

# TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

## DANIŞTAY BAŞKANI ZERRİN GÜNGÖR'E ARMAĞAN



NİSAN 2020

SAYI:42

YIL:11



[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)



# TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Danıştay Başkanı  
**Zerrin GÜNGÖR'e**  
Armağan

“Adalet İçin Bilgi”

42

YIL: 11 - SAYI: 42 - NİSAN 2020

[www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr)

ISSN: 1309-6826

**SAHİBİ / OWNER**

**Muhittin ÖZDEMİR**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

**EDİTÖR / EDITOR**

**Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim**

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF**

**Fethullah SOYUBELLİ / Hâkim**

**YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD**

**Muhittin ÖZDEMİR**

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

**Fethullah SOYUBELLİ**

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

**Dr. Musa TANRISEVEN**

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

**Süleyman KAYNAR**

Law and Justice Review Dergisi Editörü

**Adnan DÖNDERALP**

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

**Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN**

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Bülent KENT**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Süleyman YILMAZ**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

**Doç. Dr. Abdulkemim YILDIRIM**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

**YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN**

**Hüseyin ÖZTÜRK**

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. 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.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

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
  2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
  3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
  4. Makalelerin bilimselmakale@taa.gov.tr e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir.
  5. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, editörler ya da site yöneticisi ile iletişim kurulabilir.
  6. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca lisanlarından birinde yazılması zorunludur.
  7. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
  8. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
  9. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
  10. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
  11. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
  12. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
  - Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
  - Derginin elektronik versiyonuna <http://yayin.taa.gov.tr> adresinden ulaşılabilir.

## DANIŞMA KURULU\*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN  
Prof. Dr. Adem SÖZÜER  
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN  
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN  
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ  
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL  
Prof. Dr. Ali Şafak BALI  
Prof. Dr. Arzu OĞUZ  
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ  
Prof. Dr. Aydın GÜLAN  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER  
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA  
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU  
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ  
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN  
Prof. Dr. Bülent KENT  
Prof. Dr. Cem BAYGIN  
Prof. Dr. Cemal ŞANLI  
Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN  
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA  
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN  
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ  
Prof. Dr. Emine AKYÜZ  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY  
Prof. Dr. Enver BÖZKURT  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR  
Prof. Dr. Ersan ÖZ  
Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
Prof. Dr. Fügen SARGIN  
Prof. Dr. Halil AKKANAT  
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU  
Prof. Dr. Hamide ZAFER  
Prof. Dr. Hasan AYRANCI  
Prof. Dr. Hasan BACANLI  
Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR  
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  
Prof. Dr. Hasan TUNÇ  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ  
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
Prof. Dr. İsmail KAYAR  
Prof. Dr. İsmail KIRCA  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Prof. Dr. Kadir ARICI  
Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN  
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK  
Prof. Dr. Kudret GÜVEN  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN  
Prof. Dr. Mehmet DEMİR  
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK  
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE  
Prof. Dr. Mahmut KOCA  
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN  
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU  
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN  
Prof. Dr. Murat ATALI  
Prof. Dr. Murat DOĞAN  
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN  
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA  
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN  
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM  
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK  
Prof. Dr. Nevzat KOÇ  
Prof. Dr. Nihat BULUT  
Prof. Dr. Nuray EKŞİ  
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR  
Prof. Dr. Osman DOĞRU  
Prof. Dr. Osman İSFEN  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT  
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ  
Prof. Dr. Süha TANRIVER  
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI  
Prof. Dr. Şafak NARBAY  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM  
Prof. Dr. Vahit BIÇAK  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN  
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK  
Prof. Dr. Veyysel BAŞPINAR  
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ  
Prof. Dr. Yavuz ATAR  
Prof. Dr. Yener ÜNVER  
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ  
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

\* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Sunuş . .....	IX
Biyografi . .....	XIII

### TEŞEKKÜR YAZILARI

Adalet Bakanı Abdulhamit GÜL .....	XIX
Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü CİRİT .....	XXI

### KAMU HUKUKU

<b>Dr. Öğr. Üyesi Hayrettin YILDIZ, Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER</b> .....	<b>25</b>
Genel Kararların Hukuki Rejimi <i>The Legal Regime of General Decisions</i>	
<b>Gökhan ÇAYAN</b> .....	<b>49</b>
Masumiyet Karinesi Doktrini <i>Doctrine of the Presumption of Innocence</i>	
<b>Mehmet AKYOL</b> .....	<b>89</b>
Türkiye’de Hukuk Eğitiminin Sorunları ve Çağdaş Gelişmeler Karşısındaki Durumu <i>Problems of Legal Education in Turkey and Situation in the Face of Contemporary Developments</i>	
<b>Mehmet YÜKSEK</b> .....	<b>121</b>
Yargısal Kararlar Işığında Ceza Yargılamasında Gerekeç Hakkı <i>The Right to Justification in Criminal Proceedings in the Light of the Case Laws</i>	
<b>Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT</b> .....	<b>149</b>
Engellilerin Hâkimlik Yapması Tartışmalarına Osmanlı Hukukundan Bir Bakış <i>An Overview from the Ottoman Law on Discussions about the Disabled Judge</i>	
<b>Erkan YILDIRIM</b> .....	<b>173</b>
Son Düzenlemeler Özelinde İddianamenin İadesi Kurumu <i>Return of the Indictment within Recent Special Regulations</i>	

<b>Öğr. Gör. Dr. Hasan Serdar HOŞ</b> .....	<b>203</b>
Hukuki Çoğulluk Kavramının Osmanlı Millet Sistemi Bağlamında Değerlendirilmesi ve İsrail Uygulaması <i>Evaluation of the Legal Plurality Concept in the Context of the Ottoman Millet System and Israel Practice</i>	
<b>Muhammed Fatih KARABULUT</b> .....	<b>231</b>
Malvarlığına Karşı Suçlarda Devletin Pozitif Yükümlülükleri <i>Positive Obligations of the State in Offenses Against Property</i>	
<b>Doç. Dr. Orhan Veli ALICI</b> .....	<b>247</b>
Su ve Kanalizasyon İdareleri Üzerindeki İdari Vesayet Yetkisinin Dönüşümü: Teknik Vesayet <i>Transformation of Administrative Tutelage Authority on Water and Sewerage Administration: Technical Tutelage</i>	
<b>Nazım Taha KOÇAK</b> .....	<b>269</b>
Kamu Görevlilerine Ait Mevzuattan Doğan Uyuşmazlıklarda Özlük Hakkı Talebi <i>Requests on Employee Rights in Administrative Disputes Arising from the Legislation about Public Servants</i>	

