin 1/-(b) bendinde yer alan “*önerilmeye muhatap olma hakkı*”, ilgili maddenin İsviçre hukukunda karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationenrecht, OR*)⁶ Art. 776a/1-(2) düzenlemesinde, “*öncelik hakkı/öncelikle alım hakkı*” kavramını karşılayan “*Vorhandsrecht*” terimi ile ifade edilmiştir⁷. Bu bağlamda önerilmeye muhatap olma hak-

⁴ RG, 08.12.2001, S. 24607.

⁵ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁶ <https://fedlex.data.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377> (E.T. 19.10.2022).

⁷ “*Vorhandsrecht*” teriminin hukukumuzda, “*öncelik hakkı/öncelikle alım hakkı*” olarak nitelendirilmesine ilişkin bkz. Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu” *Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu* (Fakülteler Matbaası 1978) 345, 349; Harun Keskin, “Emredici Hükümler İlkesinin Borsaya Kote Edilmemiş Anonim Şirketlerde Daha Esnek Yorumlanmasına İlişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) Kararı” (2015) 31(4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 193, 201 dpn. 16; “*Vorhandsrecht*” kavramına ilişkin İsviçre hukukunda öngörülen tanımlara bkz. Dieter Henrich, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der*



kanın, mehzaz kanunda “*Vorwegzeichnungsrecht*” ifadesi ile anıldığı ve TTK m. 5771/-(b)’de temas edilen bu hakkın ise, Art. 776a OR hükmüne uygun olarak “*öncelik hakkı*” şeklinde anlaşılması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür⁸.

Limited şirket payları üzerinde kurulan öncelik hakkı, hakkın muhatabı ortağın esas sermaye payını üçüncü bir kişiye devretmek istemesi hâlinde bunu öncelik hakkı sahibi olan kişi veya kişilere önermesi yükümlülüğünü içeren bir tür alacak hakkı olarak nitelendirilebilir⁹. Ancak öncelik hakkının içeriği, şirket sözleşmesinde farklı şekillerde düzenlenebilmekte ve böylece hak sahibine, payı devralma hususunda çeşitli yetkiler tanınabilmektedir. Bu bağlamda esas sermaye payını devretmek isteyen ortağa, öncelik hakkı sahibine bunu bildirme ve bir teklif sunma yükümlülüğünün (*teklifte öncelik*) öngörülmesi veya bir öneride bulunma borcunun (*öneride öncelik*) yüklenmesi mümkündür. Birinci ihtimalde ortağın, esas sermaye payını devretme isteğini bildirmesi bir öneriye davet niteliği taşır. Dolayısıyla ortağın, hakkın konusunu oluşturan payı devretmesi yönünden herhangi bir zorunluluğunun bulunmadığı görülmektedir¹⁰. Buna göre ortağı bağlayan tek husus, paylarını devretme isteğinin devam etmesi hâlinde bu devir sözleşmesini, aynı şartlar altında hak sahibi ile akdetmek zorunda olmasıdır¹¹. İkinci ihtimalde ise ortağın, esas sermaye payını devretme isteğini bildirmesi bir öneri niteliği taşıyacağı için öncelik hakkı sahibinin kabul beyanıyla devir sözleşmesi kurulur¹².

vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss) (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 32, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2020) 68; Markus Vischer, “Der Aktionärsbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften)” (2020) (1) Successio <<https://www.successio.ch/de/artikel/2504-0812-2020-0001/der-aktionarbindungsvertrag-als-instrument-der-nachfolgeplanung-bei>> (E.T. 24.10.2022). Tina Huber-Purtschert/Eva Maissen, “Vorhandrechte in Aktionärsbindungsverträgen: Ein Beitrag zu den Anforderungen an die Ausgestaltung” (Hrsg. Portmann et al.), *Gedenkschrift für Claire Huguenin* (Dike Verlag 2020) 184.

- ⁸ Doktrinde ileri sürülen bu görüş doğrultusunda TTK m. 5771/-(b)’de yer alan “*Önerilmeye muhatap olma hakkı*” kavramı, çalışmamızda “*Öncelik hakkı*” olarak nitelendirilmektedir. Bu hususta ayrıntılı değerlendirme için bkz. Hasan Pulaşlı, “Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar” (2009) 25(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 37, 53; Rifat Cankat, “Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2017) 117; Önerilmeye muhatap olma hakkının yalnızca şartlı sermaye artırımı çerçevesinde değiştirme veya alım hakkı içeren tahvil ve benzeri borçlanma araçlarının ihraç edilmesi durumuyla sınırlı olarak uygulama alanı bulacağına ilişkin ayrıca bkz. Mustafa İsmail Kaya, *Şartlı Sermaye Artırımı* (Yetkin Yayınları 2009) 146; TTK m. 5771/-(b)’de öngörülen bu hakkın, TTK m.466’da hükme bağlanan önerilmeye muhatap olma hakkından farklı olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Tekinalp, *Bağlam* 86.
- ⁹ Murat Yusuf Akın/Rifat Cankat, “Limited Ortaklıklarda Opsiyon Haklarının Hukuki Niteliği” (2022) 28(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 980, 987; Huber-Purtschert/Maissen 184; Pulaşlı, *Limited Şirketler* 53; Tekinalp, *Bağlam* 86.
- ¹⁰ Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2003) 211.
- ¹¹ Okutan Nilsson 211.
- ¹² Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması* (On İki Levha Yayınları

Bununla beraber hak sahibinin bu öneriyi reddetmesi hâlinde ise ilgili ortağın, esas sermaye payını üçüncü bir kişiye de devretmesi mümkündür. Görüldüğü üzere öncelik hakkı, ilgili ortağın esas sermaye payını devretme isteği üzerine harekete geçmekte olup üçüncü kişiler ile somut bir devir sözleşmesinin kurulması şartına bağlı tutulmamaktadır¹³.

Limited şirket payları üzerinde kurulan önalım hakkında ise hak sahibine, üçüncü bir kişi ile bu payların devrine ilişkin bir sözleşmenin kurulması hâlinde, tek taraflı irade bir beyanıyla ilgili payları iktisap etme imkânı tanınmaktadır¹⁴. Buna göre önalım hakkının, hakkın konusunu oluşturan esas sermaye paylarının devrini talep etme yetkisi veren yenilik doğurucu bir hak olarak nitelendirilmesi mümkündür¹⁵. Nitekim ortaklar veya şirket tüzel kişiliği lehine tanınan önalım hakkının kullanılmasıyla bir devir sözleşmesi kurulur ve ilgili ortağın, esas sermaye payını hak sahibine devretme yükümlülüğü doğar. Bu bağlamda önalım hakkı, üçüncü kişi ile akdedilen devir sözleşmesinin şartlarına tâbi tutulabileceği gibi şirket sözleşmesinde, hakkın kullanımına ilişkin özel koşulların da öngörülmesi mümkündür¹⁶.

Limited şirket sözleşmelerinde, esas sermaye paylarına ilişkin geri alım hakkından ziyade, alım ve satım haklarına (*alım ve satım opsiyonu*) ilişkin kayıtlara yer verildiği söylenebilir. Amerikan hukukunda “*call option/put option*” terimleri ile ifade edilen bu hakların kullanılmasıyla hakkın muhatabının, alım hakkının konusunu oluşturan esas sermaye paylarını devretme; satım hakkının konusunu oluşturan esas sermaye paylarını ise devralma yükümlülüğü söz konusu olur¹⁷. Buna karşılık satım hakkı, TTK m. 577/1-(b) hükmünde belirtilen haklar arasında sayılmamış; ilgili hükmün gerekçesinde ise, “*İşte 577’nci madde bu kayıtları sınırlı sayıda*

2016) 257; Okutan Nilsson 212.

¹³ Bozkurt 259.

¹⁴ Philipp Meier Schleich, “Option und Optionsvertrag (Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht)” *Zürcher Studien zum Privatrecht* (Schulthess Juristische Medien AG 2016) 13; Mehmet Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi* (Beta Yayıncılık 2001) 245; Okutan Nilsson 214.

¹⁵ Sözleşmeden doğan önalım hakkına ilişkin tanımlar için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 201-202; Halük Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (C. I, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık 2008) 274; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı* (3. Baskı, Filiz Kitabevi 2020) 298; Çiğdem Kırcı, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler” *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı* (Beta Yayıncılık, 2002) 1179; Didem Akalp Demirtabak, *Yasal Önalım Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2010) 8.

¹⁶ Mehmet Bahtiyar, “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişiye Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Taniyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri” (2001) 11(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 83, 90; Tekinalp, *Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklar* 347-348.

¹⁷ Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) N. 9-137b, N. 9-137c; Huber-Purtschert/Maissen 184.



(*numerus clausus*) göstermektedir” şeklinde bir ifade yer verilmiştir¹⁸. TTK’nın 577’nci maddesinin mehz hükmü olan Art. 776a OR düzenlemesinde de satım hakkına yer verilmemiş olmasından hareketle şirket sözleşmesinde öngörülen bu hakkın, ortaksal niteliği haiz olup olmadığı bir sorun olarak ele alınmıştır. Bu hususta doktrinde ileri sürülen bir görüş, satım hakkı ile TTK m. 577/1-(b)’de sayılan diğer haklar arasında bir ayırım yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı ve dolayısıyla bu hakkın da ortaksal nitelik taşıyabileceği yönündedir¹⁹. Bu görüş çerçevesinde satım hakkının gerek konu gerekse işlev yönünden diğer haklar ile benzerlik taşıdığı ve aynı şekilde mevcut ortaklık yapısını korumaya hizmet ettiği belirtilmiştir²⁰. Gerçekten limited şirket paylarını konu edinen satım hakkının, TTK m. 577’de belirtilen diğer haklar ile yapısal özdeşliği göz önünde bulundurulursa şirket sözleşmesinin korporatif hükümleri arasında neden sayılmadığı belirsiz görünmektedir²¹.

Bu hususu ortaklar lehine tanınan haklar yönünden ele alan Germann, satım hakkının pozitif hukuka uygun olup olmadığını şirket sözleşmesinde ne şekilde düzenlendiğine bağlı olarak pozitif hukuka uygun olup olmadığını belirlenebileceğini ileri sürmüştür²². Bu bağlamda yazar, ortakların şirkete karşı satım hakkının, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın, koşulsuz bir şekilde tanınamayacağını belirterek sermayenin korunması ilkesi gereğince bu tür bir hakkın, ancak belirli şartlara uygun bir şekilde kullanılabilmesine dikkat çekmiştir. Ayrıca ortakların, her ne kadar şirkete karşı kullanabileceği şarta bağlı bir satım hakkından söz edilebilirse de bu hakkın, eşit işlem ilkesi gereği yalnız tüm ortakların rızasıyla öngörülebileceğini belirtmiştir²³. Bu değerlendirmeye göre, ortaklar lehine satım hakkının öngörülebilmesi için tüm ortakların rızası aranacak ve hakkın kullanılması ise, şirketin kendi esas sermaye paylarını iktisabına ilişkin koşullara tâbi tutulacaktır. Bunun yanı sıra yazar, ortakların diğer ortaklara karşı kullanacağı satım hakkı çerçevesinde ise, söz konusu payların devralınmasının yükümlü ortak için önemli bir yük teşkil edeceği ve dolayısıyla ilgili ortağın, kural olarak bu devir işlemine rıza göstermesi gerektiği üzerinde durmuştur. Yine şirket sözleşmesinde öngörülen satım hakkının tüm ortaklara karşı kullanılamaması hâlinde de asimetrik bir risk dağılımının gündeme gelebileceğine dikkat çekmiştir²⁴. Kanaatimizce satım hakkının, her ne kadar belirli koşullara uygun olarak, şirket sözleşmesinde düzenlenebileceği ileri sürülebilirse de kanun koyucunun bu yöndeki iradesi de dikkate

¹⁸ Bkz. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 577’nci madde gerekçesi.

¹⁹ Murat Yusuf Akın/Rifat Cankat 986.

²⁰ Murat Yusuf Akın/Rifat Cankat 986.

²¹ Sandro Germann, *Die Personalistische AG und GmbH (Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen)* (Hrsg. Peter Forstmoser), (Dike Verlag 2015) 894 N. 2098; Reto Sanwald, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH* (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 280, Dike Verlag 2009) 361, 364.

²² Germann 894 N. 2098.

²³ Germann 895 N. 2099; Sanwald 363, 192.

²⁴ Germann 896 N. 2102.

alınmaya muhtaç görünmektedir²⁵. Nitekim bu tür bir hakkın, şirket sözleşmesinde bağlayıcı bir hüküm olarak öngörülebileceğine ilişkin kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmedikçe aksi yönde bir kabul, şirketler hukuku düzenlemeleri çerçevesinde öngörülen belirli esaslarla çelişebilir²⁶. Dolayısıyla satım hakkına ilişkin kayıtların ortaksal niteliğine kanunda açıkça işaret edilmemiş olması, borçlar hukukuna özgü nitelikte olan bu hakkın, korporatif bir şirket sözleşmesi hükmüne vücut vermeyeceğini gösterebilecektir.

B. Limited Şirket Payları Üzerinde Öncelik, Önalım ve Alım Haklarının Tanınmasına İlişkin Kanuni Düzenleme ve Uygulama Alanı

1. İsviçre Hukukunda

01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren “Limited Şirketlere İlişkin Revizyon”²⁷ düzenlemeleri ile İsviçre Borçlar Kanunu’nun 772 ilâ 827’nci maddeleri arasında öngörülen limited şirketlere ilişkin hükümlerde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler çerçevesinde konumuza ilişkin olarak öngörülen bir düzenleme ise, İsvBK’nın “*Şartlı Zorunlu İçerik*” başlığını taşıyan Art. 776a hükmünde ele alınmış; ilgili maddede limited şirket sözleşmesinde öngörülmekle bağlayıcı nitelik kazanacağı kabul edilen hususlar iki ayrı bent hâlinde sayılmıştır. Buna karşılık Art. 776a OR hükmü, İsvBK’da anonim şirketler için öngörülen paralel hükme (Art. 627) dayanılarak, 19.06.2020 tarihinde kabul edilen “*Anonim Şirketlere İlişkin Revizyon*”²⁸ düzenlemeleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla limited şirket payları üzerinde öncelik, önalım ve alım haklarının tanınmasına ilişkin kanuni düzenlemenin, Art. 776a OR hükmünün yürürlükte olduğu 01.01.2023 tarihine kadarki dönem açısından ayrıca incelenmesinde fayda bulunacaktır.

a. 01.01.2023 Tarihine Kadar Geçerli Olan Kanuni Düzenleme

Türk Ticaret Kanunu’nun 576’ncı maddesinin, İsviçre hukukunda karşılığı olan İsvBK’nın Art. 776 düzenlemesinde limited şirket sözleşmesinde bulunması zorunlu kayıtlar, “*Kanunen Öngörülen İçerik*” başlığı altında dört bent hâlinde

²⁵ Limited şirket ortakları arasındaki satım haklarına ilişkin olarak aynı yönde bkz. Sanwald 365.

²⁶ Nitekim anılan haklar, borçlar hukukuna özgü nitelikte olup TTK m. 577 hükmü gereği ancak bir limited şirket sözleşmesinde yer almakla ortaksal nitelik kazanabilmektedir. Zira bir borç sözleşmesi niteliğini taşıyan bu tür düzenlemeler, limited şirketler hukuku çerçevesinde izin verildiği takdirde ortaksal alanda sonuç doğuran, korporatif şirket sözleşmesi hükümleri arasında sayılabilecektir. Şirket sözleşmesi hükümleri arasındaki bu ayrıma ilişkin bkz. Ulrich Noack, “Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)” (Hrsg. Noack/Servatius/Haas), *Beck’sche Kurzcommentare* (23. Aufl., Verlag C.H.Beck 2022) § 53 Rn. 15; Tütüncü, *Şirketler Hukuku Şerhi* 4068; Anonim şirketler yönünden benzer bir değerlendirme için bkz. Okutan Nilsson 234.

²⁷ **Änderung des Obligationenrechts** (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (OR) vom 16. Dezember 2005 (AS 2007 4791; BBl 2002 3148).

²⁸ **Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 19. Juni 2020** (AS 2020 4005; BBl 2017 399).



sayılmıştır. Art. 777/1 OR hükmü uyarınca bu zorunlu asgari içeriğin, şirketin kuruluşunun ön koşulunu oluşturduğu doktrinde ifade edilmiştir²⁹.

TTK'nın 577'nci maddesinin mehzadaki karşılığı olan Art. 776a OR düzenlemesinde ise “Şartlı Zorunlu İçerik” başlığı altında, öngörülmesi koşuluyla şirket sözleşmesinde bulunması gerekli kayıtlar iki ayrı fıkra hâlinde sayılmıştır. İlgili düzenlemenin birinci fıkrasında, kanunda öngörülmemekle beraber şirket sözleşmesi ile tanınabileceği kabul edilen hak ve yükümlülöklere ilişkin bir listeye yer verilmiş ve böylece sermaye şirketlerinde çoğu kez pay sahipleri sözleşmelerine konu oluşturan belirli hususlar açısından tüzel kişiliğe özgü bir koruma sağlanmıştır³⁰. Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise, korporatif yapıyla ilgili olarak kanuni düzenlemeden ayrılabilen hususlar ele alınmıştır³¹. Böylece Art. 776a OR hükmünde, söz konusu kayıtların şirket sözleşmesinde yer almakla bağlayıcı nitelik kazanacağı kabul edilmiş ve korporatif yapının ortaklar tarafından şekillendirilmesine izin verilmiştir³². Diğer bir deyişle limited şirket ortaklarına, belirli ve kişisel unsurları açık ve bağlayıcı bir temele kavuşturabilmeleri açısından geniş bir serbesti tanınmış³³ ve ticaret siciline tescil edilen sözleşme hükümlerini inceleyen üçüncü kişilerin de bu hususlarda bilgi sahibi olmasına imkân verilmiştir³⁴. Bununla beraber Art. 776a OR hükmünde sayılan hususların, şirket sözleşmesi dışında öngörölmüş olmaları hâlinde ortaksal niteliği haiz olmayacağı; örneğin, bir genel kurul kararına konu oluşturması hâlinde de şirketler hukuku bağlamında hüküm doğurmayaacağı doktrinde ayrıca ifade edilmiştir³⁵.

Limited şirket payları üzerinde öncelik, önalım ve alım haklarının tanınmasına ilişkin kayıtlar ise şirket sözleşmesinin şartlı zorunlu içeriğini oluşturan unsurların sayıldığı Art. 776a OR hükmünün birinci fıkrasının ikinci bendinde ifadesini bulmuştur. Nitekim ilgili düzenlemede, “ortakların veya şirketin, esas sermaye paylarında öncelik, önalım veya alım haklarının kurulması ve koşulları” şeklinde

²⁹ Sabina Kasper Lehne, “Statuten der GmbH” (Hrsg. Münch et al.), *Schweizer Vertragshandbuch* (3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2018) § 51.

³⁰ Hans Rudolf Trüeb, “GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere-Bucheffektengesetz” (Hrsg. Roberto/Trüeb), *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art. 776a N. 2; Lukas Handschin/Christof Truniger, *Die GmbH* (3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2019) Teil: IV, § 8 N. 5.

³¹ Trüeb, *CHK-OR* Art. 766a N. 2.

³² Botschaft GmbH 2002 3173.

³³ Lukas Handschin, “Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit im GmbH-Binnenrecht” (Hrsg. Fleischer et al.), *Konvergenzen und Divergenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* (Mohr Siebeck 2011) 348; Kasper Lehne § 51; Trüeb, *CHK-OR* Art. 766a N. 1.

³⁴ Handschin/Truniger § 3 N. 26.

³⁵ Werner von Steiger, “Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung” (Hrsg. Beck et al.), *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht* (Bd. 5, Schülless & Co AG 1965) Teil: 5c Art. 777 N. 4; Franz Schenker, *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (Hrsg. Honsell et al.), (5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2016) Art. 776 N. 2

bir ifadeye yer verilerek bu tür kayıtların, şirket sözleşmesinde düzenlenmekle bağlayıcı nitelik kazanacağı kabul edilmiştir. Bununla beraber ilgili kanun tasarisının gerekçesinde ise anılan hakların yan edim yükümlülüğü niteliğinde olduğu öngörülmüştür³⁶. Dolayısıyla yan edim yükümlülüklerinin öngörülme amacına ilişkin Art. 796/2 OR hükmünün dikkate alınması ve şirket lehine tanınan bu haklar açısından, şirketin kendi esas sermaye payımı iktisabı hususundaki Art. 783 OR hükmüne uyulması gerektiği ifade edilmiştir³⁷.

b. 01.01.2023 Tarihinden Sonra Geçerli Olan Kanuni Düzenleme

Limited şirket sözleşmesinin şartlı zorunlu içeriğini oluşturan kayıtların sayıldığı Art. 776a OR hükmü, 19.06.2020 tarihinde kabul edilen ve nihai olarak 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu'nun "Anonim Şirketlere İlişkin Revizyon" düzenlemeleri kapsamında ve anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğine ilişkin paralel hüküm (Art. 627 OR) ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili kanun tasarisının gerekçesinde ise Art. 627 OR düzenlemesine yollama yapılarak her iki düzenlemenin, içerik yönünden eksik ve yetersiz bulunduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda, şirket sözleşmesinin şartlı zorunlu içeriğini oluşturmakla beraber kanunda düzenlenmiş olan başka kayıtların anılan maddelerde yer almadığı üzerinde durulmuştur³⁸. Bu eksikliğin ise ancak kapsamlı ve anlaşılması güç olabilecek bir düzenleme ile tamamlanabileceği; buna karşılık, kanunda öngörülen tamamlayıcı hükümlerden sapılabilmesi için dayanak şartı olarak bu tür bir düzenlemeye de ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmiştir³⁹.

Limited şirket sözleşmesinde düzenlenmekle bağlayıcı hâle gelen kayıtların sayıldığı Art. 776a OR hükmünün yürürlükten kaldırılmasıyla beraber, söz konusu kayıtlara ilişkin şirket sözleşmesi hükümlerinin ne şekilde etki doğuracağı tartışılabilir. Nitekim şirket sözleşmesinde yer alan tüm düzenlemelerin aynı hukuki etkiyi haiz olmadığı bilinen bir husustur. Şirketler hukukunun kendisine bağladığı özel hukuki rejime tâbi olan "korporatif hükümler" ile genel hükümlerin uygulama alanı bulduğu "şekli hükümler" gerek içerdikleri hak veya yükümlülüklerin konusu gerekse etki alanları yönünden birbirlerinden ayrılmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla

³⁶ Botschaft GmbH 2002 3173.

³⁷ Trüeb, *CHK-OR* Art. 766a N. 6; Schenker, *BSK-OR II* Art. 776a N. 5.

³⁸ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, (Botschaft Aktienrecht 2016) 486.

³⁹ Botschaft Aktienrecht 2016, 487; Peter Forstmoser/Marcel Küchler, *Schweizerisches Aktienrecht 2020* (Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen weiteren Gesetzesänderungen) (Stämpfli Verlag AG 2022) Art. 627 OR, 92.

⁴⁰ Şirket sözleşmesinin tüzel kişiliğin temel yapısına ve normatif düzenine ilişkin hükümleri, "korporatif/ortaksal/ortaksal/statüye bağlı hükümler" olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık anılan niteliği taşımayan, diğer bir deyişle bireysel ve borçlar hukukuna özgü nitelikte olan düzenlemeler ise "şekli hükümler" olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda korporatif hükümler, ortaksal düzende sonuç doğuran; şirket tüzel kişisini ve şirketin organlarını bağlayan düzenlemeler olarak şekli hükümlerden ayrılmaktadır. Özellikle anonim şirketlerde esas sözleşme



herhangi bir düzenlemenin, yalnızca *şirket sözleşmesinde yer almakla* korporatif olarak etki doğurmayacağını belirtmek gerekir. Bu hâlde Art. 776a OR hükmünün birinci fıkrasında sayılan ve borçlar hukukuna özgü nitelikte olan hakların, şirket sözleşmesinde öngörülmekle bağlayıcı hüküm hâline geleceğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmadıkça ortaksal nitelik de kazanamayacağı söylenebilir. Ancak limited şirket sözleşmesinde yer alan *öncelik, önalım ve alım haklarının, Art. 796/2 OR hükmü uyarınca* birer yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirildiği göz önünde bulundurulursa⁴¹ ortaksal birer hak ve yükümlülük oluşturacağı anlaşılmaktadır. Zira *İsvBK'nın* Art. 796/2 hükmünde yan edim yükümlülüklerinin, şirketin amacına veya şirketin bağımsızlığının ya da ortaklar bileşiminin korunmasına hizmet etmesi gerektiği belirtilmiş ve anılan hakların ise, ortaklar bileşiminin ve şirketin bağımsızlığının korunması amacıyla düzenlenen yan edim yükümlülüklerinden olduğu *öngörülmüştür*⁴².

Türk Ticaret Kanunu'nun 606'ncı maddesinin mehzadaki karşılığı olan Art. 796/1 OR hükmünde yan edim yükümlülüklerinin ancak şirket sözleşmesiyle öngörülebileceği kabul edilmiştir. İlgili düzenlemenin 3'üncü fıkrasında ise, esas sermaye payına bağlanmış olan bu yükümlülüklerin konusu, kapsamı ile esasını teşkil eden diğer hususların, şirket sözleşmesinde açık ve belirgin olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴³. Bununla beraber konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrı bir düzenlemeye de atıf yapılabileceği doktrinde ifade edilmiştir⁴⁴. Ayrıca şirket sözleşmesi dışında öngörülen bu yükümlülüklerin de yalnızca ilgili taraflar arasında sonuç doğuracağı öngörülmüştür⁴⁵.

hükümleri açısından doktrinde ele alınan bu ayrıma ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Holger Fleischer, "Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen-Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht" (Hrsg. Vogt et al.) *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014* (Mohr Siebeck 2014) 183; Viola Sailer-Coceani, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* (Hrsg. Hoffmann-Becking), (Bd. 4, 4. Aufl., Verlag C.H.Beck 2015) § 6 Rn. 1-2; Arnd Arnold, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (Hrsg. Noack/Zetzsche), (Bd. 1, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2023) § 23 Rn. 10; Türk hukukunda bkz. Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (On İki Levha Yayınları 2021) 278 vd.; Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği" *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta Yayıncılık 2000) 521.

⁴¹ Botschaft GmbH 2002 3173.

⁴² Botschaft GmbH 2002 3173; Rino Siffert/Marc Pascal Fischer/Martin Petrin, *GmbH-Recht (Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung)* (Stämpfli Verlag AG 2008) Art. 776a N. 7; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht, (Mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen)* (Stämpfli Verlag AG 2008) §18 N. 71-72; Manfred Küng/Raphaël Camp, *GmbH-Recht Kommentar (Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung)* (Orell Füssli Verlag 2006) 85; Fritz Mommendey, *Unternehmensrecht der Schweiz (Handbuch für Lehre und Praxis)* (Tobler Verlag 2009) 530; Marc Amstutz/Fernand Chappuis, *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (Hrsg. Honsell et al.), (5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2016) Art. 796 N. 12; Handschin/Truniger § 3 N. 29.

⁴³ Botschaft GmbH 2002 3199.

⁴⁴ Amstutz/Chappuis, *BSK-OR II* Art. 796 N. 5; Trüeb, *CHK-OR* Art. 796 N. 11.

⁴⁵ Botschaft GmbH 2002 3198.

Limited şirketlerde yan edim yükümlülüklerinin, şirketin kuruluş aşamasında ilk şirket sözleşmesi ile düzenlenmesi veya ilgili tüm ortakların onayına bağlı olarak, sonradan şirket sözleşmesi değişikliğiyle öngörülmesi mümkündür. Nitekim Art. 797 hükmünde bu yükümlülüklerinin, şirketin kuruluş aşamasından sonra öngörülmesi veya kapsamının genişletilmesi için etkilenen ilgili tüm ortakların onayının bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Bu önkoşulun yanı sıra şirket sözleşmesinin değiştirilmesi gereğinden hareketle ilgili genel kurul kararının, aksi öngörülmediği takdirde Art. 808 OR hükmünde öngörülen nisapla alınacağı düzenlenmiştir. Ancak yan edim yükümlülüğünün ifa edilmesi, Art. 808b/1-(3) OR hükmü gereğince esas sermaye payının devrinin ağırlaştırılması, yasaklanması veya kolaylaştırılması anlamına geliyorsa önemli karar nisabının aranacağı hükme bağlanmıştır. Bu hâlde öncelik, önalım ve alım haklarının, esas sermaye payının devrini ağırlaştıran birer yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirildiği dikkate alınırca anılan hakların, sonradan şirket sözleşmesi değişikliğiyle öngörülmesi hâlinde Art. 808b OR hükmünde belirtilen önemli kararlara ilişkin nisabın uygulanacağı söylenebilir⁴⁶. Buna göre söz konusu sözleşme değişikliği için temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunduğu bir genel kurul kararına ihtiyaç duyulacağı anlaşılmaktadır⁴⁷.

2. Türk Hukukunda

Türk Ticaret Kanunu'nun 577'nci maddesinde, bir limited şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla bağlayıcı hüküm hâline gelen kayıtlar sayılmıştır. Bu şekilde, kanunda yer almamakla beraber şirket sözleşmesinde bağlayıcı nitelikte düzenlenebilen çeşitli kayıtlara ve TTK m. 579 hükmü çerçevesinde kanuni düzenlemeden sapılabilen belirli hükümlere temas edilmiştir. Böylece korporatif yapının, TTK m. 577 hükmü kapsamında ortaklar tarafından şekillendirilmesine imkân tanınmış ve ilgili hükmün 1/-(b) bendinde, esas sermaye payları üzerinde ortaklara veya şirkete, önerilmeye muhatap olma⁴⁸, önalım, geri alım ve alım haklarının tanınmasına ilişkin kayıtlara yer verilmiştir. TTK'nın 587'nci maddesinde ise ticaret siciline tescil ve ilan edilen şirket sözleşmesinin, TTK'nın 36'ncı maddesinin uygulama alanına giren hususları sayılmış⁴⁹ ve ilgili düzenlemenin 1/-(j)

⁴⁶ Germann 748 N. 1748; Amstutz/ Chappuis, *BSK-OR II* Art. 796 N. 3.

⁴⁷ Art. 808b OR hükmünde öngörülen nisabın, bir tür birleştirilmiş toplantı ve karar nisabı etkisinin bulunduğu yönünde bkz. Roland Truffer/Dieter Dubs, *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (Hrsg. Honsell et al.), (5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2016) Art. 808b N. 2.

⁴⁸ Türk Ticaret Kanunu'nun m. 577/1-(b) hükmünde yer alan önerilmeye muhatap olma hakkının, mehaz İsviçre hukukunda öngörüldüğü şekilde öncelik hakkı olarak nitelendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. dpn. 6 ve 7.

⁴⁹ Türk Ticaret Kanunu'nun 587'nci maddesinde, ticaret siciline tescil ve ilan edilen şirket sözleşmesine ilgili maddede sayılan hususlarda TTK m.36/1 hükmünün uygulanacağını belirtilmesine karşılık anılan hükmün, bu sayılanlar haricindeki hususların sicilin olumlu etkisinden yararlanamaması amacıyla öngörüldüğü ve dolayısıyla, TTK m.36'nın "üçüncü"

bendinde de şirket sözleşmesinde yer alan ek yükümlülük veya yan edim yükümlülükleri ile esas sermaye payları ile ilgili önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarına temas edilmiştir.

Görüldüğü üzere, TTK'nın 577'nci maddesi uyarınca esas sermaye paylarıyla ilgili olarak tanınan bu hakların, bir limited şirket sözleşmesinde yer alması hâlinde ortaksal nitelik kazanacağı açıkça kabul edilmiştir. Bu şekilde, söz konusu şirket sözleşmesi hükümlerinin kurucuların yanı sıra şirket tüzel kişisini; şirketin organlarını ve kuruluş aşamasından sonra pay iktisap etmek suretiyle şirkete katılan ortakları da bağlayacağı öngörülmüştür. Burada belirtilmesi gereken husus ise, şirket sözleşmesinin korporatif hükümleri ile TTK m. 36/3 hükmü uyarınca ticaret sicilinin olumlu etkisinin geçerli olduğu hükümlerin etki alanı açısından ayırt edilmesi gerektiğine ilişkindir. Zira korporatif hükümler, şirket tüzel kişisiyle iradi olarak hukuki bir ilişkiye giren kişilere karşı ileri sürülebilirken sicilin olumlu etkisinin geçerli olduğu hükümler ise bu tür bir hukuki ilişkiye dâhil olmayan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir⁵⁰. Nitekim TTK m. 587 hükmü uyarınca şirket sözleşmesinin tamamının ticaret siciline tescil ve TTSG'de ilan olunacağını kabul edilmesine karşılık sicilin olumlu etkisinin yalnız ilgili düzenlemede sayılan hususlar açısından uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir⁵¹. TTK'nın 577'nci maddesinde ise m. 587 hükmünde öngörülmediği şekilde TTK m. 36'ya yollama yapılmamıştır. Diğer bir deyişle, TTK m. 577'de temas edilen kayıtların, şirket sözleşmesinde yer almakla ortaksal nitelik kazanacağı kabul edilirken hangi hükümlerin şirket sözleşmesinin tescil ve ilanı ile sicilin olumlu etkisinden yararlanabileceğine ise TTK m. 587'de işaret edilmiştir⁵². Dolayısıyla tescil ve ilan olunan şirket sözleşmesindeki bu hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirliği, söz konusu kayıtların TTK m. 577'den doğan korporatif niteliğine değil, TTK m. 587'nin 1/-(j) bendi uyarınca sicilin olumlu etkisinden faydalanmasına dayanmaktadır.

II. LİMİTED ŞİRKETLERDE ÖNCELİK, ÖNALIM VE ALIM HAKLARININ ORTAKSAL HAK VE YAN EDİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ NİTELİĞİ

Limited şirket sözleşmesinde öngörülen öncelik, önalım ve alım hakları, ortaksal birer hak ve yükümlülük olarak esas sermaye payının devrini *sınırlandırmaya*

fıkrasına yollama yapılması gerektiğine ilişkin bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)* (3. Baskı, On İki Levha Yayınları 2016) 239 dnp. 46.

⁵⁰ Anonim şirketlerde esas sözleşme hükümleri açısından aynı yönde ve ayrıntılı olarak bkz. Veziroğlu 328.

⁵¹ TTK m. 587 hükmünün amacının, ticaret sicilinin olumlu etkisinin kapsamını belirlemeye yönelik olduğuna ilişkin ayrıca bkz. Tütüncü, *Şirketler Hukuku Şerhi* 4214.

⁵² Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları* N. 19-13a.

hizmet eder⁵³. Zira bu hakların kullanılmasıyla muhatap ortağın, hakkın konusunu oluşturan esas sermaye payının mülkiyetini hak sahibine devretme yükümlülüğü doğmaktadır. Dolayısıyla şirket sözleşmelerinde, ortaklar bileşiminin korunması ve yabancılaşmanın önlenmesi amacıyla bu haklara ilişkin kayıtlara yer verilebileceği söylenebilir⁵⁴. Limited şirket payları üzerinde kurulan bu hakların, ortakasal alandaki etkisinin ve birer yan edim yükümlülüğü olarak öngörülüp öngörülemeyeceğinin tespiti açısından Türk Ticaret Kanunu'nda ne şekilde düzenleme altına alındığının üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır.

A. Ortaksal Nitelik Kazanması

TTK'nın 577'nci maddesiyle tescil ve ilan olunan bir limited şirket sözleşmesindeki öncelik, önalım ve alım haklarının, ortakasal alandaki etkisine temas edilmiş, TTK m. 587 hükmünde ise bu haklar, ileri sürülebileceği çevre açısından düzenleme altına alınmıştır. Nitekim TTK m. 577'de sayılan hususlara ilişkin şirket sözleşmesi hükümlerinin, korporatif olarak etki doğuracağı açıkça kabul edilmiştir⁵⁵. Dolayısıyla esas sermaye payları üzerinde kurulan söz konusu hakların, bir limited şirket sözleşmesinde düzenlenmekle ortakasal nitelik kazanacağı ve şirket organlarının da bu haklara uygun şekilde karar almakla yükümlü olduğu görülmektedir⁵⁶. Ortaklık düzeninde sonuç doğuran bu hükümlerin ihlal edilmesi hâlinde ise şirketler hukuku düzenlemeleri çerçevesinde öngörülen yaptırımların uygulama alanı bulacağı anlaşılmaktadır⁵⁷.

TTK'nın m. 595/2 hükmüyle limited şirketlerde esas sermaye payının devri, ortaklar genel kurulunun onayına bağlı tutulmuş; bu devir işleminin, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse genel kurulun onayıyla geçerli olacağı kabul edilmiştir⁵⁸. Bu hâlde, ortakasal nitelikteki bu haklara konu edilen esas sermaye payları ile ilgili olarak, üçüncü bir kişi ile devir sözleşmesinin akdedilmesi durumunda genel kurulun, bu pay devrine onay vermemesi gerektiğini belirtmek mümkündür.

⁵³ Germann 748 N. 1748.

⁵⁴ Germann 748 N. 1748.

⁵⁵ Limited şirket payları üzerinde tanınan bu hakların, Art. 776a OR hükmü uyarınca şirket sözleşmesinde yer almakla korporatif etki doğuracağına ilişkin bkz. Lukas Glanzmann, "Ist die AG als private Gesellschaft ein Auslaufmodell?" (2012) (2) GesKR: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 260, 262; Nicola Bernardoni, *Kurzkommentar Obligationenrecht* (Hrsg. Heinrich Honsell), (1. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2014) Art. 776 N. 3.

⁵⁶ Martin Frey/Marc Pascal Fischer, "Die GmbH als Rechtsform für Private Equity – Akquisitionsvehikel" (2010) (4) GesKR: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen 533, 535; Tekinalp, *Bağlam* 85.

⁵⁷ Frey/Fischer 535.

⁵⁸ TTK m. 595/2 hükmü uyarınca genel kurulun pay devrine onay vermesi, devrin geçerli olması ve payı devralanın ortak sıfatını kazanması açısından kanundan doğan bir yetkidir. Bu yetkinin, şirket sözleşmesinde öngörülen bir hüküm ile kaldırılması mümkündür. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* § 66 N. 45a.