## ÖZEL HUKUK

<b>Ar. Gör. Ayşe COŞAR</b> .....	<b>295</b>
Sigorta Hukukunda Yetkisiz Temsile İlişkin Sorunlar <i>Problems Pertaining to Agency without Authority in Insurance Law</i>	
<b>Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR</b> .....	<b>307</b>
Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi <i>Assessment of Marriage Fraud According to Turkish Citizenship and Foreigners' Law</i>	
<b>Psikolog Dr. Ayşegül SAYAN KARAHAN</b> .....	<b>341</b>
Boşanma Aşamasında Mahkeme Merkezli Eğitim Uygulamalarına İlişkin Bir İnceleme <i>A Review of Court-Based Divorce Education Programs</i>	

<b>Arş. Gör. Elif YALÇIN SIRAKAYA</b> .....	<b>363</b>
<i>Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı</i> <i>Right of Litigation for Creditors in the Case of Full Control in the Corporate Groups</i>	
<b>Av. Kemal BAHİRİYELİ</b> .....	<b>387</b>
<i>Kar Payı Ödenmemesi Nedeniyle Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi</i> <i>The Dissolution of Joint Stock Company for Valid Reason due to Non-Payment of Dividends</i>	
<b>Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT, Dr. Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ</b> .....	<b>409</b>
<i>Baz İstasyonlarının Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği</i> <i>The Legal Character of Liability Arising from the Damages Caused by Base Stations</i>	
<b>Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY - Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDEM</b> .....	<b>449</b>
<i>Bir Kurumsal Tahkim Merkezi Örneği: İberoamerikan Tahkim Merkezi</i> <i>Iberoamerican Arbitration Center; CIAR</i>	
<b>Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK</b> .....	<b>471</b>
<i>Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı</i> <i>The Right to a Direct Action by Injured Party in Liability Insurance</i>	
<b>Nihal AKSOY</b> .....	<b>499</b>
<i>6331 Sayılı Kanun'un 13. Maddesi Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı</i> <i>Right to Refrain from Working within in the Scope of Article 13 of Law No. 6331</i>	
<b>Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL</b> .....	<b>525</b>
<i>Sokak Fotoğrafçılığı ve Kişisel Verilerin Korunması</i> <i>Street Photography and Personal Data Protection</i>	
<b>Kağan TURAN</b> .....	<b>567</b>
<i>Özel Denetim'in Konusu</i> <i>Topics of Special Audit</i>	



## HAKEMSİZ MAKALELER

<b>Türker TÜRKOĞLU</b> .....	<b>607</b>
Örgüte Yardımın Özel Şekli Olarak Terör Örgütüne Silah Sağlama Suçu (TCK 315) (Yargıtay Kararları Işığında) <i>The Crime of Providing Weapons to the Terrorist Organization, as a Special Form of aid to the Organization. (In the Light of the Decision Supreme Court)</i>	
<b>Dr. Ahmet ULUTAŞ</b> .....	<b>615</b>
Mülteciler ile Sığınmacıların Adalete Erişimi Bağlamında BM İnsan Hakları Mekanizmaları ve Belgeleri <i>UN Human Rights Mechanisms and Texts in the Context of Access to Justice of Refugees and Asylum Seekers</i>	
<b>Fotoğraflar</b> .....	<b>635</b>



*Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;*



*Veri Tabanlarında Taranmaktadır.*

## SUNUŞ

152 yıllık bir geçmişe sahip olan, kurumsal tarihi boyunca yargı teşkilâtına öncülük ve kılavuzluk yapan, engin deneyim ve bilgi birikimi ile hukuk sisteminin kapasite inşasına ve yargı kültürüne büyük katkılarda bulunan, idari hâkim adaylarının meslek öncesi, idari hâkimlerin de meslek içi eğitimlerinde önemli görevler üstlenen Danıştay; Türkiye Adalet Akademisinin en önemli paydaşlarından biridir.

Türkiye Adalet Akademisi tarafından yayımlanan, hukuk camiasının en önemli akademik dergilerinden biri olan Türkiye Adalet Akademisi Dergisi'nin (TAAD) 42. sayısını, Türkiye Adalet Akademisi ile Danıştay arasındaki iş birliğinin gelişmesine büyük katkılarda bulunan ve Akademi faaliyetlerine desteklerini esirgemeyen Danıştay Başkanı Sayın Zerrin Güngör'e armağan olarak yayınlamanın gurur ve mutluluğunu yaşıyoruz.

Ülkemizin yetiştirdiği en önemli hukukçulardan biri olan, 7 yıl boyunca büyük bir özveri ve dirayetle yürüttüğü Danıştay Başkanlığı'nın ardından emekliye ayrılan Zerrin Güngör'e hukuk camiamıza yaptığı önemli katkılar nedeniyle teşekkür ediyor, sağlıklı ve uzun bir ömür diliyoruz.

**Muhittin ÖZDEMİR**  
**Türkiye Adalet Akademisi Başkanı**





*Zerrin GÜNGÖR*



## BİYOĞRAFI

20.03.1955 tarihinde Kırşehir’de doğmuştur. Kırşehir Lisesini bitirmiş, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisinden 1976 yılında mezun olmuştur. Maliye Bakanlığı Vergiler Temyiz Komisyonu Raportörlüğü, Bolu ve Ankara Vergi Mahkemesi Üyeliği görevlerinde bulunmuş, 05.06.1985 tarihinde Danıştay Tetkik Hâkimliğine, 15.10.1999 tarihinde Danıştay Savcılığına atanmıştır. 12.06.2008 tarihinde Danıştay Üyeliğine, 12.06.2012 tarihinde Danıştay Genel Kurulunca Danıştay Başkanvekilliğine, 18.07.2013 tarihinde Danıştay Başkanlığına seçilmiştir. 2013-2016 yılları arasında Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliğinin Dönem Başkanlığını yürütmüştür. 11.07.2017 tarihinde Danıştay Genel Kurulunca yeniden Danıştay Başkanlığına seçilen ve 20.03.2020 tarihinde yaş haddinden emekliye ayrılan GÜNGÖR, evli ve iki çocukludur.





---

## TEŞEKKÜR YAZILARI

---



## Şûrâ-yı Devlet'in nezaketli başkanı Zerrin Güngör

Şûrâ-yı Devlet adıyla 1868 yılında kurulan Danıştay, hukukumuzun gelişimi kadar, modernleşmesinde de etkin bir rol üstlenmiştir. Danıştay'ın "Hükümet ile eşhas beyninde olan davayı rüyet etmek" görevi kuruluşundan bugüne devam etmektedir.

Danıştay, bir yüksek yargı organı olarak, devlet-vatandaş uyumsuzluklarının çözümünde hukukun gelişmesine büyük bir katkı sağladığı gibi, bireylerin haklarını koruma işlevi itibarıyla da demokrasinin gelişmesini temin etmektedir.

Adalet mülkün temeli, göğün direğidir. Her dereceden yargı teşkilatı ve özellikle yüksek yargı, bağımsız ve tarafsızlık ilkeleri ışığında; kararları ile adaleti mülke temel, göğe direk yapmak gibi yüksek bir görev ifa etmektedir.

Milletimizin yargı mercilerinden beklentisi; adil kararın makul sürede verilmesi, haklıya hakkının teslim edilmesi ve böylelikle adaletin tesis edilmesidir.

Hukukun kaynağı, amacı ve konusu insandır. Dolayısıyla hukuk, kesin matematik formüller ile hareket edilemeyecek kadar çok yönlü ve değişken bir zemine sahiptir. Bu zemin üzerinde adaletin etkinliğinin artırılması için Cumhuriyet tarihi boyunca birçok reform gerçekleştirilmiştir. Söz konusu reform adımlarından sonuncusu "Güven Veren ve Erişilebilir Bir Adalet Sistemi" vizyonu ile Mayıs 2019'da Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip Erdoğan tarafından açıklanan Yargı Reformu Strateji Belgesidir. Bu vesileyle 2019-2023 yıllarını kapsayacak bu reform belgesinin hazırlık aşamasında verdikleri katkılarından dolayı Sayın Zerrin Güngör'ün şahsında Danıştay'ımızın değerli hukukçularına şükranlarımı sunuyorum.

Adaletin güven vermesinin yanında erişilebilir olması da önemlidir. Erişilebilir adalet sisteminin kurulabilmesi reformların uygulamada hayata geçirilmesine bağlıdır. Bu noktada Danıştay'ın iyi ve doğru uygulamaya katkı sunmaya ve değerli içtihatlarıyla idari yargıya yön vermeye devam edeceğine inanıyorum.

Aynı zaman diliminde kamu erkinin birbirinden farklı ve bağımsız organlarında görev yapsak da, hukukçuluk üst kimliğinde bulduğumuz Sayın Zerrin Güngör'ün Danıştay'daki görev süresi boyunca sürdürdüğü şahsi ve kurumsal nezaket için kendisine şahsım ve Bakanlığım adına teşekkür ederim.

Hukuk devletinin temel kurumlarından Danıştay'ın Değerli Başkanı Sayın Zerrin Güngör'ü yaptığı hizmetler dolayısıyla tebrik ediyor, şahsına ve kıymetli ailesine emeklilik hayatında mutluluk ve huzur diliyorum.

**Abdulhamit GÜL**  
**Adalet Bakanı**



## **Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR'e**

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin en güçlü ve köklü kurumlarından biri olan Danıştay'da; 2013 yılından beri başkan olarak görev yapan Sayın Zerrin Güngör'ün bu görevde bulunmanın sorumluluğu ve bilinciyle hareket ettiğini kendisiyle tanıştığımızdan bu yana her zaman yakinen müşahede etmiş bulunmaktayım.

Eski adıyla Şûrâ-yı Devlet'in Yüksek Mahkemeler arasında devletle millet arasındaki manevi bağı güçlendirme konusunda çok önemli rolü ve sorumluluğu bulunmaktadır. Gazi Mustafa Kemal Atatürk'ün konuşmasında belirttiği "Büyük Türk kadını mesaimizde müşterek kılmak, hayatımızı onunla birlikte yürütmek, Türk kadını ilmi, içtimai, iktisadi hayatta erkeğe ortak, yardımcı yapmak lazımdır" sözünün yargı dünyasındaki en önemli yansıması konumundaki Sayın Güngör'ün, evrensel düzeyde kabul edilen en ileri adalet standartlarını kendisine ilke ve düstur edinmesi suretiyle adalet konusundaki hassasiyeti, açıklığı ve duyarlılığı; toplumun adalete ilişkin beklentilerinin gerçekleşmesine büyük katkı sağlamıştır. Ülkemiz, hukuk tarihinde bir kadın olarak yedi yıl Danıştay Başkanlığı görevini yürüten Sayın Zerrin Güngör'ü her zaman saygıyla anacaktır.

Ağır ve onurlu bu görevde; yüksek adalet ideallerinin uğruna gece gündüz demeden büyük bir fedakârlıkla çalışan çok kıymetli meslektaşına, doğru ve adil karar vermenin manevi hazzını yaşayacağı onur dolu emeklilik hayatında, ailesi ve sevdikleriyle beraber sağlık, huzur ve mutluluk dolu bir yaşam geçirmesini diliyorum.

**İsmail Rüşü CİRİT**  
**Yargıtay Birinci Başkanı**



---

## **KAMU HUKUKU**

---





# GENEL KARARLARIN HUKUKİ REJİMİ

## *The Legal Regime of General Decisions*

Dr. Öğr. Üyesi Hayrettin YILDIZ\* - Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER\*\*

Geliş Tarihi: 22.10.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

İdare hukuku öğretisinde idari işlemler, çoğunlukla birel ve düzenleyici işlemler şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Düzenleyici işlemler, soyut, kural koyucu ve muhatabı ismen belli olmayan işlemler iken; birel işlemler, somut, bir kez uygulanmakla tükenen ve muhatabı ismen belli işlemler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu iki ayrı idari işlemin dışında, her iki işlem türünün bazı özelliklerini taşıyan ve farklı isimlendirmeler olmakla beraber doktrinin çoğunluğu tarafından “genel karar” olarak adlandırılan üçüncü bir türün varlığı da kabul edilmektedir. Genel kararlar, somut duruma ilişkin işlemler olmak bakımından birel işleme, işlemin muhataplarının ismen belli olmaması bakımından ise düzenleyici işleme benzemektedir. Ancak, aradaki ayrım bir nitelendirme veya tanım ile sona ermemekte, bu sui-generis idari işlemin hukuki rejiminin de belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, bu çalışma da genel olarak bu çabaya özgülüştür. Bu kapsamda öncelikle genel kararın birel ve düzenleyici işlemden ayrıştırılması konusu ele alınmakta, daha sonra da yargısal makamlar tarafından konu hakkında verilen kararlar da dikkate alınarak bir hukuki rejimin tespit edilmesi ve ortaya konmasına çalışılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Genel karar, Ara işlem, İdari işlem, Birel idari işlem, Düzenleyici idari işlem.

### ABSTRACT

Administrative acts are evaluated by dividing them into as individual and regulatory acts. While regulatory acts are abstract, rule-making/normative and addressee of which are not defined by name, individual acts are concrete, exhaustible once applied and addressee of which are defined by name. Apart from these two administrative acts, the existence of a third type of administrative act which has some characteristics of both types of transactions is accepted. Although there are different nomenclatures, it is called as “general decision” by the majority of the doctrine. General Decisions are similar to individual acts in terms of being related to concrete situations and are similar to regulatory acts in terms of non-definability of the addressee of the action. However, the distinction does not end with a simple characterization or definition, and the legal regime of this sui-generis administrative act needs to be determined. As a matter of fact, this study is generally dedicated to this effort. In this context, first of all, the issue of distinction of the general decisions from the individual and regulatory actions/acts is discussed and then a legal regime is tried to be determined and put forward by taking the decisions made by the judicial authorities into consideration.