Zira TTK m. 577’de sayılan şirket sözleşmesi kayıtları, şirket tüzel kişisini ve ortakları bağlayan düzenlemelerdir. Aksi hâlde şirket sözleşmesi hükümlerine aykırı olan bu genel kurul kararının, TTK’nın 622’nci maddesinde TTK m. 445 hükmüne yapılan atıf gereğince, iptal yaptırımıyla karşılaşması ihtimal dâhilindedir⁵⁹.

B. Yan Edim Yükümlülüğü Olarak Nitelendirilmesi

Türk Ticaret Kanunu’nun 606’ncı maddesinin İsviçre hukukunda karşılığı olan Art. 796 OR hükmünün gerekçesinde, limited şirket payları üzerinde kurulan öncelik, önalım ve alım haklarının, ortaksal birer borç olarak yan edim yükümlülüğü niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir⁶⁰. Bu bağlamda anılan hakların, üçüncü kişilerin ortak sıfatını kazanmasına engel oluşturan işlevine paralel olarak Art. 796/2 OR hükmünde, yan edim yükümlülüklerinin öngörülme şartları arasında sayılan ortaklar bileşiminin ve şirketin bağımsızlığının korunması amaçlarına hizmet ettiği belirtilmiştir⁶¹.

Türk Ticaret Kanunu’nun 606’ncı maddesinin 1’inci fıkrasında ise limited şirket sözleşmesinde, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilen yan edim yükümlülüklerinin öngörülebileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık ilgili düzenlemenin gerekçesinde, “*Bu edimler, şirketin konusunu gerçekleştirmesine, ortaklarının bileşiminin korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hakimiyeti altına girmemesine hizmet eder*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir⁶². TTK m. 606’nın gerekçesinde belirtilen bu ifadeden hareketle TTK m. 577/1-(b)’de sayılan hakların, mehzaz hukuka uygun olarak ortakların bileşiminin ve şirketin bağımsızlığının korunmasına hizmet eden birer yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi mümkündür⁶³. Nitekim işletme konusunun gerçekleştirilmesi kapsamında, şirketin bağımsızlığının ve ortaklar bileşiminin korunması hedeflerinin de yer aldığı düşünülebilir⁶⁴. Kaldı ki TTK m. 606 hükmünün mehzaz düzenlemeye uygun olarak yorumlanması gerektiği de göz önünde bulundurulursa ilgili düzenlemenin, ortaksal nitelikteki bu hakları da birer yan edim yükümlülüğü olarak kapsadığı söylenebilecektir⁶⁵.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus, anılan hakların ortaksal birer borç olarak yan edim yükümlülüğü şeklinde nitelendirilmesi hâlinde bu yükümlülüklerin, ilgili payın devriyle birlikte payın yeni malikine intikal edeceğine ilişkindir.

⁵⁹ Aynı yönde bkz. Cankat 170.

⁶⁰ Botschaft GmbH 2002 3199.

⁶¹ Botschaft GmbH 2002 3199; Handschin/Truniger § 3 N. 29.

⁶² Bkz. TTK m. 606’nın gerekçesi.

⁶³ Aynı yönde bkz. Hediye Bahar Sayın, “Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Etiği Amaç ve Konusu” (2019) 23(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, 53; Murat Yusuf Akın/Rifat Cankat 995, 996.

⁶⁴ Murat Yusuf Akın/Rifat Cankat 996.

⁶⁵ Aynı yönde ve ayrıntılı olarak bkz. Murat Yusuf Akın/Rifat Cankat 996.

Nitekim TTK m. 606/2 hükmü doğrultusunda bu yükümlülüklerin, kanun tarafından esas sermaye payına bağlandığı görülmektedir. Dolayısıyla esas sermaye payına ait bu yükümlülüğün, ilgili payın devredilmesi hâlinde payın yeni maliki tarafından yerine getirileceği anlaşılmaktadır⁶⁶. Bu hâlde TTK m. 577/1-(b)'de sayılan hakların, yan edim yükümlülüğü yüklenmiş olan bu esas sermaye paylarını iktisap eden yeni malike karşı da kullanılabilmesi bir sorun olarak gündeme gelebilir. Bu hususta *Sanwald*, hakkın konusunu oluşturan bu payların maliki olan ortakların şirketten ayrılması durumunda söz konusu hakların da sona ereceğine ilişkin bir şirket sözleşmesi hükmünün öngörülebileceğini ileri sürmüştür. Yazar, özellikle yan edim yükümlülüğünün, söz konusu paya malik olan ortağın şahsına bağlanmış olduğunun her koşulda açıkça tespit edilemeyeceğini ve dolayısıyla, ispat hukuku bağlamında bir sorun çıkmaması amacıyla bu tür bir kaydın, şirket sözleşmesine eklenmesinin faydalı olabileceğini belirtmiştir⁶⁷.

III. LİMİTED ŞİRKETLERDE ÖNCELİK, ÖNALIM VE ALIM HAKLARININ ORTAKLARA VEYA ŞİRKETE KARŞI KULLANILMASINDA BELİRLİ ESASLARIN İNCELENMESİ

Limited şirket sözleşmesinde öngörülen öncelik, önalım ve alım haklarında hak sahibine, hakkın konusunu oluşturan esas sermaye paylarının mülkiyetinin devredilmesi yönünden çeşitli yetkilerin tanınması söz konusudur. Dolayısıyla bir ortağın, esas sermaye paylarının tamamı üzerinde diğer ortaklar veya şirket lehine bu tür bir yükümlülük getirilmesinin ilgili ortağın şirketten çıkarılmasına benzer bir şekilde, ortak sıfatının kaybıyla sonuçlanabileceği görülmektedir. Limited şirketlerde esas sermaye paylarını devretme yükümlülüğü doğuran bu hakların kullanılması, hukuki bir araç olarak, her ne kadar ortağın şirketten çıkarılmasıyla sonuçlansa da her iki hukuki kurumun gerek şekli gerekse işlevsel yönden farklılık arz ettiğini belirtmek gerekir⁶⁸. Dolayısıyla bu hakların, ortaklara karşı ileri sürülmesi hâlinde şirketler hukuku düzenlemeleri ekseninde belirli esasların dikkate alınması ve özellikle şirketin hak sahipliğinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin koşulları değerlendirilmelidir.

TTK m. 577/1-(b) hükmünde sayılan hakların kullanılması yönünden önem arz eden bir diğer husus ise anılan hakların yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi hâlinde, şirketin iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarıyla ilgili olarak söz konusu hakların şirkete karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkindir. Zira yan edim yükümlülükleri, şirket sözleşmesinde öngörülmek koşuluyla ortakların, esas sermaye payı borcunun dışında şirkete karşı ifa etmeleri gereken belirli edim-

⁶⁶ Şükrü Yıldız, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan Yayınevi 2007) 192; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (Dora Yayınları 2013) 747.

⁶⁷ Sanwald 366, 407.

⁶⁸ Sanwald 403; Germann 916, N. 2161.

lerden oluşmaktadır⁶⁹. Bu hâlde şirket paylarını konu edinen öncelik, önalım ve alım haklarının kullanılmasına ilişkin belirli esasların, bu hakların ortaklara veya şirkete karşı ileri sürülmesi yönünden ayrı ayrı incelenmesi önem taşımaktadır.

A. Öncelik, Önalım ve Alım Haklarının Şirkete Karşı Kullanılması Yönünden

Türk Ticaret Kanunu'nun 606'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında limited şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülüklerinin öngörülebileceği kabul edilmiştir. İlgili düzenlemenin 2'nci fıkrasında ise yan edim yükümlülüklerinin, kural olarak esas sermaye payına bağlı olduğu öngörülmüştür⁷⁰. Dolayısıyla esas sermaye payına ait bu yükümlülüklerin, ilgili payın maliki tarafından yerine getirileceği anlaşılmaktadır. Bu hâlde birer yan edim yükümlülüğü oluşturan öncelik, önalım ve alım haklarının, şirket tarafından iktisap edilen esas sermaye paylarıyla ilgili olarak şirkete karşı kullanılıp kullanılmayacağı düşünülebilir. Nitekim TTK m. 612 hükmü uyarınca şirket tüzel kişiliğinin, belirli sınırlamalara uygun olmak koşuluyla kendi esas sermaye paylarını iktisabına imkân tanınmıştır. Aynı düzenlemenin 5'inci fıkrasında ise şirketin iktisap ettiği paylarına ilişkin ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin, söz konusu payların şirketin elinde bulunduğu sürece istenemeyeceği kabul edilmiştir.

Doktrinde ise şirketin iktisap ettiği kendi payları yönünden, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinden hareketle söz konusu yükümlülüklerin de ifa edilemeyeceği ileri sürülmüştür⁷¹. Ancak şirketin kendi paylarını iktisap etmesi durumunda istisnai olarak, ilgili paylara bağlı yan yükümlülüklerin sona ermeyeceği ifade edilmiştir. Buna göre yan yükümlülükler, söz konusu esas sermaye payları şirketin elinde bulunduğu sürece donacak ve payın devriyle beraber tekrar talep edilebilir hâle gelecektir⁷². Anılan düzenlemenin İsviçre hukukunda karşılığı olan Art. 783/3 hükmünde ise, şirketin iktisap edeceği esas sermaye paylarına ait ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin iktisap işleminden önce kaldırılması gerektiği öngörülmüştür. Aksi yönde bir kabul, şirketin kendisine karşı borçlu hâle gelmesi anlamını taşıyacağı için bu borçların tahsil edilmesi mümkün değildir⁷³.

Görüldüğü üzere, şirketin iktisap ettiği esas sermaye paylarına bağlı bu yüküm-

⁶⁹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* § 69 N. 238; Sayın 27.

⁷⁰ Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde ilgili ortağın kişiliğinin önem taşıdığı belirli hâllerde, söz konusu esas sermaye payının devriyle birlikte yan edim yükümlülüğünün de sona ermesi gündeme gelebilir. Ayrıntılı olarak bkz. Hasan Karakılıç, "Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü" (2014) 4(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 107, 112.

⁷¹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* § 69 N. 99; Yıldız 150.

⁷² Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* § 69 N. 99; Mustafa Erdem Can, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri" (2011) 9(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 16.

⁷³ Botschaft GmbH 2002 3183.

lülüklerin akıbeti belirlenirken alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi hâli dikkate alınmaktadır⁷⁴. Nitekim yan edim yükümlülüklerin, ancak şirkete karşı ifa edilebileceği göz önünde bulundurulursa şirketin iktisap ettiği esas sermaye payları üzerinde kurulan öncelik, önalım ve alım haklarının da ortaksal birer borç olarak şirkete karşı ileri sürülemeyeceği söylenebilir⁷⁵. Her ne kadar TTK m. 577/1-(b) hükmünde bu hakların, ortaklar lehine de tanınabileceği öngörülmüşse de birer yan edim yükümlülüğü olarak şirkete karşı ifa edilmesi gereken bu borcun, söz konusu paylar şirketin elinde bulunduğu sürece ifa edilemeyeceği dikkate alınmalıdır⁷⁶. Kaldı ki TTK m. 612/5 hükmünde de bu hususa ilişkin herhangi bir istisnaya yer verilmediği görülmektedir. Bu hâlde TTK m. 577/1-(b)'de sayılan hakların, şirketin elinde bulunan esas sermaye payları ile ilgili olarak şirkete karşı kullanılmayacağı belirtilebilecektir.

B. Öncelik, Önalım ve Alım Haklarının Ortaklara Karşı Kullanılması Yönünden

Limited şirketlerde öncelik, önalım ve alım haklarının, TTK m. 606 hükmünün gerekçesinde ifade edildiği şekilde, “*şirketin konusunu gerçekleştirmesine*” veya “*ortaklarının bileşiminin korunmasına*” hizmet edecek şekilde, şirket sözleşmesinde öngörülmesi hâlinde birer yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilmesi mümkündür⁷⁷. Bu hâlde şirket sözleşmesindeki bu haklara ilişkin kayıtların, yan edim yükümlülüklerinin öngörülme şekli ve esasına uygun olarak düzenlenmesi gerektiği söylenebilir. Ayrıca anılan hakların, ortaklara karşı kullanılması yönünden belirli esasların da dikkate alınması gerekir. Nitekim TTK m. 577/1-(b)'de

⁷⁴ Cankat 104 dpn. 365.

⁷⁵ Doktrinindeki diğer bir görüş ise TTK m. 612/5 hükmünün, TTK m. 577/1-(b)'de belirtilen haklar açısından sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu yönündedir. Bu bağlamda anılan hakların, her durumda şirkete karşı ifa edilmesi gerektiği ve dolayısıyla, şirket tarafından iktisap edilen esas sermaye paylarıyla ilgili olarak ortaklar lehine tanınmış olan bu hakların şirkete karşı ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle şirketin hak sahibi olduğu esas sermaye payları için şirket tüzel kişiliği, aynı zamanda anılan hakkın muhatabı olarak öngörülmüşse TTK m. 612/5 hükmü uygulanabilir. Ancak hak sahibi olarak diğer ortakların, şirketin iktisap ettiği paylarla ilgili olarak ve şirkete karşı bu hakları ileri sürmesi mümkündür. Bu görüş için ayrıntılı olarak bkz. Cankat 103-104; İsvBK'nın Art. 796 OR hükmünün gerekçesinde ise şirketin, yan edim yükümlülüklerinin alacaklısı sıfatını taşıdığı belirtilmekle beraber şirkete katılan kişilerin belirli bir bileşimini koruma amacına hizmet ettiği sürece, esas sermaye payları üzerinde şirket, ortaklar veya belirli üçüncü kişiler lehine de öncelikli iktisap haklarının tanınabileceği öngörülmüştür. Bu ifadeden hareketle İsviçre hukukunda bir görüş, limited şirketlerde ortakların veya üçüncü kişilerin de yan yükümlülüklerin alacaklısı olabileceği şeklinde gelişmiştir. Bkz. Guy Mustaki/Edgar Philippin, “Droit privé/Le droit d’emtion statutaire dans la société à responsabilité limitée” (Hrsg. Grégory Bovey et al.) *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz* (Schultess Verlag 2019) 183, 185 <DeepL Translator ile çevrilmiştir, <https://www.deepl.com/tr/translator>> (E.T. 04.09.2023); Ayrıntılı olarak ve farklı yönde bkz. Sanwald 364.

⁷⁶ Yan edim yükümlülüğünün, şirket lehine öngörülmüş olduğuna ilişkin bkz. Hakan Çebi, *Şirketler Hukuku Şerhi* (Ed. Kemal Şenocak), (C. 4, Seçkin Yayınevi 2023) 4348.

⁷⁷ Sanwald 365.



sayılan ve ortaklık birer borç olarak yan edim yükümlülüğü şeklinde nitelendirilen hakların, herhangi bir ortağın esas sermaye paylarının tamamına ilişkin olarak kullanılmasının ve bu şekilde, ortak sıfatının kaybıyla sonuçlanabilecek bir etkinin yaratılıp yaratılmayacağı üzerinde durulmalıdır. Bunun yanı sıra, şirket lehine tanınan bu haklar açısından hakkın kullanımına ilişkin koşulların, sermayenin korunması amacıyla öngörülen kanuni düzenlemeler çerçevesinde ayrıca incelenmesi gerekir.

1. Hakkın Kullanılmasının Ortakların Şirketten Çıkarılmasına İlişkin Düzenlemeler Ekseninde İncelenmesi

TTK'nın m. 640/1 hükmü uyarınca limited şirketlerde ortakların, genel kurul kararıyla şirketten çıkarılmasına ilişkin sebeplerin şirket sözleşmesinde öngörülebileceği kabul edilmiştir. Nitekim limited şirketlerin, bir sermaye şirketi olmakla beraber şahıs şirketlerine özgü nitelikleri haiz olması, şirketten çıkma ve çıkarılmaya ilişkin hükümlerde kendini gösterir⁷⁸. Dolayısıyla ortak sıfatının kaybına yol açabilecek şekilde ve hukuki bir araç olarak, esas sermaye paylarının devrini sağlayan bir hakkın kullanılmasının, limited şirketlerin yapısal özelliklerine aykırı bir durum yaratmayacağı söylenebilir. Buna göre herhangi bir ortağın, tüm esas sermaye paylarının devralınmasına ilişkin hakların kullanılması; fiilî olarak, ilgili ortağın şirketten çıkarılmasıyla sonuçlanabilecektir. Bu hâlde her iki hukuki aracın kullanılmasının, ilgili ortak açısından benzer şekilde sonuç doğurabileceği ve ortak sıfatının kaybına sebep olabileceği görülmektedir. Dolayısıyla ortakların, tüm esas sermaye payları ile ilgili olarak söz konusu hakların kullanılması hâlinde limited şirket ortağının, şirketten çıkarılmasına ilişkin düzenlemelerin uygulanıp uygulanmayacağı tespiti gerekir. Diğer bir deyişle, her iki hukuki aracın kullanım şekli ve esaslarının genel olarak karşılaştırmalı şekilde incelenmesi ve aynı işlevi taşıyabilen bu iki aracın birbirlerinden bağımsız olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin üzerinde durulmalıdır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüş, limited şirketlerde ortak sıfatının kaybına yol açabilecek şekilde, esas sermaye paylarıyla ilgili olarak alım hakkının kullanılması hâlinde ilgili ortağın, şirketten çıkarılmasına ilişkin kanuni düzenlemelerin uygulama alanı bulacağı yönündedir⁷⁹. Buna göre, limited şirket ortağının şirketten çıkarılması hususunda uygulanan hükümlerin, ortak sıfatının kaybına yol açtığı

⁷⁸ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* § 69 N. 13.

⁷⁹ Rita Trigo Trindade, "Droits d'emption dans les statuts d'une SARL" (Hrsg. Jung et al.) *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts (Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin)* (Schultess Verlag 2020) 675, 686 <DeepL Translator ile çevrilmiştir, <https://www.deepl.com/tr/translator>> (E.T. 04.09.2023); Limited şirketlerde ortağın çıkma ve çıkarılmasına ilişkin esasların, ilgili ortağın tüm esas sermaye paylarına ilişkin olduğuna ve esas sermaye paylarının bir kısmı ile ilgili olarak hukuki bir araç olarak yan edim yükümlülüklerinden faydalanılabileceğine ilişkin bkz. Peter Böckli, *Das neue schweizerische GmbH-Recht - was ist wirklich neu?* (Hrsg. Böckli/Forstmoser) (Schultess Verlag 2006) 41.

tüm durumlarda geçerli olduğu kabul edilmektedir. Doktrindeki diğer görüş ise limited şirketlerde öncelik, önalım ve alım haklarının, ortaklar birer hak ve borç olarak bir ortağın şirketten çıkarılması hâlinde ayrı ve bağımsız bir hukuki sisteme vücut verdiği şeklindedir⁸⁰. Bu değerlendirme uyarınca, anılan hakların şekle ve esasa ilişkin hususları tespit edilirken limited şirket ortağının, şirketten çıkarılmasına ilişkin kanuni düzenlemelerden bağımsız olarak hareket edilmesi gerekir. Kanaatimizce TTK m. 577/1-(b) hükmüyle ilgili hakların, limited şirket ortağının şirketten çıkarılmasına ilişkin TTK m. 640 vd. düzenlemelerinden ayrı ve özel bir düzenlemeye konu edilmiş olması; her iki hukuki aracın, benzer bir şekilde sonuç doğurabilse de birbirlerinden ayrı olarak ele alınması gerektiğini gösterir. Dolayısıyla TTK m. 640 vd. maddelerinde öngörülen esaslara tâbi tutulmamakla beraber bu tür bir hakkın, bir ortağın esas sermaye paylarının tamamına ilişkin olarak kullanılabilmesi ve bu şekilde, ortak sıfatının kaybına sebep olunabileceği söylenebilir. Ayrıca şirketten çıkarılan bir ortağın, esas sermaye paylarının devrini kolaylaştırmak amacıyla bu payların, diğer ortaklar tarafından devralınmasını sağlayacak bir şekilde her iki hukuki aracın birleştirilebileceğine de doktrinde dikkat çekildiği görülmektedir⁸¹.

2. Şirket Sözleşmesi Hükümünün İncelenmesi

Limited şirketlerde öncelik, önalım ve alım haklarının, birer yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi nedeniyle şirket sözleşmesinde bu hakların, yan edim yükümlülüklerinin hizmet ettiği amaca uygun olarak öngörülmesi mümkündür. Nitekim TTK m. 577/1-(b)'de sayılan bu kayıtların, şekil ve esas yönünden birer yan edim yükümlülüğü olarak kabul edilebilecek şekilde düzenleme altına alınması gerekir. Bu bağlamda söz konusu ortaklar hak ve yükümlülüklerin, şirketin menfaatinden farklı olarak, bireysel ve özel bir menfaate hizmet etmesi mümkün değildir⁸². Ayrıca bu tür şirket sözleşmesi hükümlerine, ortaklar arasında eşit işlem ilkesine aykırı davranılması sonucunu doğurduğu gerekçesiyle itiraz edilebileceğini de belirtmekte fayda vardır⁸³. Dolayısıyla bu tür şirket sözleşmesi hükümlerinin, anılan hakların yan edim yükümlülüğü niteliği dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekecektir.

⁸⁰ Mustaki/Philippin 189 vd. <DeepL Translator ile çevrilmiştir, <https://www.deepl.com/tr/translator>> (E.T. 04.09.2023); Sanwald 403.

⁸¹ Sanwald 365, 403; Germann 916, N. 2162.

⁸² Botschaft GmbH 2002 3199.

⁸³ Sanwald 405, 406; Ayrıca TTK m. 577/1-(b)'de sayılan hakların, yan edim yükümlülüğü niteliği göz önünde bulundurulursa TTK m. 607 hükmü uyarınca, şirket sözleşmesi değişikliğiyle bu hakların öngörülmesine veya kapsamının genişletilmesine ilişkin genel kurul kararlarının alınabilmesi için ilgili tüm ortakların onayının aranacağı söylenebilir. Aynı yönde bkz. Cankat 76; Zira burada yan edim yükümlülüğünden etkilenen ortağın onayının bulunması, ilgili ortağa eşit işlem ilkesine aykırı şekilde davranılabilmesinin koşuludur. Bu hususta bkz. Hülya Coştan, "Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları" (2015) 1(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 65, 71.



İsviçre hukukunda bu hususu ele alan Sanwald, ilgili hakların her koşulda yan edim yükümlülüklerinin hizmet ettiği amacın kapsamına dâhil olmayacağını belirtmiş ve bu tür bir şirket sözleşmesi hükmünün ayrıca özen gösterilerek düzenlenmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Bu bağlamda alım ve satım haklarının, çoğu kez şirketin amacına veya ortaklar çevresinin belirli bir bileşiminin korunmasına hizmet eden birer yan edim yükümlülüğü olarak düzenlenebileceğini ileri sürmüştür⁸⁴. Buna göre şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesinde, ortakların belirli özelliklerinin önem arz ettiği durumlar açısından bu niteliklerin kaybının, yan edim yükümlülüklerinin özel bir şekli olarak esas sermaye payını devretme yükümlülüğünü doğurması mümkündür⁸⁵. Bu hususta Germann ise, esas sermaye paylarına ilişkin devir kısıtlamalarının veya iktisap haklarının, genel olarak şirketin bağımsızlığının korunmasına hizmet eden yan edim yükümlülükleri kapsamında ele alınabileceğini belirtmiştir. Bu değerlendirme uyarınca öncelik, önalım ve alım hakları, şirketin gruplaşmasına yol açabilecek bir kontrol gücünün oluşmasını önlemeyi amaçlayan yan yükümlülükler kapsamında sayılmıştır⁸⁶.

Görüldüğü üzere bu haklar, limited şirketlerin korporatif yapısını şekillendiren kişisel unsurları güçlendirmek açısından işlevsel birer araç olarak kullanılabilir⁸⁷. Bu bağlamda ilgili hakların, ortaklar topluluğunun temel yapısını ve korporatif düzenin bilinen işleyişini korumak amacıyla öngörülmesi mümkündür. Bununla beraber bu tür kayıtların, birer yan edim yükümlülüğü oluşturması nedeniyle şirket sözleşmesinde düzenlenirken sınırlarının da kesin olarak belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla yan edim yükümlülüklerinin amacına uygunluk şartının yanı sıra hakkın kullanım şekline ilişkin tüm hususların da açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiğine temas etmekte fayda vardır⁸⁸.

C. Öncelik, Önalım ve Alım Haklarının Kullanılmasına İlişkin Koşulların Belirlenmesi

Limited şirketlerde öncelik, önalım ve alım haklarının, esas sermaye paylarıyla ilgili olarak ortaklara karşı kullanılmasında belirli esaslara riayet edilmesi gerekir. Nitekim bu hakların kullanılması, ortak sıfatının kaybına sebep olabileceği için anılan hakların tanınmasının, ilgili ortakların rızasını gerektireceği söylenebilir. Zira bir ortağın, kanunda öngörülen istisnalar dışında haklarının kısıtlanması veya kaldırılması, ancak rızasının bulunması hâlinde mümkündür⁸⁹.

⁸⁴ Sanwald 365, 403.

⁸⁵ Örneğin bir limited şirketin, ticari faaliyetlerini belirli bir meslek alanında yürütmesi durumunda ortağın, bu mesleki faaliyete ilişkin haiz olduğu belirli bir nitelik veya yeterliliği kaybetmesi düşünülebilir. Ayrıca bkz. Sanwald 365.

⁸⁶ Germann 342, N. 820.

⁸⁷ Germann 748, N. 1749.

⁸⁸ Germann 748, N. 1748, N. 1749.

⁸⁹ Sanwald 46, 404; Ortağın itiraz hakkı ve çıkarmanın iptali davasını açma hakkının vazgeçilemez hak niteliğine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları* N. 21-44a; Sanwald 46, 404.

Limited şirket sözleşmesinde esas sermaye paylarıyla ilgili olarak öngörülen bu hakların, ancak şirketin organları aracılığıyla kullanılabilceğini ayrıca belirtmek gerekir. Nitekim TTK m. 577/1-(b)'deki ilgili kayıtlar, şirket sözleşmesinin korporatif hükümleri arasında sayılmış ve ilgili düzenlemelerin, ortaksal alanda etki doğuracağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla şirket tüzel kişisinin yanı sıra herhangi bir ortak veya ortaklar lehine tanınan bu hakların da yine şirketin organları aracılığıyla kullanılabilceği görülmektedir. Kaldı ki TTK m. 616/2-(b) hükmünde de söz konusu hakların kullanılmasına ilişkin karar verilmesi, genel kurulun devredilmez yetkileri arasında sayılmıştır. Böylece anılan hakların, yalnızca ortaksal niteliği gereği değil, hakkın kullanılmasında uyulması gereken koşullara riayet edilmesi açısından da şirketler hukuku düzenlemeleriyle öngörülen yaptırımlar çerçevesinde belirli bir koruma sağlanmıştır⁹⁰. Bununla beraber söz konusu hakların kullanılmasına ilişkin genel kurul kararları açısından TTK'da özel bir nisaba yer verilmemiştir. TTK m. 620 hükmünde ise olağan genel kurul kararlarının, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmedikçe toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla alınacağı kabul edilmiştir.

Limited şirketlerde öncelik, önalım ve alım haklarının kullanılmasına ilişkin genel kurul kararlarında, hakkın kullanılması hakkın muhatabı olan ortağın ortaklık ilişkisinin sona ermesiyle sonuçlansa bile TTK m. 620'de öngörülen nisabın uygulanacağı söylenebilir. Her ne kadar TTK m. 621/1-(h) hükmü gereği, ortakların şirketten çıkarılması hakkındaki genel kurul kararlarında önemli karar nisabının uygulanacağı ileri sürülebilirse de TTK m. 577/1-(b)'de ayrı ve özel bir düzenlemeye konu edilen bu hakların, TTK m. 640 vd. düzenlemelerinden ayrı ve bağımsız bir hukuki sisteme vücut verdiği dikkate alınmalıdır⁹¹. Dolayısıyla bu hakların kullanılmasının, ilgili ortak açısından ortak sıfatının kaybıyla sonuçlanabileceği hâllerde de söz konusu genel kurul kararlarının, TTK m. 620'de öngörülen nisapla alınacağı belirtilebilir.

Benzer şekilde, şirket tüzel kişiliği lehine tanınan bu hakların, ortaklara karşı kullanıldığı hâllerde de şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hangi sınırlamaların uygulanacağı tespit edilirken ortakların şirketten çıkarılmasına ilişkin usulden bağımsız olarak hareket edilmelidir. Bilindiği üzere, TTK m. 577/1-(b)'de sayılan hakların, şirket tarafından ortaklara karşı kullanıldığı hâllerde sermayenin korunması amacıyla belirli koşullara uyulması söz konusu olur. TTK m. 612/1 hükmünde bu husus, esas sermaye paylarının iktisabı için gerekli tutarda serbestçe kullanılabilir özkaynaklara sahip olunması ve söz konusu payların itibarî değerlerinin toplamının, esas sermayenin yüzde onunu aşmaması şartlarına tâbi tutulmuştur.

Limited şirket ortağının, şirketten çıkarılması hâlinde ise şirketin kendi paylarını iktisabıyla ilgili olarak uygulama alanı bulan koşulların özellikle üç farklı

⁹⁰ Trigo Trindade 687 <DeepL Translator ile çevrilmiştir, <https://www.deepl.com/tr/translator>> (E.T. 04.09.2023).

⁹¹ Bu hususta bkz. dpn. 76.



hususla farklılık arz ettiğini belirtmekte fayda vardır. Nitekim TTK m. 612/2’de esas sermaye paylarının iktisabı şirket sözleşmesinde öngörülen bir çıkarılma hâli gereğiye yüzde on şeklinde belirlenmiş olan bu üst sınırın, yüzde yirmi olarak uygulanacağı kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra TTK m. 642/1-(a) hükmüyle, şirketten ayrılan bir ortağa esas sermaye payının değerine karşılık olarak ödenen ayrılma akçesi çerçevesinde, şirketin kendi paylarını iktisabıyla ilgili olarak “serbestçe kullanılabilir özkaynak” değil, “kullanılabilir özkaynak” üzerinde tasarruf edilmesi koşuluna işaret edilmiştir⁹². Ayrıca TTK m. 642/3 hükmünde ayrılma akçesinin ödenmemiş kısmının; şirkete karşı, bütün alacaklılardan sonra gelen bir alacak oluşturduğu ve yıllık raporda kullanılabilir özkaynak tutarının tespitiyle muaccel hâle geleceği öngörülmüştür⁹³. Bu şekilde, ayrılan ortağa ödenmemiş olan bu bedelin, esas sermaye payının geri ödenmesine benzer bir nitelikte, anapara faizi işletilemeyen ve vadesi gelmemiş bir alacak teşkil edeceği kabul edilmiştir⁹⁴.

Kanaatimizce TTK m. 577/1-(b)’de şirket lehine tanınan bu hakların, herhangi bir ortağın esas sermaye paylarının tamamına ilişkin olarak kullanılmasıyla her ne kadar ilgili ortağın, şirketten ayrılması gündeme gelebilirse de şirketin kendi paylarını iktisabı yönünden yalnız TTK m. 612/1 hükmünün uygulanacağı söylenebilir. Zira ilgili ortağın, ortaklık ilişkisinin sona ermesiyle sonuçlansa da limited şirketlerde her iki hukuki aracın birbirlerinden farklı ve bağımsız bir sisteme vücut verdiği düşünülebilir. Nitekim Türk Ticaret Kanunu’nda öncelik, önalım ve alım haklarına ilişkin esasların; limited şirket ortağının, şirketten çıkarılmasına ilişkin usul ve esastan ayrı olarak düzenleme altına alınmış olması da bu fikri uyandırmaktadır. Dolayısıyla şirketten ayrılan bir ortağa, esas sermaye payına karşılık olarak ödenmesi gereken bedel çerçevesinde gerek şirketin kendi paylarını iktisabı yönünden gerekse ayrılma akçesinin ödenme şekline ilişkin olarak belirtilen bu üç temel esasın; herhangi bir ortağın, tüm esas sermaye paylarıyla ilgili olarak kullanılan alım hakları bakımından farklılık arz edeceğini belirtmek mümkündür⁹⁵.

⁹² Serbestçe kullanılabilir özkaynağın belirlenmesinde, yedek akçelerin hiçbir amaca bağlanmamış olması ve şirketin zararları dikkate alınmaktadır. Bu hususta bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* § 69, N. 147; Her iki kavramın ne ifade ettiğine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Esra Cenkeci, “Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)” (2018) (4) Ankara Barosu Dergisi 1, 17 vd.

⁹³ İsvBK’nın Art. 825a/3 hükmünde, ayrılma akçesinin ödenmeyen kısmı açısından faiz doğurmayan bir alacak hakkına açıkça işaret edilmiştir. TTK m. 642/3’te ise bu husus açıkça belirtilmemiş; ilgili hükmün gerekçesinde ise, ortağın bir alacak hakkı elde ederken şirketin de faiz işlememesi ve öz sermaye belirleninceye kadar herhangi bir ödeme yükümünün doğmamasıyla korunduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı olarak bkz. Cenkeci 32, 33.

⁹⁴ Sanwald 404.

⁹⁵ Sanwald 403, 404.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu'nun 577'nci maddesi ile limited şirketlerde esas sermaye payları ile ilgili olarak tanınan öncelik, önalım ve alım haklarının, şirket sözleşmesinde öngörülmekle ortaksal nitelik kazanacağı kabul edilmiştir. TTK'nın 587'nci maddesinde ise ticaret siciline tescil ve ilan edilen şirket sözleşmesinin, TTK'nın 36'ncı maddesinin uygulama alanına giren hususları sayılmış ve ilgili düzenlemenin 1/-(j) bendinde, şirket sözleşmesinde yer alan anılan haklara temas edilmiştir. TTK m. 577 hükmü uyarınca bir limited şirket sözleşmesinde yer alan öncelik, önalım ve alım haklarının, ortaksal birer hak ve yükümlülük oluşturduğu anlaşılmaktadır. Tescil ve ilan olunan şirket sözleşmesindeki bu hakların, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirliği ise ilgili hükümde TTK m. 36'ya yapılan yollama gereği söz konusu düzenlemelerin, sicil olumlu etkisinin geçerli olduğu kayıtlar arasında sayılmasına dayanmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 606'ncı maddesinin İsviçre hukukunda karşılığı olan Art. 796 OR hükmü uyarınca, limited şirket payları üzerinde kurulan öncelik, önalım ve alım haklarının, ortaksal birer borç olarak yan edim yükümlülüğü niteliğini haiz olduğu öngörülmüştür. TTK'nın 606'ncı maddesinde ise bir limited şirket sözleşmesinde, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülüklerinin öngörülebileceği belirtilmiştir. Ayrıca ilgili düzenlemenin gerekçesinde *"Bu edimler; şirketin konusunu gerçekleştirmesine, ortaklarının bileşiminin korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hakimiyeti altına girmemesine hizmet eder"* şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. TTK m. 606'nın gerekçesinde belirtilen bu ifadeden hareketle TTK m. 577/1-(b)'de sayılan hakların, mehzaz hukuka uygun olarak ortakların bileşiminin ve şirketin bağımsızlığının korunmasına hizmet eden birer yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebileceği söylenebilir. Bu hâlde birer yan edim yükümlülüğü oluşturan bu hakların, şirket sözleşmesinde düzenlenirken yan edim yükümlülüklerin hizmet ettiği amaca uygun olup olmadığının da dikkate alınması gerekecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun m. 577/1-(b) hükmünde sayılan hakların, herhangi bir ortağın tüm esas sermaye paylarına ilişkin olarak kullanılması; ilgili ortağın şirketten ayrılmasıyla sonuçlanabilirse de bu hususta, limited şirket ortağının şirketten çıkarılmasına ilişkin usul ve esaslardan bağımsız olarak hareket edilmesi gerekir. Nitekim limited şirketlerde her iki hukuki aracın birbirlerinden ayrı ve farklı bir hukuki sisteme vücut verdiği görülmektedir. Bu hâlde TTK m. 640 vd. maddelerinde öngörülen esaslara tâbi tutulmamakla beraber söz konusu alım haklarının, bir ortağın esas sermaye paylarının tamamına ilişkin olarak kullanılabilmesi ve bu şekilde, ortak sıfatının kaybına sebep olunabileceği düşünülebilir.

Limited şirket sözleşmesinde esas sermaye paylarıyla ilgili olarak öngörülen bu hakların, ancak şirketin organları aracılığıyla kullanılabilmesini de belirtmek gerekir. Bu husus, yalnız şirkete tanınan haklar açısından değil, herhangi bir ortak veya ortaklar lehine tanınan ortaksal nitelikteki bu hakların da genel kurulda



kullanılabileceğini gösterir. TTK m. 616/2-(b) hükmünde de söz konusu hakların kullanılmasına ilişkin karar verilmesi, genel kurulun devredilmez yetkileri arasında sayılmış; ancak bu tür genel kurul kararları için özel bir nisap hükme bağlanmamıştır. Bu hâlde anılan hakların kullanılmasına ilişkin genel kurul kararlarında; hakkın muhatabı olan ortağın, ortaklık ilişkisinin sona ermesiyle sonuçlansa bile TTK m. 620’de öngörülen nisabın uygulanacağı belirtilebilir. Benzer şekilde, şirket tüzel kişisi lehine tanınan bu hakların, ortaklara karşı kullanıldığı hâllerde de şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hangi sınırlamaların uygulanacağı tespit edilirken ortakların, şirketten çıkarılmasına ilişkin usulden bağımsız olarak hareket edilmesi mümkündür. Dolayısıyla TTK m. 577/1-(b)’de sayılan hakların kullanılması; herhangi bir ortağın, şirketten ayrılmasıyla sonuçlanabilirse de şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin sınırlamalar bakımından, TTK m. 612/1 hükmünün uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Bu bağlamda şirketin, esas sermaye paylarının iktisabı için gerekli tutarda serbestçe kullanılabilir özkaynaklara sahip olması ve bu payların itibarî değerlerinin toplamının, esas sermayenin yüzde onunu aşmaması şartlarına bağlı olarak anılan haklara konu edilen payları devralabileceğini belirtmek mümkündür.