**Keywords:** General decision, Intermediate act, Administrative act, Individual administrative act, Regulatory administrative act.

\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta:hayrettin.yildiz@yalova.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8254-640X

\*\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta:duger@live.de, ORCID ID: 0000-0002-1132-8138.

## GİRİŞ

İdare tarafından tesis edilen işlemler genel kabul gören bir anlayışla birel (ya da bireysel) ve düzenleyici işlemler şeklinde iki ayrı kategoriye ayrılarak incelenmektedir. Bu çalışmanın konusunu teşkil eden genel kararlar ise ne bütünüyle birel işlemler alanına ne de bütünüyle düzenleyici işlemler alanına dahil edilebildiklerinden kendilerine özgü bir yapı ortaya koymaktadır. Danıştay'ın da 2008 yılında verdiği bir kararında, birel-düzenleyici işlem kategorileri dışında üçüncü bir işlemin varlığını kabul ettiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, bu işlemlerden söz ederken “genel” kavramının sadece düzenleyici işlemlere münhasır olmadığını da dile getirmektedir: “Öte yandan, bazı idari işlemlerin, «genel» olmalarına karşın, düzenleyici işlem niteliğinde olmadıklarını da belirtmek gerekir. Bir işlemin kural (düzenleme) olup olmadığı, salt bunları yapanların niteliklerine göre değil, bu işlemlerin içerikleri ve doğurdıkları hukuksal sonuçlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle saptanmalıdır”<sup>1</sup>. Bahsi geçen Danıştay kararında genel nitelikte ancak düzenleyici olmayan işlemler bulunduğu belirtmek suretiyle esasında genel kararlardan bahsedildiğini ileri sürmek mümkündür.

İdari Yargılama Usul Kanunumuz, birel ve düzenleyici işlemler için ayrı hukuki rejimler öngörmüşse de her iki işlem türünün özelliklerini taşıyabilen genel karar için bir “ara hukuki rejim” öngörmemiştir. Bu durum ise genel karardan doğan uyumsuzluğun, ağır basan niteliğe göre birel veya düzenleyici işlemlerden birinin hukuki rejimine tabi olması/tutulması sonucunu doğurmaktadır. Genel karara ilişkin açıklamaların da hukuki rejimin belirlenmesine yönelik çıkarımlarla beraber ele alınması gerekmektedir. Hukuki rejimin tespiti açısından bu belirleme son derece önemlidir. Zira bir idari işlem, birel olarak nitelendirilirse birel işlemlerin hukuki rejimine, düzenleyici işlem olarak nitelendirilirse, düzenleyici işlemlerin hukuki rejimine tabi tutulacaktır. Anayasanın 125. maddesinde ifadesini bulan “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine yargı yolu açıktır” hükmü bu belirlemenin yapılmasını gerektirmektedir. Ayrıca, doktrinde bazı yazarlarca, bu tür işlemlerin iptal davasının konusunu oluşturamayacakları yönünde ileri sürülen görüşlerin<sup>2</sup> de hukuken geçerli olup olmadığına da irdelenmesi gerekir.

Çalışmamızın ana konusunu genel karar olarak ifade edilen işlemlerin, hukuki niteliklerinde/belirsizlik nedeniyle bunlara uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesine yönelik değerlendirmeler oluşturmaktadır. Bu kapsamda öncelikle genel kararın kavramsal açıklamasına yer verilmiş (I), sonra genel

---

<sup>1</sup> Danıştay 5. Dairesinin Kararı, T. 13.02.2008, E. 2007/7830, K. 2008/772 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 17 Ocak 2020).

<sup>2</sup> Celal Erkut, *İptal davasının konusunu oluşturma bakımından idari işlemin kimliği*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 30.

kararların hukuki niteliği idari işlemin unsurları açısından değerlendirilmiş (II), daha sonra da genel kararların birel ve düzenleyici işlemlerden farkları ortaya konulmuştur (III). Çalışmamızın son kısmında ise genel kararların yargısal denetimi üzerinde durulmuştur (IV).

## I. GENEL KARAR KAVRAMININ KAVRAMSAL AÇIKLAMASI

İdari işlem kuramı, idari işlemin özel hukuk işlemlerinden ayırt edilmesini sağlayan, bu yönüyle de idare hukukuna asıl vasfını kazandıran temel konuların başında gelmektedir. Bu kapsamda idari işlem kavramı genel olarak, öznesinin “idare” olduğu, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. Bu tanıma kamu gücünün kullanılmasıyla, üçüncü kişilerin hukuki durumlarında tek taraflı değişiklik meydana getirme özelliklerini de eklemek gerekir<sup>4</sup>. Öncelikle idari işlemin özelliklerini taşıması nedeniyle genel kararın da bir idari işlem olduğu konusunda kuşku bulunmaması gerekir. Zira bu işlem de idare tarafından tesis edilmekte ve diğer tüm idari işlemler gibi tek taraflı irade açıklaması ile hukuki sonuç doğurmaktadır. Ayrıca, genel kararın temelde kamu gücüne dayandığını da ifade etmek gerekir.

İdari işlemler, kendi içerisinde birel idari işlem ve düzenleyici idari işlem olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Birel idari işlem, işlemin muhatabının kişisel olarak belli olduğu, somut, bir kez uygulanmakla tükenen ve işlemin yalnızca belli kişi veya nesnelere için hukuki sonuç doğurduğu işlem türüdür<sup>5</sup>. Birel işlemin tipik örneği vergi işlemlerdir. Vergi mükellefi hakkında uygulanan tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil işlemleri ve keza vergi indirimleri birer birel idari işlem olarak kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Yine, muhatabı hakkında uygulanan idari para cezaları ve disiplin cezaları da birel idari işlemlere örnek olarak verilebilir. Düzenleyici idari işlemler ise, birel işlemlerin aksine, işlemin muhatabının kişisel olarak belli olmadığı, soyut, bir kez uygulanmakla tükenmeyen, işlemin uygulanması mümkün (düzenleyici işlemin kapsamına giren) herkes için geçerli olduğu işlem türüdür<sup>7</sup>. Düzenleyici işlemler, norm niteliği taşıdıklarından yasama benzeri işlemler olarak da adlandırılırlar<sup>8</sup>. Bu kapsamda Anayasada

---

<sup>3</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa, 2019, s. 719.

<sup>4</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 10. b., Ankara: Savaş Yayınevi, 2019, s. 319.

<sup>5</sup> İl Han Özay, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 435; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku* Cilt 1, Genel Esaslar, Turhan kitabevi, 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 325; Gözler, *op.cit.*, s. 730.

<sup>6</sup> Özay, *op.cit.*, s. 641-644.

<sup>7</sup> Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 2. Basım, İstanbul, 2014, s. 264; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, XII Levha Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2019, s. 339; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 143.