KAYNAKÇA

Akalp Demirtabak D, *Yasal Önalım Hakkı* (On İki Levha Yayıncılık 2010).

Akın M. Y ve Cankat R, “Limited Ortaklıklarda Opsiyon Haklarının Hukuki Niteliği” (2022) 28(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 980-1002.

Amstutz M ve Chappuis F, *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (Hrsg. Honssell et al.), (5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2016) Art.792–799 OR (Anılış: BSK-OR II).

Arnold A, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (Hrsg. Noack/Zetzsche), (Bd. 1, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2023).

Bahtiyar M, “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişiye Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri” (2001) 11(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 83-127.

Bahtiyar M, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi* (Beta Yayıncılık 2001).

Bernardoni N, *Kurzkomentar Obligationenrecht* (Hrsg. Heinrich Honssell), (1. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2014) Art.772-783 OR.

Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku* (Dora Yayınları 2013).

Bozkurt T, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması* (On İki Levha Yayınları 2016).

Böckli P, *Das neue schweizerische GmbH-Recht - was ist wirklich neu?* (Hrsg. Böckli/Forstmoser) (Schultess Verlag 2006).

Can M. E, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirket Ortağının Borçları ve Yükümlülükleri” (2011) 9(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-24.

Cankat R, “Limited Ortaklıklarda Opsiyon Hakları” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2017).

Cenkci E, “Çıkan ya da Çıkarılan Limited Ortağına Ayrılma Akçesinin Ödenmesi (TTK m. 642)” (2018) (4) Ankara Barosu Dergisi 1-50.

Coştan H, “Limited Şirkette Genel Kurul Nisapları” (2015) 1(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 65-74.

Çebi H, *Şirketler Hukuku Şerhi* (Ed. Kemal Şenocak), (C. 4, Seçkin Yayınevi 2023) (Anlış: Şirketler Hukuku Şerhi).

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Fleischer H, “Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen-Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht” (Hrsg. Vogt et al.) *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2014* (Mohr Siebeck 2014) 181-210.

Forstmoser P ve Kuchler M, *Schweizerisches Aktienrecht 2020* (Das neue Recht der AG, der GmbH und der Genossenschaft und die damit verbundenen weiteren Gesetzesänderungen) (Stämpfli Verlag AG 2022).

Frey M ve Fischer M. P, “Die GmbH als Rechtsform für Private Equity – Akquisitionsvehikel” (2010) (4) GesKR: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen 533-538.

Germann S, *Die Personalistische AG und GmbH (Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen)* (Hrsg. Peter Forstmoser), (Dike Verlag 2015).

Glanzmann L, “Ist die AG als private Gesellschaft ein Auslaufmodell?” (2012) (2) GesKR: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 260-269.

Handschin L ve Truniger C, *Die GmbH* (3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2019).

Handschin L, “Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit im GmbH-Binnenrecht” (Hrsg. Fleischer et al.), *Konvergenzen und Divergenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* (Mohr Siebeck 2011) 329-249.



Henrich D, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag (Eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss)* (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 32, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2020).

Huber-Purtschert T ve Maissen E, “Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen: Ein Beitrag zu den Anforderungen an die Ausgestaltung” (Hrsg. Portmann et al.), *Gedenkschrift für Claire Huguenin* (Dike Verlag 2020) 181-201.

Karakılıç H, “Limited Ortaklıkta Ek Ödeme Yükümlülüğü” (2014) 4(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 107-144.

Kasper Lehne S, “Statuten der GmbH” (Hrsg. Münch et al.), *Schweizer Vertrags-handbuch* (3. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2018).

Kaya M. İ, *Şartlı Sermaye Artırımı* (Yetkin Yayınları 2009).

Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler)* (3. Baskı, On İki Levha Yayınları 2016).

Keskin H, “Emredici Hükümler İlkesinin Borsaya Kote Edilmemiş Anonim Şirketlerde Daha Esnek Yorumlanmasına İlişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) Kararı” (2015) 31(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 193-220.

Kırca Ç, “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanundaki Değişiklikler” *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı* (Beta Yayıncılık, 2002) 1179-1203.

Küng M ve Camp R, *GmbH-Recht Kommentar (Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung)* (Orell Füssli Verlag 2006).

Meier Schleich P, “Option und Optionsvertrag (Vertragsherbeiführende Optionsrechte aus schuldrechtlicher Sicht)” *Zürcher Studien zum Privatrecht* (Schulthess Juristische Medien AG 2016).

Meier-Hayoz A ve Forstmoser P, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht, (Mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen)* (Stämpfli Verlag AG 2008).

Mommendey F, *Unternehmensrecht der Schweiz (Handbuch für Lehre und Praxis)* (Tobler Verlag 2009).

Moroğlu E, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği” *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan* (Beta Yayıncılık 2000) 515-523.

Mustaki G ve Philippin E, “Droit privé/Le droit d’emption statutaire dans la société à responsabilité limitée” (Hrsg. Grégory Bovey et al.) *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz* (Schultess Verlag 2019) 183-196, <DeepL Translator ile çevrilmiştir, <https://www.deepl.com/tr/translator>> (E.T. 04.09.2023).

Noack U, “Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Gm-

bHG)” (Hrsg. Noack/Servatius/Haas), *Beck’sche Kurzkommentare* (23. Aufl., Verlag C.H.Beck 2022).

Oğuzman M. K, Seliçi Ö, Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı* (3. Baskı, Filiz Kitabevi 2020).

Okutan Nilsson G, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2003).

Pulaşlı H, “Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar” (2009) 25(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 37-54 (Anılış: Limited Şirketler).

Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi* (C. 4, Adalet Yayınevi 2022) (Anılış: Şirketler Hukuku Şerhi).

Sailer-Coceani V, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* (Hrsg. Hoffman-Becking), (Bd. 4, 4. Aufl., Verlag C.H.Beck 2015).

Sanwald R, *Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH* (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 280, Dike Verlag 2009).

Sayın H. B, “Limited Şirketlerde Yan Edim Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği, Hizmet Ettiği Amaç ve Konusu” (2019) 23(1) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25-59.

Schenker F, *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (Hrsg. Honsell et al.), (5. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag 2016) Art.832–838 OR (Anılış: BSK-OR II).

Siffert R, Fischer M. P ve Petrin M, *GmbH-Recht (Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung)* (Stämpfli Verlag AG 2008) Art.772-827 OR.

Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (C. I, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık 2008).

Tekinalp Ü, “Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu” *Medeni Kanun 50.Yıl Sempozyumu* (Fakülteler Matbaası 1978) 345-357 (Anılış: Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklar).

Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları (Pay Defteri Hukuku ile)* (Vedat Kitapçılık 2012) (Anılış: Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklar).

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2020) (Anılış: Sermaye Ortaklıkları).

Trigo Trindade R, “Droits d’emption dans les statuts d’une SARL” (Hrsg. Jung et al.) *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts (Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin)* (Schultess Verlag 2020) 675-690, <DeepL Translator ile çevrilmiştir, <https://www.deepl.com/tr/translator>> (E.T. 04.09.2023).



Truffer R ve Dubs D, *Basler Kommentar Obligationenrecht II* (Hrsg. Honsell et al.), (5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2016) Art.698–704 OR, Art.705–706b OR, Art.804–808c OR, Art.816 OR.

Trüeb H. R, “GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere-Bucheffektengesetz” (Hrsg. Roberto/Trüeb), *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art.772 – 803 OR, Art.821 – 827 OR (Anılış: CHK-OR).

Tütüncü M, *Şirketler Hukuku Şerhi* (Ed. Kemal Şenocak), (C. 4, Seçkin Yayınevi 2023) (Anılış: Şirketler Hukuku Şerhi).

Veziroğlu C, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları* (On İki Levha Yayınları 2021).

Vischer M, “Der Aktionärbindungsvertrag als Instrument der Nachfolgeplanung (bei Aktiengesellschaften)” (2020) (1) Successio, <<https://www.successio.ch/de/artikel/2504-0812-2020-0001/der-aktionarbindungsvertrag-als-instrument-der-nachfolgeplanung-bei>> (E.T. 24.10.2022).

von Steiger W, “Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung” (Hrsg. Beck et al.), *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht* (Bd. 5, Schülthess & Co AG 1965) Art.772-827 OR.

Yıldız Ş, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku* (Arıkan Yayınevi 2007).

TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ YATIRIM ANTLAŞMALARINDAKİ DİĞER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN TAHKİME ETKİSİ

*The Effect on Arbitration of Other Methods of Settling Disputes
in Bilateral Investment Treaties Which Türkiye is a Party of*

Rumeysa PARTALCI*

Özet

Türkiye'nin taraf olduğu pek çok iki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşması bulunmaktadır. Bu antlaşmalar, ev sahibi devlet ile yatırımcılar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler içermektedir. Bu hükümlerde genellikle uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkime yer verildiği görülmektedir. Ancak tahkimin yanında ev sahibi devletin mahkemelerine veya uyuşmazlıkların dostane çözümüne yönelik olarak uzlaştırma usullerine başvuru da öngörülebilir. Çalışma kapsamında tahkimin yanında öngörülen diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tahkime etkisi büyük önem taşımaktadır. Bu hususta ikiye ayrılarak inceleme yapılmaktadır. Öncelikle, tahkimden önce bir aşama olarak düzenlenen ev sahibi devletin mahkemelerinin kararının beklenmesine veya uzlaştırma usulüne başvuruya ilişkin hükümlerin tahkime etkisi ele alınmaktadır. Ev sahibi devletin mahkemelerinin kararının beklenmesine veya uzlaştırma usulüne başvuruya ilişkin hükümlerin niteliğinin ortaya koyulması bu hususta önem taşımaktadır. Değerlendirmeler, ICSID içtihatları ve doktrin görüşleri ile birlikte yapılmaktadır. Çalışmada incelenen diğer mesele ise yerel mahkemeye veya uzlaştırma usulüne başvuruya tahkimin yanında seçimlik olarak yer verilmesi ve bunun sonuçlarıdır.

Anahtar Kelimeler: İki taraflı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları, Uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler, Yatırım tahkimi, ICSID.

Abstract

There are so many bilateral investment treaties which Türkiye is a party of. These treaties, contain dispute settlement provisions for the disputes that may arise between the host state and the investors. It is seen that these provisions generally include arbitration as a dispute settlement method. However, according to some provisions, in addition to arbitration, it is also possible to apply to the courts of the host state or to conciliation procedures for the amicable settlement of disputes. The effect of other dispute settlement methods on arbitration is of great importance within the scope of the study. This issue is divided into two studies. First of all, the effect of the provisions on waiting for the decision of the courts of the host state or resorting to the conciliation procedure, which is arranged as a stage before arbitration, on arbitration is discussed. In this regard, it is important to reveal the nature of the provisions regarding the waiting decision of the courts of the host state or the application to the conciliation procedure. Evaluations are made together

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 22.09.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, rbagci@sakarya.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-2357-5021>.

with ICSID jurisprudence and doctrinal views. The other issue examined in the study is that the application to the domestic court or the conciliation procedure is optionally included in addition to arbitration and its consequences.

Keywords: Bilateral investment treaties, Dispute settlement provisions, Investment arbitration, ICSID.

GİRİŞ

Türkiye çok sayıda devletle yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması amacıyla iki taraflı antlaşmalar akdetmiştir. Çalışma kapsamında, Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki antlaşmalarının uyuşmazlık çözümüne ilişkin bölümleri, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID)¹ bünyesinde görülen tahkim yargılamalarında verilen kararlar ışığında ele alınmaktadır. Bu hususta özellikle yerel mahkemeye veya uzlaştırma usulüne başvuruya ilişkin hükümlerin niteliği ayrıntılı olarak incelenmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu yatırım antlaşmalarında, yerel mahkemeye veya uzlaştırma usulüne başvuru, ya tahkimden önceki bir aşama olarak ya da tahkimin yanında alternatif olarak düzenlenmektedir.

Bazı antlaşmalarda, yerel mahkemeye başvuru taraflara tahkimin yanında alternatif olarak sunulsa da, uyuşmazlığın çözümü için önce yerel mahkemele-re başvurulması durumunda sonradan tahkime gidilebilmesi için belli bir sürenin geçmesinin gerekliliğinden bahsedilmektedir.

Yatırım antlaşmalarının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri iki ana başlık altında ayrıntılı olarak incelenmektedir. İlk bölümde, tahkimden önce bir aşama olarak yerel mahkeme kararının beklenmesine veya uzlaştırma usulüne başvuruya yer veren hükümlere değinilmektedir. Özellikle bu başlıkta, iki taraflı yatırım antlaşmalarında yer verilen bu hükümlere uyulmadan tahkim yargılamasına gidilip gidilemeyeceği, bu hükümlerin yetkiye ilişkin zorunlu bir ön şart olup olmadığı, ICSID içtihatları ve doktrinde bulunan görüşler ile birlikte değerlendirilmektedir.

¹ Bir Dünya Bankası kuruluşu olan ve Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon (RG 6.12.1988/20011) ile kurulan Merkez, yatırım uyuşmazlıklarından doğan tahkim uyuşmazlıklarına bakmaktadır. Merkez doğrudan hakemlik yapmaz. Merkez'in görevi, tahkim prosedürünü yönetmektir. ICSID Konvansiyonu m. 25 gereği, Merkez'in yargı yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 577-579; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta 2023) 881-885; A. Şule Akyüz, 'The Jurisdiction of ICSID' (2003) 52(3) AÜHFD 333, 337 vd.; Yasemin Aydoğmuş, 'İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı' (2009) 29 MHB 21, 37-38; Zeynep Çalışkan, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı' (2009) 29 MHB 85, 99-100; Melis Avşar, 'ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı' (2017) 37(2) MHB 95, 102 vd.; İlyas Gölcüklü, 'ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar' (2018) 38(2) MHB 285, 290 vd.; Lâle Ayhan İzmirli, 'Uluslararası Yatırım Hukukunda 'Yatırım Kavramı' (2018) 8(2) SDÜHFD 89, 111 vd.

Yerel mahkemeye veya uzlaştırmaya başvurunun tahkimin yanında alternatif olarak sunulduğu hükümler ayrı bir başlıkta ikinci bölümde incelenmektedir. Söz konusu bölüm bakımından verilen seçim yetkisinin kesin olup olmamasının doğurduğu sonuçlar önem taşımaktadır.

İki taraflı yatırım antlaşmalarında yer alan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında olup olmadığına da çalışmada yeri geldiği temas edilmektedir. Bu hususta da ICSID içtihatları ve doktrin görüşleri kapsamında değerlendirmeler yapılmaktadır.

I. TAHKİMDEN ÖNCE YEREL MAHKEME KARARININ BEKLENMESİNE VEYA UZLAŞTIRMA USULÜNE BAŞVURUYA İLİŞKİN HÜKÜMLER

A. Yerel Mahkeme Kararının Beklenmesinin Tahkimden Önce Bir Aşama Olarak Öngörülmesi

Türkiye'nin taraf olduğu bazı iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki antlaşmalarında, bir yatırım uyuşmazlığı durumunda tahkimden önce ev sahibi devletin mahkemelerine gidilmesi ve belli bir süre beklenmesi tahkimden önceki bir aşama olarak yer almaktadır². Bazı antlaşmalarda ise³, taraflardan birinin bir yatırım uyuşmazlığını kendisine sunulan uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasından yerel mahkemeyi seçerek yerel mahkemeye götürmesi ihtimalinde, sonradan tahkime başvuru için ne kadar süre bekleneneğinden bahsedilmektedir. Her iki durumda da antlaşmalarda belli bir süre sınırı yer almakta ve bu süre dolduktan sonra tahkime başvurulabileceğinden bahsedilmektedir⁴.

Beklenmesi gereken süre çoğunlukla bir yıl olarak belirtilmektedir⁵. Ancak farklı süreler öngören antlaşmalar da bulunmaktadır.

² Türkiye ile Kore (RG 2.5.1994/21922), Türkmenistan (RG 15.1.1995/22172), Kazakistan (RG 11.2.1995/22199), İsviçre (RG 6.10.1989/20304), Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda (RG 9.5.1996/22631), arasında yapılan antlaşmalarda yerel mahkemeye başvurulması ve belli bir süre beklenmesi öngörülmektedir.

³ Türkiye ile Endonezya (RG 10.5.1998/23338), Portekiz (RG 19.12.2003/25321), Arnavutluk (RG 27.6.1996/22679), Tacikistan (RG 12.9.1997/23108), Makedonya (RG 7.7.1997/23042), İspanya (RG 1.12.1997/23187), Ukrayna (RG 17.4.1998/23316), Moldova (RG 12.1.1997/22875), Estonya (RG 2.2.1999/23599), Letonya (RG 2.2.1999/23599), Küba (RG 15.9.1999/23817), Moğolistan (RG 28.2.2000/23978), Hollanda (RG 8.9.1989/20276), Avusturya (RG 10.2.1991/20782), Danimarka (RG 27.5.1992/21240), İsveç (RG 15.7.1998/23403), Finlandiya (RG 26.1.2006/26061), Macaristan (RG 22.2.1995/22210), Mısır (RG 26.7.2002/24827), İran (RG 25.2.2005/25738) ve İsrail (RG 2.9.1998/23451 Mükerrer) arasında yapılan antlaşmalarda uyuşmazlığın önce yerel mahkemeye götürülmüş olması halinde tahkime başvuru için beklenmesi gereken süre düzenlenmiştir.

⁴ Esen Akıntürk and Pınar Baklaci, 'İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme' (2009) 25(4) BATİDER (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan) 477, 520.

⁵ Türkiye ile Kore, Endonezya, Portekiz, Arnavutluk, Tacikistan, Makedonya, İspanya, Ukrayna, Türkmenistan, Kazakistan, Moldova, Estonya, Letonya, Küba, Moğolistan, Hollanda, İsviçre, Avusturya, Danimarka, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda, İsveç, Finlandiya arasında yapılan antlaşmalarda yerel mahkeme kararının beklenmesi için bir yıllık süre kabul edilmiştir.



Türkiye ile İsrail arasında yapılan Antlaşma uyarınca, uyuşmazlık ev sahibi devletin adli mahkemelerine götürülmüşse, nihai kararın sekiz ay içerisinde alınmaması durumunda ICSID'e gidilebilecektir.

Türkiye ile Macaristan arasında yapılan Antlaşma'ya göre, uyuşmazlığın ev sahibi devletin mahkemelerine götürülmesi durumunda, yatırımcının tahkime başvurusu için on sekiz ay içerisinde nihai kararın alınmamış olması gerekmektedir. Yine Türkiye ile Mısır arasında yapılan Antlaşma gereğince tahkime başvuru için, yatırımcı uyuşmazlığı mahkemeye getirmişse, mahkemenin iki yıl içerisinde nihai kararını vermemiş olması gerekmektedir.

Türkiye ile İran arasında geçerli olan Antlaşma, diğer tüm antlaşmalardan farklı bir düzenleme getirmektedir. Antlaşma'ya göre, ülkesinde yatırım yapılan tarafın yetkili mahkemelerine götürülen uyuşmazlıklar için, dava devam ettiği sürece tahkim yoluna gidilemez. Buna ek olarak, nihai kararın verilmesi durumunda uyuşmazlık tahkime götürülemez. Bu Antlaşma'da süresiz bir beklemeden söz edilmektedir. Bu durumda yatırımcı, tahkimden önce yerel mahkemeye başvurmuşsa, sadece yerel mahkeme nihai kararını veremezse tahkime gidebilecektir. Ancak yerel mahkemenin nihai kararını beklemek için, diğer antlaşmalarda olduğu gibi, bir süre sınırı getirilmemiştir. Belli bir süre sınırının getirilmesinin nedeni, yatırımcının haklarının sürüncemede kalmasını engellemektir⁶. Bu nedenle, yatırımcının süresiz olarak ev sahibi devletin yerel mahkeme kararını beklemesini istemek, adil yargılanma hakkı bakımından ihlal oluşturabilecektir. Dolayısıyla söz konusu Antlaşma'daki hüküm eleştiriye açık gözükmektedir.

Belli bir süre sınırı getiren yatırım antlaşmalarının da çeşitli sebeplerle eleştirildiği görülmektedir.

Doktrinde, yerel mahkeme kararının beklenmesi şartının uyuşmazlığın çözümünde gecikmeye yol açtığı ve boş yere ek masrafların oluşmasına neden olduğu düşünülmektedir⁷. Yazarlara göre, zaten belirlenen sürede hayli karışık olan yatırım uyuşmazlıklarının çözüme ulaştırılması mümkün değildir⁸. ICSID bünyesinde görülen bir davada da⁹, belli bir süre yerel mahkeme kararının beklenmesi şartının “pratik bir bakış açısıyla anlamsız olduğu” belirtilmektedir.

Önemle belirtilmelidir ki, yerel mahkeme kararının beklenmesine ilişkin hükümlerin niteliği, iç hukuk yollarının tüketilmesini öngören hükümlerden farklı-

⁶ Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, vol 1 (6th edn, Beta 2021) 179.

⁷ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2th edn, Oxford 2012) 266; Christoph H. Schreuer and others, *The ICSID Convention: A Commentary* (2th edn, Cambridge University Press 2009) 407; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2012) 322.

⁸ Dolzer and Schreuer (n 7) 266; Schreuer and others (n 7) 407.

⁹ *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction 8 February 2005* (ICSID Case No ARB/03/24) para 224 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

dır¹⁰. Tahkime başvurulabilmesi için belli bir zaman diliminde iç hukuk yollarının takibini öngören antlaşmalar, bu yolların tüketilmesi gerekliliğini içermemektedir¹¹.

İç hukuk yollarının tüketilmesi yönündeki hükümler, yerel mahkemeden bir karar alınmasını zorunlu bir şart olarak görmektedir¹². Dolayısıyla bu şart, yerel mahkemede mutlaka bir çözüme ulaşılmasını zorunlu tutmaktadır¹³. Yerel mahkeme kararının beklenmesine ilişkin hükümler ile amaçlanan ise bir yerel mahkeme kararının alınması değildir¹⁴.

ICSID bünyesinde görülen bazı davalarda da¹⁵, belli bir süre mahkeme kararını beklemenin, iç hukuk yollarının tüketilmesi anlamına gelmediği vurgulanmaktadır.

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı mahkemeler ve doktrin tarafından eleştiriye uğramaktadır. AİHM’de görülen bir davada¹⁶ iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının aşırı şekilci değil, esnek bir şekilde uygulanmasının gerektiği vurgulanmıştır.

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartına artık nadiren yer verilmektedir¹⁷. Bu şart daha çok eski tarihli iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki antlaşmalarında yer almaktadır¹⁸. Bugünkü antlaşmalarda artık bu şarta rastlanmamaktadır¹⁹. Genelde yerel mahkemelere başvurulmasından itibaren belirli bir sürenin geçmesine ilişkin hükümler kaleme alınmaktadır²⁰. Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarında da iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı yer almamaktadır. Ancak Türkiye ile Romanya arasında yapılmış olan ve sonradan yeni yapılan bir antlaş-

¹⁰ Schreuer and others (n 7) 406; Dolzer and Schreuer (n 7) 266; Campbell McLachlan QC, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford University Press 2008) 97; Guido Santiago Tawil, ‘Most Favoured Nation Clauses in Investment Treaty Arbitration’ in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009) 15 (n 34).

¹¹ McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 97.

¹² Ursula Kriebaum, ‘Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment’ in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009) 418.

¹³ Kriebaum (n 12) 418.

¹⁴ Tawil (n 10) 15.

¹⁵ *Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain, Decision on Jurisdiction 25 January 2000* (ICSID Case No ARB/97/7) para 28 <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>; *Siemens A.G. v Argentine Republic, Decision on Jurisdiction 3 August 2004* (ICSID Case No. ARB/02/8) para 104 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

¹⁶ *Sovtransavto Holding v Ukraine* App no 48553/99 (ECHR, 6 October 2002) para 81 <<http://hudoc.echr.coe.int/>> Accessed 19 September 2023.

¹⁷ Dolzer and Schreuer (n 7) 265; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (6th edn, Vedat 2021) 63-64.

¹⁸ Dolzer and Schreuer (n 7) 265.

¹⁹ Noah Rubins and N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner’s Guide* (Oxford University Press 2005) 272.

²⁰ Akıncı (n 17) 64; İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID: Yargılama Yetkisi* (Beta 2004) 67-68.

ma ile yürürlükten kaldırılan Antlaşma'da²¹ iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı bulunmaktaydı. Bu şart yeni yapılan Antlaşma²² ile kaldırılmıştır.

B. Uzlaştırma Usulüne Başvurunun Tahkimden Önce Bir Aşama Olarak Öngörülmesi

Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım antlaşmalarının neredeyse hepsinde²³, tahkime başvurulmadan önce uyuşmazlığın uzlaştırma usulleri ile çözümü öngörülmektedir.

Uzlaştırma usulleri ile uyuşmazlığın çözümü için üç aylık bir zaman dilimi öngören antlaşmalar bulunmaktadır²⁴. Uyuşmazlıkların uzlaştırma usulleri ile çözümlenebilmesi için altı aylık bir süre de öngörülebilmektedir²⁵. On iki aylık bir sürenin şart koşulduğu antlaşmaya da²⁶ rastlanılmaktadır. Bazı antlaşmalarda ise²⁷, uzlaştırma usullerine başvuru şartı getirilmiş ama bir süre belirtilmemiştir.

Belirtilen bu antlaşmalar dışındaki diğer tüm antlaşmalarda, yani iki taraflı yatırım antlaşmalarının çoğunda, uzlaştırma usulleri ile uyuşmazlıkların çözülmesi için altı aylık bir zaman dilimi şart koşulmuştur.

Uzlaştırma usullerine başvurunun antlaşmalarda yer almasının nedeni, taraflara dostane bir şekilde konuyu tekrar gözden geçirme ve bir çözüm üretme şansının

²¹ RG 16.7.1994/21992.

²² RG 3.7.2010/27630.

²³ İstisnai olarak, Türkiye ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda arasındaki Antlaşma'da uzlaştırma usullerine başvuru düzenlenmemiştir.

²⁴ Türkiye ile İsrail, Slovenya (RG 4.9.2005/25926), Şili (RG 3.1.2004/25335) ve Filipinler (RG 22.7.2005/25883) arasında yapılan antlaşmalarda uzlaştırma usullerine başvuru için üç aylık bir süre getirilmiştir.

²⁵ Türkiye ile Bangladeş (RG 10.5.2019/30770), Belarus (RG 13.12.2022/32042), Kamboçya (RG 26.5.2022/31847), Fildişi Sahili (RG 24.4.2022/31819), Ruanda (RG 24.4.2022/31819), Gürcistan (RG 1.6.2021/31498), Çin Halk Cumhuriyeti (RG 1.10.2020/31261 Mükerrer), Zambiya (RG 22.4.2020/31107), Gana (RG 4.4.2020/31089), Mali (RG 4.4.2020/31089), Özbekistan (RG 2.4.2020/31087), Cibuti (RG 5.3.2020/31059), Karadağ (RG 5.3.2020/31059), Kırgız Cumhuriyeti (RG 16.8.2019/30860 Mükerrer), Kolombiya (RG 24.8.2017/30164 Mükerrer), Guatemala (RG 24.8.2017/30164 Mükerrer), Kosova (RG 12.07.2015/29414), Morityus (RG 6.5.2016/29704), Sudan (RG 31.12.2016/29935 Mükerrer), Kenya (RG 1.6.2017/30083), Benin (RG 5.6.2017/30087 Mükerrer), Gambiya (RG 6.6.2017/30088 Mükerrer), Gine (RG 7.6.2017/30089 Mükerrer), Vietnam (RG 7.6.2017/30089 Mükerrer), Kamerun (RG 7.6.2017/30089 Mükerrer) ve Pakistan (RG 7.7.2017/30117) arasında yapılan antlaşmalarda uzlaştırma usulleri ile uyuşmazlıkların çözümü için altı aylık bir süre verilmektedir.

²⁶ Türkiye ile İsviçre arasında yapılan Antlaşma gereğince, uyuşmazlıklar görüşmeler yoluyla çözümlenecektir. Görüşmeler yoluyla on iki ay içinde anlaşma sağlanamaz ise uyuşmazlık ICSID'e götürülecektir.

²⁷ Türkiye ile Hollanda, Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği (RG 8.10.1989/20306), Amerika Birleşik Devletleri (RG 13.8.1989/20251), Avusturya, Danimarka, Japonya (RG 16.1.1993/21467), Kore, Tunus (RG 3.1.2003/24982) arasında yapılan antlaşmalarda uzlaştırma usullerine başvuru öngörülmüş ancak belli bir zaman şartı öngörülmemiştir.

tanınmasıdır²⁸. Antlaşmalarda öngörülen süreler, uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözümünü teşvik edebilmektedir²⁹.

Doktrinde, uzlaştırma usullerine başvurunun yaygın bir şekilde antlaşmalarda yer almaya başladığı belirtilmektedir³⁰. Çünkü yatırımcı ile ev sahibi arasındaki ilişkilerin düşmanca bir şekilde bitirilmesi istenmemektedir³¹. Bazı devletlerin uzlaştırma usullerine kültürel bakımdan yatkınlıkları da bulunabilmektedir³².

Türkiye'nin tarafı bulunduğu antlaşmalarda uzlaştırma usulüne başvuru çeşitli ifadelerle belirtilmektedir. Genel olarak, iyiniyetli karşılıklı görüşmelere, danışmaya ve müzakerelere gidileceği öngörülmektedir. Bazen uyuşmazlıkların dostça çözümlenmeye çalışılacağı şeklinde bir ifadeye de yer verilmektedir³³. Doktrinde bu görüşmelerin, doğrudan ve anlamlı olmasının gerektiği belirtilmektedir³⁴. Bazen üçüncü taraf usullerine başvuruya da yer verilmektedir³⁵.

Doktrinde, uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözümü için uzlaştırma usullerine başvuruda, tarafların karşılıklı iradelerinin kesin, açık ve belirli olmasının gerektiği belirtilmektedir³⁶.

C. Tahkimden Önce Yerel Mahkeme Kararının Beklenmesine veya Uzlaştırmaya Başvuruya İlişkin Hükümlerin Hukuki Niteliği

1. Yerel Mahkeme Kararının Beklenmesinin veya Uzlaştırmaya Başvurunun Yetkiye İlişkin Bir Zorunlu Şart Olduğu Görüşü

a. Genel Olarak

Uygulamada bazı tahkim heyetleri, yatırım antlaşmasında yer alan yerel mahkeme kararının beklenmesi şartının gerçekleşmemesi nedeniyle kendilerini yetkili

²⁸ Dikran M. Zenginkuzucu, *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi* (Legal 2012) 106; Dikran M. Zenginkuzucu, *Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm: Kurumlar, Kurallar, Süreçler* (2th edn, Legal 2017) 107.

²⁹ Rubins and Kinsella (n 19) 322.

³⁰ Rubins and Kinsella (n 19) 277; Mine Tan Dehmen, 'Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi' (2005) 25(1-2) MHB (Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan) 451, 457; Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice* (Oxford University Press 2007) 263.

³¹ Sornarajah, *The International Law* (n 7) 320.

³² Örneğin Çin Halk Cumhuriyeti'nin taraf olduğu antlaşmaların çoğunda uzlaştırma usulleri yer almaktadır, Sornarajah, *The International Law* (n 7) 320.

³³ Akıntürk and Baklacı, 'Yatırım Antlaşmaları' (n 4) 520. Bu konuda, Türkiye ile Bulgaristan (RG 4.5.1997/22979), Litvanya (5.7.1997/23040), Malezya (RG 10.5.2000/24045) ve Slovenya arasındaki antlaşmalar örnek olarak gösterilebilir.

³⁴ Süleyman Dost, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil 2006) 145.

³⁵ Uzlaştırma usulleri ile uyuşmazlıkların çözümü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Şanlı (n 1) 532-535.

³⁶ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol 1 (Kluwer 2009) 847-848.

olarak görmemektedir³⁷.

Kılıç İnşaat v. Turkmenistan davasında³⁸ mahkeme, Türkiye ve Türkmenistan arasında imzalanan Yatırım Teşviki Antlaşması m. 7/2'de yer alan tahkimden önce yerel mahkemeye başvurulması ve bir yıl beklenmesine ilişkin hükmü yetkiye ilişkin ve zorunlu bir şart olarak değerlendirmiş ve bu şart gerçekleşmediği için kendisini yetkisiz görmüştür.

Uzlaştırma sürelerinin yetkiye ilişkin ve zorunlu olduğunu belirten kararlar da bulunmaktadır.

Enron v. Argentine davasında³⁹ mahkeme, uzlaştırma süresinin, **Lauder v. Czech Republic** kararının⁴⁰ aksine, yetkiye ilişkin bir şart olduğunu belirtmiş ve bu sürenin tamamlanmaması tahkim mahkemesinin yetkisiz olmasına yol açar demiştir.

Murphy v. Ecuador davasında mahkeme, uzlaştırma usulüne başvurunun zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bir çözüme ulaşma değil, çözüme ulaşmayı deneme zorunluluğunun bulunduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla bir çözüme ulaşılabileceği veya ulaşılabileceği kesin olsa da, taraflar bu usulleri başlatmak zorundadır⁴¹. Mahkeme, somut olayda, uzlaştırma usullerine başvurulmadığı için yetkisiz olduğuna karar vermiştir⁴².

Uzlaştırma usullerine başvurunun yetkiye ilişkin bir şart olduğuna karar verilen **Burlington Resources v. Ecuador** davasında, bu sürenin ev sahibi devlete bir olanak tanıdığından bahsedilmektedir⁴³. Karara göre uzlaştırma süresi, yatırımcı tahkime gitmeden önce uyuşmazlığa bir çare bulunması için ev sahibi devlete bir olanak sağlamaktadır. Bu olanak tanınmadıysa, tahkim mahkemesinin uyuşmazlık bakımından yetkisi yoktur.

Wintershall v. Argentina davasında mahkeme, bu hususta daha önce verilen kararları ayrıntılı bir şekilde gözden geçirmiştir⁴⁴. Mahkeme, uzlaştırma usulüne

³⁷ Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (9th edn, Yetkin 2013) 120.

³⁸ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v Turkmenistan*, Award 2 July 2013 (ICSID Case No ARB/10/1) para 9.28-9.31 <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf> Accessed 19 September 2023.

³⁹ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004 (ICSID Case No ARB/01/3) para 88 <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf> Accessed 19 September 2023.

⁴⁰ *Ronald S. Lauder v The Czech Republic*, Final Award 3 September 2001 (in the Matter of UNCITRAL Arbitration) para 187 <<http://arbitration.org/sites/default/files/awards/arbr-2001-312-1.pdf>> Accessed 19 September 2023.

⁴¹ *Murphy Exploration and Production Company International v Republic of Ecuador*, Award 15 December 2010 (ICSID Case No ARB/08/4) para 135 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

⁴² *Murphy v Ecuador* (n 41) para 157.

⁴³ *Burlington Resources, Inc. v Republic of Ecuador*, Decision on Jurisdiction 2 June 2010 (ICSID Case No ARB/08/5) para 315 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

⁴⁴ *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic*, Award 8 December 2008 (ICSID Case No ARB/04/14) para 133-154 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

ilişkin bir şartın yetkiye ilişkin olup olmadığının, antlaşmanın lafzına ve içeriğine bağlı olduğunu vurgulamıştır⁴⁵. Somut olayda ise, uzlaştırma süresinin yetkiye ilişkin bir şart olduğuna karar vermiştir⁴⁶.

Bu konuda görüş bildiren bir yazar⁴⁷, uzlaştırma usulleri ile uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen sürenin yetkiye ilişkin olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, taraflar bu uzlaştırma usullerini antlaşmaya koymuşlarsa, onların iradelerine saygı göstermek gerekmektedir. Antlaşma şartları yatırım antlaşmasına taraf olan devletler tarafından değiştirilmedikçe, uzlaştırma usullerine başvuru dikkate alınmalıdır.

Doktrinde, uzlaştırma usullerinin atlanarak tahkime gidilmesi durumunda nasıl bir yol izlenebileceğine ilişkin öneriler de yer almaktadır. Bir görüşe göre⁴⁸ tahkim mahkemesi, uzlaştırma usullerine gidilmeyen bir uyuşmazlık önüne geldiğinde davanın esasına girmeyi reddeder. Bununla birlikte tahkim mahkemesinin uzlaştırma ile çözümü bekleyebileceği de belirtilmiştir⁴⁹.

Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre ise⁵⁰, tahkim mahkemesi, sadece uzlaştırma usulleri ile uyuşmazlığın çözümünü umut verici olarak görüyorsa, uzlaştırma için ek süre verir ve tahkime ilişkin yapılması gereken işlemleri erteler.

Doktrinde yer alan bir çözüm önerisi de, uzlaştırma usullerinin tahkim ile paralel olarak yürütülebileceğidir⁵¹. Bu görüşe göre, tahkim mahkemesi taraflara tahkim ile paralel bir şekilde uzlaştırmaya gitme yönünde bir seçenek sunabilir.

ICSID bünyesinde görülen bir davada tahkim mahkemesi, uzlaştırma ile çözümü bekleme kararı almıştır. **Goetz v. Burundi** davasında⁵² taraflar, tahkim süreci işlerken bir taraftan da uyuşmazlığın çözümü için müzakerelere başlamışlardır. Mahkeme, tahkime paralel giden bu müzakereleri dikkate almış ve dava konusu hakkında bir karar vermemiştir. Kararda, tarafların müzakereler sonucunda ulaştıkları anlaşmaya uyacakları belirtilmiştir.

b. En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Etkisi

Yerel mahkeme kararının beklenmesinin veya uzlaştırmaya başvurunun yetkiye ilişkin bir ön şart olarak görüldüğü bazı davalarda, bu şarttan kurtulmak için en çok gözetilen ulus kaydına başvurulduğuna rastlanmaktadır⁵³.

⁴⁵ Wintershall v Argentine (n 44) para 142.

⁴⁶ Wintershall v Argentine (n 44) para 156.

⁴⁷ Erkan (n 37) 118.

⁴⁸ Erkan (n 37) 465.

⁴⁹ Erkan (n 37) 465.

⁵⁰ Dolzer and Schreuer (n 7) 270.

⁵¹ Born (n 36) 844.

⁵² *Antoine Goetz and others v Republic of Burundi, Introductory Note 10 February 1999* (ICSID Case No ARB/95/3) <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

⁵³ Dolzer and Schreuer (n 7) 266-267; Schreuer and others (n 7) 407; Somarajah, *The International Law* (n 7) 322; Erkan (n 37) 120.



En çok gözetilen ulus kaydı, bir antlaşmada tarafların birbirlerine ve vatandaşlarına, üçüncü bir devlete ve vatandaşlarına gösterilecek muameleden daha az elverişli olmayacak şekilde muamelede bulunmasını sağlayan bir hükümdür⁵⁴. Bu kayıt dolayısıyla antlaşma tarafı devletler, birbirlerinin ülkesindeki diğer üçüncü devletlere tanınan en iyi muameleden yararlanma hakkına sahiptir⁵⁵. Bu kaydın amacı, antlaşma tarafı devletlerin vatandaşları ve üçüncü devlet vatandaşları arasında ayırım gözetilmemesini sağlamaktır⁵⁶. Böylece bir devlette bulunan yabancılar arasında, belirli haklardan yararlanma bakımından, eşitlik oluşmaktadır⁵⁷.

Genelde ticaret, ikamet ve konsolosluk antlaşmalarında yer alan bu kayıt⁵⁸, iki taraflı yatırım antlaşmalarında da görülmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu çoğu iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki antlaşmalarında bu kayda rastlanmaktadır.

En çok gözetilen ulus kaydının, uyuşmazlıkların çözümünü içerip içermediği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu farklı görüşler, ICSID içtihatları çerçevesinde gelişmektedir. Bu bölüm altında önemli birkaç davadan bahsedilmesi faydalı olabilecektir.

Maffezini v. Spain davasında⁵⁹ en çok gözetilen ulus kaydı geniş bir şekilde yorumlanmıştır⁶⁰. Bu davada davacı, Arjantin-İspanya arasındaki İki Taraflı Yatırım Antlaşması'nda bulunan en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak, Şili-İspanya

⁵⁴ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (21st edn, Turhan 2022) 91; Kaj Hobér, 'MFN Clauses and Dispute Resolution in Investment Treaties: Have We Reached The End of The Road?' in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009) 33-34; Aydoğmuş (n 1) 22; Samet Sevgi, 'En Çok Gözetilen Ulus Kaydının İkili Yatırım Anlaşmalarının Usule İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi: *Maffezini Davası*' (2020) 8(1-2) SHD 89, 92; Bilgin Tiryakioğlu, 'Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Turkey is a Party of' (2023) 43(1) PPIL 1, 5.

⁵⁵ Pazarcı (n 54) 92; Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (27th edn, Beta 2022) 66; Aydoğmuş (n 1) 22.

⁵⁶ Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi* (5th edn, Beta 1996) 357; Pazarcı (n 54) 92-93; Aydoğmuş (n 1) 22. En çok gözetilen ulus kaydının ayırım gözetmeme ilkesinden farkı, ayırım gözetmeme ilkesinin bir genel hukuk ilkesi olmasıdır. En çok gözetilen ulus kaydı, ancak bir antlaşma hükmü niteliğiyle etki doğurmaktadır bkz Pazarcı (n 54) 93.

⁵⁷ Çelikel and Öztekin Gelgel (n 55) 66; Aydoğmuş (n 1) 21.

⁵⁸ Çelikel and Öztekin Gelgel (n 55) 66; Aydoğmuş (n 1) 21; Ayşe Nur Tütüncü and others (eds), *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) Prof Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından* (2th edn, Beta 2019) 233.

⁵⁹ *Maffezini v Spain* (n 15).

⁶⁰ Pınar Baklacı, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta 2009) 61; Aydoğmuş (n 1) 39; Sevgi (n 54) 103. Aynı yönde en çok gözetilen ulus kaydının geniş yorumlandığı Stockholm Tahkim Merkezi bünyesinde görülen bir dava için bkz *RosInvestCo UK Ltd. v The Russian Federation, Award on Jurisdiction October 2007* (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Case No V079/2005) para 132 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>> Accessed 19 September 2023. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz İnci Ataman Figanmeşe, 'The Impact of the Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses In Investment Treaties' (2011) 8(2) ALR 221, 234-236.

arasındaki Antlaşma'nın uygulanmasını istemiştir. Arjantin-İspanya arasındaki Antlaşma'da, en çok gözetilen ulus kaydının “antlaşmaya ilişkin tüm konuları” kapsadığı belirtilmektedir⁶¹. Arjantin-İspanya arasındaki Antlaşma, yerel mahkemeye başvurulmasını ve on sekiz ay beklenmesini şart koşturmaktadır. Şili-İspanya arasındaki Antlaşma'da ise, direkt ICSID'e başvuru olanağı tanınmıştır. Mahkeme, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm yöntemini de kapsadığına karar vermiştir⁶². Esasa ve usule ilişkin hakların tümü için bu kayda başvurulabileceği belirtilmiştir⁶³.

Siemens v. Argentine davasında da⁶⁴ on sekiz aylık bekleme süresi, en çok gözetilen ulus kaydı ile bertaraf edilmiştir⁶⁵. Mahkeme, uyuşmazlık çözüm yolunun, yatırımcılara gösterilen muamelenin bir parçası olduğunu ve en çok gözetilen ulus kaydı içinde yer aldığını belirtmiştir⁶⁶.

Siemens v. Argentine davasında, Arjantin-Almanya arasındaki Antlaşma'da yer alan ifade tartışma konusu olmuştur. Antlaşma'da en çok gözetilen ulus kaydı, “yatırımla ilgili faaliyetlere uygulanacak muamele” bakımından söz konusu olmaktadır. **Maffezini v. Spain** davasında ele alınan Arjantin ve İspanya arasındaki Antlaşma'da ise en çok gözetilen ulus kaydı, “antlaşmaya ilişkin tüm konuları” kapsamaktadır. Davalı bu fark dolayısıyla kaydın uyuşmazlık çözümüne ilişkin olarak genişletilemeyeceğini savunmuştur⁶⁷. Mahkeme ise bu ifadenin, kaydın uyuşmazlık çözümünde kullanımı bakımından bir engel taşımadığına karar vermiştir⁶⁸. “Yatırımla ilgili faaliyetlere uygulanan muamele”nin uyuşmazlık çözümünü kapsadığı belirtilmiştir⁶⁹.

⁶¹ Maffezini v Spain (n 15) para 60.

⁶² Maffezini v Spain (n 15) para 56.

⁶³ Maffezini v Spain (n 15) para 54-55.

⁶⁴ Siemens v Argentine (n 15).

⁶⁵ Siemens v Argentine (n 15) para 94-110. Aynı yönde bkz *Camuzzi International S.A. v Argentine Republic, Decision on Objections to Jurisdiction 11 May 2005* (ICSID Case No ARB/03/2) para 117-121; *Gas Natural SDG, S.A. v The Argentine Republic, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction 17 June 2005* (ICSID Case No ARB/03/10) para 24-31; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v Argentine Republic, Decision on Jurisdiction 16 May 2006* (ICSID Case No ARB/03/17) para 52-66; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v Argentine Republic, Decision on Jurisdiction 3 August 2006* (ICSID Case No ARB/03/19) para 52-68; *Impregilo S.p.A. v Argentine Republic, Award 21 June 2011* (ICSID Case No ARB/07/17) para 51-109 <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf> Accessed 19 September 2023.

⁶⁶ Siemens v Argentine (n 15) para 102.

⁶⁷ Siemens v Argentine (n 15) para 103.

⁶⁸ Siemens v Argentine (n 15) para 103.

⁶⁹ Siemens v Argentine (n 15) para 103.



Bu kararlardan farklı sonuçlara ulaşan mahkemeler de bulunmaktadır. **Plama v. Bulgaria** davasında⁷⁰ tarafların en çok gözetilen ulus kaydına uyuşmazlık çözümünü eklemek istemeleri halinde, bu isteklerini açıkça belirtmelerinin gerektiği vurgulanmıştır⁷¹. Açıkça belirtilmediği için somut olayda en çok gözetilen ulus kaydının kullanılamayacağına karar verilmiştir⁷².

Telenor v. Hungary davasında da, en çok gözetilen ulus kaydının yetkiye ilişkin hususlarda kullanılamayacağına karar verilmiştir⁷³. En çok gözetilen ulus kaydının geniş yorumlanmasının “**treaty shopping**”e (anlaşma alışverişine⁷⁴, anlaşma avcılığına⁷⁵) yol açacağı belirtilmiştir⁷⁶. Mahkemeye göre, bu kayıt ancak yatırımının temel hakları bakımından uygulama alanı bulmalıdır⁷⁷.

Bu davalar incelendikten sonra, doktrinde bulunan görüşlere değinilebilecektir. Doktrinde, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümünde kullanılacak şekilde genişletilmemesinin gerektiğini düşünen yazarlar bulunmaktadır⁷⁸.

Farklı bir görüşteki yazarlara göre ise, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümünü içerip içermediği, her bir somut olayda⁷⁹ tarafların iradeleri incelenerek⁸⁰ belirlenmelidir.

Bu konudaki bir diğer görüşe göre, en çok gözetilen ulus kaydının kapsamına nelerin dâhil olduğunun önceden açıklanması ile bu kayıt ile ilgili tartışmalar sona erecektir⁸¹. Buna göre, taraflar arasında anlaşma sağlanarak bu sıkıntılar önceden çözülebilir⁸².

⁷⁰ Plama v Bulgaria (n 9).

⁷¹ Plama v Bulgaria (n 9) para 204.

⁷² Plama v Bulgaria (n 9) para 212.

⁷³ *Telenor Mobile Communications A.S. v The Republic of Hungary, Award 13 September 2006* (ICSID Case No ARB/04/15) para 100 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023. Yetkiye ilişkin meselelerde en çok gözetilen ulus kaydının kullanılamayacağını söyleyen diğer bir dava için bkz *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision on Jurisdiction 29 November 2004* (ICSID Case No ARB/02/13) para 119 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

⁷⁴ Baklacı (n 60) 62. Yazar, bu ifadeyi tercih etmiştir. Bununla birlikte, milletlerarası tahkimde tarafların menfaatlerine en uygun mahkemeyi seçmesi durumuna “forum shopping” dendiğinden bahsetmektedir, 62 (n 139). Forum shopping hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (23rd edn, Beta 2021) 498; Şanlı (n 1) 130; Şanlı, Esen and Figanmeşe (n 1) 462.

⁷⁵ Erkan (n 37) 270.

⁷⁶ Telenor v Hungary (n 73) para 93.

⁷⁷ Telenor v. Hungary (n 73) para 92.

⁷⁸ Sornarajah *The International Law* (n 7) 322; McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 257; Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009) 344-356.

⁷⁹ Tawil (n 10) 29.

⁸⁰ Hobér (n 54) 41.

⁸¹ Aydoğmuş (n 1) 84.

⁸² Aydoğmuş (n 1) 84.

Kanaatimizce de, tarafların ortak iradesi, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümünde de kullanılması yönünde ise, kaydın uyuşmazlık çözümünü kapsamaması gerekmektedir. Bu da her somut olayda antlaşmanın yorumunu gerektirmektedir. Bu bağlamda, kullanılan kelime ve ifadeler büyük önem taşımaktadır⁸³. Bir antlaşmada, **Maffezini v. Spain** davasına konu olan Arjantin-İspanya arasındaki Yatırım Antlaşması'ndaki gibi, en çok gözetilen ulus kaydının "antlaşmaya ilişkin tüm konuları" kapsadığı belirtiliyorsa, uyuşmazlık çözümünün bu kayda dâhil olduğu söylenebilecektir. Çünkü uyuşmazlık çözümü de antlaşmanın kapsamına dâhil olan konulardan biridir. Doktrinde de, **Maffezini v. Spain** davasında verilen kararın yerinde olduğu belirtilmektedir⁸⁴. Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu bir antlaşmadaki tüm konuların en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında olduğu belirtildiyse, yerel mahkemenin kararının beklenmesi veya uzlaştırma usulü için belirlenen süreler yerine, Türkiye'nin tarafı bulunduğu başka bir antlaşmadaki süreler uygulanabilecektir. Ancak önemle belirtilmelidir ki, Türkiye'nin özellikle 2010 yılından sonra imzaladığı iki taraflı yatırım antlaşmalarının çoğunda, en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri kapsamadığına ilişkin açık maddelere yer verilmektedir⁸⁵. Örneğin, Türkiye ile Kuveyt arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşması⁸⁶ m. 3/4(c) uyarınca, en çok gözetilen ulus kaydı, Antlaşma'da yer alan usule yönelik haklar bakımından uygulanmayacaktır. Yine Türkiye ile Azerbaycan arasında imzalanan Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşvikine İlişkin Antlaşma⁸⁷ m. 3/5(c) uyarınca, en çok gözetilen ulus kaydı, yatırımcı ile ev sahibi Akit taraf arasındaki uyuşmazlığın çözümü hükümleri bakımından uygulanmayacaktır. Türkiye ile Belarus arasında imzalanan antlaşma m. 4/4(c)'de de, en çok gözetilen ulus kaydının, yatırımcı-devlet uyuşmazlık çözümü usul ve mekanizmalarını içermeyeceği açıkça belirtilmektedir. Dolayısıyla, eğer Türkiye'nin imzaladığı antlaşmalarda açık olarak böyle hükümler varsa, uyuşmazlık çözümünde en çok gözetilen ulus kaydına başvurulamayacaktır.

2. Yerel Mahkeme Kararının Beklenmesinin veya Uzlaştırmaya Başvurunun Yetkiye İlişkin Zorunlu Bir Şart Olmadığı Görüşü

İki tarafı yatırım antlaşmalarındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin maddeleri inceleyen bazı tahkim mahkemeleri, tahkimden önce yerel mahkeme kararının beklenmesini öngören hükümlerin yetkiye ilişkin bir ön şart niteliği taşımadığına ve yatırımcının yerel mahkemeye gitmeksizin doğrudan tahkime başvurabileceğine karar vermektedir.

⁸³ Akıntürk and Baklacı, 'Yatırım Antlaşmaları' (n 4) 501.

⁸⁴ Aydoğmuş (n 1) 82.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz Tiryakioğlu (n 54) 10-13.

⁸⁶ RG 20.1.2012/28179.

⁸⁷ RG 2.5.2013/28635.



Sehil v. Turkmenistan davasında⁸⁸ mahkeme, **Kılıç İnşaat v. Turkmenistan** kararından farklı olarak, yerel mahkeme kararının beklenmesinin tahkime gitmek için bir ön şart olmadığına ve dolayısıyla yatırımcı için yerel mahkemeye gidilmeksizin doğrudan tahkime gitme yolunun açık olduğuna karar vermiştir.

Kılıç İnşaat v. Turkmenistan kararını ve daha sonraki bir tarihte yine Türkmenistan hakkında verilen **Sehil v. Turkmenistan** kararını inceleyen bir yazar, aynı yatırım antlaşmasındaki (Türkiye ve Türkmenistan arasındaki iki taraflı yatırım antlaşması) uyuşmazlık çözüm yönteminin farklı tarihlerde birbirine tamamen zıt bir şekilde yorumlanmasının, yatırım antlaşmasının birden fazla dilde düzenlenen metinlerinden kaynaklandığını belirtmektedir⁸⁹. Anlamı belirsiz, muğlak ve açık olmayan uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümler, mahkemelerin her davada farklı yorumlama yapmalarına ve kararlarında istikrarlı olamamalarına yol açmaktadır⁹⁰. Yatırım antlaşması her lisanda ayrı ayrı incelenerek ileride bazı yorum farkından kaynaklanabilecek riskler azaltılabilecektir⁹¹.

Doktrinde, yerel mahkeme kararının beklenmesinin zorunlu bir şart olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler yapılmaktadır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre⁹², iç hukuk yollarının yetersiz olduğu önceden belliyse ve etkili bir çözüme ulaşılmayacağı kesinse, bu yollara başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Gerçekten de, yerel mahkemede yargılamanın genelde makul olmayan bir şekilde çok uzun sürmesi ve adil yargılanma hakkına uygun yargılama yapılarak karar verilmemesi durumlarında, yerel mahkemeye gidilmesi zorunlu olarak görülmeyebilecektir.

Uzlaştırma usulüne başvuru şartı bakımından da aynı yönde değerlendirmelere rastlanmaktadır. Bir yazara göre⁹³, belirlenen süre içinde uyuşmazlığın çözümünü beklemek fazlaca iyiniyetli bir yaklaşımdır. Bu süre genellikle uyuşmazlığın bir an önce çözümünü hedefleyen tarafın önünde bir engel olarak kalmaktadır.

Tahkim mahkemeleri de, ICSID bünyesinde görülen bazı davalarda, uzlaştırma şartının tamamlanmamasının kendi yetkilerini etkilemediğine karar vermiştir.

⁸⁸ *Muhammet Çap Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v Turkmenistan, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII(2) of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty 13 February 2015* (ICSID Case No ARB/12/6) para 113 <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4163.pdf> Accessed 19 September 2023.

⁸⁹ Berin Simge Hikmet, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan ("Dispute Resolution Clause") Uyuşmazlık Çözüm Maddelerine İlişkin Sorunlar' in Ceyda Süral Efeçinar and others (eds), *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı* (Seçkin 2018) 50.

⁹⁰ Tiryakioğlu (n 54) 15.

⁹¹ Hikmet (n 89) 50.

⁹² M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (Kluwer 2000) 217; Rubins and Kinsella (n 19) 134, 411.

⁹³ Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabulucuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011) 169.

Mahkeme, **Biwater Gauff v. Tanzania**⁹⁴ davasında, altı aylık uzlaştırma süresinin taraflara önerilen usuli bir basamak olduğu belirtilmiştir. Mahkemeye göre, altı aylık bu süre yüzünden tahkimin engellenmesi ihtimalinde davacının, uzlaştırma usulleri faydasız da olsa ya da bu usuller ile çözüme ulaşılması bir nedenle zaten olanaksız da olsa, altı ay boyunca hiçbir şey yapamamasına neden olunacaktır. Ayrıca bu süre dolmadan tahkime gidildiyse, uzlaştırma usulleri için öngörülen sürenin tahkim mahkemesinde konu görüşülürken dolması durumunda yeni baştan tahkime başlanması gerekecektir. Bu nedenle, taraflara barışçıl bir çözüm olanağı sunan bu usuller tahkimi engelleyici olarak görülmemelidir. Bu şart, yargı yetkisine ilişkin ve zorunlu değildir.

SGS v. Pakistan davasında da⁹⁵, uzlaştırma sürelerinin usule ilişkin taraflara öneri olarak sunulan bir basamak olduğu, yetkiye ilişkin bir nitelik taşımadığı vurgulanmıştır. Ayrıca uzlaştırma usullerinin somut olayda faydasız olduğu da belirtilmiştir. Yine **Bayındır v. Pakistan** davasında⁹⁶, uzlaştırma usullerine başvurunun yetkiye ilişkin bir ön şart oluşturmadığına karar verilmiştir.

American Manufacturing v. Zaire davasında⁹⁷, davalının uzlaştırma usullerinin gerçekleşmediğine yönelik itirazı kabul edilmemiş ve davacının ICSID'e başvuru olanağının olduğuna karar verilmiştir.

Salini v. Morocco kararında⁹⁸, barışçıl çözüm yöntemlerinin uyumsuzluğu mahkeme dışında çözmeyi amaçladığı belirtilmiştir. Karara göre, bu yöntemler taraflara bir öneri niteliğindedir, bunların tam olarak uygulanması gerekmemektedir.

UNCITRAL Tahkim Kuralları kapsamında görülen **Lauder v. Czech Republic** davasında da, altı aylık uzlaştırma süresinin yetkiye ilişkin bir hüküm olmadığı belirtilmiştir. Bu sürenin amacının, tahkim başlatılmadan önce tarafların iyi niyetli müzakereler bakımından teşvikî olduğu vurgulanmıştır.

⁹⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania, Award 24 July 2008* (ICSID Case No ARB/05/22) para 343 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

⁹⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction 6 August 2003* (ICSID Case No ARB/01/13) para 184 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

⁹⁶ *Bayındır Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction 14 November 2005* (ICSID Case No ARB/03/29) para 100 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

⁹⁷ *American Manufacturing & Trading, Inc. v Republic of Zaire, Award 21 February 1997* (ICSID Case No ARB/93/1) para 3.10 <<http://arbitration.org/sites/default/files/awards/arbr-1997-326-2.pdf>> Accessed 19 September 2023.

⁹⁸ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction 23 July 2001* (ICSID Case No ARB/00/4) para 20 <<http://arbitration.org/sites/default/files/awards/arbr-2001-313-1.pdf>> Accessed 19 September 2023.



II. YEREL MAHKEMEYE VEYA UZLAŞTIRMA USULÜNE BAŞVURUNUN TAHKİMİN YANINDA SEÇİMLİK OLARAK ÖNGÖRÜLMESİ

A. Seçimin Kesin Olarak Düzenlenmesi (Yol Ayrımı Kayıtları)

Türkiye'nin taraf olduğu bazı iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki antlaşmalarında, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla yerel mahkemeye veya tahkime başvuru seçimlik olarak düzenlenmiştir. Bu antlaşmaların bazılarında ise, yapılacak seçimin kesin olduğu ifade edilmektedir.

Türkiye ile Arjantin arasında yapılan Antlaşma'ya göre⁹⁹, yatırımcı, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla, ev sahibi devletin mahkemelerine veya tahkime gidebilecektir. Yatırımcının seçimi, yapıldığı andan itibaren, kesin olacaktır. Türkiye ile Fransa arasında yapılan Antlaşma gereğince de¹⁰⁰, yatırımcı uyuşmazlığı mahkeme ya da tahkime sunduğunda ya da sunmayı kabul ettiğinde, seçmiş olduğu prosedür nihai olacaktır.

Türkiye ile Zambiya arasında yapılan Antlaşma'ya göre, yatırımcı uyuşmazlığı ICSID'e veya UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulacak hakem mahkemesine götürebilecektir¹⁰¹. Ancak yatırımcının yapacağı seçim nihaidir.

Türkiye ile Şili arasında yapılan Antlaşma uyarınca, yatırımcı uyuşmazlığı ev sahibi devletin mahkemelerine, ICSID'e veya UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulacak hakem mahkemesine götürebilecektir¹⁰². Yatırımcının uyuşmazlığı bu yollardan birine veya diğerine sunduğu andan itibaren yapılan seçim nihai olacaktır.

Türkiye ile Belarus arasında yapılan Antlaşma uyarınca, yatırımcı uyuşmazlığı, ev sahibi devletin mahkemelerine, ICSID'e, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulacak hakem mahkemesine veya tarafların üzerinde uzlaştıkları diğer

⁹⁹ RG 30.3.1995/22243.

¹⁰⁰ RG 26.6.2009/27270.

¹⁰¹ Türkiye ile Morityus arasında imzalanan Antlaşma'da bunlara ek olarak Paris Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Mahkemesi'ne de başvurulabileceği öngörülmektedir.

¹⁰² Türkiye ile Katar (RG 2.8.2007/26601), Kuveyt, Senegal (27.3.2012/28246), Nijerya (RG 11.10.2012/28438), Azerbaycan, Birleşik Tanzanya (RG 25.7.2013/28718), Slovakya (RG 24.8.2013/28745), Kamboçya Krallığı, Bangladeş, Fildişi Sahili, Ruanda, Gürcistan, Çin Halk Cumhuriyeti, Karadağ, Kolombiya, Kosova, Sudan, Kenya, Benin, Gambiya, Gine, Vietnam, Kamerun ve Pakistan arasında yapılan antlaşmalarda da uyuşmazlıkların çözümü için bu üç yoldan birinin seçilebileceği belirtilmektedir. Ancak bu yollardan birinin seçilmesi durumunda diğer iki yol takip edilemeyecektir. Türkiye ile Hırvatistan arasında yapılan Ek Protokolle değiştirilen Antlaşma'da (RG 7.5.2013/28640), Mali ile imzalanan Antlaşma'da, Cibuti ile imzalanan Antlaşma'da ve Kırgız Cumhuriyeti ile imzalanan Antlaşma'da uyuşmazlıkların çözümü için bahsedilen üç yola ek olarak, Paris Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Mahkemesi'ne de başvurulabileceği öngörülmektedir.

tahkim kurumlarına götürebilecektir¹⁰³. Ancak bu uyuşmazlık çözüm yollarından birinin seçimi nihaidir.

Yukarıda yer verilen antlaşmalarda yapılan seçimin kesin olduğunu belirten hüküm, doktrinde “**fork in the road**” (yoldaki çatal, çatal klozu, yol ayrımı kayıtları) olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁴. Bu kaydın olduğu antlaşmalarda uyuşmazlık çözümü için bir seçimde bulunulduktan sonra bu seçimden dönülmesi mümkün değildir¹⁰⁵. Yatırımcı, mahkemeyi veya uluslararası tahkimi seçmek zorundadır¹⁰⁶. Bu seçim nihai olacaktır¹⁰⁷. Yani uyuşmazlık zaten bir mahkeme¹⁰⁸ veya başka bir tahkim mahkemesine sunulmuşsa, artık yatırım tahkimi önünde görülemeyecektir¹⁰⁹.

Yol ayrımı kayıtlarının amacı, paralel yargılamaları engellemektir¹¹⁰. Bu şekilde hem yargılama yapan kurumlar hem de taraflar bakımından zaman, emek ve masraf kaybının önlenmesi hedeflenmektedir¹¹¹.

Türkiye'nin de tarafı bulunduğu Enerji Şartı Antlaşması¹¹² m. 26'da yol ayrımı kaydı yer almaktadır. Maddeye göre, Ek ID'de yer alan devletlerle yatırımcılar arasındaki uyuşmazlıklar dolayısıyla tahkime gitme olanağı bulunmamaktadır. Çünkü yatırımcı daha önceden uyuşmazlığı ev sahibi devletin mahkemelerine sun-

¹⁰³ Türkiye ile Özbekistan arasında imzalanan Antlaşma'da ve Guatemala ile imzalanan Antlaşma'da da bu uyuşmazlık çözüm yolları öngörülmektedir. Türkiye ile Gana arasında imzalanan Antlaşma'ya göre de yatırımcı bu yollardan birini seçebilecektir. Antlaşma'da bunlara ek olarak Gana Tahkim Merkezi'ne de başvurulabileceği belirtilmektedir.

¹⁰⁴ Sornarajah, *The Settlement* (n 92) 221; Christoph Schreuer, 'Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road' (2004) 5(2) JWIT 231, 239-240; Dolzer and Schreuer (n 7) 267; Rubins and Kinsella (n 19) 275; McLachlan, Shore and Weiniger (n 10) 54; Douglas (n 78) 152; Christoph Liebscher, 'Monitoring of Domestic Courts in BIT Arbitrations: A Brief Inventory of Some Issues' in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009) 108; Kriebaum (n 12) 451; Akıntürk and Baklaci, 'Yatırım Antlaşmaları' (n 4) 521; Manjiao Chi, 'Privileging Domestic Remedies in International Investment Dispute Settlement' (2013) 107 ASIL Proceedings 26, 28; Erkan (n 37) 110; Banu Şit Köşgeroğlu, 'Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı' (2013) 107 TBB 143, 168, Şit Köşgeroğlu, bu klozdan, “yol ayrımı hükmü” olarak bahsetmektedir; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, 'ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“Fork in the Road”) Kayıtları' (2020) 40(1) PPL 497, 500.

¹⁰⁵ Sornarajah, *The International Law* (n 7) 320; Erkan (n 37) 110.

¹⁰⁶ Dolzer and Schreuer (n 7) 267; Chi (n 104) 28.

¹⁰⁷ Dolzer and Schreuer (n 7) 267.

¹⁰⁸ Rubins and Kinsella (n 19) 275.

¹⁰⁹ McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 128; Bayraktaroğlu Özçelik (n 104) 502.

¹¹⁰ Bayraktaroğlu Özçelik (n 104) 501.

¹¹¹ Bayraktaroğlu Özçelik (n 104) 501.

¹¹² Antlaşma, 17.12.1994 tarihinde imzalanmıştır. Antlaşma'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında 4519 Sayılı Kanun, 6.2.2000 tarih ve 23956 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Antlaşma'nın metni, 12.7.2000 tarih ve 24107 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

muştur¹¹³. Böylece bu Antlaşma'ya göre bir uyuşmazlık yatırımcı tarafından yerel mahkemelere sunulmuşsa, bu uyuşmazlığın tahkime götürülebilmesi için ev sahibi devletin Ek ID'de yer alan devletlerden olmaması gerekmektedir¹¹⁴.

Bazı antlaşmalarda yol ayrımı kaydı daha farklı bir ifade ile yer almaktadır. Söz konusu antlaşmalarda daha önce başka bir çözüm yoluna gidilmemiş olması, tahkime başvurabilme için bir şart olarak düzenlenmiştir.

Türkiye ile Amerika Birleşik Devletleri arasında yapılan Antlaşma'da¹¹⁵, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için ICSID'e başvurabileceği belirtilmektedir. Ancak bu başvurunun yapılabilmesi için, yatırımcının uyuşmazlığı önceden ev sahibi devletin mahkemelerine getirmemiş olması gerekmektedir. Türkiye ile Japonya arasında yapılan Antlaşma uyarınca¹¹⁶, yatırımcının tahkime gidebilmesi için ev sahibi devletin adli veya idari makamlarına başvurmamış olması gerekmektedir. Yine Türkiye ile Avustralya arasında yapılan Antlaşma'ya göre¹¹⁷, tahkim yolunun seçilmesinin ön şartı olarak, adli ve idari makam önünde işlem sürdürme hakkından vazgeçilmesi gerekmektedir. Türkiye ile Birleşik Meksika Devletleri arasında imzalanan Antlaşma'ya¹¹⁸ göre de yatırımcı, ev sahibi devletin mahkemelerine, IC-SID'e, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulacak hakem mahkemesine veya tarafların üzerinde uzlaştıkları diğer tahkim kurumlarına başvurabilme imkânına sahiptir. Ancak yatırımcının tahkime başvurabilmesi için ev sahibi devletin mahkemelerine veya idari makamlarına başvuru hakkından önceden feragat etmesi gerekmektedir.

Kuzey Amerika Ülkeleri Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA) m. 1121'de de¹¹⁹, yukarıdaki antlaşmalara benzer şekilde bir yol ayrımı kaydı bulunduğu söylenebilecektir¹²⁰. Maddeye göre, uyuşmazlığın tarafı olan yatırımcının m. 1116 veya 1117'ye dayanan bir iddiası ile tahkime gidebilmesi için, adli veya idari mahkemelere ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmadan vazgeçmesi gerek-

¹¹³ Dolzer and Schreuer (n 7) 267; McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 95-96.

¹¹⁴ Dolzer and Schreuer (n 7) 267; McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 95-96; Esen Akıntürk and Pınar Baklacı, 'Enerji Şartı Antlaşması' (2006) 7(2) DEÜ İşletme Fakültesi Dergisi 97, 110; Ali Kemal Kılavuz, 'Enerji Şartı Antlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü' (2009) 13(1-2) Gazi Üniversitesi HFD 179, 199.

¹¹⁵ Türkiye ile Oman Sultanlığı arasındaki Antlaşma'da da aynı yönde hüküm bulunmaktadır, RG 13.3.2010/27520. Türkiye ile Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği arasında yapılan Antlaşma'ya göre ise yatırımcı, uyuşmazlığın ortaya çıkışından bir yıl sonra ICSID'e gidilebilecektir. Ancak bunun için uyuşmazlığın bu süre içerisinde ev sahibi devletin mahkemelerine götürülmemiş olması gerekmektedir.

¹¹⁶ Türkiye ile Tunus arasında yapılan Antlaşma'da da aynı yönde hüküm bulunmaktadır.

¹¹⁷ RG 19.6.2009/27263.

¹¹⁸ RG 22.8.2017/30162.

¹¹⁹ Antlaşma'nın metni için bkz <<https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement>> Accessed 19 September 2023.

¹²⁰ Dolzer and Schreuer (n 7) 267 n 164.

tedir. Madde 1116 ve 1117’de ise yatırımcının, ev sahibi devletin m. 1502(a) ve m. 1503(2)’deki yükümlülüklerine aykırı davranması sebebiyle, tahkime başvuru-bilme hakkının olduğu belirtilmektedir. Doktrinde bu hüküm “no U-turn” olarak da ifade edilmektedir¹²¹. Buna göre yatırımcı, uyuşmazlığın çözümü için tahkimi seçtiyse, bir daha mahkemelerde dava açmak için geri dönüş yapamayacaktır¹²².

Doktrinde bazı yazarlara göre, bu kayıt sadece NAFTA’ya aykırılık halinde geçerli olmaktadır¹²³. Ancak ICSID bünyesinde görülen **Waste Management I** davasında, NAFTA m. 1121’deki yol ayrımı kaydının sadece NAFTA’ya aykırılık halinde geçerli olmadığı belirtilmiştir¹²⁴. Ev sahibi devletin (yasal dayanağı ne olursa olsun) yükümlülüklerine aykırı davranmasına dayanan herhangi bir iddia durumunda da NAFTA m. 1121’deki kayıt uygulanacaktır¹²⁵. Böylece **Waste Management I** davasında, Meksika’nın iç hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranmasının NAFTA’ya aykırılık olarak m. 1121’nin kapsamına girdiğine karar verilmiştir¹²⁶.

Yol ayrımı kaydının uygulanabilmesi için, aynı taraflar arasında oluşan aynı uyuşmazlık sebebiyle daha önce yerel mahkemeye veya tahkime gidilmiş olması gerekmektedir¹²⁷. Davacının iddiasına dayanak yaptığı esaslar, daha önceki açılan davadakiler ile aynı olmalıdır¹²⁸. Bu açıdan, ev sahibi devlet ile yatırımcının vatandaşı olduğu devlet arasında yapılan yatırım antlaşması ve yatırımcı ile ev

¹²¹ Rubins and Kinsella (n 19) 276.

¹²² Rubins and Kinsella (n 19) 277.

¹²³ Dolzer and Schreuer (n 7) 267 n 164.

¹²⁴ *Waste Management, Inc. v United Mexican States, Award 2 June 2000* (ICSID Case No ARB(AF)/98/2) para 27 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

¹²⁵ McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 108.

¹²⁶ *Waste Management v. United Mexican States* (n 124) para 27.

¹²⁷ Dolzer and Schreuer (n 7) 267; Schreuer and others (n 7) 370. Bu hususa dayanan ICSID davalarına örnek olarak şunlar gösterilebilir: *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay, Decision on Jurisdiction 8 August 2000* (ICSID Case No ARB/98/5) para 30; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic, Award, 21 December 2000* (ICSID Case No ARB/97/3) para 53-55, *Decision on Annulment 3 July 2002* para 36-43, 53-55; *Alex Genin and others v Republic of Estonia, Award 25 June 2001* (ICSID Case No ARB/99/2) para 321, 330-333; *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt, Award 12 April 2002* (ICSID Case No ARB/99/6) para 70-73; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v Argentine Republic, Decision on Jurisdiction 30 April 2004* (ICSID Case No ARB/02/1) para 75, 76; *Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction 21 October 2003* (ICSID Case No ARB/02/9) Bölüm 3.4.3; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v Republic of Lebanon, Decision on Jurisdiction 11 September 2009* (ICSID Case No ARB/07/12) para 203-217; *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic, Decision on Jurisdiction 17 July 2003* (ICSID Case No ARB/01/8) para 80 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

¹²⁸ Dolzer and Schreuer (n 7) 268; *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers v Republic of Albania, Award 30 July 2009* (ICSID Case No ARB/07/21) para 53-67 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.



sahibi devlet arasında yapılan yatırım sözleşmesi arasındaki farkın belirtilmesi faydalı olabilecektir. Yatırımcı, ev sahibi devlet ile arasında geçerli olan sözleşme (genelde imtiyaz sözleşmesi) uyarınca yerel mahkemeye gitmiş olsa da, bu durum yatırım antlaşmasındaki yol ayrımı kaydı bakımından etkili olmayacaktır¹²⁹. Sözleşmeye dayanan iddialar ile antlaşmaya dayanan iddialar aynı olmadığı için burada dava sebepleri farklıdır¹³⁰. Yatırım sözleşmesi dolayısıyla yerel mahkemede açılan davanın sebebi, sözleşmenin hükümlerine aykırılıktır¹³¹. Antlaşma dolayısıyla dava açılması halinde ise, antlaşma hükümlerine aykırılık ileri sürülecektir¹³². Ancak bazen sözleşmeye ve antlaşmaya aykırılık iddialarının örtüştüğü durumlar da olabilir¹³³. Bir kamulaştırma durumunda hem sözleşmeye hem de antlaşmaya aykırılık oluşabilecektir¹³⁴.

En çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümünde kullanılıp kullanılmayacağı, yukarıda da bahsedildiği üzere, tartışmalı bir husustur. Bu kaydın, antlaşmada bulunan yol ayrımı kaydını bertaraf edip etmeyeceği meselesi hakkında da tahkim mahkemesi kararları bulunmaktadır.

National Grid v. Argentine davasında¹³⁵ mahkeme, en çok gözetilen ulus kaydının antlaşmada öngörülen uyuşmazlık sisteminden tamamen farklı bir tahkim sisteminin uygulanması için kullanılamayacağını belirtmiştir.

Hochtief v. Argentine davasında da¹³⁶, en çok gözetilen ulus kaydının, yol ayrımı kayıtları hakkında uygulanamayacağına karar verilmiştir. Mahkeme, en çok gözetilen ulus kaydının, yapay bir şart oluşturmak için her antlaşmadan bir parça alınarak kullanılamayacağını belirtmiştir.