<sup>8</sup> Gözler, *op.cit.*, s. 724.

düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (104. md), yönetmelik (124. md) gibi işlemler idare tarafından çıkarılan düzenleyici işlemlere örnek olarak verilebilir. Bunlara Anayasanın mülga 115. maddesinde düzenlenmiş olan tüzükler de eklenebilir. Elbette düzenleyici işlemler bunlardan ibaret değildir ve idare, “adsız düzenleyici işlemler” olarak adlandırılan tebliğ, genelge, sirküler, tamim, yönerge gibi düzenleyici işlemler de ortaya koymaktadır.

İdare hukukunda “genel” sıfatı düzenleyici işlemler bakımından, “karar” kavramı ise daha ziyade birel idari işlemler bakımından kullanılmaktadır. Nitekim doktrinde bazı yazarlar birel idari işlemde bahsederken aynı zamanda “idari karar” ifadesini kullanmaktadır<sup>9</sup>. Bu açıdan “genel karar” ifadesindeki “genel” kavramının bahse konu işlemin düzenleyici olma özelliğini, “karar” kavramının ise işlemin birel olma özelliğini ifade etmek için kullanıldığı ifade edilebilir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere genel karar, hem birel hem düzenleyici idari işlemin özelliklerini taşımaktadır. Bununla beraber genel karar, her iki işlem türünün bazı özelliklerini taşımasından hareketle “hem birel hem düzenleyici işlem” şeklinde nitelenemeyeceği gibi aşağıda incelenen yargı kararları dikkate alınacak olursa, hukuki rejim bakımından “ne birel ne düzenleyici işlem” şeklinde de nitelendirilebilmektedir.

Türk hukukunda genel kararları ifade etmek amacıyla “genel karar”<sup>10</sup> kavramı yerine başka ifadelerin de kullanıldığına rastlanabilmektedir. Örneğin Özey, işlemin niteliğini kavrama yansıtmak amacıyla “genel etkili geçici karar”<sup>11</sup> ifadesini tercih ederken; Gözler, genel kararın iki işlem türü arasında kalan yönünü vurgulamak amacıyla “ara işlemler”<sup>12</sup> ifadesini tercih etmektedir. Duran, işlemin geçerlilik süresini temel alarak “geçici düzenlemeler”<sup>13</sup> tabirini kullanırken bunları genel düzenleyici işlem olarak kabul etmektedir. Karahanoğulları, “genel karar” ifadesi ile uyumlu olacak şekilde “genel idari karar”<sup>14</sup> ifadesini tercih etmektedir. Erkut’un ise birel idari işlemi

<sup>9</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2017, s. 123 vd.; Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2019, s. 228 vd.

<sup>10</sup> Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 48. Bizim hukukumuzda üstünde net bir biçimde uzlaşılan bir tanımı olmamakla beraber Alman İdari Usul Yasasının 35. maddesinde “genel karar”ın somut bir tanımı bulunmaktadır. Buna göre “genel karar, ortak özellikleri tanımlanmış ya da tanımlanabilir bir grup insana yöneltilen ya da bir şeyin kamusal niteliği ile ya da o şeyin kamuca kullanılması ile ilgili bir idari işlemdir”. VwVfG madde 35’ten aktaran Akyılmaz, *op. cit.*, s. 48-49.

<sup>11</sup> Özey, *op. cit.*, 432

<sup>12</sup> Gözler, *op.cit.*, s. 772.

<sup>13</sup> Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 206

<sup>14</sup> Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2018, s. 170

çağrıştırırcasına “yapılmakla tükenen işlem”<sup>15</sup> ifadesini kullanmayı tercih ettiği görülmektedir.

Fransız hukukunda da genel karardan söz etmek için farklı ifadeler kullanılmaktadır. Örneğin Chapus, bu kararlar için *actes intermédiaires* (ara işlem) veya *actes particuliers* (özel durumlara ilişkin işlem) gibi ifadeler kullanıldığını ancak kendisinin “*décisions d’espèce*” (somut olaylara ilişkin kararlar)<sup>16</sup> ifadesini kullanmayı tercih ettiğini belirtmektedir. Buna karşın De Laubadere, Venezia ve Gaudemet ise Fransız idari yargısının kullandığı “*actes non réglementaires*” (düzenleyici olmayan işlemler)<sup>17</sup> ifadesini kullanmaktadır. Buna ilaveten, genel karar olarak nitelenebilecek işlemleri ne düzenleyici ne bireysel işlem (*actes ni réglementaires, ni individuels*) şeklinde tanımlayanların da mevcut olduğunu belirtmek gerekir<sup>18</sup>.

Ayrıca, doktrinde genel olarak, söz konusu işlemi tanımlayan cümlelerde de “birel” ve “düzenleyici” kavramlarından yararlanıldığı görülmektedir. Örneğin genel karar için; “genel olduğu halde düzenleyici olmayan işlemler”<sup>19</sup>, “somut bir duruma ilişkin norm koyan işlemler”<sup>20</sup>, “hem bireysel hem düzenleyici işlemin özelliklerini taşıyan işlemler”<sup>21</sup>, “genele yönelik olmakla beraber süreli (geçerliliği belli bir süreye bağlı olan) işlemler”<sup>22</sup>, “var olan düzenleyici işlemi değiştirmedeği halde bireysel statü alanının dışına taşan işlemler”<sup>23</sup>, “belli bir süre ile belli bir toplumsal ve doğal olguya göre hizmet düzenini değiştiren işlemler”<sup>24</sup>, “genel etkili ancak geçici nitelikteki kararlar”<sup>25</sup> gibi ifadelerin kullanıldığına tanıklık edilmektedir.

Yukarıda sıralanan kavramlar, doktrin tarafından genel kararlar için kullanılan ifade türleridir. Bununla beraber “genel karar” kavramının hukuk literatürümüzde benimsenmiş oluşu ve bu kavramın mevzu bahis olan hususu

---

<sup>15</sup> Erkut, *op. cit.*, s. 30.

<sup>16</sup> René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, Montchrestien, 15. Baskı, Paris, 2001, s. 527

<sup>17</sup> Andre De Laubadere, Jean Claude Venezia ve Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, Cilt 1, LGJD, 15. Baskı, Paris, 1999, s. 628 (Nakleden- Gözler, *op.cit.*, s. 773)

<sup>18</sup> Pierre-Laurent Frier ve Jacques Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> Edition, Paris, 2006, s. 80

<sup>19</sup> Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, s. 325.

<sup>20</sup> Chapus, *op. cit.*, s. 527.

<sup>21</sup> Gözler, *op. cit.*, s. 773.

<sup>22</sup> Özyay, *op. cit.*, s. 432.

<sup>23</sup> “...des décisions qui, sans être de portée générale car elles appliquent à des cas donnés une réglementation préexistante qu’elles ne modifient pas, produisent cependant des effets qui dépassent les situations individuelles.” Frier, Petit, *op. cit.*, s. 80.