¹²⁹ Dolzer and Schreuer (n 7) 268; Schreuer and others (n 7) 368; Sornarajah, *The International Law* (n 7) 321. “CMS v Argentine” davasında da bu konu üzerinde durulmuştur, CMS v Argentine (n 127) para 80. Bu husus bakımından farklı bir karara varılan dava için bkz Aguas del Aconquija and Vivendi v Argentine (n 127) para 30. Bu davada davacı, imtiyaz sözleşmesinden doğan haklarına ev sahibi devletin müdahalede bulunduğunu iddia etmektedir. Mahkeme öncelikle bu iddiaları değerlendirme bakımından yetkisinin olup olmadığına bakmıştır. Para 78’de, sözleşmede münhasıran ev sahibi devletin mahkemeleri yetkilendirildiği için, sözleşmeye aykırılık iddialarının tahkim mahkemesinde görülemeyeceğine karar verilmiştir. Çünkü bu iddialar daha önce ev sahibi devletin idari mahkemeleri önünde ileri sürülmüş ve reddedilmiştir.

¹³⁰ McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 105; Sornarajah, *The International Law* (n 7) 321; CMS v Argentine (n 127) para 80.

¹³¹ McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 105; Sornarajah, *The International Law* (n 7) 321.

¹³² McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 101-102; Sornarajah *The International Law* (n 7) 321.

¹³³ Sornarajah *The International Law* (n 7) 321.

¹³⁴ Sornarajah *The International Law* (n 7) 321.

¹³⁵ *National Grid PLC v The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction 20 June 2006* (in the Matter of an UNCITRAL Arbitration) para 92 <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0553.pdf>> Accessed 19 September 2023.

¹³⁶ *HOCHTIEF Aktiengesellschaft v Argentine Republic, Decision on Jurisdiction 24 October 2011* (ICSID Case No ARB/07/31) para 98 <<https://icsid.worldbank.org>> Accessed 19 September 2023.

En çok gözetilen ulus kaydının en geniş yorumlandığı **Maffezini v. Spain** davasında¹³⁷ bile, kaydın kullanımının sınırları olduğu belirtilmiştir. Bu sınırlar, kamu düzeni ve tarafların iradesidir¹³⁸. Mahkeme en çok gözetilen ulus kaydının kullanılmayacağı bazı durumları da saymıştır. Buna göre bir antlaşmada bulunan yol ayrımı kaydı, en çok gözetilen ulus kaydı ile bertaraf edilemez¹³⁹.

İncelenen bu kararlar ışığında, antlaşmadaki yol ayrımı kaydından kurtulmak için en çok gözetilen ulus kaydının kullanılmayacağı hususunda bir görüş birliği olduğu söylenebilecektir.

B. Seçimin Kesin Olarak Düzenlenmemesi

Bazı iki taraflı yatırımların korunması ve teşviki antlaşmalarında, bir uyuşmazlık halinde başvurulabilecek çözüm yolları kesin seçime tabi olarak düzenlenmemiştir. Bu antlaşmalar, yatırımcıya çeşitli ve farklı uyuşmazlık çözüm yolları arasında bir alternatif sunmaktadır¹⁴⁰. Doktrinde bu şekildeki düzenlemelere, “caferia style” yöntemi denmektedir¹⁴¹.

Türkiye’nin imzaladığı birçok iki taraflı yatırım antlaşmasında, uyuşmazlıkların çözümü için alternatifli bir sistem getirilmiştir¹⁴². Bu antlaşmalarda genel olarak, yerel mahkemeye, ICSID’e ve UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca kurulacak tahkim mahkemesine başvuru düzenlenmiştir. Bu çözüm yollarının üçüne birden yer veren antlaşmalar¹⁴³ yanında, bunlardan sadece ikisine yer veren antlaşmalar da¹⁴⁴ bulunmaktadır. Bazı antlaşmalarda ise sadece ICSID’e başvuru olanağı

¹³⁷ Maffezini v Spain (n 15).

¹³⁸ Maffezini v Spain (n 15) para 62.

¹³⁹ Maffezini v Spain (n 15) para 63.

¹⁴⁰ McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 47.

¹⁴¹ McLachlan QC, Shore and Weiniger (n 10) 47.

¹⁴² Faruk Kerem Giray, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları’ (1997) 17(1-2) MHB (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan) 217, 222.

¹⁴³ Türkiye ile Bulgaristan, Litvanya, Endonezya, Hindistan (RG 17.9.2003/25232), Etiyopya (RG 8.3.2005/25749), Portekiz, Fas (RG 4.5.2004/25452), Lübnan (RG 28.12.2005/26037), Suudi Arabistan Krallığı (RG 3.2.2009/27130 Mükerrer), Singapur (RG 19.2.2010/27498), Tayland (RG 3.7.2010/27630), Birleşik Arap Emirlikleri (RG 15.6.2011/27965), Çek Cumhuriyeti (RG 15.1.2012/28174) arasında yapılan antlaşmalar üç uyuşmazlık çözüm yoluna da yer vermektedir.

¹⁴⁴ Türkiye ile Macaristan, Arnavutluk, Tacikistan, Makedonya, Bahreyn Krallığı (RG 3.7.2010/27630), Romanya arasında yapılan antlaşmalarda uyuşmazlık çözüm yolu olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca oluşturulacak bir tahkim mahkemesine veya ICSID’e başvurulabilecektir. Türkiye ile Malezya ve Türkiye ile İsrail arasında gerçekleştirilen antlaşmalar uyarınca, uyuşmazlıkların çözümü için ya ev sahibi devletin mahkemelerine ya da ICSID’e gidilecektir. Türkiye ile İran arasında geçerli olan Antlaşma’ya göre ise, uyuşmazlık çözümü amacıyla ya yatırımın yapıldığı devletin mahkemelerine ya da UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca oluşturulan bir tahkim mahkemesine başvurulabilir.

tanınmıştır¹⁴⁵.

Bazen uyuşmazlıkların çözümü için ICC Tahkim Mahkemesi'ne gidilebileceği de öngörülmüştür¹⁴⁶. Bazı antlaşmalarda ise, farklı devletlerde bulunan tahkim merkezlerine başvuru düzenlenmiştir¹⁴⁷. Bunlara ek olarak, uzlaşma yoluna başvuru tahkimin yanında seçimlerlik olarak öngören antlaşmalar da bulunmaktadır¹⁴⁸.

SONUÇ

Çalışmada, Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırımların korunması ve teşvi-ki antlaşmalarının uyuşmazlık çözüm yöntemleri ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım antlaşmaları, özellikle yerel mahkeme-veya veya uzlaştırma usulüne başvuru bakımından incelenmeye çalışılmıştır.

Antlaşmalarda yerel mahkeme kararının belli bir süre beklenmesi veya uzlaştırma usulüne başvuru çoğunlukla tahkimden önce bir aşama olarak düzenlenmiştir. Yerel mahkeme kararının belli bir süre beklenmesinin, iç hukuk yollarının tüketilmesinden farklı olduğu çalışmada vurgulanmaktadır.

Çalışmada, yatırım antlaşmalarının bazılarında yer alan, tahkim yargılamasını başlatabilmek için yerel mahkeme kararının bir süre beklenmesine ilişkin hüküm-

¹⁴⁵ Türkiye ile Hollanda, Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği, İsviçre, Avusturya, Danimarka, Kore, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda, İsveç, Finlandiya arasında yapılan antlaşmalarda sadece ICSID'e başvuru öngörülmektedir.

¹⁴⁶ Türkiye ile İspanya, Hırvatistan, Ukrayna, Türkmenistan, Kazakistan, Moldova, Estonya, Letonya, Mısır, Bosna ve Hersek (RG 6.2.2000/23956), Yunanistan (RG 1.8.2001/24480), Yemen (RG 18.12.2003/25320), Yugoslavya (RG 4.11.2003/25279), Malta (RG 8.7.2004/25516), Güney Afrika (RG 1.4.2005/25773), Suriye (RG 28.12.2005/26037), Ürdün (17.11.2005/25996) Oman Sultanlığı arasında yapılan antlaşmalar, ICSID'e veya UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulan tahkim mahkemesine ya da ICC Tahkim Mahkemesi'ne başvuru öngörmektedir. Türkiye ile Küba arasında yapılan Antlaşma ise, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulacak tahkim mahkemesine veya ICC Tahkim Mahkemesi'ne başvuru yapılabileceğini belirtmektedir.

¹⁴⁷ Türkiye ile Mısır arasında yapılan Antlaşma, Uluslararası Ticari Tahkim Kahire Bölgesi Merkezi'ne veya İstanbul Ticari Tahkim Merkezi'ne başvuruyu da öngörmektedir. Türkiye ile Moğolistan arasında yapılan Antlaşma gereğince, yatırımcı ICSID'e veya UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulacak tahkim mahkemesine ya da Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezi'ne gidebilecektir. Türkiye ile Rusya Federasyonu arasında yapılan Antlaşma'ya göre ise (RG 16.5.2000/24051), taraflar ev sahibi devletin mahkemelerine veya Stockholm Ticaret Odası Tahkim Merkezi'ne ya da UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulacak tahkim mahkemesine başvuru yapabileceklerdir. Yine Türkiye ile Afganistan arasında yapılan Antlaşma gereğince (RG 1.4.2005/25773), uyuşmazlıklar için ICSID'e veya UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulacak tahkim mahkemesine ya da İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi'ne veya Afgan Ticaret Odası Tahkim Merkezi'ne başvurulabilir.

¹⁴⁸ İtalya ve Slovenya ile yapılan antlaşmalar, diğer antlaşmalardan farklı bir uyuşmazlık çözüm yolu öngörmektedir. İtalya ile yapılan Antlaşma'ya göre (RG 2.3.2004/25390), yerel mahkeme ve ICSID'e başvurunun yanında, UNCITRAL uzlaşma ve tahkim hükümlerine uygun olarak kurulan bir hakem mahkemesine gidilebilir. Yine Slovenya ile yapılan Antlaşma gereğince, yerel mahkeme veya UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre oluşturulan bir mahkemenin yanı sıra uzlaşma veya tahkim için ICSID'e gidilebilir.

lerin hukuki bağlayıcılığının olup olmadığı, doktrinde yer alan görüşler ve ICSID kararları ile birlikte değerlendirilmiştir. Bazı ICSID kararlarında bu hükümlerin yetkiye ilişkin bir ön şart olarak değerlendirildiği, bazı kararlarda ise yetkiye ilişkin zorunlu bir şart olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Bu hususta, farklı lisanlarda düzenlenen birden fazla metni olan iki taraflı yatırım antlaşmaları için doktrinde yapılan uyarıyı dikkate almak yararlı olabilecektir. Daha yatırım yapılmadan farklı lisanlarda düzenlenen metinler arasındaki ifade ve anlam farklılıklarının giderilmesi, farklı ICSID kararlarının çıkmasını engelleyebilecektir.

Aynı zamanda bu konuda doktrinde başka değerlendirmeler de yapılmaktadır. Eğer iç hukuk yollarının yetersiz olduğu önceden belliyse ve etkili bir çözüme ulaşılamayacağı kesinse, iç hukuk yollarına başvurunun zorunlu olmadığı belirtilmektedir. Kanaatimizce de, tahkimden önceki bir aşama olarak belirtilen yerel mahkemenin genelde makul olmayan sürelerde çok uzun yargılama yaptığı ve adil yargılanma hakkına uygun usul işletmediği belliyse, artık bu yerel mahkemeye başvuru zorunlu olarak görülmemeyebilecektir.

Tahkimden önce bir aşama olarak yer verilen uzlaştırma usulüne başvurunun hukuki bağlayıcılığı da doktrinde yer alan tartışmalar ve ICSID kararları ışığında incelenmiştir. Bazı ICSID kararları bu usulü yetkiye ilişkin zorunlu bir şart olarak görme eğiliminde iken, bazıları taraflara önerilen usuli bir tavsiye niteliğinde görmektedir.

En çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümünü kapsayıp kapsamadığı, çalışma bakımından önem taşıyan hususlardan biridir. Çünkü eğer bu kaydın uyuşmazlık çözümünü kapsadığına karar verilirse, uzlaştırma usulüne başvuru için veya yerel mahkeme kararının beklenmesi için öngörülen süreler yerine daha kısa süreler uygulanabilecektir. Kanaatimizce, tarafların ortak iradesi antlaşmada uyuşmazlık çözümünü bu kayda dâhil etmek yönünde ise, tarafların iradesi doğrultusunda hareket edilmesi gerekmektedir. Bu noktada antlaşmalarda bulunan kelime ve ifadeler büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla her somut olayda ayrı bir inceleme yapılması gerekmektedir.

Çalışmada yerel mahkemeye veya uzlaştırmaya başvurunun tahkimin yanında bir alternatif olarak sunulduğu yatırım antlaşmaları da ele alınmaktadır. Bu hususta, seçimin kesin ve nihai olarak yapılması gerekliliğine yer veren antlaşmaların yanında, seçimin kesin olarak düzenlenmediği antlaşmalar da incelenmektedir.

KAYNAKÇA

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (6th edn, Vedat 2021).

Akıntürk E and Baklacı P, 'Enerji Şartı Antlaşması' (2006) 7(2) DEÜ İşletme Fakültesi Dergisi 97-113.

Akıntürk E and Baklacı P, 'İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme' (2009) 25(4) BATİDER (Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan) 477-536.



- Akyüz AŞ, 'The Jurisdiction of ICSID' (2003) 52(3) AÜHFD 333-362.
- Ataman Figanmeşe İ, 'The Impact of the Maffezini Decision on the Interpretation of MFN Clauses In Investment Treaties' (2011) 8(2) ALR 221-237.
- Avşar M, 'ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı' (2017) 37(2) MHB 95-140.
- Aydoğmuş Y, 'İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı' (2009) 29 MHB 21-84.
- Ayhan İzmirli L, 'Uluslararası Yatırım Hukukunda 'Yatırım' Kavramı' (2018) 8(2) SDÜHFD 89-131.
- Baklacı P, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta 2009).
- Bayraktaroğlu Özçelik G, 'ICSID Hakem Kararlarında "Yol Ayrımı" ("Fork in the Road") Kayıtları' (2020) 40(1) PPIL 497-518.
- Born GB, *International Commercial Arbitration*, vol 1 (Kluwer 2009).
- Chi M, 'Privileging Domestic Remedies in International Investment Dispute Settlement' (2013) 107 ASIL Proceedings 26-29.
- Çalışkan Z, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı' (2009) 29 MHB 85-118.
- Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (27th edn, Beta 2022).
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (2th edn, Oxford 2012).
- Dost S, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi* (Asil 2006).
- Douglas Z, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009).
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (9th edn, Yetkin 2013).
- Giray FK, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları' (1997) 17(1-2) MHB (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan) 217-228.
- Gölcüklü İ, 'ICSID Tahkiminde Yetkiden Kaynaklanan Bazı Sorunlar' (2018) 38(2) MHB 285-309.
- Hikmet BS, 'Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili Yatırım Anlaşmalarında Yer Alan ("Dispute Resolution Clause") Uyuşmazlık Çözüm Maddelerine İlişkin Sorunlar' in Ceyda Süral Efeçinar and others (eds), *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı* (Seçkin 2018).

Hobér K, 'MFN Clauses and Dispute Resolution in Investment Treaties: Have We Reached The End of The Road?' in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009).

Kılavuz AK, 'Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü' (2009) 13(1-2) Gazi Üniversitesi HFD 179-215.

Kriebaum U, 'Local Remedies and the Standards for the Protection of Foreign Investment' in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009).

Liebscher C, 'Monitoring of Domestic Courts in BIT Arbitrations: A Brief Inventory of Some Issues' in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009).

McLachlan QC C, Shore L and Weiniger M, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford University Press 2008).

Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23rd edn, Beta 2021).

Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, vol 1 (6th edn, Beta 2021).

Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (21st edn, Turhan 2022).

Rubins N and Kinsella NS, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide* (Oxford University Press 2005).

Schreuer CH and others, *The ICSID Convention: A Commentary* (2th edn, Cambridge University Press 2009).

Schreuer C, 'Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road' (2004) 5(2) JWIT 231-256.

Sevgi S, 'En Çok Gözetilen Ulus Kaydının İkili Yatırım Anlaşmalarının Usule İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi: *Maffezini Davası*' (2020) 8(1-2) SHD 89-123.

Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2012).

Sornarajah M, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (Kluwer 2000).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta 2023).

Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).



Şit Köşgeroğlu B, 'Model İkili Yatırım Anlaşmaları ve Türkiye'nin Model İkili Yatırım Anlaşması Taslağı' (2013) 107 TBB 143-172.

Tan Dehmen M, 'Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi' (2005) 25(1-2) MHB (Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün Anısına Armağan) 451-472.

Tawil GS, 'Most Favoured Nation Clauses in Investment Treaty Arbitration' in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for The 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009).

Tiryakioğlu B, 'Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Turkey is a Party of' (2023) 43(1) PPIL 1-36.

Toluner S, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi* (5th edn, Beta 1996).

Tütüncü AN and others (eds), *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) Prof.Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından* (2th edn, Beta 2019).

Tweeddale A and Tweeddale K, *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice* (Oxford University Press 2007).

Yeşilırmak A, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabulucuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011).

Yılmaz İ, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID: Yargılama Yetkisi* (Beta 2004).

Zenginkuzucu DM, *Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID)'nin Kuruluşu ve İşlevi* (Legal 2012).

Zenginkuzucu DM, *Uluslararası Ticaret ve Yatırım Uyuşmazlıklarında Dostane Çözüm: Kurumlar, Kurallar, Süreçler* (2th edn, Legal 2017).

DEPREM VE DİĞER DOĞAL TEHLİKELERİN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİLERİ

The Effects of Earthquakes and Other Natural Hazards on Labor Contracts

İştar URHANOĞLU*

Damla KAYNAR**

Özet

Doğal tehlikelerden ve olağanüstü hallerden etkilenen alanların başında iş hayatı gelmektedir. 06.02.2023 tarihinde ülkemizde yaşanan deprem, sebep olduğu büyük yıkım ile iş ilişkilerini önemli ölçüde etkilemiş ve etkilemeye devam etmektedir. Bu kapsamda tarafların fesih hakları, kısa çalışma ödeneği, sosyal güvenlik hakları ve çeşitli sürelerin işleyişine ilişkin hususlar özellikle önemli olup bu alanlara ilişkin tedbirleri içeren OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de 10.02.2023 tarihinde 32100 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu kararnameyle alınan tedbirlerin ve genel olarak depremden etkilenen işçi ve işverenlerin sahip oldukları hakların incelenmesi oldukça önem arz etmektedir. Bununla birlikte, mevzuatımızda Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen ifa imkânsızlığı ve İş Kanunu’nda yer alan zorlayıcı sebeplere ilişkin düzenlemeler başta olmak üzere bu hallerde uygulanacak hükümler bulunsa da iş ilişkileri bakımından yeterli ölçüde düzenleme olmayışı göze çarpmaktadır. Bu kapsamda, makalemizde, söz konusu düzenlemelerin somut durumda ne şekilde uygulanabileceğinin değerlendirilmesi; her ne kadar bu gibi doğal tehlike hallerinde OHAL kararnameleri ile tedbirler alınabiliyor olsa da iş hukukunun doğası gereği sahip olduğu önem göz önünde bulundurulduğunda iş ilişkileri bakımından özel düzenlemelere ihtiyaç duyuluyor oluşunun ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş Sözleşmesi, Deprem, Olağanüstü Hal, Zorlayıcı Sebep, İmkânsızlık

Abstract

Business life is one of the areas most affected by natural hazards and emergencies. On 06.02.2023, the earthquake that struck our country has significantly affected and continues to affect business relations with the great destruction it has caused. In this context, the termination rights of the contracting parties, short-time working allowance, social security rights and the functioning of various periods are of particular importance. The Presidential Decree on the State of Emergency, which includes measures related to these areas, was published in the Official Gazette No. 32100 on 10.02.2023. It is important to examine the measures taken by the decree in question and the rights of workers and employers affected by the earthquake in general. However, although there are provisions to be applied in these cases in our legislation, especially the provisions on impossibility of performance in the Turkish Code of Obligations and the provisions on force majeure in the Labor Law, the lack of sufficient regulations on the subject in terms of labor relations is striking. In this context, our article aims to evaluate how these regulations can be

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

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.10.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 27.12.2023

* Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, ıstarurhanoglu@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3769-9260>.

** Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, damlakaynar@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-4576-1914>.



applied in the concrete case, as well as to demonstrate the need for a special regulation in the Labor Law in terms of labor relations, considering the importance of labor law due to its nature, although measures can be taken by State of Emergency decrees in such cases of natural danger.

Keywords: Employment Contract, Earthquake, State of Emergency, Compelling Reason, Impossibility

GİRİŞ

Bilindiği üzere iş ilişkisinde tarafların temel borçları, işçi açısından iş görme, işveren bakımındansa ücret ödeme borcudur. Kural olarak taraflar bu borçlarını ifa etmekle yükümlü olmakla beraber bazı koşullar altında bunun gerçekleştirilmesi olanaksızlaşabilmektedir. Örneğin salgın hastalık, su baskını veya deprem gibi olayların yaşanması halinde tarafların edimlerini yerine getirmelerinde ifa imkânsızlığı söz konusu olabilmektedir. Sayılanlar ve benzeri doğal tehlike ya da büyük etki alanına sahip olağanüstü olaylardan en ciddi şekilde etkilenen alanların başında çalışma hayatı ve iş hukuku gelmektedir. Kişilerin sağlığının ve güvenliğinin etkilendiği bu gibi durumların ilk yansımaları işyerlerinde kendisini göstermektedir. Bu durumun çok önemli bir örneğini yakın zamanda Covid-19 salgınıyla birlikte deneyimlemiş bulunmaktayız ki bu durum bize konuya ilişkin ne tür düzenlemelere ihtiyaç olduğu noktasında ışık tutmuŐtur¹. Salgın döneminde getirilen düzenlemelerin arasında başlıca fesih yasağı, kısa çalışma ve ücretsiz izin uygulaması gibi uygulamalar bulunmaktadır.

İş sözleşmesinin taraflarının edimlerini ifa etmelerini önemli ölçüde etkileyecek ve ifa imkânsızlığına yol açacak hallerden birinin deprem olduğu tartışmasıdır. Ülkemizde yaşanan depremin büyüklüğü ile birçok şehirde pek çok işçi ve işvereni etkilediği görülmektedir. Bunun sonucunda ise işçinin işyerinde çalışmayı sürdürmemesi veya işverenin işçiye iş verememesi nedeniyle çeşitli sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu problemlerin giderilmesinde TBK'da yer alan genel düzenlemeler, İŞK.'da düzenlenmiş konuya ilişkin hükümler ve OHAL Kararnameleri ile getirilen tedbirlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı kavramı ve bunun iş ilişkilerine yansımaları incelenecek, daha sonrasında iş hukukunda zorlayıcı sebep kavramı ve deprem sebebiyle alınan tedbirlerle konuya ilişkin düzenlemeler değerlendirilecektir. Son olarak, mevzuatımızdaki düzenlemelerin mevcut ve olası doğal tehlike durumlarındaki yeterliliği tartışılacak ve bir yasa düzenlemesi hususunda önerilerde bulunulacaktır.

¹ Bkz. Ufuk Aydın, "Covid-19 Pandemisi: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri" (2020) 6(2) İAÜHFD 181-214; Talat Canbolat ve Hasan Kayırgan, "Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları" (2020) 5(1) ÇÜHFD 637-688; Resul Kurt, *250 Soruda Koronavirüs (Covid-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, (Seçkin 2020); Sabahattin Yürekli, "Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri" (2020/2) 19(38) Covid-19 Hukuk Özel Sayısı İTÜSBD 34-61.

I. İFA İMKÂNSIZLIĞININ İŐ SÖZLEŞMELERİ ÜZERİNDEKİ GÖRÜNÖMÜ

A. Genel Olarak İfa İmkânsızlığı

Bir doğal tehlike olarak deprem nedeniyle tarafların borçlarını ifa edememeleri hususunda ele alınması gereken ilk düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesi ile düzenlenen ifa imkânsızlığıdır. Borcu sona erdiren sebepler arasında, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık hali de yer almaktadır². 136. maddenin birinci fıkrası uyarınca “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona erer.*” Burada söz edilen imkânsızlık, ifade edildiği üzere, “sonraki imkânsızlık” kavramıdır. Borç ilişkisinin doğumu anında edimin imkânsız olması halinde ise, TBK m. 27/1 uyarınca borç kesin olarak hükümsüzdür³. Bu durumda, sonraki değil, başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilecektir⁴.

İmkânsızlığın borcu sona erdiren sebepler arasında değerlendirilmesi, imkânsızlığın borç doğduktan sonra borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple meydana gelmesi durumunda gerçekleşir⁵. Bu bakımdan, değişik imkânsızlık türlerini ayıran ölçütlerin başında kronolojik (zamansal) ölçüt gelmektedir⁶. Sonraki imkânsızlık içinde ise temel ayrımı kusurlu-kusursuz imkânsızlık oluşturur⁷.

“Borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkânsızlık” denildiğinde, borçlunun elinde olmayan ya da onun etki alanı dışında kalan veya tarafsız bir etki alanında meydana gelen doğal olaylar, hastalık, kaza, hırsızlık veya kamusal yasaklama gibi olayların meydana gelmesi ifade edilmek istenir⁸. Bu durumun sonucunda da bu duruma borçlu ya da ifa yardımcıları yol açmadığından, önceden kestirilemeyecek ve aşılamayacak zorlayıcı nedenler sonucunda, normun koruma

² Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık kavramı hakkında bkz. Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (Fakülteler Matbaası 1976); Leyla Müjde Kurt, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)* (Yetkin 2016); Doktrinde kavram hakkında “kusursuz sonraki imkânsızlık” ifadesinin kullanıldığı da görölmektedir. Bkz. M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (Vedat 2021) 592 vd.; Öğretide ifade edildiği üzere, edimin imkânsızlaşmasından borçlu sorumlu olmamalıdır. Edimin imkânsızlaşması sonucunu doğuran sebeplere borçlu yol açmadığı sürece, borçlu sonraki imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Bu sebeple borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık” deyiminin “kusursuz sonraki imkânsızlık” deyiminden hem daha doğru hem daha geniş olduğu belirtilmektedir. Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2021) 1477.

³ Bkz. Yarg. 8. HD., E. 2014/6935, K. 2014/18281, T. 14.10.2014 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁴ Eren (n 2) 103.

⁵ Eren (n 2) 103; Oğuzman/Öz, (n 2) 596; Bkz. Yarg. 15. HD., E. 2019/2672, K. 2020/1099, T. 12.5.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

⁶ Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm – İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (On İki Levha 2022) 251.

⁷ Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 251.

⁸ Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 256.



amacı dışında kalan böyle bir atipik rizikodan borçlu sorumlu tutulmaz⁹. Bunun sonucunda borçlu borcundan kurtulur. Edim hasarı, yani taahhüt edilen şeyin kaybedilme riski, o şeyin alacaklısındadır¹⁰.

İmkânsızlık, insan kaynaklı bir fiil ya da tabiat olayından kaynaklanabileceği gibi; maddi veya hukuki nedenlere de dayanabilir¹¹. Uygulamada borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa yol açan nedenler mücbir sebep ve umulmayan hal olarak ortaya çıkmaktadır¹². Bunları ispat borcu ise borçluya düşmektedir. Yıldırım, aşırı sel, toprak kayması, deprem vb. tabii olayların borçlunun edimini engellemesi halinde bu tabii olaylar hukuki olay (mücbir sebep) niteliği kazanır ve kusursuz imkânsızlık nedeniyle borçlu borcundan kurtulur¹³.

Bir görüşe göre, sonradan meydana gelen olaylar sonucunda borçlanılan edimin ifasının sürekli ve objektif olarak olanaksızlaşmasına “sonraki imkânsızlık” denir¹⁴. Diğer bir görüşe göre ise imkânsızlığın objektif veya sübjektif olması imkânsızlık bakımından bir değişiklik yaratmamaktadır¹⁵. Bu görüşe göre TBK m. 136 ve 112 kurallarının uygulanmasında sonraki imkânsızlık bakımından sübjektif ve objektif imkânsızlık eş değerdir. Borçlunun kişiliğine bağlı şahsi bir edimin söz konusu olduğu hallerde borçlunun edimini şahsen yerine getiremeyecek halde olması da imkânsızlık nedeniyle borcu sona erdirir¹⁶.

Geçici imkânsızlık başlı başına borcu sona erdirmemektedir. Sonraki imkânsızlığın sürekli nitelikte olması gerekmektedir. Geçici imkânsızlık durumunda kural olarak borçlu temerrüdü hükümlerine gidilmektedir¹⁷. Geçici imkânsızlık durumunda borcun ifa zamanının ertelenmesi söz konusu olabilir¹⁸. Erteleme halinde, tarafların farazi ortak iradeleri de göz önünde bulundurularak, “akde tahammül süresi”nin belirlenmesi gerekmektedir¹⁹.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı beklemek istemezse TBK m. 123 uygulanabilmektedir. Belirtmek gerekir ki edimi bekleme sabrının alacaklıdan beklenemeyeceği, örneğin zamansal imkânsızlık meydana getiren mutlak

⁹ Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 254.

¹⁰ Halük N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2021) 390.

¹¹ Eren (n 2) 1475; Oğuzman ve Öz (n 2) 592.

¹² Eren (n 2) 1476.

¹³ Eren (n 2) 1479.

¹⁴ Eren (n 2) 1475.

¹⁵ Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 251; Oğuzman ve Öz (n 2) 593; Bkz. Yarg. 8. HD., E. 2014/6935, K. 2014/18281, T. 14.10.2014 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

¹⁶ Eren (n 2) 110.

¹⁷ Kurt (n 2) 170; Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 253.

¹⁸ Nomer (n 10) 390, 183; Aslı Çavuşoğlu, *Geçici İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2020) 179 vd.

¹⁹ Nomer, s. 391, 183; Oğuzman ve Öz (n 2) 594, 1807; Bkz. Yarg. 8. HD., E. 2014/6935, K. 2014/18281, T. 14.10.2014 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

kesin vadeli işlemlerde yine sürekli imkânsızlığın varsayılabileceği ifade edilmektedir²⁰. İmkânsızlık ortaya çıktığı an sürekli olarak nitelendirilerek borcun son bulunduğu neticesine varılmış fakat ilerleyen vakitte beklenmedik şekilde imkânsızlık ortadan kalkmışsa, bu durum borcun sona ermiş olduğunu değiştirmeyecektir; bununla birlikte imkânsızlığın sonuçlarının ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilebilecekse, istisnai olarak borcun imkânsızlaşmadığı sonucuna da varılabilecektir²¹.

Son olarak ise borçluya bir ihbar yükümlülüğü getirilmiştir. TBK m. 136/3 hükmünde belirtildiği üzere borçlunun borcun ifasının imkânsız duruma geldiğini alacaklıya gecikmeksizin bildirmesi ve alacaklının zararının artmaması amacıyla gerekli önlemleri alması gerekir. Bu bildirimi yapmadığı ve gerekli önlemleri almadığı takdirde ise bundan doğan zararları gidermekle yükümlü tutulmuştur. Burada TMK m. 2'den kaynaklanan bir yan yükümlülük söz konusudur²². Bununla birlikte alacaklının imkânsızlığı biliyor veya bilebilecek durumda bulunuyor olması halinde ihbara gerek olmadığı kabul edilmelidir²³. Bu şekilde borçluya, kendi sorumluluğunu gerektirmeyen bir imkânsızlık olgusuyla karşılaşması halinde, bu durumu gecikmeksizin alacaklıya bildirme ve bu zaman aralığında parasal kaybın artmasını önleme; bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi halinde zarar ortaya çıkmışsa bu zararı giderme yükümü öngörülmüştür²⁴.

Borcun sona ermesi, sonraki imkânsızlığın ortaya çıkardığı en önemli sonuçtur. Bu durumda borçlu imkânsızlıktan sorumluluğunun olmadığı ve borcun ifa edilmemesinde bir kusurunun bulunmadığını ispatlayarak herhangi bir tazminat ödemedi borcu ifa etmekten kurtulmaktadır²⁵.

İmkânsızlıkla beraber borçlu asli edimi ifa yükümlülüğünden kurtulmakla birlikte, olası yan edim yükümlülükleri ve olası tasfiye ve davranış yükümleri varlığını sürdürmektedir²⁶. Bunların başında da kaynağını TMK m. 2'den alan ve alacaklının uğrayacağı zararın artmasını önleme yükümlülüğü gelir²⁷.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de karşı edimi ifa borcu kural olarak sona erer²⁸. Bu hususu açıkça hükme bağlayan TBK m. 136/2 hükmüne göre, *“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan*

²⁰ Dural (n 2) 121; Serozan, Baysal ve Sanlı (n 2) 253.

²¹ Oğuzman ve Öz (n 2) 594.

²² Dural (n 2) 131.

²³ Eren (n 2) 1478.

²⁴ Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 269; Oğuzman ve Öz (n 2) 599.

²⁵ Eren (n 2) 1479; Bkz. Yarg. 15. HD., E. 2017/121, K. 2017/2508, T. 12.6.2017 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

²⁶ Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 254.

²⁷ Eren (n 2) 1479.

²⁸ Eren (n 2) 1479.



borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder.”

Sonuç olarak, karşılıklı borçların sona ermesiyle birlikte her bir taraf karşı taraftan elde etmiş bulunduğu edimleri sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermek yükümlülüğu altındadır²⁹.

Öte yandan, hizmet sözleşmesi bakımından TBK’da sosyal düşüncelerle işçi yanlısı özel bir çözüm getirildiği de ifade edilmektedir³⁰. Buna göre alacaklının etki alanından kaynaklanan bütün işletme riskleri işverene yüklenmektedir³¹. İşçi çalışmadığı halde ücretini isteyebilmekte, hatta işçinin etki alanından kaynaklanan hastalık ya da askerlik gibi riskler sonucunda ortaya çıkan edim hasarı (iş görme edimi yerine getirilmediği halde ücret ödeme borcu) işverene yüklenmektedir (TBK m. 408-409)³². İş Kanunu’nda da zorlayıcı nedenler sonucunda hem işveren hem de işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenlerle feshedilmesi halinde işverene bir hafta boyunca yarım ücret ödeme yükümlülüğu getirilmiştir (İşK. m. 24/3, 25/3).

Borçlunun ifa güçsüzlüğu (sübjektif imkânsızlık) yerine aşırı ifa güçlüğüne düşmesi halinde ise ifa imkânsızlığı yerine işlem temelinin çökmesi kavramından söz edilir³³. Kural olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ve önceden öngörülemeyen olayların ifayı güçleştirmesinin borca bir etkisi bulunmamaktadır (*pacta sunt servanda*). Zira sözleşmeler şartların değişmemesi koşuluna bağlı olarak akdedilmezler. Bununla birlikte, sözleşmenin yapılması esnasındaki şartların beklenmedik şekilde değişmesi sonucunda aşırı ifa güçlüğu ve karşılıklı edimler arasındaki dengenin ağır şekilde bozulması söz konusu olursa borçludan borcunu ifa etmesi beklenemez (*clausula rebus sic stantibus*)³⁴. Bu kapsamda TBK m. 138 ile düzenlenen aşırı ifa güçlüğu, sonraki imkânsızlıktan farklı bir kurumdur³⁵. Aşırı ifa güçlüğünde taraflara tanınan tek imkân, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasıdır. Bu duruma ilişkin özel bir hüküm ise hizmet sözleşmesi açısından TBK m. 435 ile öngörülmüştür. Bu hükme göre tarafların sözleşmenin devamının kendilerinden beklenemediği durumlarda haklı fesih hakları bulunmaktadır.

²⁹ Nomer (n 10) 392; Oğuzman ve Öz (n2) 596.

³⁰ Bkz. Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 266.

³¹ İşletme riski kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. Başlık B, 1, a.

³² Bkz. Yarg. 22. HD., E. 2016/8894, K. 2019/7499, T. 3.4.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

³³ Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 253; Bu kavram sübjektif imkânsızlık dışında, aşırı ifa güçlüğu, emprevizyon (öngörülemezlik) veya işlem temelinin çökmesi başlıkları altında da incelenmektedir. Bkz. Nomer (n 10) 394.

³⁴ Nomer (n 10) 394.

³⁵ Dural (n 2) 89; Eren (n 2) 1476.

B. İfa İmkânsızlığına İlişkin Hükümlerin İş İlişkilerinde Uygulanması

İş sözleşmesi, bir işçinin işverene bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de işçiye bu ediminin karşılığı olarak ücret ödemeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir (TBK m. 393, İşK. m. 8). Sözleşmenin asli unsurlarını iş görme, ücret ve bağımlılık oluşturmaktadır³⁶. İş görme, süreklilik arz eden bir borç niteliğinde olup, iş sözleşmesiyle sürekli bir borç ilişkisi kurulmaktadır³⁷.

TBK'da yer alan ifa engelleri ve bu kapsamdaki ifa imkânsızlığını düzenleyen hükümler iş sözleşmeleri kapsamında da önemli olmakla birlikte, öncelikli olarak iş hukuku mevzuatında iş ilişkilerinin kendine has özellikleri dikkate alınarak getirilmiş hükümlere başvurulur³⁸. Borçlar Kanunu'nun ifa engellerini düzenleyen sistemi genel olarak satış sözleşmesi esas alınarak oluşturulmuş olması nedeniyle her sözleşmeye doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığından, özel kanunlarla iş sözleşmeleri dışında diğer sözleşme tiplerinde de genel hükümlerden ayrılma ihtiyacı duyulduğu görülmektedir³⁹. İş sözleşmesinin nitelikleri de göz önünde bulundurulduğunda, bu hükümlerin iş ilişkisine doğrudan uygulanmaya elverişli olmadığı söylenebilecektir.

İş hukuku mevzuatında, işçinin işveren karşısında korunmaya ihtiyaç duyan konumu gereği bu amaca yönelik özel düzenlemeler getirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan da imkânsızlık haline ilişkin çeşitli düzenlemelerin iş hukuku mevzuatında yer aldığı görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında imkânsızlık haline ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu kapsamda işçilerin hangi kanuna tabi olduklarının tespiti de önem arz etmektedir.

Hukumumuzda işçi ve işveren ilişkilerinin büyük bir çoğunluğu bakımından uygulanan kanun 4857 sayılı İş Kanunu'dur. İş kanunlarına tabi olmayan işçiler bakımındansa İşK. m. 4 uyarınca TBK uygulama alanı bulmaktadır. Bunun dışında TBK, iş kanunlarında uygulanacak hüküm bulunmayan durumlarda da genel kanun olma niteliğiyle önem arz etmektedir⁴⁰. İş kanunlarında boşluk bulunan haller-

³⁶ Sarper Süzek, *İş Hukuku*, (Beta 2018) 231; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraça, *İş Hukuku Dersleri*, (Beta 2021) 180; E. Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (Yetkin 2022) 125; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (Seçkin 2020) 98; Aydın Başbuğ ve Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (Beta 2018) 117; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (Nisan 2020) 95; Ünal Narmanlioğlu, *Ferdi İş İlişkileri* (Beta 2012) 167; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku* (On İki Levha 2022) 23.

³⁷ Süzek (n 36) 240; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraça (n 36) 191; Senyen Kaplan (n 36) 129.

³⁸ Ayşe Ledün Akdeniz, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık* (On İki Levha 2018) 34.

³⁹ Bkz. Akdeniz (n 38) 34 vd.; Örneğin TBK m. 325 ile kira sözleşmesinde, TBK m. 483-485 uyarınca eser sözleşmesinde ifa engelleri bakımından özel düzenlemeler getirilmiştir.

⁴⁰ Bkz. Ejder Yılmaz, «'Genel Kanun-Özel Kanun' İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)» (2011) (22) Sicil İHD 22-31.



de TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerine, burada da uygulanacak bir hüküm mevcut değilse Kanun'un genel hükümlerine başvurulacaktır⁴¹. TBK'nın ilgili hükmünün uygulanmasının iş hukukunun amacına uygun düşmediği durumlardaysa boşluk hâkim tarafından TMK m. 1/2'ye göre hükmün iş hukukuna uygun olacak biçimde uyarlanması suretiyle doldurulacaktır⁴².

1. İş Mevzuatındaki İmkânsızlık Hükümleri

a. Türk Borçlar Kanunu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, konumuz kapsamında yalnızca sonraki imkânsızlığa ilişkin hükümler ele alınacaktır. Daha önce de değinildiği üzere Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine bakıldığında, sonradan meydana gelen imkânsızlıklar bakımından, imkânsızlığın sübjektif yahut objektif olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Keza işçinin iş görme borcunu bizzat yerine getirmesi gerektiğinden⁴³, iş görme ediminin yerine getirilmesinin imkânsız duruma gelmesi halinde sadece işçi açısından mı yoksa herkes bakımından mı, diğer bir deyişle objektif ya da sübjektif olarak, edimin imkânsız olması arasında bir fark olmayacaktır⁴⁴. Önem arz eden husus, sözleşmenin akdedilmesinden sonra meydana gelen imkânsızlığın ortaya çıkışında kusurun kime isnat edileceğidir⁴⁵.

İşverenin risk alanında ortaya çıkan nedenler söz konusu olduğunda, TBK'nın hizmet sözleşmelerini düzenleyen hükümlerinde konuya özel bir düzenleme getirilmiştir. TBK m. 408 hükmüne göre işveren, iş görme ediminin ifasını kusurlu olarak engellerse ya da edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü bulunmaktadır⁴⁶.

TBK m. 408 hükmü ile karşılıklı borçlar sona ermemekte ve işçiye ücretini talep etme hakkı verilmektedir. Bununla birlikte işçinin de ücretinden birtakım kesintiler yapılacağı öngörülmüştür. Burada amaçlanan işçinin dezavantajlı duruma düşmemesi ancak bu durumdan maddi çıkar da elde etmemesidir⁴⁷.

Sonuç olarak TBK m. 136, iş sözleşmelerine uygulanabilir nitelikte değildir⁴⁸. İfa imkânsızlığına işveren yol açmış ise çözümün TBK m. 408 yönünde gerçek-

⁴¹ Süzek (n 36) 242; Eda Karaçöp ve Efe Yamakoğlu, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi" (2013) 10(38) Legal İSGHD 88.

⁴² Süzek (n 36) 242; Karaçöp ve Yamakoğlu (n 41) 87.

⁴³ Süzek (n 36) 337; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 315.

⁴⁴ Akdeniz (n 38) 83.

⁴⁵ Akdeniz (n 38) 83.

⁴⁶ Bu hüküm, TBK m. 175'te düzenlenen koşulun gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde engellenmesi halinde koşulun gerçekleşmiş sayılacağına dair düzenlemeye dayanır. Bkz. Akdeniz (n 38) 86.

⁴⁷ Akdeniz (n 38) 86.

⁴⁸ Gülsevil Alpagut, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkânsızlığı" (2005) (6) Legal İSGHD 664; Akdeniz (n 38) 87; Selen Akdemir Başer, *İş Sözleşmesinde İmkânsızlık*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022, 48.

leştirilmesi gerekir. Bu durumda, TBK m. 136 ile paralel olarak borçlu borcundan kurtulacak (işçi iş görme edimini yerine getirmeyecek), ancak m. 136'nın aksine borcunu yerine getirmiş olsa olacağı gibi karşı edim olan ücrete hak kazanacaktır.

İşverenin risk alanında ortaya çıkabilecek nedenler dışında, iş görme ediminin yerine getirilememesi işçiden de kaynaklanabilir. Bu durumda kural olarak işçinin yol açtığı bir sonraki ifa imkânsızlığından söz edilebilecektir. İşçinin herhangi bir haklı neden bulunmaksızın iş görme edimini yerine getirmemesi halinde ücretini talep etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, iş görme edimini yerine getirememesi sebebi işçinin kusuru bulunmayan bir durumdan da kaynaklanabilir.

Bunun gibi işçinin risk alanında ortaya çıkan ancak işçiye isnat edilemeyen haller için TBK m. 409 ile iş ilişkilerinin özelliklerini göz önünde bulundurarak iş görme ediminin yerine getirilmemesi halinde ücrete hak kazanılamayacağı yönündeki genel kurala bir istisna getirilmiştir. İlgili hükme göre uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemediği takdirde işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlü tutulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki işçiye hak kazanacağı ücret tam olarak değil, hakkaniyete uygun şekilde ödenecektir. Sinallagmatik sözleşmelerde taraflardan birinin borcunun kısmen imkânsız hale gelmesi durumunda karşı tarafın edimi de bir indirime tabi tutulmaktadır⁴⁹. Örneğin TBK m. 408'de iş görme ediminin işveren tarafından engellenmesi nedeniyle işçinin yapmaktan kurtulduğu giderlerin ve başka bir iş yapmak suretiyle kazandığı yahut kazanmaktan bilerek kaçındığı yararların ödenecek ücretinden indirileceği öngörülmüştür. Bu nedenle işçinin kendi risk alanından kaynaklanan bir nedenle iş görme edimini yerine getirememesi sonucunda karşı edim bakımından uygun bir indirimin hakkaniyet gereği yapılması olağandır⁵⁰.

Sonraki kusursuz imkânsızlık kavramına ilişkin açıklamalarımızda ele alındığı üzere bir iş ilişkisinin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve edimin ifasını engelleyen sebebe sözleşmenin taraflarının yol açmamış olması mümkündür. Yani imkânsızlık tarafsız bir etki/risk alanında da doğabilir⁵¹. Borçlunun sorumlu tutulamayacağı sonraki imkânsızlık halini düzenleyen TBK m. 136'nın ise iş sözleşmeleri bakımından uygulanabilir olmadığına da değinilmişti. Bu kapsamda, iş görmenin ifasının engellenmesi durumunda ücret alacağına ne olacağı TBK m. 408 ve 409'da özel olarak düzenlenmiştir.

Burada karşı edim hasarına kimin katlanacağı hususunda ele alınması gereken bir kavram "işletme rizikosu teorisi (Betriebsrisikolehre)"dir⁵². Alman huku-

⁴⁹ Dural (n 2) 97-98.

⁵⁰ Akdeniz (n 38) 90.

⁵¹ Akdeniz (n 38) 91.

⁵² Bkz. M. Polat Soyer, "İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku", 1981 2(2) DEÜHFD, 101-126; Bkz. Horst Ehmman, *Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit* (Duncker&Humblot 2020); Stephan



kundan kaynak bulan bu teori, işverenin kusurundan kaynaklanmayan ve onun sebep olmadığı nedenlerle işyerinde işin görülebilmesi halinin riskini işverene yüklemektedir⁵³. Bu şekilde işçi iş görme edimini yerine getirmeksizin ücrete hak kazanabilmektedir. İşletme rizikosu teorisi kapsamında işyerinde meydana gelip işçinin iş görmesine engel olan haller iki grup halinde ele alınmaktadır. Bunlar; ilk olarak işçinin çalışmasının hammadde sağlanamaması, yangın, deprem veya su baskını gibi nedenlerle engellenmesi ve ikinci olarak işçinin, işyerinde uygulanan grev veya lokavt nedeniyle çalışmamasıdır⁵⁴. Bu kapsamda her iki kategori için de hukukumuzda düzenlemeler bulunmakla birlikte, düzenlemelerin bu teori bakımından ele alınması da faydalı olabilecektir.

Sözleşmeden doğan sonraki imkânsızlığı düzenleyen TBK m. 136 hükmüne göre, imkânsızlıktan borçlu sorumlu değilse edim borcundan kurtulacak ancak karşı edimi isteme hakkını da yitirecektir. İşverenin işi kabulde temerrüde düşmesini düzenleyen TBK m. 408'e göre ise iş görmesini kusuruyla engelleyen veya edimi kabulde temerrüde düşen işveren, işçiye ücret ödemekle yükümlüdür. Ayrıca değinildiği üzere alacaklı temerrüdüne ilişkin genel esaslar da işi kabulde temerrüt bakımından da göz önünde bulundurulacaktır.

Buradan hareketle, işi kabulde temerrüdün gerçekleşmesinin ilk koşulu iş görme ediminin (TBK m. 106'dan açıkça anlaşıldığı üzere) gereği gibi sunulmasıdır. Bu koşulun yanı sıra temerrüdün gerçekleşebilmesi için ifanın haklı bir neden olmaksızın kabul edilmemesi ya da hazırlık fiillerinin gerçekleştirilmemesi de gerekmektedir. Son olarak işi kabulde temerrütten söz edebilmek için söz konusu iş görme ediminin yerine getirilmesinin mümkün olması da gerekir, zira imkânsızlaşmış bir edimin ifasının teklif edilmesi olanaklı değildir⁵⁵.

İş hukuku bakımından önemli olan ayırım ise, işçinin çalışmasının deprem, su baskını vb. nedenlerle engellendiği hallerde imkânsızlığa ilişkin kuralların mı,

Klawitter, "Die Betriebsrisikolehre-Eine Besonderheit des Arbeitsrechts?" Besonderheiten des Arbeitsrechts?", (2022) Nomos Verlagsgesellschaft mbH&Co. KG 35-60; Eduard, Picker, "Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf: Thesen zu einer Rückbesinnung" (1979) 34(9) JuristenZeitung 285-294; 06.02.1923 tarihinde Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilen bir hüküm (RGZ 106, 272) bu konudaki gelişmelerin kaynağını oluşturmuştur. Kararda elektrik üretiminde çalışmakta olan işçilerin, grev sonucunda faaliyetini durdurmak zorunda kalan Kiel tramvay işletmesinde çalışmadıkları süreye dair ücret talepleri, faaliyetin durmasına işçi tarafının neden olması gerekçe gösterilerek yerinde görülmemiştir. Hukuki dayanakları saptanamamakla birlikte, temelleri bu kararla atılan işletme rizikosu teorisi daha sonra İmparatorluk İş Mahkemesi, Federal İş Mahkemesi ve doktrin tarafından geliştirilmiştir. Alman İmparatorluk İş Mahkemesi, teorisinin sınırlarını çizen 20.06.1928 tarihli kararında (RAG3, 116) işyerinde ortaya çıkan ve kaynağını işçi kesiminden alan ifa engelleri dışında tüm ifa engellerinin işverenin riziko alanında bulunduğu ve sonuçlarına işverenin katlanması gerektiğine hükmetmiştir. Daha sonra ilkenin Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da benimsendiği görülmektedir. Bkz. Soyler (n 52) 108.

⁵³ Akdeniz (n 38) 92.

⁵⁴ Soyler (n 52) 101-102.

⁵⁵ Soyler (n 52) 103.

yoksa işi kabulde temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı noktasındadır. Burada önem arz eden husus ise iş görme borcunun ne şekilde nitelendirildiğidir. İş görme borcu işçinin işgücünü yalnızca işverenin emrinde bulundurmakla yükümlü olduğu takdirde imkânsızlıktan değil, işverenin işi kabulde temerrüde düştüğünden söz edilecek ve ücret ödeme borcu söz konusu olacaktır; ancak işçinin yalnızca çalışmaya hazır bulunmakla değil belirli bir şekilde çalışmakla iş görme borcunu ifa etmiş sayılacağı hallerde, işçinin bu borcu yerine getirme yükümlülüğünden kurtulurken ücret hakkını da yitirmesi sonucunu doğuran imkânsızlık hükümleri uygulanacaktır⁵⁶.

Alman doktrininde hâkim olan görüşe göre de işçinin iş görme edimini ifa etmesini engelleyen olaylar kaynağını hangi taraftan kaynaklanıyorsa, olayın sonuçlarına da o taraf katlanmalı; grev haricindeki bütün ifa engellerinin işverene ait riziko alanına girdiği ve ücret hakkının ortadan kalkmadığı kabul edilmelidir⁵⁷. Sel, yangın, makinelerde arıza meydana gelmesi gibi nedenler işverenin riziko alanına giren olaylara bu kapsamda örnek gösterilebilir. Ancak işverenin ekonomik kriz gibi ekonomik gücünü ilgilendiren nedenlerle işçiyi çalıştıramaması durumunda işletme rizikosu teorisine başvurulmaz, işveren işi kabulde temerrüde düşmüş kabul edilir. Bu durumda, teorinin işçinin çalışmaması sonucunu doğuran olayın her iki tarafın da sorumlu olmadığı bir nedenle engellenmesi halinde uygulanacağı söylenebilir⁵⁸. Ancak bu kurala getirilen bir istisna da bulunmaktadır. İşçinin ücretinin ödenmeye devam edilmesi işletme varlığını tehlikeye düşüren bir durum ortaya çıkaracaksa, burada borç tamamen ortadan kalkacak ya da ücrette indirime gidilmek yoluyla riziko taraflar arasında paylařtırılacaktır⁵⁹.

TBK açısından işin kabulünü doğa olaylarının geçici olarak imkansızlaştırması veya oldukça güç hale getirmesi de dahil olmak üzere işyerinde meydana gelen ve işçinin iş görme edimini yerine getirmesine engel olan olayların işi kabulde temerrüt sonucunu yarattığı ifade edilmektedir⁶⁰. İş Kanunu'nda ise işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde işçiye bir hafta süreyle yarım ücreti tutarında ödeme yapılacağı öngörülmektedir. İşçi bu süre geçtikten sonra sözleşmeyi feshetmediği takdirde ücret talebinde bulunamayacaktır.

Bir diğer husus olarak, işverenin temerrüdünü düzenleyen TBK m. 408 ile genel hükümlere göre alacaklının temerrüdünün düzenlendiği TBK m. 106 arasındaki farka değinmek gerekmektedir. TBK m. 106 hükmüne göre temerrüde düşmek için alacaklı, edimi kabulden yahut edimin ifası için kendisi tarafından yapılması

⁵⁶ Soyer (n 52) 103.

⁵⁷ Soyer (n 52) 112, dn. 37.

⁵⁸ Soyer (n 52) 112.

⁵⁹ Soyer (n 52) 113.

⁶⁰ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (Beta 2018) 118.



gereken hazırlık fiillerini yerine getirmekten haklı bir sebep bulunmaksızın kaçınılmalıdır. TBK m. 408’de ise işverenin edimi kabulden kaçınmaktaki sebebinin haklı ya da haksız olması arasında bir fark öngörülmüş değildir. Bu durumda öncelikle uyuşmazlıkta bir imkânsızlık halinin bulunup bulunmadığı denetlenmelidir. Madde metnine “işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse” ifadesi yer almaktadır. Bu nedenle daha sonrasında işverenin iş verme borcunun imkânsızlaşmasında kusuru bulunup bulunmadığının, diğer bir deyişle iş görme ediminin ifa edilmesinin işveren tarafından engellenip engellenmediğinin araştırılması söz konusu olabilecektir⁶¹. İşverenin imkânı dahilindeki en yüksek özeni göstermiş olmasına rağmen kendisini iş veremeyecek duruma getiren bir engelin meydana geldiğinin anlaşılması halinde ise işverenin edimi kabulde temerrüde düşüp düşmediğinin ayrıca ele alınması gerekir⁶². İş görme borcunun kusursuz olarak imkânsızlaşması hali olmaksızın işverenin temerrüde düşmesi halinde de yine TBK m. 408 ile öngörülen sonuç meydana gelmektedir. Ayrıca bu durumda da işverenin kusuruna önem atfedilmemiştir. Bu kapsamda, Kanun’a göre işveren sadece iş görme ediminin ifa edilememesi kendisine hiçbir kusur yüklenemeyecek bir halden kaynaklanması halinde ücret ödeme borcundan kurtulabilir; iş görme ediminin ifasını kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse işçi ücrete hak kazanır.

Özetle, TBK m. 408 hükmünün uygulanmasında öncelikle işverenin iş görme edimini kabulde⁶³ temerrüde düşmesinde, diğer bir deyişle iş verme borcunun imkânsızlaşmasında kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir⁶⁴. Dolayısıyla işverenin iş verme yükümlülüğünü yerine getirememesi, en yüksek derecede özen göstermiş olsa dahi öngöremeyeceği ve engelleyemeyeceği bir sebepten kaynaklanmışsa ücret ödeme borcundan kurtulacağı kabul edilmelidir. TBK m. 408 hükmü kapsamında işçinin ücreti belli ölçüde korunmuş fakat bu alacaktan bazı kalemlerin mahsup edilmesi öngörülmüştür.

Sonuç olarak, işletmenin faaliyetleri doğal tehlike nedeniyle sürdürülemiyor ise somut olayın özelliklerine göre (doğal tehlikenin büyüklüğü ve işverence alınabilecek önlemlerin ölçüsü vb.) işverenin işletme rizikosunu taşıyıp taşımadığı belirlenebilecektir. Bu kapsamda işveren gösterebileceği en yüksek özeni göstermesine rağmen sonuçtan kaçılmıyorsa, işverene herhangi bir kusur isnat edilemeyecektir⁶⁵. Burada her mücbir sebep niteliğinde değerlendirilebilecek olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Zira her durumda deprem ya da genel grev gibi

⁶¹ Akdemir Başer (n 48) 51.

⁶² Akdeniz (n 38) 98; Akdemir Başer (n 48) 51.

⁶³ Tunçomağ ve Centel’e göre ifayı kabulden kaçınma, hukuken kabul edilebilir bir nedene dayanmadığı müddetçe haksız sayılmalıdır. Diğer bir deyişle, işveren, işin ifasını haklı bir nedene dayanarak kabul etmiyor olmalıdır. Bkz. Tunçomağ ve Centel (n 60) 118.

⁶⁴ Akdeniz (n 38) 98.

⁶⁵ Akdeniz (n 38) 98.

olayların mücbir sebep niteliğinde değerlendirilemeyeceği ve söz konusu rizikonun kime yüklenmesinin amaçla daha bağdaşır olacağına yönelik bir inceleme yapılması gerekebileceği öğretide belirtilmektedir⁶⁶.

b. İş Kanunu

TBK'nın aksine İşK.'da iş görme ediminin yerine getirilmesinin engellenmesi haline ilişkin genel düzenlemeler yer almamaktadır. Bununla birlikte İşK.'da iş görme ediminin yerine getirilemediği çeşitli hallere birtakım sonuçlar bağlayan hükümler bulunmaktadır. Bu nedenlere örnek olarak işyerinde veya işçinin çevresinde ortaya çıkan zorlayıcı nedenler, işçinin hastalanması veya bir yakının ölümü halleri gösterilebilir. Ancak İş Kanunu'nda iş ilişkisinde sıklıkla meydana gelebilecek ifa engellerinin daha detaylı ve özel biçimde ele alınmasına ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Zira Kanun'da dzenlenenlerin yanı sıra düzenlenmeyen bir olayın meydana gelmesi halinde karşı edim riskini kimin taşıyacağı ve başvurulacak hükümler noktasında belirsizlikler gündeme gelebilmektedir.

İş Kanunu'nda iş görme ediminin ifasını engelleyen çoğu düzenlemenin geçici ifa imkânsızlığını oluşturduğu söylenebilecektir. Geçici imkânsızlık, edimin ifa edileceği süre içerisinde ortaya çıkan ifa engellerinin devamlı nitelik arz etmediği ve engel ortadan kalktığı takdirde edimin ifasının tekrar mümkün hale geldiği durumları ifade eden bir imkânsızlık trdr⁶⁷. Aksi halde ise kalıcı imkânsızlık söz konusu olacaktır. Bununla beraber, geçici imkânsızlık halinin ne zaman sona ereceği her zaman bilinmemektedir. Dolayısıyla böyle durumlarda geçici imkânsızlık durumunun sürekli imkânsızlığa denk kabul edilebilmesi gündeme gelebilecektir⁶⁸. İş ilişkileri açısından da İş Hukukunda birçok hükümde geçici ifa imkânsızlığının sürekli ifa imknsızlığıyla denk tutulduğu söylenebilecektir. Bu gibi ifa imkânsızlığı durumları için İş Kanunu'nda düzenlemeler yer almakta olup çalışmamız kapsamında özellikle önem arz eden "zorlayıcı nedenler" ayrıca ele alınacaktır.

Öncelikle, zorlayıcı nedenler işçinin veya işvereninin risk alanında meydana gelebilir. İşverenin risk alanında meydana gelen zorlayıcı nedenler sonucu işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı İşK. m. 24 ile düzenlenmiştir. Zorlayıcı nedenler, genel olarak deprem, yangın, sel ve benzeri doğal tehlikeler veya kullanılan ham maddenin yasaklanması gibi hukuki hallerde söz konusu olmaktadır⁶⁹. Bu kavram, işyerinde önceden öngörülemeyen, kaçınılamayan ve de tarafların kusurun-

⁶⁶ Bkz. Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 259-260.

⁶⁷ Dural (n 2) 100; zer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 95-96; Sarper Süzek, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi* (Savaş 1989) 20; Sarper Süzek, "İş Akdinin Askıya Alınması ve cretsiz İzinler" (2007) 9(zel Sayı) DEÜHFD 115-133; Akdeniz (n 38) 106; avuşoğlu (n 18) 87 vd.

⁶⁸ OĞuzman ve öz (n 2) 487; Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2014) 105.

⁶⁹ Süzek (n 36) 701; elik, Caniklioğlu, Canbolat ve zkaraca (n 36) 670.



dan kaynaklanmayan halleri ifade etmektedir⁷⁰. Bunun sonucunda zorlayıcı neden kavramıyla ifade edilmek istenen haller “mücbir sebep” meydana getirmektedir. Bu nedenle ham madde yokluğu, mevsimsel piyasa durgunluğu, makinelerin arızalanması vb. durumlar zorlayıcı neden olarak değerlendirilmez⁷¹.

İşK. m. 24/3 ile işçiye haklı nedenle iş sözleşmesini fesih hakkı tanınmış, bunun için zorlayıcı nedenlerle iş görme ediminin ifa edilmesinin engellenmesi durumunun bir haftadan uzun sürmesi koşulu öngörülmüştür. İşçiye bu yönde bir fesih hakkının tanınma sebebi, işçinin bir haftadan sonraki süreçte ücrete hak kazanamayacak olmasıdır⁷².

Yukarıda da değinildiği üzere, kural olarak işletme rizikosunun işverene ait olduğu kabul edilmektedir. Buradan hareketle işçi, işverenin kusuru bulunmasa dahi onun risk alanında ortaya çıkan bir nedenden ötürü iş görme edimini yerine getiremediğinde kural olarak ücrete hak kazanmaktadır⁷³. İş Kanunu’nda m. 40 ile işçinin zorlayıcı sebep ortaya çıktıktan sonra bir hafta yarım ücret alacağı; zorlayıcı nedenle çalışmama halinin bir haftalık süreyi geçmesinden sonra işçinin ücrete hak kazanamayacağı öngörülmüştür⁷⁴. Bu hükmün işletme rizikosu bakımından değerlendirilmesinde öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır.

Soyer’e göre İş Kanunu m. 40 ile öngörülen işçiye bir hafta süreyle yarım ücret ödeneceği yönündeki hüküm rizikoyu taraflar arasında paylaşdırmakla birlikte iş hukukunun işçiyi koruyucu niteliğiyle bağdařmamaktadır⁷⁵. Zira bu halde, işçinin sorumlu olmadığı bir durumdan kendisi aleyhine bir sonuç çıkmaktadır. Oğuzman’a göre ise bu hüküm rizikoyu taraflar arasında paylaşdırmamakta; iş verme borcunun geçici bir süre imkânsız duruma gelmesi halinde iş verme ve ücret borçları sona ereceğinden iş hukukunun yapısı gereği sosyal düşüncelerin etkisiyle işçiye bir süre daha ödeme yapılacağını ifade etmektedir⁷⁶. Yani bu ödeme sosyal gerekçelere dayanan bir sosyal ödeme olacaktır. Akdeniz’e göre ise İşK. m. 40 hükmü işletme rizikosunu taraflar arasında bölüştüren ve bu rizikoyu kısmen işçiye yükleyen bir düzenleme değildir; hüküm m. 24/3 ile bağlantılıdır ve bu hükümde işçinin haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmiştir⁷⁷. Bu görüşe göre hüküm işletme rizikosunu taraflar arasında bölüştürmeyi amaçlamamakta, aksine İşK. m. 40 işletme rizikosunun işverene yüklenemediği zorlayıcı nedenlerle işyerinde faaliyetin durduğu hallerde söz konusu olmaktadır. İşçiye artık ücret ödenmeyeceği

⁷⁰ Süzek (n 36) 701; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 670.

⁷¹ Süzek (n 36) 701; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 670.

⁷² M. Kemal Oğuzman, *Hizmet “İş” Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası 1955) 79.

⁷³ Akdeniz Süzek (n 38) 108.

⁷⁴ Oğuzman (n 72) 88; Süzek (n 36) 701.

⁷⁵ Soyer (n 52) 115.

⁷⁶ Oğuzman (n 72) 86, dn. 185.

⁷⁷ Akdeniz (s 38) 110.

sebebiyle haklı fesih hakkı da tanınmıştır. Bu durumda işletme rizikosu işverenin de üzerinde olmayıp iş görmemeye rağmen ücretin ödenmesi esası ortadan kalkmakta ve bir sosyal yarım olarak işçiye ücreti ödenmektedir.

Dolayısıyla İşK. m. 40 hükmü, zorlayıcı nedenler sonucunda iş görme edimini yerine getirmesi imkânsızlaşan işçiye bir haftalık ücret öngören işçi lehine bir düzenlemedir değerlendirmesi yapılabilecektir. Kanaatimizce, işverenin imkân dahilindeki en yüksek derecede özeni göstermesi halinde dahi engelleyemeyeceği bir ifa engeli sonucunda iş görme durmuş ise bu noktada artık işletme rizikosunun işverene ait olmadığı kabul edilmelidir. Bu gibi zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde işçiye de işverenin artık ücret ödemeyeceği süreç için fesih hakkı tanınmıştır. Bu kapsamda İşK. m. 40 işletme rizikosunu zorlayıcı hallerin varlığı halinde işletme rizikosunun işverenin üzerinde olmadığı ancak işçiye de bir süre ücret ödenmesini öngören bir hüküm olarak değerlendirilebilecektir. Bu durumda, esas olarak işverene ait olan işletme rizikosunun devlet, işçi ve işveren arasında paylaştırıldığı da söylenebilecektir⁷⁸. Bu düzenleme dışında, zorlayıcı nedenlerle karşılaşan işveren lehine öngörülen bir diğer uygulama da kısa çalışma uygulamasıdır. Covid-19 salgını döneminde de işverenlerin karşı karşıya kaldıkları ekonomik zorluk sonucunda kısa çalışma ödeneğinden faydalandırılmış ve riziko işçi, işveren ve devlet arasında paylaştırılmıştır⁷⁹.

Zorlayıcı nedenlerin işçinin risk alanında ortaya çıkması da mümkündür. Bunlar; işçinin sağlık durumu, gebelik, askerlik veya kanundan doğan çalışma, işçinin tutuklanması veya gözaltına alınması, işçinin grev ve lokavta uğraması, işçi kuruluşu yöneticiliği gibi nedenler olabilir⁸⁰. Konumuz bakımından ise işçinin doğal tehlike sonucu işyerine ulaşmasının engellenmesi veya sağlık durumunun buna izin vermemesi zorlayıcı neden teşkil eder.

İşK. m. 25/3'le de işverene, işçiyi işyerinde iş görme edimini ifa etmekten alıkoyan bir sebebin meydana gelmesi halinde iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkı tanınmıştır. Söz konusu zorlayıcı sebepler daha önce de değinildiği gibi deprem, sel gibi doğa olayları ya da sokağa çıkma yasağı ve karantina gibi hukuki nitelikte olabilir. İşçinin fesih hakkını düzenleyen hükümde olduğu gibi, işverenin de fesih hakkını kullanabilmesi için işçinin çevresinde iş görme edimini yerine getirmesine engel olan durumun en az bir hafta devam etmiş olması gerekir. İşgörememe durumu işçinin kendi risk alanında gerçekleşen bir olaydan kaynaklansa dahi, yine İşK. m. 40 hükmü gereğince bir haftaya kadar ücretinin yarısı kendisine ödenecektir⁸¹. Bir haftalık sürenin geçmesiyle iş sözleşmesi kendiliğinden sona

⁷⁸ Nurşen Caniklioğlu, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği" A. Can Tuncay'a Armağan, (Legal 2005) 504; Akdemir Başer (n 48) 56.

⁷⁹ Akdemir Başer (n 48) 56.

⁸⁰ Bkz. Akdeniz (n 38) 112-134.

⁸¹ Bu durumda işverene bir haftalık bekleme süresinin ardından sözleşmeyi haklı nedenle feshetme olanağı tanınmış olması eleştirilmektedir. Akdeniz'e göre işçinin kendisinden kaynaklanan



ermemekte, fesih hakkının kullanılmaması halinde sözleşme askıda kalmaktadır⁸². Bu dönemde tarafların iş görme ve ücret ödeme borçları askıda olacak, yani yerine getirilmeyecektir. İşçinin kendi etki alanından kaynaklanan zorlayıcı nedene dayanarak iş görme edimini yerine getirememesine karşın bir hafta süresince ücrete hak kazanacak olması, özellikle bir tabiat olayının ilgili işyerinde çalışan birden fazla işçiyi etkileyeceği ve işyerine gelmelerine engel olduğu hallerde, karşı edim riskinin yarısını işverene yükleyecek olması nedeniyle ölçüsüz bir risk dağılımına yol açabileceği gerekçesiyle öğretide eleştirilmektedir⁸³.

c. Deniz İş Kanunu

Başlangıçtaki imkânsızlık durumu için uygulanmak üzere Deniz İş Kanunu'nda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu sebeple TBK'ya tabi iş ilişkilerinde imkânsızlığın ortaya çıkması halinde uygulanacak esasların Deniz İş Kanunu'na tabi olan işçiler bakımından da uygulanacağı söylenebilecektir⁸⁴.

Deniz İşK.'nın bu Kanuna tabi işçilerin hangi durumlarda derhal feshedilebileceği ve sözleşmenin hangi hallerde kendiliğinden sona ereceğini düzenleyen 14. maddesinde işyerinden kaynaklanan zorlayıcı bir sebeple işin durması halinin de sonuçları düzenlenmektedir⁸⁵. Söz konusu düzenleme uyarınca iş sözleşmesi işveren, işveren vekili yahut gemiadamı tarafından “*geminin herhangi bir sebeple 30 günden fazla bir süre seferden kaldırılması*” halinde feshedilebilir. Bu hükümde İşK. m. 24/3'ten farklı olarak sözleşmeyi fesih hakkı işçiyle birlikte işveren ve işveren vekiline de tanınmıştır. İkinci farklılık olarak beklemeye süresi de bir hafta yerine otuz gün olarak düzenlenmiştir.

d. Basın İş Kanunu

Deniz İş Kanunu'nda olduğu gibi Basın İş Kanunu'nda da başlangıçtaki imkânsızlık durumunda uygulanmak üzere öngörölmüş özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple TBK'ya tabi işçiler için iş ilişkisinde imkânsızlık ifa engelinin ortaya çıkması halinde uygulanacak esaslar Basın İşK.'ya tabi işçiler bakımından da geçerli olacaktır⁸⁶.

İş görme ediminin imkânsızlaşmasına ilişkin Basın İşK.'da yer alan düzenlemelerin ilki ise gazetecinin hastalanmasıdır. Kanun'un 12. maddesine göre işveren, gazetecinin iş sözleşmesini uğradığı hastalık nedeniyle feshedemez. Bununla

nedenlerle iş görme edimini ifa edemediği hallerde ücret alacağından mahrum kalması yerine işverene sadece bir haftalık beklemeye süresinin ardından haklı nedenle fesih hakkı verilmesi iş ilişkilerinin özüne uygun düşmemektedir. Bkz. Akdeniz (n 38) 113, dn 168.

⁸² Süzek (n 36) 701.

⁸³ Bkz. Akdeniz (n 38) 113.

⁸⁴ Akdemir Başer (n 48) 62-63.

⁸⁵ Maddede düzenlenen diğer bir derhal fesih hali de “*gemiadamının herhangi bir sebeple sürekli olarak gemide çalışmasına engel bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi*”dir.

⁸⁶ Akdemir Başer (n 48) 63.

beraber, hastalığın altı aydan daha uzun sürmesi halinde tazminat ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.

Bu hükmün yanında iş görme ediminin ifasının talim veya manevra nedeniyle yerine getirilememesi hali de 16. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre silah altına alınan gazeteci, bu süre içerisinde ücretine hak kazanmaya devam edecektir (Basın İşK. m. 16/1). Ayrıca kısmi ya da umumi seferberlik nedeniyle silah altına alınan gazeteci de üç ay boyunca ücrete hak kazanacaktır (Basın İşK. m. 16/2).

Basın İşK.'da yer alan ifa imkânsızlığına ilişkin düzenlemeler yukarıda açıklanan şekilde olmakla beraber zorlayıcı nedene ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte mahkûmiyet ve yayının tatilini düzenleyen 17. madde hükmüne göre “*Her ne sebeple olursa olsun, neşriyatı tatil edilen mevkedede çalışanlar tatil tarihinden itibaren iki ay müddetle ücretlerini alırlar. Bu gazetecilerin kanuni tazminatı da tercihan ödenir.*” Bu kapsamda herhangi bir nedenle tatil edilen işyerinde çalışan gazeteci iki aylık bir süre boyunca ücretine hak kazanacaktır. Bu kapsamda Basın İşK.'da yer alan bu hükmün, bir haftalık süre öngören İşK. hükmünden daha lehe bir düzenleme içerdiği söylenebilecektir.

C. İmkânsızlığın İşçinin ve İşverenin İş Sözleşmesinden Doğan Borçları Bakımından Etkisi

1. İşçi ve İşverenin Borçları Bakımından İmkânsızlık Halinin Etkisi

İş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşmedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural olarak edimlerin aynı anda ifası esastır⁸⁷. Bu nedenle taraflar, yükümlü oldukları edimi ifa etmeden önce karşı edimin ifa edilmediği def’ini ileri süremeyeceklerdir. İş ilişkisinde işçinin asli edim borcu iş görme borcu ve işverenin asli edim borcu ise ücret ödemek olmakla birlikte, burada iş sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme niteliğinde olmasından dolayı aynı anda ifa kuralı uygulanamamaktadır⁸⁸. İş sözleşmelerinde, sürekli nitelikte olan edimin borçlusuna, yani iş görme borcu altındaki işçiye, edimi ifa sırasında öncelik tanınmaktadır. Bunun sonucunda kural olarak işçi iş görme edimini ifa etmeden, işverenden ücret borcunun ifa edilmesini talep edemeyecektir⁸⁹.

İşçinin borçları, TBK m. 395-400 hükümleri arasında düzenlenmektedir. İş ilişkisinde işçinin temel edim borcunu, yani işverenin ücret ödeme borcunun kar-

⁸⁷ Eren (n 2) 1016.

⁸⁸ Yeliz Bozkurt, *Ücretin Gününde Ödenmemesi Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2007, 23; Dilek Dulay Yangın, “Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı” (2012) 3(10) TAAD 208; Seracettin Göktaş, *Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (Yetkin 2008) 38; Ünal Narmanlıoğlu, “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkâni)” (2012) (12) DEÜHFD 610; Tunçomağ ve Centel (n 60) 117.

⁸⁹ Salamon Kaniti, *Akdin İfa Edilmediği Def’i* (A. Said Matbaası 1962) 138



şılığını iş görme borcu oluşturur. İş ilişkisinde esas olan iş görme borcunun işçi tarafından bizzat yerine getirilmesidir. Bu durum da iş sözleşmesinin taraflar arasında kişisel ilişki kurma ve tarafların kişiliklerinin ön planda olması özelliğinden kaynaklanmaktadır. İşçinin diğer borçları arasında ise sadakat borcu, işi özenle görme borcu, işverenin emir ve talimatlara uyma, teslim ve hesap verme borcu gibi borçlar yer almaktadır.

İşverenin borçları ise TBK m. 401 ve devamında düzenlenmiştir. Buna göre işverenin borçları genel olarak, ücret ödeme, işçiyi koruma ve gözetme, eşit davranma borçlarıdır.