<sup>24</sup> Karahanoğulları, *op. cit.*, s. 170.

<sup>25</sup> Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 8. b., Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, s. 307.

anlaşılır kılmasından dolayı, bu çalışmada kendisinden “genel karar” olarak bahsedilmeye devam edileceğini belirtmekte yarar görülmektedir.

## II. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI YÖNÜNDEN GENEL KARAR

İdari işlemin unsurları, işlemi oluşturan öğelerden oluşmaktadır. 2577 sayılı İYUK’un 2. maddesine göre bunlar, yetki, şekil, sebep, konu ve amaçtır. Genel kararın da bu unsurlar yönünden ele alınması gerekmektedir. Bu açıdan hangi idari makamların genel kararlar alabileceği, bu kararlar alınırken hangi şekil ve usullere uyulması gerektiği, işlemin sebep ve konu unsurlarının nelerden oluştuğu ve nihayet genel kararın hangi amaçlarla oluşturulduğunun kısaca ortaya konmasında yarar görülmektedir<sup>26</sup>.

Yetki unsuru, bir idari makam ya da organın belli bir konuda işlem tesis edebilme ehliyetidir<sup>27</sup>. Buna göre genel kararı, konu itibarıyla yetkili olan idare hangisi ise o alabilir. Ancak, bilindiği üzere idare hukukundan yetkisizlik asıl yetkili olma durumu istisna olduğundan, mevzuatla, ilgili idareye bu konuda yetki verilmiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan, kendi görev alanının kapsamında olmak kaydıyla her idari makam ya da organın genel karar alabileceği kabul edilmektedir<sup>28</sup>. Elbette, bu kapsama bütün kamu idareleri ve kamu tüzel kişileri dahildir. Nitekim Sezginer, EPDK tarafından verilen “20 Dağıtım Şirketi için Gelir Gereksinimleri Hesaplaması ve Tarife Metodolojisi” başlıklı kararı bir genel karar olarak nitelemektedir<sup>29</sup>. Söz konusu işlemde EPDK, perakende satış hizmeti bedelinin hesaplanmasına ilişkin olarak özel bir hüküm (perakende satış hizmeti bedelinin kWh bazında belirlenmesi) öngörmektedir. Bu hüküm belli veya belirlenebilir sayıda sözleşmeciler için tek taraflı olarak ve bir kez uygulanmak üzere belirlendiğinden genel karar olarak değerlendirilmiştir<sup>30</sup>. Bu arada, Kurum’un, 4628 sayılı Enerji Piyasası Kanunu’nun o dönem yürürlükte bulunan geçici 9. maddesi kapsamında dava konusu kararı alma yetkisine sahip olduğu görülmektedir<sup>31</sup>.

Şekil unsuru, idari işlem tesis edilirken bu işlemin dış dünyaya yansımada

---

<sup>26</sup> Genel kararın, idari işlemin unsurları yönünden klasik teoriden pek ayrılmadığı düşünüldüğünden, bu hususta kısaca bilgi verilmesi yeterli görülmüştür.

<sup>27</sup> Gözler, *op.cit.*, s. 844 vd.

<sup>28</sup> Sancakdar, *op.cit.*, s. 308.

<sup>29</sup> Murat Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.17, S. 1-2, Ankara, 2013, s. 1611-1612.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Bununla beraber mevcut olayda EPDK kararının, yetki unsuru itibarıyla değil konu unsuru itibarıyla hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edildiği görülmektedir. Bkz. Danıştay 13. Dairesinin Kararı, T. 06.04.2011, E.2008/2695, K.2011/1368 (Nakleden-Sezginer, *op.cit.*, s. 1609-1610).

kullanılan formdur<sup>32</sup>. İdare hukukunda hakim şekil kuralı yazılı şekildir, istisnaen sözlü şekle de başvurulabilir<sup>33</sup>. Ancak bundan başka, idari işlemin belli bir davranış ve hareketle de tesis edilebilmesi mümkündür. Genel kararların alınmasında hem yazılı şekil hem sözlü şekil uygulanabilmekte, keza hareketle de genel kararlar alınabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, kötü hava koşulları dolayısıyla valiler tarafından verilen okulların belli bir süre için tatil edilmesi kararları genellikle yazılı olarak ilan edilmektedir. Yine kolluk görevlileri göstericilerin dağıtılması amacıyla uyarıda bulunurken sözlü olarak işlem tesis etmektedirler. Hareket veya davranışlarla idari işlemin tesis edilmesine örnek olarak da genelde trafik polisinin trafiği yönetirken el hareketleri ile verdiği dur-kalk-geç komutları verilmektedir. Bu örneklerin hepsi de genel kararın özelliklerini taşımaktadır.

İYUK'ta şekil unsuru, ayrıca idari işlemin usulünü kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Usul ise, idari işlemler tesis edilirken izlenen prosedür ve aşamaları ifade etmektedir. Bu kapsamda mevzuatın, bir genel kararın alınması sırasında başka bir idari makamın görüş veya onayının bulunmasını veya işlem yapılmadan önce bazı araştırma ve tespitlerin yapılmasını şart koşması mümkündür. Bu durumda, ilgili makamın görüş veya önerisinin alınmaması veya gerekli araştırma ve tespitlerin yapılmaması durumunda tesis edilen genel karar usul yönünden hukuka aykırı olacaktır. Örneğin 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 7. maddesine göre korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespiti, Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılmalıdır. Bu durumda söz konusu görüşler alınmadan yapılacak olan bir sit alanı tespiti hukuka aykırı olacaktır.

İdari işlemin sebep unsuru, idareyi belli bir işlem yapmaya sevk eden

---

<sup>32</sup> Günday, *op.cit.* s. 144.

<sup>33</sup> Yazılı şekil kuralının temeline, Anayasamızdaki bazı hükümler dayanak teşkil edebilir. Örneğin Anayasanın 125. maddesinde "idari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden itibaren başlar" demek suretiyle idari işlemlerde yazılılık kuralına gönderme yapmaktadır. Bunun dışında dilekçe hakkını düzenleyen 74. maddede bireylerin kendileri ile ilgili başvurularının sonucunun gecikmeksizin, yazılı olarak bildirileceği ifade edilmiştir. Keza Anayasanın 40. maddesinde devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Her ne kadar söz konusu hükümde bunun yazılı olarak yapılması gerektiği açıkça ifade edilmiş olmasa da böyle bir bildirim sözlü olarak yapılabileceğinin anlaşılmasına imkân bulunmamaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirildiğinin ortaya konması için yazılı bir metne ihtiyaç bulunduğu açıktır. Yazılı şekil kuralının Danıştay kararlarında da yerini bulduğu görülmektedir: "idare hukukunda, kural olarak, idari işlemin yazılı olması, idarenin iş ve işlemlerinin yazılılık esasına göre yürütülmesi gerekmektedir" Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 24.04.2012, E. 2011/8290, K. 2012/1937 (<https://legalbank.net> – 25 Ocak 2020).



hukuki veya fiili etkenlerden oluşur<sup>34</sup>. Örneğin vesayet makamı olan valiliğin bir yerel yönetimin kararlarını onaylaması işlemi ne düzenleyici ne de birel bir işlemdir<sup>35</sup>. Valiliğin onay işleminin sebebi ise yerel yönetimin bir kararıdır. Yani bu durumda hukuki bir etken söz konusudur. Doğal afet nedeniyle belli bir bölgede okulların tatil edilmesinde veya aynı alanda “afet bölgesi” ilan edilmesinde ise sebep ögesini, fiili bir durum olan doğal afet teşkil etmektedir.