İşverenin üstlendiği en önemli borç ücret ödeme borcudur. İşK. m. 32 uyarınca “genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır”. 32. madde hükmünde öncelikle ücretin işçi tarafından ifa edilen bir işin karşılığı olduğu ifade edilmiştir. Kural olarak ücret iş görme ediminin karşılığını oluştursa da günümüzde sosyal düşüncelerle işçiye çalışma karşılığı olmayan ücretler de ödenmektedir. Örneğin işçinin zorlayıcı nedenlerle çalışamadığı günlerde yarım ücret ödenmesi (İşK. m. 24/3), hafta tatili (İşK. m. 46, ulusal bayram ve tatil günleri (İşK. m. 47), yıllık ücretli izin (İşK. m. 57) gibi düzenlemelerde yer alan ve bir iş görmenin karşılığını oluşturmayan bu tür ödemeler sosyal ücret olarak adlandırılmaktadır⁹⁰.

İşverenin asli borcu olan ücret ödemenin bir para borcu niteliğinde olması sebebiyle imkânsızlaşamayacağı ifade edilmektedir⁹¹. Bu durumda işverenin aczi ya da iflası halinde dahi imkânsızlık oluşmayacaktır⁹². Ücret borcunun ödenmemesi halinde, borçlunun temerrüdü söz konusu olacaktır⁹³. Benzer şekilde, TBK m. 314’te yer alan “işçinin yapmış olduğu giderleri ödeme borcu” bakımından da imkânsızlık söz konusu olmayacaktır⁹⁴. Bununla birlikte, her ne kadar işverenin ücret ödeme borcu imkânsız hale gelemeyecek ise de işçinin iş görme borcunun imkânsızlaşması halinde ücret borcu da şüphesiz ki etkilenecektir⁹⁵.

İşverenin borçları açısından tartışılması gereken bir diğer husus ise işverenin “iş verme” borcu olup olmadığıdır⁹⁶. Böyle bir borcun varlığı öğretide tartışmalıdır. İşverenin bu yönde bir borcu genel ve doğrudan bir şekilde kanunda yer almamaktadır⁹⁷. İş verme borcu adı altında bir borç doğrudan düzenlenmemişse de birtakım düzenlemeler içerisinde yer alan bir kavram olduğu da ifade edilmelidir.

⁹⁰ Süzek (n. 36) 363.

⁹¹ Oğuzman (n 72) s. 85; Akdeniz (n 38) 44; Akdemir Başer (n 48) 28.

⁹² Oğuzman (n 72) 85; Akdeniz (n 38) 44; Akdemir Başer (n 48) 28.

⁹³ Oğuzman (n 72) 85; Akdeniz (n 38) 44; Akdemir Başer (n 48) 28.

⁹⁴ Akdemir Başer (n 48) 28.

⁹⁵ Akdeniz (n 38) 45.

⁹⁶ Tartışmaların detayları için bkz. Akdeniz (n 38) 45 vd.

⁹⁷ Bununla birlikte TBK m. 411/1 ve İşK. m. 24/2, f bentlerinde işverenden işçiye iş vermesinin beklendiği düzenlemeler yer almaktadır.

Örneğin TBK m. 411/1'e göre işçinin iş sözleşmesi gereğince tek bir işverene ve yalnızca parça başına ya da götürü iş yapmakla yükümlü olduğu durumlarda işveren bu işçiye yeterli ölçüde iş vermekle yükümlüdür. İşverenin yeterli iş vermemesi ve işçinin eksik ücret alması hali ise işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebileceği haller arasında sayılmıştır. Bu durumda işverenin yeterli iş vermemesi halinin sonuçları işçi lehine olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle işverenin iş verme borcunun var olup olmadığının tespiti önemlidir. Zira iş vermenin bir borç olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi, işin imkânsız hale gelmesinin sonuçlarını da etkileyecektir.

Oğuzman, iş vermenin borç sayılıp sayılmamasını, işin imkânsız hale gelmesi noktasındaki sonuçları bakımından ikiye ayırarak incelemektedir. Buna göre "iş verme" borç niteliğinde kabul edilmeyecek olursa, işverenin kusuru olmasa dahi iş verme imkânsız hale gelirse, işveren alacaklı temerrüdüne düşecek ve işçiye ücret ödemekle yükümlü olacaktır⁹⁸. Bunun aksine, iş verme bir borç olarak kabul edilecek olursa, işverenin kusuru olmaksızın iş verme borcunun imkânsızlaşması halinde mülga BK m. 117 uyarınca (TBK m. 136) borç sona erecektir ve işçi iş görmediğinden ücretini talep edemeyecektir⁹⁹. Bu noktada işçiye sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı tanınmaktadır. Ücretini talep edemeyen işçiye mülga 3008 sayılı İşK. m. 15/3 (4857 sayılı İşK. m. 24/3) ile bir haftadan daha uzun süre ile faaliyetin durdurulmasını gerektiren zorlayıcı sebeplerin mevcut olması halinde haklı fesih hakkı tanınmış olması, iş vermenin işverenin borçları arasında yer aldığını destekler niteliktedir. Sonuç olarak yazarın konuya ilişkin değerlendirmesine göre, iş verme borcunun ücret ödeme borcundan ayrı bir borç niteliğinde olmadığı kabul edilecek olursa, mülga 818 sayılı BK m. 324 ve 325. (6098 sayılı TBK m. 408 ve 411) ile mülga 3008 sayılı İş Kanunu m. 15/2, e ve m. 15/3 hükümlerini açıklamak mümkün olmayacaktır¹⁰⁰. İş vermenin geçici bir süre için imkânsızlaşması durumunda ücret ve iş verme borçlarının sona ereceği genel hükümlere göre söylenebilecekse de iş hukukunun yapısında yer alan sosyal düşüncelerle işçiye bir süre daha ücret ödenmesi gerekmektedir¹⁰¹. İşçiye işin bir haftadan uzun süre tatil edilmesi halinde tanınan bir haftalık bekleme süresinde yarım ücret ödenmesi bu yönde bir düzenlemedir. Bu kapsamda mülga BK m. 325 (TBK m. 408) hükmü borçlu temerrüdünü, yani kusurlu imkânsızlığı düzenlemektedir. Hükme eklenen "iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse" ifadesi de kanun koyucunun burada sadece alacaklının temerrüdünü düzenlemediğini göstermektedir¹⁰². Bu nedenle TBK m. 408 hükmü hem kusurlu imkânsızlık hem de alacaklının temerrüdünü içeren bir hüküm olarak deđerlendirilebilecektir¹⁰³.

⁹⁸ Oğuzman (n 72) 78.

⁹⁹ Oğuzman (n 72) 78.

¹⁰⁰ Oğuzman (n 72) 51, dn. 45.

¹⁰¹ Oğuzman (n 72) 85.

¹⁰² Akdemir Başer (n 48) 29.

¹⁰³ Akdemir Başer (n 48) 30; İsviçre öğretisinde de benzer yönde görüşler için bkz. Akdeniz (n 38) 50.



Diğer bir görüş ise iş verme borcunu işverenin borçları arasında kabul etmekte ancak bu borcu işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında değerlendirmektedir¹⁰⁴ ve uzun süre işçiye çalışma imkânı verilmemesinin kişilik haklarının ihlaline neden olduğunu ifade etmektedirler¹⁰⁵. Aksi yöndeki görüşe göre ise, işçi sözleşmeye dayanarak ücretini talep edebilecekse de ayrıca bir fiilen çalışma talep etme hakkı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce de bu borç işverenin işçiyi gözetme borcundan kaynaklanmaktadır¹⁰⁶. İş sözleşmesinin bir tarafını oluşturan işçinin iş sözleşmesinden tek menfaati ücret elde etmek değil, ayrıca iş görme edimini de yerine getirebilmektir. Bu durum meslek gözetmeksizin her işçi açısından bir ihtiyaç olarak da değerlendirilirse işçinin çalışmaktan uzun bir süre muaf tutulması işçi açısından incitici olabilir¹⁰⁷.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan diğer önemli iki borcu ise “işçiyi koruma ve gözetme borcu” ile “eşit davranma borcu”dur. Bu borçların ifasında imkânsızlık söz konusu olmayacaktır, zira bunlar iş ilişkisi boyunca varlığını sürdürecektir olan borçlardır. Bu borçlara aykırı hareket edilmesi sözleşmenin müspet ihlali, yani kötü ifayı oluşturur¹⁰⁸. İşverenin diğer bir borcu olan araç ve malzeme sağlama borcuna aykırı davranışı ise hazırlık fiillerini yerine getirmeme anlamına geleceğinden işverenin alacaklı temerrüdüne düşmesine neden olabilecektir¹⁰⁹.

İşçinin asli edim borcunu iş görme oluşturur. Bu borç ile, işçinin iş sözleşmesi ile belirlenmiş olan ve görmekle yükümlü olduğu iş ifade edilir¹¹⁰. İşgörme edimi, ücretin karşılığıdır ve kural olarak ifa edilmediği takdirde ücrete hak kazanılamaz. Ancak bu noktada, iş görme ediminin ifa edilmemesinin nedeninin belirlenmesi önem arz etmektedir. Sürekli bir borç niteliğinde olan iş görmenin yerine getirilmemesinin borçlunun sebep olduğu bir imkânsızlık çerçevesinde ele alınıp alınmayacağı öğretide tartışmalıdır.

Kural olarak, borçlar hukukunda ifanın gecikmesinde temerrüt hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Fakat borçlunun temerrüdünden bahsedebilmek için önce borcun ifasının mümkün olması gerekmektedir¹¹¹. Buna ek olarak, ifa imkânsızlığının borç ilişkisini etkilemesinin kabulü için devamlılık arz eden bir imkânsızlık bulunmalıdır.

¹⁰⁴ Akdeniz (n 38) 47; E. Tuncay Kaplan, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı” (2003) 7(2) Prof. Dr. Kâmil Turan’a Armağan, Kamu-İş 149.

¹⁰⁵ Kaplan (n 104) 149.

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. Kaplan (n 104) 149; Akdeniz (n 38) 52.

¹⁰⁷ Akdeniz (n 38) 52.

¹⁰⁸ Ayıplı ifanın, ayıplı ifa niteliğinde sayılamayan yan edim yükümleri ile davranış yükümüne aykırılık hallerinin, sözleşmenin olumlu ihlali yani kötü ifa kapsamında olduğuna ilişkin bkz. Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 239-340.

¹⁰⁹ Süzek (n 36) 475-476.

¹¹⁰ Süzek (n 36) 337.

¹¹¹ Oğuzman ve Öz (n 2) 490.

2. İşverenin İşi Kabulde Temerrüdü

Diğer bir mesele de iş görme borcunun yerine getirilememesinin alacaklıdan kaynaklanan nedenler sonucunda meydana gelmesidir. Bu durumda alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı yoksa imkânsızlıktan mı bahsedileceği hususu öğretilerde tartişmalıdır. Ancak işverenin temerrüdü ile ifa imkânsızlığının aynı anda söz konusu olamayacağını da belirtmek gerekmektedir¹¹².

Söz konusu tartişmaların sebebi olarak, iş sözleşmesinde zamana bağlılığın taşıdığı önem gösterilmektedir¹¹³. TBK m. 408 “işverenin temerrüdü halinde” başlılığını taşımaktadır. Ancak hükmün açık şekilde taşıdığı başlık tartişmalara son vermiş değildir. Yine de belirtmek gerekir ki, iş hukukunun yapısı gereği, teorik tartişmalar kısmi imkânsızlık veya temerrüt sonuçlarından hangisi benimsenirse benimsensin, pratikte işçinin ücretini koruma amacına yöneliktir¹¹⁴.

İş sözleşmesinde iş görmenin işçi tarafından belirli bir zaman içinde ve sadece bir kez sunulabiliyor oluşu bu borcun kesin vadeli olduğunu göstermekte olup işçinin iş görme edimini önerilenden başka bir vakitte sunmak zorunluluğu olmakla birlikte işveren de farklı bir vakitte sunulan edimi kabul etmek zorunda deđildir¹¹⁵. Bir görüşe göre, iş sözleşmesinin kesin vadeli oluşu, yani belirli bir zaman diliminde ifa edilmeyen edimin sonradan telafisinin olanaklı olmayışı nedeniyle burada temerrüt değil, iş görme ediminin kesin olarak imkânsız hale gelmesinden söz edilir¹¹⁶.

Hukuk sisteminde edimi zamanında ifa etmemenin sonucunun kural olarak temerrüt olduğu kabul edilse de sürekli nitelikteki borç ilişkilerinde durum farklı olup, sürenin bir kısmında ifa edilmeme halinin kural olarak kısmi bir imkânsızlık sonucu meydana getirdiği öğretilerde kabul edilmektedir¹¹⁷. İfanın imkânsızlaşması için sürekli borç ilişkilerinde ifanın taraflarca kesin olarak belirlenen vadede gerçekleşmemiş olması gerekir¹¹⁸. Öğretilerde ise imkânsızlık sonucu için sadece taraf iradelerinin yeterli olarak kabul edilmemesi gerektiği ve somut olaydaki sözleşme yapma amacı ile iradelerin bu sonuca varmayı haklı kılması gerektiği yönünde de bir görüş bulunmaktadır¹¹⁹.

İş sözleşmeleri bakımından durum incelendiğindeyse, tarafların sözleşme konusu edime ve edimin ifa zamanına ilişkin iradeleri önem kazanmaktadır. Örneğin, geçici iş ilişkilerinde, süreksiz işlerde, asgari ve azami süreli iş sözleşmelerinde

¹¹² Bkz. Serozan, Baysal ve Sanlı (n 3) 212 vd.

¹¹³ Akdeniz (n 38) 54.

¹¹⁴ Akdeniz (n 38) 54.

¹¹⁵ Akdeniz (n 38) 55; Akdemir Başer (n 48) 32.

¹¹⁶ Akdeniz (n 38) 56.

¹¹⁷ Dural (n 2) 96; Akdemir Başer (n 48) 33.

¹¹⁸ Akdemir Başer (n 48) 33.

¹¹⁹ Seliçi (n 67) 4; Akdemir Başer (n 48) 33.



zaman kavramı önem taşımaktayken, kayan iş saatleri öngören bir iş modelinde ifa zamanına daha az önem atfedilmektedir¹²⁰. Bu nedenle söz konusu iş ilişkisinde kararlaştırılan iş görme borcunun kapsamı önemlidir. Somut olayda işçinin veya işverenin temerrüde düşüp düşmediği veya edimin imkânsızlaşıp imkânsızlaşmadığının tespitinde bu unsur temel oluşturacaktır¹²¹.

Söz konusu tartışmanın Alman hukukunda önemini yitirdiği görülmektedir. Zira BGB 615 hükmü ile işverenin yol açtığı ifa engelinin onu temerrüde düşürdüğü düzenlenmiştir. Bunun gerekçesi olarak iş görme ediminin yerine getirilmesindeki her gecikmenin imkânsızlık sonucuyla değerlendirilmesi halinde işverenin temerrüdü hükmünün uygulama alanı bulamayacak olması gösterilmiştir. Bu durumda, somut olayda işçinin kural olarak ücrete hak kazanamayacağı imkânsızlık hükümlerine başvurulması gerektirecek başka haller olmadıkça temerrüt hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹²². Zira iş sözleşmesinde edimin belirli bir vakitte ifa edilmesi ayrıca önem arz eden bir husustur. Edimini ifa edemeyen işçinin bunu daha sonra nakde çevirmesi mümkün değildir. İşçinin vakti aynı zamanda da nakdidir. Ayrıca tek geçim kaynağı ücret alacağı olan işçinin bu bakımdan da özel olarak korunması gerekir.

İşçinin iş sözleşmesinden doğan diğer bir borcu da iş görme borcuna bağlı bir borç olan işin özenle yapılması borcudur. Bu borç asli edim olan iş görme borcuna bağımlı bir yan yükümlülük niteliğinde olup, borca aykırılık halinde asli edim yükümlülüğünün ihlali söz konusu olacaktır¹²³. İşçinin bu borca aykırı davranması hali kötü ifa teşkil etmekte; bu anlamda bir imkânsızlık meydana getirmemektedir¹²⁴. TBK m. 399'da düzenlenmiş olan işçinin düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu da hem işin görülmesine hem de işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatları kapsamaktadır. İşin görülmesine ilişkin olan talimatlara uyulmaması iş görme borcunun ihlal edilmesi anlamına gelir¹²⁵ ve duruma göre temerrüt veya imkânsızlık sonucuna yol açabilir¹²⁶. İşçinin işyerindeki davranışlarına dair talimatlara uyma borcu ise bağımsız bir yan borçtur¹²⁷. Bu kapsamda; işçinin bu davranışlara ilişkin itaat borcu, sadakat borcu ve rekabet etmeme borçları asli borçtan bağımsız bir yan borç niteliğinde olup ihlalleri halinde kötü ifa söz konusu olacaktır¹²⁸.

¹²⁰ Akdemir Başer (n 48) 33.

¹²¹ Akdeniz (n 38) 58; Akdemir Başer (n 48) 33.

¹²² Akdemir Başer (n 48) 35.

¹²³ Süzek (n 36) 343.

¹²⁴ Akdeniz (n 38) 73.

¹²⁵ Süzek (n 36) 347; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 326.

¹²⁶ Nitekim Oğuzman ve Öz'e göre, borcun kötü ifa edildiği durumların bazılarında temerrüde ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün olsa da bazı kötü ifa durumları temerrüt veya imkânsızlık olarak nitelendirilmeye elverişli değildir. Bkz. Oğuzman ve Öz (n 2) 507; Akdeniz (n 38) 73.

¹²⁷ Süzek (n 36) 347.

¹²⁸ Bkz. Akdeniz (n 38) 73-74.

3. İş Görme Borcunun Telafi Edilmesi

Önceki başlıkta değinildiği üzere, iş görme ediminin işverenden kaynaklı sebeplerle yerine getirilememesi halinde hangi hukuki kuruma ilişkin hükümlere başvurulacağı tartişmalıdır. Bununla beraber işçinin bu durumda ücret alacağına hak kazanacağı noktasında öğretilerde görüş birliği vardır. Buna ek olarak, işçinin çalışmadığı dönemde ücrete hak kazanacağının kabulüyle birlikte, daha sonrasında bu çalışmayı telafi etmesinin gerekip gerekmediği hususu da değerdendirilmelidir. İş görme borcunun yerine getirilmemesi hali değerdendirilirken, işverenin de işin görölmesinden elde edeceği menfaat göz ardı edilmemeli ve sorun yalnızca ücret alacağına indirgenmemelidir¹²⁹.

Sonraki imkânsızlık hali bakımından imkânsızlığın sözleşmenin hangi tarafına ait risk alanında ortaya çıktığına göre sonuçlar tespit edilmektedir. Bu nedenle işçinin telafi borcunun mevcut olup olmadığı değerdendirilirken de imkânsızlığın sözleşmenin hangi tarafından kaynaklandığı ölçütünden yararlanılabilir¹³⁰. Telafi çalışmasını düzenleyen İşK. m. 64 de göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak TBK’da İşK. m. 64’ün bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle işçinin kendisinden kaynaklı nedenlerle iş görme edimini yerine getirememesi halinde telafi çalışması yapmasını gerektirip gerektirmediğinin tespitinde işçinin Türk Borçlar Kanunu’na veya İş Kanunu’na tabi olmasına göre ayrı ayrı değerdendirilmesi gerekecektir¹³¹.

İlk olarak, iş görme ediminin işverenden kaynaklanan nedenlerle ifa edilemediği durumlar ele alınacak olduğunda, işçiden bu durumda telafi çalışması beklemek yerinde olmayacaktır. Zira işverenin temerrüdünü düzenleyen TBK m. 408’de işverenin bu durumda işçiye ücret ödemekle yükümlü olduğu ve ayrıca “işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyeceği” öngörölmüştür. Bu durumda, işverenin risk alanında meydana gelen nedenler sonucunda işçi iş görme borcunu ifa edemediğinde işçinin telafi ile yükümlü olmadığı söylenebilecektir. İşgörme ediminin işçiden kaynaklanan sebeplerle yerine getirilemediği durumlar bakımından ise bir açıklık bulunmamaktadır. TBK m. 409’da sadece şartlar sağlanıyorsa işçinin hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazanacağı düzenlemesiyle yetinilmiştir.

İş Kanunu’nda ise belirli şartların varlığı halinde telafi çalışması ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre İşK. m. 64/1’e göre işveren “Zorunlu nedenlerle işin durması ... veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi hallerinde ... işveren iki ay içinde çalışılmayan süreler için” telafi çalışması yaptırabilir¹³². Öğretilerde, Kanun hükmünde geçen “önemli ölçüde altında” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği noktasında İşK. m. 13

¹²⁹ Akdeniz (n 38) 62.

¹³⁰ Akdemir Başer (n 48) 35.

¹³¹ Akdeniz (n 48) 63.

¹³² Bu konuda bkz. Muhiittin Astarlı, “Telafi Çalışması” (2008) (7) Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi 12.



gereğinden faydalanılabileceği, yani normal çalışma süresinin en az üçte biri kadar kısalma olarak değerlendirilebileceği, genel itibariyle kabul edilmektedir¹³³.

Telafi çalışması yaptırılabilmesi için düzenlemede durumun belirli ölçüde bir ağırlık taşınması aranmıştır. Diğer bir deyişle, her çeşit olağan kısa vadeli gecikme ve aksamalarda işverenin telafi çalışması yaptırma hakkı olmadığı kabul edilmektedir. Ancak işyerinde zorunlu nedenlerle işin durmasının oldukça büyük ölçüde gerçekleştiği durumlarda da işverenin telafi çalışması talep edememesi gerektiği ifade edilmektedir¹³⁴. İşyerinde faaliyetin zorlayıcı nedenlerle uzun sürelerle durması halinde, işin durduğu bu süre için telafi çalışması yaptırılması hem bu kurumun amacıyla hem de iki ay içerisinde ve günde en fazla üç saat çalışma yapılabilmesi kuralıyla bağdaşmayacaktır¹³⁵. Bu nedenle buradaki “normal çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi” koşulu, çalışmada yaşanan herhangi bir kısa kesinti değil; nitelikli ve belirli bir ağırlık oluşturacak şekilde faaliyetin durması olarak yorumlamak gerekmektedir¹³⁶. Aksi takdire işverenden kaynaklanan iş görememenin sonucu ve İşK. m. 64 ile işverene yüklenmesi amaçlanmış rizikoların işçiye yüklenmesi sonucu ortaya çıkacaktır.

İşK. m. 64 kapsamında değinilmesi gereken diğer bir ifade de “zorunlu nedenlerle işin durması” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bir görüşe göre söz konusu ifade, zorlayıcı sebeplerle veya İşK. m. 42’de düzenlenen zorunlu nedenlerle sınırlı tutulmamalıdır¹³⁷. Stok fazlalığı veya hammadde temininde güçlük gibi sebepler ise telafi çalışmasına yol açacak zorlayıcı sebepler arasında değerlendirilemezler¹³⁸. Ancak mevsimsel ya da ekonomik nedenler sonucunda işyerinin tatil edilmesi veya çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltılması halinde veya hammadde temininde güçlük, stok fazlalığı gibi sebeplerle telafi çalışması yaptırılmaz¹³⁹. Diğer bir görüşe göre ise zorunlu neden kavramı zorlayıcı nedenle sınırlı

¹³³ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 791; Süzek (n 36) 791; Öner Eyrenci, “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler” (2004) (1) Legal İSGHD 47; Münir Ekonomi, “Telafi Çalışması” (2004) (4) Legal İSGHD 1253; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan *Bireysel İş Hukuku* (Beta 2020) 311; Aksi yönde, İşK. m. 13’te normal haftalık çalışma süresinin esas alındığı ancak İşK. m. 64’te bu şekilde bir haftalık sürenin öngörülmediği görülmemektedir. İlgili maddede telafi çalışması yapılabilecek zamanlara ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi örneği verilmiştir ve bu durum da İşK. m. 13 ile öngörülen durumdan farklıdır. Bkz. Akdeniz (n 38) 65, 66.

¹³⁴ Akdeniz (n 38) 66.

¹³⁵ Öner Eyrenci, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu (Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası 2014) 150-185.

¹³⁶ Akdeniz (n 38) 67.

¹³⁷ Gaye Baycık, “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları” 2014 20(1) Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, MÜHF-HAD 223-262.

¹³⁸ Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 133) 312; Astarlı (n 132) 24-25.

¹³⁹ Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 133) 312.

değildir g6rüşü isabetli olmamakla birlikte, kavramın içeriğinin belirlenmesinde İşK. m. 42 düzenlemesi dikkate alınmalıdır¹⁴⁰. Kanaatimizce zorlayıcı nedenlerle işin durması da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Ayrıca işçinin zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapması halini düzenleyen İşK. m. 42 hükmünden de bu halin tespitinde yararlanılabilecektir¹⁴¹.

Sonuç olarak, zorlayıcı nedenlerle işin durmuş olması halinde bir haftalık bekleme süresi geçmesine rağmen iş sözleşmesinin feshedilmemesi ve daha sonra iş yerinde faaliyetlere normal şekilde devam edilmesi halinde, somut olayın özelliklerine göre şartlar sağlanıyorsa işçiden telafi çalışması talep edilebilecektir. Somut durumda ise deprem gibi bir zorlayıcı sebeple uzun bir süre çalışmama halinde telafi çalışması söz konusu olmamalıdır. Bu durumda telafi çalışması ile giderilmesi amaçlanan ölçüyü aşan uzun süreli bir çalışmaya ara verme söz konusu olacaktır. İşyeri daha sonrasında normal faaliyetini sürdürmeye devam etse ve işçi rıza gösterse dahi, beklenmeyen bir durumun sonuçları işçiye yüklenmiş olacaktır.

II. İŐ KANUNU'NDA ZORLAYICI NEDEN

A. Zorlayıcı Neden Kavramı ve Unsurları

1. Kavram

Değinildiği üzere, iş ilişkisinde taraflar kural olarak borçlarını ifa etmekle yükümlü olmakla birlikte, sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkan bazı olay veya sebeplerle yükümlülüklerin yerine getirilmesi imkânsızlaşabilmektedir. Bu sebeple tarafların borcu ifa veya ifayı kabulde imkânsızlığa düşmeleri mümkündür¹⁴².

Sonraki ifa imkânsızlığı, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan nedenler sonucunda borcun ifasının sürekli ve objektif olarak mümkün olmamasıdır¹⁴³. Sonraki imkânsızlık, sürekli veya geçici imkânsızlık olarak ortaya çıkabilmektedir. Borcun ifasını engelleyen olay sürekli, gelecekte de ortadan kalkmayacak veya giderilemeyecek ise imkânsızlık süreklidir¹⁴⁴. İfa engelinin ortadan kalkmasıyla edim yeniden ifa edilebilir hale geliyorsa geçici imkânsızlıktan söz edilecektir¹⁴⁵.

İş ilişkisinde de tarafların zaman içerisinde işçi veya işverenden kaynaklanmayan geçici ifa imkânsızlıkları ile karşılaşması mümkündür. Örneğin doğal tehlike-

¹⁴⁰ Astarlı (n 132) 18-20.

¹⁴¹ Aynı yönde bkz. Ekonomi (n 133) 1251; Astarlı (n 132) 18-20; Akdeniz (n 38) 67; Bu ifadenin “zorlayıcı sebepler” ile veya İşK. m. 42 hükmünde yer alan nedenler ile sınırlı olarak kabul edilmemesi gerektiği yönünde bkz. Eyrenci (n 135) 171; Baycık (n 137) 248.

¹⁴² Rabiye Yaman, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları”, Prof Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C. II, 2016, s. 765.m

¹⁴³ Bkz. Eren (n 2) 1474 vd.

¹⁴⁴ H. Kübra Şenol, *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık* (On İki Levha 2016) 94.

¹⁴⁵ Eren (n 2) 1476; Oğuzman ve Öz (n 2) 594; Şenol (n 144) 94.



ler, işyerinde yangın çıkması, işyerinin idari makamlarca geçici olarak kapatılması halinde işveren işçinin iş görme edimini geçici olarak imkânsızlık nedeniyle kabul edemeyecektir¹⁴⁶.

Zorlayıcı neden kavramının tanımı iş hukukunda yapılmamış olmakla beraber, mücbir sebep kavramıyla yakın anlamda kullanılmaktadır¹⁴⁷. Bu kapsamda zorlayıcı neden “önceden öngörülmeven, engellenmeven, dıştan gelen ve meydana gelmesinde kusurlu bulunmayan durumlar” şeklinde tanımlanabilir¹⁴⁸. Kavram ayrıca Kısa Çalışma Yönetmeliği m. 3’e göre “İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları” ifade etmektedir.

Zorlayıcı nedenle tarafların edimlerinin ifasının mümkün olmaması halinde geçici imkânsızlık söz konusu olacak olup borçlunun sorumluluğu bu süre içerisinde ortadan kalkacaktır¹⁴⁹.

2. Unsurları

Bir olayın zorlayıcı neden kavramı altında değerlendirilebilmesi için çeşitli koşulları sağlıyor olması gerekir. Bunlar; olay, dışarıdan kaynaklanıyor olma, bir davranış kuralı veya borcun ihlaline sebep olma, olay ile borcun ifa edilememesi arasında illiyet bağının bulunması, kaçınılmazlık, öngörülemezlik ve kusursuzluktur¹⁵⁰.

Zorlayıcı bir nedenin mevcudiyetinden söz edilebilmesi için her şeyden önce olağanüstü bir olayın yaşanması gerekmektedir¹⁵¹. Kısa Çalışma Yönetmeliği’nde de zorlayıcı nedenler örnekleme yoluyla deprem, heyelan, yangın, su baskını, hastalık, salgın, seferberlik gibi nedenler sayılmıştır¹⁵².

¹⁴⁶ E. Tuncay Senyen Kaplan, “İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan, C.1 (Beta 2011) s. 579; Savaş Taşkent, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması” (2006) (3) Sicil İHD 21; Selin İstanbulluoğlu, “İş Sözleşmelerinin Askıda Kalma Halleri” (2007) (15) Legal İSGHD, (15) 947.

¹⁴⁷ Kaplan, İş Görme Edimi (n 146) 87; Ertuğrul Yuvalı, “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri” (2012) 12(3) Kamu-İş Dergisi, 12(3) 10; Hasan Kayırgan, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler* (On İki Levha 2019) 50.

¹⁴⁸ Caniklioğlu (n 78) 508.

¹⁴⁹ Çiğdem Yorulmaz, “Türk İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Kapsamında Yeni Koronavirüs Salgınının Değerlendirilmesi” (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1348; Yuvalı (n 147) 2.

¹⁵⁰ Bkz. Yorulmaz (n 149) 1348 vd.

¹⁵¹ Kayırgan (n 147) 14; Yorulmaz (n 149) 1348.

¹⁵² Caniklioğlu (n 78) 102-103; Nurtaç Endes, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma* (Adalet 2017) 59.

Bu durumda bir olayın zorlayıcı neden niteliğinde değerlendirilebilmesi için diğer unsurlarla beraber ele alınması ve tüm Şartların birlikte sağlanması gerekmektedir¹⁵³. Zira zorlayıcı neden nispi bir kavram niteliğinde olup bir olayın bu Şekilde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği mevcut Şartlar göz önünde bulundularak belirlenmelidir¹⁵⁴.

İkinci olarak, olayın borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelmiş olması gerekir¹⁵⁵. İşçinin iş görme edimini kabul etmesini (veya işverenin işçiye iş verme edimini) yerine getirmesini imkânsızlaştıran olay, işverenin işyeri ile ilgili aldığı kararlar nedeniyle veya yönetimsel ya da organizasyona dayalı davranışlardan kaynaklanmaktaysa zorlayıcı nedenden bahsedilemeyecektir¹⁵⁶.

Üçüncü olarak bu olayın borcun ifa edilmesini engelleyecek nitelikte olması gerekmektedir¹⁵⁷. İşçinin iş görmesini veya işverenin iş görme edimini kabulünü veya işçiye iş vermesini engellemeyecek bir olay, diğer koşulları sağlasa da zorlayıcı nedenden söz edilemeyecektir¹⁵⁸.

Olayın ifayı engellemesi gerekmele birlikte, dördüncü bir koşul olarak, olay ile borcun ifasının imkânsız hale gelmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır¹⁵⁹. Örneğin işçinin deprem nedeniyle evinin yıkılması ve bu nedenle iş görme edimini ifa edememesi halinde uygun illiyet bağı mevcutken, depremden etkilenmemiş ve grip nedeniyle çalışmamışsa bu bağdan söz edilemeyecektir¹⁶⁰.

Zorlayıcı nedenin bir diğer unsurunu ise kaçınılmazlık oluşturur. Teknolojik ve bilimsel her türlü önlemin alınması ve her türlü özenin gösterilmesine rağmen olay engellenemiyorsa mutlak kaçınılmazlık mevcuttur¹⁶¹. Zorlayıcı nedenin mutlak ve kaçınılmaz Şekilde borcun ifa edilmesine engel olması gerekir¹⁶². Gerçekleşen olayda kaçınılmazlık yalnızca sorumlu kişi bakımından söz konusu ise nispi bir kaçınılmazlık söz konusu olup, zorlayıcı neden değil beklenmeyen hal gerçekteymiřtir¹⁶³. Bu açıdan beklenmeyen hal ile zorlayıcı neden arasındaki farkı da “kaçınılmazlık” unsurunun nispi veya mutlaklığı oluşturur. Zorlayıcı nedenden söz

¹⁵³ Yorulmaz (n 149) 1349.

¹⁵⁴ Eren (n 2) 640 vd.; Kayırgan (n 147) 16; Yorulmaz (n 149) 1349.

¹⁵⁵ Eren (n 2) 640; Yuvalı (n 147) 5; Hale Şahin, *Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi* (Yetkin 2020) 96.

¹⁵⁶ Kaplan (n 146) 587; Çağlar Çopuroğlu, *Ücret ve Korunması* (Turhan 2013) 145; Endes (n 152) 57,58; Yorulmaz (n 149) 1349.

¹⁵⁷ Eren (n 2) 641; Kayırgan (n 147) 18; Yorulmaz (n 149) 1350.

¹⁵⁸ Yuvalı (n 147) 6; Yorulmaz (n 149) 1350.

¹⁵⁹ bkz. Eren (n 2) 643; Yuvalı (n 147) 6; Şahin (n 155) 114; Kayırgan (n 147) 19.

¹⁶⁰ Yorulmaz (n 149) 1350.

¹⁶¹ Eren (n 2) 643; Kayırgan (n 147) 22.

¹⁶² Yorulmaz (n 149) 1351.

¹⁶³ Eren (n 2) 644; Yuvalı (n 147) 7.



edebilmek için mutlak bir kaçınılmazlık söz konusu olmalıdır¹⁶⁴. Bunun yanı sıra zorlayıcı nedeni meydana getiren olayın doğuracağı sonuçların da öngörülemez olması gerekir¹⁶⁵.

Son olarak da zorlayıcı nedene taraflar neden olmamış, gerçekleşmesine katkıda bulunmamış olmaları, diğer bir deyişle kusursuz olmaları gerekir¹⁶⁶. Aksi takdirde borca aykırılık hükümleri uygulanacak ve borçlu borçtan sorumlu olacaktır. İş ilişkisi bakımından da zorlayıcı neden halinin işçi veya işveren kaynaklanmıyor olması gerekir¹⁶⁷. İmkansızlığın borçlunun kusurundan kaynaklanması halinde borç ilişkisi askıya alınmayacak; sözleşmenin aynen ifasından kaynaklanan alacaklar tazminata dönüşecektir¹⁶⁸. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshi de gündeme gelebilecektir¹⁶⁹.

Bu anlamda deprem işveren kadar işçi açısından da bir zorlayıcı nedendir. Bu olay sonucunda işçinin işyerine ulaşma olanağının olmaması iş görme ediminin ifasına engel olabilecek niteliktedir¹⁷⁰.

B. Zorlayıcı Nedenlerin İş Hukuku Bağlamında Deprem ve Diğer Olağanüstü Haller Kapsamında Sonuçları ve 21.02.2023 Tarihli OHAL Kararnamesi ile Getirilen Tedbirlerin Değerlendirilmesi

1. İş Sözleşmesinin Feshi Bakımından

Zorlayıcı sebep kapsamında depremin iş sözleşmesinin feshi bakımından iki farklı boyutu bulunmaktadır. Bunlar, deprem nedeniyle işçinin işe gidememesi ve işverenin işçiye iş verememesi şeklindedir. Şu ana kadar yapılan açıklamalar kapsamında da görüldüğü üzere işçinin deprem nedeniyle işe gidememesi meşru bir mazeret halini oluşturur. Bu sebeple işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde haksız veya geçersiz bir fesih söz konusu olacaktır.

İş sözleşmesinin zorlayıcı sebeplerle feshi işçi açısından İşK. m. 24/3 ile düzenlenmiş olup, bu düzenlemeye göre “İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa” işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Burada söz konusu zorlayıcı sebep, işçinin kendisinden veya çevresinden kaynaklanmayıp işyerine ilişkin olarak işyerinde meydana gelmekte ve çalışmayı bir haftadan daha uzun bir süre imkânsız

¹⁶⁴ Bkz. Yarg. HGK., E. 2015/2682 K. 2019/986 T. 1.10.2019.

¹⁶⁵ Caniklioğlu (n 78) 103; Şahin (n 155) 101. Eren (n 2) 645; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku Uygulamaları* (Seçkin 2019) 292; Yorulmaz (n 149) 1352.

¹⁶⁶ Caniklioğlu (n 78) 102

¹⁶⁷ Alpagut (n 48) 658.

¹⁶⁸ Alpagut (n 48) 659; Yaman (n 142) 766; Yorulmaz (n 149) 1353.

¹⁶⁹ Kaplan (n 146) 577, 578; Çopuroğlu (n 156) 121.

¹⁷⁰ E. Tuncay Kaplan, *İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları* (Kadioğlu Matbaası 1987) 162.

hale getirmektedir¹⁷¹. Diğer bir deyişle bu halde, işveren işçinin iş gorme ediminin ifasını kabulde kusuru bulunmaksızın geçici imkansızlığa duşmekte ve iş sözleşmesi askıya alınmaktadır.