Bir idari işlemin konusu onun hukuk aleminde doğurduğu sonuç ve yine bu alemde meydana getirdiği değişikliktir. Bu nedenle konu ögesi, yapılan işlemin doğrudan kendisi olarak değerlendirilmektedir<sup>36</sup>. Örneğin, aşırı yağış nedeniyle dağ yolundan geçişin iki gün süreyle yasaklanması genel kararında işlemin konusu, dağ yolunun kullanımının yasaklanmasıdır.

Genel kararın Alman idari Usul Kanunu'nun (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)) 35. maddesinin ikinci cümlesinde verilmiş olan tanımı, işlemin konu ögesine ilişkin olarak da bilgi vermektedir. Buna göre, “*genel karar, ortak özellikleri tanımlanmış ya da tanımlanabilir bir grup insana yöneltilen ya da bir şeyin kamusal niteliği ile ya da o şeyin kamuca kullanılması ile ilgili bir işlemdir*”<sup>37</sup>. Dolayısıyla genel kararda, konu unsuru bakımından başlıca iki alana yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Öncelikle genel kararlar, bireylerin haklarına ilişkin olarak veya bir şeyin (nesnenin) kamusal özelliklerinin düzenlenmesine yönelik işlemler biçiminde ortaya çıkmaktadır<sup>38</sup>. Bireylerin haklarına ilişkin genel karara örnek olarak av yasağı veya grev erteleme kararı, bir şeyin kamusal özelliklerinin düzenlenmesine yönelik genel karara örnek olarak ise karayolunun inşası ile yükümlü makamın karayolunda seyrüseferi gerçekleştirmek amacıyla belli bir taşınmazı tahsis etmesi kararı<sup>39</sup> verilebilir.

Buna ilaveten, Alman hukukunda bir idari işlem, birden fazla kişiye hitap etmesine rağmen zaman veya yer açısından belirli bir duruma ilişkin olabilir. Böyle bir durumda eğer idari işlemin ilişkin olduğu kişiler, ortak özellikleri itibarıyla belirlenebilir nitelikte ise VwVfG 35. maddesinin ikinci cümlesine uygun bir kararın varlığından söz edilebilir. Belirli bir caddenin bomba tehlikesi nedeniyle kullanılmasının yasaklanması veya bulaşıcı bir hastalığın yayılmasının engellenmesi amacıyla belirsiz sayıda insana yönelik olarak belirli bir zaman dilimi için çeşitli tedbirlere başvurulmasında da aynı kapsamda işlemler söz konusudur. Yine sağlığa zararlı olması sebebiyle

---

<sup>34</sup> Karahanoğulları, *op.cit.*, s. 462 vd.

<sup>35</sup> Chapus, *op.cit.*, s. 528; Gözler, *op.cit.*, s. 772.

<sup>36</sup> Gözler, *op.cit.*, s. 1044-1045.

<sup>37</sup> Akyılmaz, *op.cit.*, s. 48-49; Sancakdar, *op.cit.*, s. 307-308.

<sup>38</sup> Akyılmaz, *op.cit.*, s. 50.

<sup>39</sup> Peter Weides, *Verwaltungsverfahren und Wiederspruchsverfahren*, 3. Aufl., München, 1993, s. 30 (Nakleden-Akyılmaz, *op.cit.*, s. 51).

belirli bir ürünün belirli bir alan içinde satılmasını yasaklayan işlem de genel karar olarak kabul edilebilir. Son olarak, bir konu veya şeyin kamusal niteliğinin düzenlenmesine, caddenin trafiğe kapatılması veya açılması, su rezerv/koruma alanının belirlenmesi, tabiat anıtının tabiat anıtları siciline kaydedilmesine karar verilmesi şeklinde örnekler de verilebilir<sup>40</sup>.

İdare hukukunda tüm işlem ve eylemlerin temel amacı kamu yararındır<sup>41</sup>. İdare, hukuki veya fiili etkenlerin varlığı ya da herhangi bir sebebin yokluğu halinde dahi işlem tesis ederken kamu yararı amacını gözetmek zorundadır. Böyle bir amaç söz konusu değilse, idare harekete geçemeyeceği gibi yapılan işlem yetki saptırması teşkil edeceğinden hukuka aykırı olacaktır. Örneğin okulların kar yağışı nedeniyle tatil edilmesinde amaç öğrencilerin güvenliğini sağlamak, bir yerin sit alanı ilan edilmesinde amaç tarihi değerlerin korunmasıdır. Bu amaçların her biri kamu yararının sağlanmasına hizmet etmektedir.

### III. GENEL KARARIN BİREL VE DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERDEN AYIRT EDİLMESİ

Yukarıda bahsi geçtiği üzere genel karar, hem birel hem düzenleyici işlemin özelliklerini taşımaktadır. Bu açıdan genel kararın hangi özelliklerinin birel, hangi özelliklerinin düzenleyici işlemle benzerlik gösterdiğinin ortaya konması gerekmektedir. Genel kararın birel işlemle benzerliği düzenleyici işlemden farkını, düzenleyici işlemle benzerliği birel işlemden farkını ortaya koymaktadır. Bu etkileşim aynı zamanda karşılıklıdır, yani benzeşen yönler de karşılıklı olarak farklılaşan noktaları göz önüne getirmektedir.

Bununla beraber genel kararın, ne düzenleyici işlemle ne de birel işlemle örtüşen yönleri de olabilmektedir. Örneğin kamulaştırılacak alan belirlenmeden önce verilmiş olan kamu yararı kararları bu yöndedir. Kamu yararı kararı (*déclaration d'utilité public*), belli bir bireyi ya da nesneyi hedef almadığından birel işlem olarak değerlendirilememektedir; aynı şekilde bu kararla belli bir kural veya norm konulmadığından düzenleyici işlemler kategorisine de dahil edilememektedir<sup>42</sup>.

#### A. Genel Kararın Birel İşlemlerden Ayırt Edilmesi

Birel idari işlem, muhatabı belli, somut durum oluşturan ve bir kez

---

<sup>40</sup> Mahendra P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 1985, s. 34.

<sup>41</sup> Günday, *op.cit.*, s. 160.