Zorlayıcı nedenle faaliyetin durmasının bir haftadan daha uzun sürmesi halinde, bir haftalık sürenin dolmasıyla işçi haklı nedenle fesih hakkına sahip olur. Söz konusu bekleme süresi boyunca çalıştırılmayan veya çalışamayan işçiye İşK. m. 40 uyarınca her gün için yarım ücret ödenir. Bir haftalık süre geçmesine rağmen işçi tarafından fesih hakkının kullanılmaması halinde sözleşme askıda kalmaya devam edecektir. Bununla birlikte zorlayıcı neden mevcut olduğu müddetçe işçi fesih hakkına sahip olmayı sürdürecektir.

İşK m. 24/3'n uygulanabilmesi için gereken zorlayıcı sebeplerin varlığından söz edebilmek için işyerinde öngörülemeyen, kaçınılması olanaklı olmayan, kusura dayanmayan ve dışarıdan kaynaklanan bir sebeple çalışmanın imkanız hale gelmesi gerekir. Bu nedenler sonucunda ise işverenin ifayı kabulde imkansızlık içine düşmesi söz konusu olmalıdır¹⁷². Bu hallere örnek olarak verilebilecek durumların başında ise deprem, toprak kayması ve su baskını gibi doğal tehlikeler gelmektedir.

Açıklamalar ışığında, depremin de çalışılan işyerinin çalışılmaz hale gelmesine yol açması halinde İşK m. 24/3'n koşulları oluşacaktır. Bu durumda işçiye bir haftalık süre boyunca yarım ücret ödenmesi söz konusu olacak, daha sonrasında ise işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Feshedilmemesi halinde ise iş sözleşmesi askıda kalmaya devam edecek olmakla beraber işçiye ücret ödenmeyecektir. Fesih halinde işçiye şartlarının oluşmuş olması halinde kıdem tazminatı ödenecektir.

Aynı şekilde işveren açısından da İşK. m. 25/3 ile zorlayıcı sebeplerle fesih hakkı düzenlenmiştir. Buna göre işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortay acıkması haklı fesih sebebidir. İfade etmek gerekir ki, maddenin yazılış biçimi yanılığya yol açabilecek niteliktedir. Zira maddedeki "işyerinde" ifadesi yanılığcı olsa da burada işyerinden değil, işçiden kaynaklı bir hal söz konusudur.

İşK. m. 25/3 uyarınca işveren, işçiyi bir haftadan daha uzun bir süre iş görmekten alıkoyan bir zorlayıcı sebebin varlığı halinde, bir haftalık süre geçtikten sonra iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Bu durumda zorlayıcı sebep işyerinden değil, işçiden veya işçinin çevresinden kaynaklanmakta ve işçi kusuru bulunmaksızın iş görme borcunu ifa etmekte geçici ifa imkansızlığına dřmektedir¹⁷³. Su baskını deprem, heyelan, kar yağışı gibi doğal olaylar nedeniyle ulaşımın kesilmesi veya salgın hastalık gibi durumlar buna örnek gösterilebilecektir.

¹⁷¹ Süzek (n 36) 700.

¹⁷² Süzek (n 36) 700.

¹⁷³ Süzek (n 36) 692.



Yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere İş Kanunu ile hem işçiye hem de işverene “zorlayıcı sebeplerle” haklı nedenle fesih hakkı tanımaktadır¹⁷⁴. Deprem de bu kapsamda her iki taraf açısından da öngörülen sürelerin aşılması halinde sözleşmeyi sona erdirmeye sebepdir.

Ülkemizde yaşanan deprem olayı gibi büyük bir felaket durumunda da ilk akla gelen önlem, istihdamın korunması amacıyla, fesih hakkına sınırlama getirilmesidir. OHAL Kararnamesi'nin 3. maddesi ile de “İstihdamın korunmasına ilişkin tedbirler” başlığı altında bir fesih yasağı öngörülmüştür. Düzenlemeye göre olağanüstü hâl ilan edilen illerde iş ve hizmet sözleşmeleri, bu süre boyunca ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı haller ve benzeri sebeplerle, belirli süreli sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemeyecektir. Bu yasağa aykırılık hali içinse işveren yahut işveren vekiline aylık brüt asgari ücret tutarında olmak üzere idari para cezası öngörülmüştür.

Kanaatimizce, idari para cezasının yanı sıra böyle bir düzenlemede işverenin fesih yasağına rağmen işçiyi işten çıkarması durumunda, yasak süresi boyunca işçi çalışıyormuş gibi ücret ve tüm sosyal haklarının ödeneceği, fesih yasağının sona ermesinden sonra ise işe iadeye ilişkin sürecin başlayacağı yer olabilir.

Buna ek olarak yasak süresince işten çıkartılan işçilerin işe iade davası açma süresinin fesih yasağının sona ermesinden itibaren işlemesi ve yasağa aykırılık sonucunda işveren tarafından yapılan ödemelerin mahsup edilemeyeceği hükmü getirilebilir. Bu yönde düzenlemeler işçinin daha lehine bir sonuç meydana getirecektir.

2. Kısa Çalışma Uygulaması Bakımından

Zorlayıcı sebeplerle karşılaşılan işveren lehine bir düzenleme olarak mevzuatımızda işverenin kısa çalışma kurumuna başvurma imkânı bulunmaktadır. Bu uygulama, çeşitli nedenlerle ekonomik güçlüğü düşülen dönemlerde işyeri ve işletmelere destek sağlamak amacıyla öngörülen kurumlardan birisidir. 4447 Sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen ek madde 2/1 uyarınca kısa çalışma, “*genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere*” yapılan çalışma olarak nitelendirilir. Buradan hareketle kısa çalışma yapılabilmesi için belirli zorlayıcı sebeplerin meydana gelmesi ile kanunda düzenlenmiş olan şartların gerçekleşmesi gerektiği söylenebilecektir¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Aksi yönde, Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca zorlayıcı sebeplerle çalışmamayı Covid-19 özelinde değerlendirildiğinde, zorlayıcı nedenin, bunu ileri süren tarafın kendi edimini ifa etmeye hazır olmasına rağmen karşı tarafın ifayı kabul edemiyor oluşuna dayandığını ve bu gibi bir durumda her iki tarafın da zorlayıcı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetmeye hakkı bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 36) 693.

¹⁷⁵ Bkz. Ercan Akyiğit, “Kısa Çalışma” (2004) 19(1-2) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1-35; Nurşen Caniklioğlu, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği” A.

Bu sebeplerle işletmede işin geçici olarak ya da kısmen durdurulması yahut çalışma suresinde azaltmaya gidilmesi ile aslında işverene yuklenen riziko, işçi, işveren ve devlet arasında paylaştırılmış olmaktadır¹⁷⁶. Kısa alışma talebinin uygun gorlmesinden sonra gerekli şartları sağlayan işçi, işsizlik sigortası fonundan denek almaya hak kazanmaktadır. Kısa alışma zorlayıcı sebepler sonucu yapılıyorsa söz konusu deme, İşK. m. 40'ta öngörülen bir haftalık yarım ücret ödenen dönemden sonra başlayacaktır.

Kısa alışma uygulamasına ilişkin tedbirleri düzenleyen OHAL kararnamesi madde 2'ye göre de olağanüstü hal suresince depremlerin etkilerinden kaynaklı bölgesel kriz gerekçesiyle işverenlerin Türkiye İş Kurumuna yaptıkları kısa çalışma başvuruları için, depremden etkilenme durumuna göre olağanüstü hal ilan edilen bölgeden çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca belirlenecek il/ilçelerde bulunan işyerleri ve/veya deprem sebebiyle yıkık, acil yıkılacak, ağır veya orta hasarlı olduğunu belgeleyen işyerleri için uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeksizin 25/8/1999 tarihli ve 4447 tarihli İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2 nci maddesi kapsamında işverenlerin başvurusu doğrultusunda kısa çalışma deneği verilecektir. Anılan maddenin son fıkrası gereğince işverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla demeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilecektir.

İşsizlik sigortası, 25.08.1999 tarihli 4447 sayılı Kanun ile kurularak 01.06.2000 tarihinde yrrle girmiş olup zorunluluk esasına dayanmaktadır¹⁷⁷. Bunun sonucunda, 4447 sayılı Kanun kapsamına girip Kanunun yrrle girdiği tarihte çalışmakta olanlar ile işe yeni girmiş olanlar, sigortalılıklarının başlamasıyla birlikte kendiliğinden işsizlik sigortası hak ve yükümlülüklerine tabi olmaktadırlar¹⁷⁸.

İşsizlik deneği, işsizlik sigortası ile yapılan en önemli yardımlardan birini teşkil etmektedir. Söz konusu ödeneğe hak kazanmak için sigortalılardan Kanunda ngrlen nedenlerle işsiz kalmaları koşuluna ek olarak yine Kanunda düzenlenen prim ödeme koşulunu da sağlıyor olmaları beklenmektedir¹⁷⁹. İlgili koşulu düzenleyen m. 51/1 hükmü kapsamında "Bu Kanun uyarınca sigortalı sayılanlardan hizmet akitleri aşağıda belirtilen *hallerden birisine dayalı olarak sona eren-*

Can Tuncay'a Armağan (Legal 2005) 499-547; Ercan Kırmızı, "Son Değişiklikler erevesinde Kısa alışma deneği Uygulaması" (2020) 15(164) Terazi Hukuk Dergisi 820-829; N. Binnur Tulukcu, "Yasal Değişiklikler erevesinde Kısa alışma ve Kısa alışma deneği Uygulamasının Değerlendirilmesi" (2014) 9(91) Terazi Hukuk Dergisi 14-28; Ufuk Aydın, "Kısa alışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler" 1(13) (2009) Sicil İHD 29-40.

¹⁷⁶ Akdeniz (n 38) 111-112; Caniklioğlu (n 78) 504; Can Tuncay ve mer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Derstleri* (Beta 2019) 672-673.

¹⁷⁷ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Beta 2020) 713; Tuncay ve Ekmekçi (n 176) 671.

¹⁷⁸ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 177) 713; Tuncay ve Ekmekçi (n 176) 671.

¹⁷⁹ Nurşen Caniklioğlu, "Atipik İstihdam Biçimi ile çalışanların – zellikle Kısmi Süreli alışanların Sosyal Güvenliği" (2016) 15(1) İKHFD 43-78.



ler, Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmeleri ve bu Kanunda yer alan prim ödeme koşullarını sağlamış olmaları kaydıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanırlar.”

İlgili hükümde ifade edilen prim ödeme koşulların yer aldığı Kanun m. 50/2 uyarınca “Hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün hizmet akdine tabi olanlardan, son üç yıl içinde; a) 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 180 gün, b) 900 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 240 gün, c) 1080 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olan sigortalı işsizlere 300 gün süre ile işsizlik ödeneği verilir”. Dolayısıyla, işsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için sigortalının son üç yılda 600 gün prim ödemiş ve iş sözleşmesinin sonlanmasından önceki son 120 gün hizmet sözleşmesine tabi bir biçimde çalışmış olması gerekmektedir. Deprem sonucunda işsizlik ödeneğinden yararlanacak olanlar açısından ise, kanaatimizce bu ağır koşulların kolaylaştırılması değerlendirilebilir.

3. Ücret ve Diğer Ödemeler Bakımından – Nakdi Ücret Desteği Sağlanmasına İlişkin Tedbirler

Deprem sonucunda işverenin işçiye iş sağlayamaması veya işçinin de aynı nedenle çalışmadığı durumlarda işçi ekonomik olarak büyük bir zorluğa düşmektedir ve maddi desteğe ihtiyaç duymaktadır. Bu halde kanaatimizce işçinin ücretinin tam olarak ödenmesine yönelik düzenlemeler getirilebilir. Yapılan bu ödemeler işveren ve devlet tarafından paylaşılarak ödenebilir. Buna ek olarak devlet tarafından işçi ve işverenlere nakdi destek sağlanabilir.

Nitekim OHAL Kararnamesi ile de nakdi ücret desteği sağlanmasına ilişkin tedbirler öngörülmüştür. Buna göre; OHAL ilan edilmiş olan bölgelerde 6/2/2023 tarihi itibarıyla iş sözleşmesi bulunan işçilerden, işvereni tarafından; 4447 sayılı kanunun ek 2 nci maddesi kapsamında depremlerin etkilerinden kaynaklı bölgesel kriz gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvurusuna istinaden yeni bir hak sahipliği oluşmayanlar ile 06/02/2023 tarihi ve sonrasında 4447 sayılı Kanunun 51 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında depremlerin etkilerinden kaynaklı işyerinin kapanması veya kapatılması sebebiyle iş sözleşmesi feshedilen ve aynı Kanun kapsamında yeni bir işsizlik ödeneği hak sahipliği oluşmayanlara, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan aylılık aylığı almamak kaydıyla ve varsa daha önce başlatılabilecek durumda olan hak sahipliklerinden kalan süreler tamamlandıktan sonra, kısa çalışma uygulanan dönemde veya işsiz kaldıkları süre kadar olağanüstü hal süresini geçmemek üzere İşsizlik Sigortası Fonundan günlük 133,44 Türk lirası nakdi ücret desteği verilecektir. Yapılan ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmayacaktır.

Bu kapsamda nakdi ücret desteğinden yararlananlardan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa göre genel sağlık sigortalısı ya da genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamında genel sağlık

sigortalısı sayılacak ve genel sağlık sigortasına ilişkin primleri İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanacaktır. İşverenin gerçeğe aykırı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla demeler yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilecektir.

Bunlara ek olarak deprem sonucunda iřverenin iřyerine iliřkin uėradıėı zararlar iřçi ıkartmaması kořuluna baėlanmak suretiyle faizsiz kredi, ücretsiz elektrik ve diėer kaynakların saėlanması ve benzeri araçlarla giderilebilecektir. Teřvik uygulamasının getirilmesi de dűřnűlmelidir.

4. Diğer Tedbirler Bakımından

Deprem sonrası alınan diėer tedbirler arasında sűrelere iliřkin tedbirler ve sosyal gűvenlik alanında alınan tedbirler yer almaktadır. Kararnamenin 5. maddesine göre olaėanűstű hűl sűresince 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İř Sözleřmesi Kanunu kapsamındaki yetki tespitlerinin verilmesi, toplu iř sözleřmelerinin yapılması, toplu iř uyuřmazlıklarının zűmű ile grev ve lokavta iliřkin sűreler uzatılmıřtır.

Ayrıca İř Kanunu'nun 38. maddesinde yer alan iřçiden kesilen ücret cezalarının iřçilerin eėitimi ve sosyal hizmetleri için kullanılıp harcanmak üzere çalıřma ve Sosyal Gűvenlik Bakanlıėı hesabına Bakanlıkça belirtilecek Tűrkiye'de kurulu bulunan ve mevduat kabul etme yetkisini haiz bankalardan birine, kesildiėi tarihten itibaren bir ay içinde yatırılmasını öngören hűkűmdeki bir aylık sűre de olaėanűstű hűl sűresince uzatılmıřtır.

Sosyal gűvenlik alanında ise öncelikle OHAL sűresince SGK tarafından Kurum bűtesinden finansmanı saėlanacak saėlık hizmetleri ile ilgili tedbirleri almaya, usul ve esasları belirlemeye Sosyal Gűvenlik Kurumunun yetkili olduėu ve bu kapsamda yapılacak harcamaların Kurum bűtesinden karřılanacaėı ngrűlműřtűr. Olaėanűstű hal ilan edilen illerde bulunan ve/veya buralarda hizmet sunan saėlık hizmeti sunucuları bakımından; OHAL sűresince Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 35. maddesinden muafiyet ngrűlműř, Sosyal Gűvenlik Kurumuna sunulması gereken ancak depremlerin etkilerine baėlı olarak temin edilemeyen saėlık giderlerinin ödenmesine esas fatura, belge ve ekleri fatura denetiminde aranmayabileceėi ve fazla ve yersiz ödeme ile sözleřmeden kaynaklanan cezai řart borçları Sosyal Gűvenlik Kurumunca olaėanűstű hal sűresince ertelenebileceėi belirtilmiřtir.

Kanaatimizce, bunların yanı sıra bu gibi doėa olayları sonucunda yařanan sınıktılırların giderilmesi için farklı dűzenlemeler de ngrűlebilir. Örneėin depremde hayatını kaybeden sigortalının hak sahiplerine 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Saėlık Sigortası Kanunu'nun uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalılık sűresini dűzenleyen 38. maddesi gereėi aranan sigortalılık sűresi ve prim ödeme řartları aranmaksızın lűm sigortasından aylık baėlanabilir. Söz konusu deprem nedeniyle lűm sigortasına iliřkin hűkűmlerde deėiřiklik yapılmak istenmemesi halinde ise, depremde hayatını kaybeden sigortalılara Kanun'un 20. maddesinin uygulanması suretiyle iř kazası veya meslek hastalıėı kaynaklı olarak lűm gerçekleřmiř gibi deėerlendirilerek gelir baėlanması da műmkűndűr.



Diğer bir değerlendirme olarak, 5510 sayılı Kanun'un yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve bu sigortadan yararlanma şartlarını düzenleyen 28. maddesinde değişiklik yapılarak deprem sonucunda çalışma gücünde %40 ila %59 oranları arasında kayıp gerçekleşen sigortalılara sigortalılık süresi ve prim gün sayısı şartlarını sağlamaları aranmaksızın emeklilik hakkının yaşlılık sigortası kapsamında tanınması söz konusu olabilir.

5510 sayılı Kanun'un malul sayılma şartlarını düzenleyen 25. maddesinde de değişiklik yapılarak deprem sonucunda meslekte kazanma gücünü en az %60 oranında yitiren sigortalıların malul sayılması gündeme gelebilir.

5510 sayılı Kanun'un malullük sigortasından sağlanan haklar ve bu sigortadan yararlanma şartlarını düzenleyen 26. maddesi de düzenlenerek deprem sebebiyle malul sayılan sigortalılar için 10 yıllık sigortalılık süresi ile 1800 gün prim ödeme gün sayısı şartlarının sağlanması aranmaksızın malullük sigortasından aylık bağlanması değerlendirilmelidir.

SONUÇ

İş ilişkisinde tarafların asli borçlarını teşkil eden iş görme ve ücret ödeme borçlarının ifası bazı koşullar altında imkansızlaşabilmektedir. Bu durumlara örnek gösterilebilecek olayların başında ise deprem ve diğer doğal tehlikeler gelmektedir. Ülkemizde yaşanan deprem felaketi de iş hayatının bu olaylardan büyük ölçüde etkilenemediğinin hatırlatıcısı olmuştur. Bu gibi durumlarda tarafların fesih hakları, işçinin ücreti, kısa çalışma ödeneği, sosyal güvenliğe ilişkin haklar ve genel olarak sürelerin işleyişi özellikle önem arz etmektedir. Covid-19 ve deprem felaketinde olduğu gibi, her ne kadar doğal felaketlerin yaşanmasının ardından OHAL kararnameleleri gibi düzenlemelerle çeşitli tedbirler getirilse de mevzuatta konuya ilişkin daha fazla düzenleme bulunması gerekliliği göze çarpmaktadır.

Halihazırda mevzuatımızda bulunan düzenlemelerin başında borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkansızlığı kavramını düzenleyen TBK m. 136 gelmektedir. Ancak TBK'da iş ilişkilerine ilişkin bu konuda özel düzenlemeler yer almaktadır. Bu kapsamda işverenin temerrüdünü düzenleyen m. 408 ve işçinin çalışmayı durdurmasını düzenleyen m. 409 iş ilişkileri bakımından uygulama alanı bulacaktır.

TBK m. 408 hükmü uyarınca işveren, işçinin iş görmesine kusuruyla engel olursa ya da edimin ifasını kabul etmekte temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlüdür. Burada karşılıklı borçlar sona ermemekte ve işçiye alacağını talep etme hakkı tanınmakla beraber işçinin de ücretinden birtakım kesintiler yapılacağı öngörülmüştür. Böylece işçi dezavantajlı duruma düşmeyecek ancak bu durumdan maddi çıkar da elde etmemiş olacaktır.

İşçinin risk alanında ortaya çıkan ancak işçiye isnat edilemeyen durumlara ilişkin olarak TBK m. 409, iş ilişkilerinin özelliklerini göz önünde bulundurarak iş

görme ediminin yerine getirilmemesi halinde ücrete hak kazanılamayacağı yönündeki genel kurala bir istisna getirilmiştir. Düzenlemeye göre uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru bulunmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemediği takdirde işveren, başka bir yolla karşılanmadığı müddetçe, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.

İş görme ediminin ifasının imkânsız hale gelmesinin tarafsız bir etki/risk alanında kaynaklanması halinde karşı edim hasarına kimin katlanacağı hususunda ele alınması gereken bir kavram işletme rizikosu teorisidir. Alman hukukundan kaynak bulan bu teori, işverenin kusurundan kaynaklanmayan ve onun sebep olmadığı nedenlerle işyerinde işin görülememesi halinin riskini işverene yüklemektedir. Bu durumda işçiye ücreti ödenmekte ve rizikoya işveren katlanmaktadır. Ancak işçiye ücret ödenmesine devam edilmesinin, işletmenin devamlılığını engelleyeceği durumda işverenin ücret ödemekle yükümlü bulunmadığı da ifade edilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'ndaysa iş görme ediminin engellenmesine ilişkin genel düzenlemeler yer almamakta, iş görme ediminin yerine getirilemediği çeşitli durumlara birtakım sonuçlar bağlayan hükümler bulunmaktadır. Ancak İş Kanunu'nda iş ilişkisinde sık olarak ortaya çıkabilecek ifa engellerinin daha detaylı ve özel şekilde ele alınmasına ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Böylece, Kanun'da düzenlenenlerin yanı sıra düzenlenmeyen bir olayın meydana gelmesi halinde karşı edim riskini kimin taşıyacağı ve başvurulacak hükümler noktasında belirsizliklerin gündeme gelmesi engellenecektir.

İşK. m. 24/3'te işverenin risk alanında meydana gelen zorlayıcı nedenler sebebiyle işçiye, İşK. m. 25/3'te ise işçiyi işyerinde çalışmasına engel olan bir sebebin meydana gelmesi durumunda ise işverene haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır. Ancak işletme rizikosunun kural olarak işveren üzerinde olduğu kabulünden hareketle işçi, işverenin kusuru bulunmasa dahi onun risk alanında ortaya çıkan bir nedenden ötürü iş görme edimini yerine getiremediğinde kural olarak ücrete hak kazanmaktadır. Bu yönde İşK. m. 40 ile işçinin zorlayıcı sebep ortaya çıktıktan sonra bir hafta yarım ücret alacağı öngörülmüştür.

Sonuç olarak, İş Kanunu ile hem işçiye hem de işverene zorlayıcı sebeplerle iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı tanınmaktadır. Deprem felaketi de bu bakımdan her iki taraf için de kanunda düzenlenen sürelerin aşılması halinde sözleşmeyi derhal sona erdirmeye nedeni teşkil eder.

Ülkemizde yaşanan deprem olayı gibi büyük bir felaket durumunda ilk akla gelen önlem, istihdamın korunması amacıyla, fesih hakkına sınırlama getirilmesi olup OHAL Kararnamesi ile bir fesih yasağı düzenlenmiş ve bu yasağa aykırılık hali içinse işveren ya da işveren vekiline aylık brüt asgari ücret tutarında olmak üzere idari para cezası öngörülmüştür.



Kanaatimizce, böyle bir düzenlemede işverenin fesih yasağına rağmen işçinin sözleşmesini feshetmesi halinde idari para cezasının yanı sıra, fesih yasağı müddetince işçi çalışmaya devam ettirilmiş gibi ücretinin ve tüm sosyal haklarının ödeneceği öngörülmelidir. Ayrıca işe iadeye ilişkin sürecin fesih yasağının sona ermesinin ardından başlayacağı yönünde bir düzenleme işçinin işe iadesi açısından da daha lehine olacaktır. Buna ek olarak alınabilecek diğer önlemler arasında, işe iade davası sonucunda işçiye ödenecek tazminattan, yasağa aykırılık nedeniyle işverenin yapmış olduğu ödemelerin mahsup edilemeyeceği yönünde hüküm getirilmesi gösterilebilir.

Zorlayıcı sebeplerle karşılaşan işveren lehine bir diğer düzenleme ise kısa çalışma kurumuna başvurma imkânıdır. Kısa çalışma uygulamasına ilişkin tedbirleri düzenleyen OHAL kararnamesi m. 2'ye göre de olağanüstü hâl süresi boyunca depremden kaynaklı bölgesel kriz gerekçesiyle işverenlerin Türkiye İş Kurumuna yaptıkları kısa çalışma başvuruları için İşsizlik Sigortası Kanun'unun ek 2'nci maddesi kapsamında işverenlerin başvurusu doğrultusunda kısa çalışma ödeneği verilecektir. İşsizlik sigortası ile yapılan önemli yardımlardan birini işsizlik ödeneği oluşturur. Ödeneğe hak kazanmak için ise sigortalılardan Kanunda düzenlenen sebeplerle işsiz kalmış olmalarının yanında Kanunda öngörülen prim ödeme koşulunu da sağlıyor olmaları beklenmektedir. Kanaatimizce, deprem sonucunda işsizlik ödeneğinden yararlanacak olanlar açısından ise bu ağır koşulların kolaylaştırılması değerlendirilebilir.

Diğer bir husus ise işverenin deprem nedeniyle iş verememesi veya işçinin bu nedenle iş göremediği durumlarda işçi ekonomik olarak büyük bir zorluğa düşecek olmasıdır. Bu durumda işçiye bir maddi destek sağlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, bu gibi durumlarda işçinin ücretinin tam olarak ödenmesine yönelik düzenlemeler getirilebilir ve yapılan bu ödemeler işveren ve devlet tarafından paylaşılarak ödenebilir. OHAL kararnamesinde de bu yönde düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Buna ek olarak devlet tarafından işçi ve işverenlere nakdi destek sağlanması gerekmektedir. Ayrıca işverenin işyerinde deprem sonucunda uğradığı zararlar, işçilerini çıkarmaması şartına bağlı tutulmak suretiyle faizsiz kredi veya ücretsiz enerji gibi kaynakların sağlanması suretiyle giderilebilir. Vergi teşviki gibi mekanizmalar öngörülebilir.

Deprem sonrası alınan diğer tedbirler arasında sürelerle ilişkin tedbirler yer almaktadır. Kararnamenin 5. maddesi ile olağanüstü hâl süresince 6356 sayılı Kanun kapsamındaki yetki tespitlerinin verilmesi, toplu iş sözleşmelerinin yapılması, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü ile grev ve lokavta ilişkin süreler uzatılmıştır.

Son olarak ise sosyal güvenliğe ilişkin tedbirler alınması önem teşkil eder. Örneğin kanaatimizce, depremde hayatını kaybeden sigortalının hak sahiplerine 5510 sayılı Kanun'un 38. maddesinde düzenlenen koşulları sağlamaları aranmaksızın ölüm sigortasından aylık bağlanması veya hayatını kaybeden sigortalının Kanun'un 20. maddesine uygun şekilde iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda

vefat etmiş gibi kabul edilmesi suretiyle gelir bağlanması değerlendirilebilecek dzenlemelerdir. Diğer bir değerlendirmemizde, 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesinde dzenleme yapılarak deprem nedeniyle çalışma gücündeki kayıp olan sigortalılara yaşlılık sigortası kapsamında emeklilik hakkı tanınabileceği yönündedir. Ayrıca deprem nedeniyle meslekte kazanma gücü kaybı en az %60 oranında olan sigortalılar malul sayılması değerlendirilebilir. Son olarak ise deprem nedeniyle malul kabul edilen sigortalılar bakımından 10 yıl sigortalılık süresiyle birlikte 1800 gün prim ödeme gün sayısı şartları aranmaksızın malullük sigortasından aylık bağlanabilir.

KAYNAKÇA

Akdemir Başer S, *İş Sözleşmesinde İmkânsızlık*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

Akdeniz AL, *İş İlişkilerinde İmkânsızlık* (On İki Levha 2018).

Akyiğit E, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı* (Seçkin 2020).

Akyiğit E, "Kısa alışma" (2004) 19(1-2) THİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 1-35.

Alpagut G, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden nce Feshi ve İfa İmkânsızlığı" (2005) (6) Legal 655-664.

Astarlı M, "Telafi alışması" (2008) (7) Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi 9-34.

Aydın U, "Covid-19 Pandemisi: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve üzüm nerileri" (2020) 6(2) İAÜHFD 181-214.

Aydın U, "Kısa alışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler" (2009) 1(13) Sicil İHD 29-40.

Başbuğ A ve Yücel Bodur M, *İş Hukuku* (Beta 2018).

Baycık G, "alışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları" (2014) 20(1) Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, MÜHF-HAD, 223-262.

Bozkurt Y, *cretin Gününde denmemesi Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, 2007.

Canbolat T ve Kayırėan H, "Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları" (2020) 5(1) HFD 637-688.

Caniklioğlu N, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa alışma ve Kısa alışma deneği" A. Can Tuncay'a Armağan (Legal 2005) 499-547.

Caniklioğlu N, "Atipik İstihdam Biçimi ile çalışanların – zellikle Kısmi Süreli alışanların Sosyal Güvenliği" 2016 15(1) İKHFD 43-78.



- Çavuşoğlu A, *Geçici İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2020).
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2021).
- Çopuroğlu Ç, *Ücret ve Korunması* (Turhan Kitabevi 2013).
- Dulay Yangın D, “Ücretin Ödenmemesi Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı” 2012 3(10) TAAD 205-236.
- Dural M, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık* (Fakülteler Matbaası 1976).
- Ehmann H, *Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit* (Duncker & Humblot 2020).
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku* (On İki Levha 2022).
- Ekonomi M, “Telafi Çalışması” 2004 (4) Legal İSGHD 1247-1260.
- Endes N, *Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma* (Adalet 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2021).
- Eyrenci Ö, “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler” 2004 (1) Legal İSGHD 15-56.
- Eyrenci Ö “4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Sözleşmesinin Türleri ve İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (2014) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası 150-185.
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (Beta 2020).
- Göktaş S, *Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı* (Yetkin 2008).
- Gündoğdu F, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları* (On İki Levha 2014).
- Güven E ve Aydın U, *Bireysel İş Hukuku* (Nisan 2020).
- Güzel A, Okur AR ve Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, (Beta 2020).
- İstanbuluoğlu S, “İş Sözleşmelerinin Askıda Kalma Halleri” 2007 (15) Legal İSGHD 943-972.
- Kaniti S, *Akdin İfa Edilmediği Def’i* (A. Said Matbaası 1962).
- Kaplan ET, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı” 2003 7(2) Prof. Dr. Kâmil Turan’a Armağan, Kamu-İş 137-151.
- Kaplan ET, *İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları* (Kadioğlu Matbaası 1987).

Karaçöp E ve Yamakoğlu E, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları ile İlişkisi” (2013) 10(38) Legal İSGHD 83-149.

Kayırgan H, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler* (On İki Levha 2019).

Kırmızı E, “Son Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma Ödeneği Uygulaması” (2020) 15(164) Terazi Hukuk Dergisi 820-829.

Klawitter S, “‘Die Betriebsrisikolehre–Eine Besonderheit des Arbeitsrechts?’ Besonderheiten des Arbeitsrechts?” (2022) Nomos Verlagsgesellschaft mbH&Co. KG 35-60.

Kurt LM, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136)* (Yetkin 2016).

Kurt R, *250 Soruda Koronavirüs (Covid-19) Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Seçkin 2020).

Narmanlıoğlu Ü, *Ferdi İş İlişkileri* (Beta 2012).

Narmanlıoğlu Ü, “Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkâmı)” (2012) (12) DEÜHFD 607-633.

Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Beta 2021).

Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (Vedat 2021).

Oğuzman MK, *Hizmet “İş” Akdinin Feshi* (İsmail Akgün Matbaası 1955).

Picker E, “Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf: Thesen zu einer Rückbesinnung”, (1979) 34(9) JuristenZeitung 285-294.

Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976).

Senyen Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (Yetkin 2022).

Senyen Kaplan ET, “İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları” Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C.1 (Beta 2011) 567-595.

Serozan R, Baysal B ve Sanlı K, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm-İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (On İki Levha 2022).

Soyer MP, “İşletme Rizikosu Teorisi ve Türk İş Hukuku” (1981) 2(2) DEÜHFD 101-126.

Sümer HH, *İş Hukuku Uygulamaları* (Seçkin 2019).

Süzek S, *İş Hukuku* (Beta 2018).



- Süzek S, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi* (Savaş 1989).
- Süzek S, “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler” (2007) 9(Özel Sayı) DEÜHFD 115-133.
- Şahin H, *Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi* (Yetkin 2020).
- Şenol HK, *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık* (On İki Levha 2016).
- Taşkent S, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması” 2006 (3) Sicil İHD 20-28.
- Tulukcu NB, “Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi” (2014) 9(91) Terazı Hukuk Dergisi 14-28.
- Tuncay C ve Ekmekçi Ö, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (Beta 2019).
- Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (Beta 2018).
- Yaman R, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları” (2016) Prof Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan C. II İÜHFM Özel Sayı 765-787.
- Yılmaz E, “Genel Kanun-Özel Kanun’ İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, (2011) (22) Sicil İHD 22-31.
- Yorulmaz Ç, “Türk İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Kapsamında Yeni Koronavirüs Salgınının Değerlendirilmesi” (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1343-1382.
- Yuvalı E, “İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri” (2012) 12(3) Kamu-İş Dergisi 1-30.
- Yürekli S, “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri” (2020/2) 19(38) Covid-19 Hukuk Özel Sayısı İTÜSBD 34-61.

KAMU HUKUKU

- 1. YASAMA DOKUNULMAZLIĞI VE YARGISAL AKTİVİZİM**
Legislative Immunity and Judicial Activism
Hasan Tahsin FENDOĞLU
- 2. SUİSTİMALCİ ANAYASACILIK VE UYGULAMALARI: MACARİSTAN VE POLONYA ÖZELİNDE DEĞERLENDİRME**
Abusive Constitutionalism and Its Practices: A Case Study of Hungary and Poland
Dilara YÜZER ELTİMUR
- 3. EBEDİYET KAYDI: ASLİ KURUCU İKTİDARIN EBEDİ MİRASI**
Eternity Clause: Eternal Heritage of Constituent Power
Uğur YAKASIZ
- 4. İLAÇ ÜRETİCİSİNİN CEZAI SORUMLULUĞU**
Criminal Liability of the Drug Manufacturer
Uğur AŞKIN
- 5. CEZA HUKUKUNDA ORANTILILIK İLKESİ**
Proportionality Principle in Criminal Law
Murat AYDIN
- 6. UYGULAMA DENEYİMLERİ İŞİĞİNDE ÇOCUK İZLEM MERKEZLERİNİN İŞLEVSELLİĞİ**
Functionality of Child Advocacy Centers in the Light of Practices
Ömer BÜBER; Hatice OKSAL; Hüseyin Zahid KARA; Fatmanur ALSANCAK
- 7. UZLAŞTIRMACILARIN SORUNLARI İLE ADLİ VE İDARI MERCİLERİN SORUNLARA YAKLAŞIMI**
Problems of Conciliators and Approach of Judicial and Administrative Authorities to Problems
Muhammed EŞME
- 8. 6306 SAYILI KANUN KAPSAMINDA RİSKLİ YAPI KAVRAMI**
Risky Building Concept Under Law No. 6306
Emre AÇAR
- 9. GENEL VERİ KORUMA İLKELERİNİN YAĞAP ZEKÂ KARŞISINDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU**
The Dilemma of Implementing General Data Protection Principles in the Realm of Artificial Intelligence
Ezgi TURGUT BİLGİÇ
- 10. YETİŞKİN ÇİNSEL SUÇ MAĞDURLARININ ADLİ GÖRÜŞME ODAŞI GEREKSİNİMİ**
Forensic Interview Room Requirements of Adult Victims of Sexual Crime
Umut Haydar COŞKUN
- 11. KAMU GÖREVİNDEN AYRILANLARA DİŞİPLİN CEZASI VERİLMESİ VE KONUYLA İLGİLİ YENİ DÜZENLEMELER**
Imposing Disciplinary Penalty to Those Who Left Public Office and New Regulations on the Subject
Celâl İŞIKLAR

- 12. AİHM VE AYM KARARLARI İŞİĞİNDE GEREKÇELİ KARAR HAKKI**
Right to a Reasoned Decision in the Light of the Decisions of European Court of Human Rights and Constitutional Court of Türkiye
Reşat ÇETINKAYA

ÖZEL HUKUK

- 13. CAS TEMYİZ YARGILAMASINDA UYGULANACAK HUKUK**
Applicable Law in Cas Appeal Process
Necip Fazıl ERBEYİN
- 14. HACZEDİLMEZLİKTEN ÖRTÜLÜ OLARAK FERAGAT EDİLMESİ**
Implied Consent to the Garnishment in Enforcement Proceedings
Taner Emre YARDIMCI; Fevziye KANAT YARDIMCI
- 15. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI AÇILAN ALTERNATİF ÇÖZÜMLÜ TAZMİNAT DAVASI**
Compensation Litigation with Alternative Solution Filed by the Shareholder in case of Unlawful Exercise of Control in the Group of Companies
Sefa ER
- 16. FESHİN GEÇERSİZLİĞİ DAVASINDA ÖN KOŞUL OLARAK ARABULUCULUK KURUMU**
Mediation as a Prerequisite in Invalidity of Termination Cases
H. Sena AKKIŞLA
- 17. LİMİTED ŞİRKETLERDE ÖNCELİK, ÖNALIM VE ALIM HAKLARININ KULLANILMASINA İLİŞKİN BELİRLİ ESASLAR**
Certain Principles for Exercising First Option, Pre-emption and Purchase Rights in Limited Liability Companies
Cansu CİNDORUK
- 18. TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ YATIRIM ANTLAŞMALARINDAKİ DİĞER UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN TAHKİME ETKİSİ**
The Effect on Arbitration of Other Methods of Settling Disputes in Bilateral Investment Treaties Which Türkiye is a Party of
Rumeyşa PARTALCI
- 19. DEPREM VE DİĞER DOĞAL TEHLİKELERİN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİLERİ**
The Effects of Earthquakes and Other Natural Hazards on Labor Contracts
İştar URHANOĞLU; Damla KAYNAR