<sup>42</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, C.I, *op. cit.*, s. 772; Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, *op. cit.*, s. 528. Conseil d'Etat, 10 Mayıs 1968, Commune de Brovès, Rec., s. 297 (Nakleden-Pierre Delvolvé, *l'acte administratif*, Extrait du répertoire de contentieux administratif Dalloz, Sirey, 1983, s 120); Frier ve Petit, *op.cit.*, s. 80.

uygulanmakla tükenen işlem şeklinde tanımlanabilir. Birel işlemlerin sadece bireyler hakkında değil cansız varlıklar ve eşyalar hakkında da tesis edilebileceğini belirtmek gerekir. Bu yüzden bu tür işlemlere bireysel değil, birel işlem denmesinin daha isabetli olduğu düşünülmektedir<sup>43</sup>. Birel işlemler daha çok tebliğ yoluyla ilgililerine duyurulurken, genel kararların bu şekilde ilgililere duyurulması zorunlu değildir. Şehir merkezinden yapılan anonslarla veya görsel ya da işitsel yayınlar vasıtasıyla ilan edilmekle de geçerlilik kazanabilirler.

Genel karar, belirli ya da belirlenebilir birden fazla kişiye yönelmesi bakımından birel işlemle benzerlik gösterir<sup>44</sup>. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki yöneldiği kişi veya kişiler ismen zikredilmez. Örneğin açılan bir yarışmaya mimarların katılmasını yasaklayan kararlar bu yöndedir<sup>45</sup>. Bu tür bir kararda mimarlar, ismen belli değildir. Ama karar doğrudan hepsine uygulanmaktadır. Dolayısıyla birel işlemde işlemin muhatabı ismen belli iken, genel kararda işlemin muhatabı olan kişiler grup olarak belli olsa da ismen belli değildir.

Genel kararlar, aynı birel işlemler gibi nesnelere yönelik olarak alınmış olabilmektedir<sup>46</sup>. Örneğin, bir kamu tüzel kişinin özel malının kamu malı statüsüne sokulması birel işlemde bir nesneye yönelik idari karar söz konusudur. Belli bir bölgenin sit alanı ilan edilmesinde de yine genel kararın konusunu bir nesne oluşturmaktadır.

Genel kararlar da aynı birel işlemler gibi tek yanlılık, dışsal hukuki etki ve bir kere uygulanmakla tükenmek gibi özelliklere sahiptir<sup>47</sup>. Bu kararlar tek yanlıdır, muhatabın muvafakatine ihtiyaç duymadan etkilerini doğurur; bir kere uygulanmakla tükenir, süreklilik göstermez sadece somut durumun düzenlenmesi amaçlanır. Örneğin güvenlik nedeniyle bir gece boyunca kırsal alanda düğün yapılmasının yasaklanması, tek taraflı, dışsal hukuki etkiye sahip ve bir kez uygulanmakla tükenen bir işlemdir.

Birel işlemler bireyler hakkında belli bir süre için sonuç doğurmaktadır. Örneğin bir kimsenin öğrencilik statüsü, alacağı eğitime göre belli bir süreye tabidir. Keza memurlar asaleten atanmadan önce aday olarak atanır ve genellikle bir yıllık süreden sonra asaleten atamaları yapılır<sup>48</sup>. Benzer şekilde

---

<sup>43</sup> Özay, *op.cit*, s. 434; Karahanoğulları, *op.cit*, s. 168 vd.

<sup>44</sup> Akyılmaz, *op.cit*, 49.

<sup>45</sup> Conseil d'Etat, 10 Mayıs 1968, *Syndicat des Architectes de la Seine*, Rec., s. 269 (Nakleden-Delvolvé, *op.cit*, s 120).

<sup>46</sup> Akyılmaz, *op.cit*, 49.

<sup>47</sup> Akyılmaz, *op.cit*, 49; Sancakdar, *op.cit*, 308.

<sup>48</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Madde 54: "Sınavlarda başarılı olanlardan Devlet memurluğuna girmek isteyenler başarı listesindeki sıraya ve 47nci maddeye göre ilan edilen kadro sayısı kadar, kurumlarınca memur adayı olarak atanırlar. Aday olarak atanmış Devlet memurunun adaylık süresi bir yıldan az iki yıldan çok olamaz ve bu süre içinde aday memurun başka kurumlara nakli yapılamaz".

genel kararlar da kısa sürelidir<sup>49</sup>. Bu sürelerin uzunluğu veya kısalığı buna dayalı olayların sürelerine bağlı olarak değişkenlik gösterir. Örneğin, aşırı yağış devam ettiği sürece belli bir güzergahın kullanılması yasaklanabilir. Aynı şekilde, güvenlik bölgesi ilanı da genelde belli bir alan hakkında belli bir süre için uygulanmaktadır. Her ne kadar 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'nda süre yönünden sınırlama konulmamişsa da güvenlik bölgelerinin kurulması ve kaldırılması konusunda idareye yetki verilmiş olduğundan, bunların belli süreli olabileceği sonucu çıkartılabilir. Genel kararların süreli olması ise, bir kez uygulanmakla tükenmek özelliğine aykırılık teşkil etmez. Bu tür işlemlerde süre, örneğin trafik ışıklarında anlık olarak ortaya çıkarken, grev yasağı gibi işlemlerde daha uzun bir zaman dilimine yayılabilmektedir.

Birel işlemler gibi genel kararlar da soyut durumların değil somut durumların düzenlenmesini konu alır<sup>50</sup>. Bununla beraber ayrık olarak bazı işlemler muhatabı itibariyle birel işlem niteliğindedeyken, konusu itibariyle soyut nitelikte olabilir<sup>51</sup>. Örneğin belli bir haneye yönelik olarak evinin önünde oluşan buz tabakasını tuzlama zorunluluğu getirilmesi bu yönde bir işlem olarak görülmektedir<sup>52</sup>. Buradaki soyutluk, buzlanma olayının ne zaman meydana geleceğinin belirsiz olmasıdır.

Bazı işlemler ise hem birel işlem hem genel karar şeklinde ortaya çıkabilme imkanına sahiptir. Burada ayırıcı unsur, işlemin muhatablarının belli olup olmamasıdır. Örneğin, trafik polisinin tek bir araca geçme işareti vermesi durumunda birel işlem, birden fazla araca geçme talimatı vermesi durumunda genel karar söz konusudur. Keza, belli bir bireye gece sokağa çıkma sınırlaması uygulanması durumunda birel işlem, buna karşın belli bir mahalle için bu sınırlamaya karar verilmesi durumunda genel karar söz konusudur. Dolayısıyla, genel karara konu işlemin muhatabının belli olması durumunda, esasında birel işlemin varlığından söz edilmelidir.

Genel kararlar, bir kez uygulanmakla tükenen işlemler olmakla beraber bu kararlar kapsamında yeni birel işlemlerin tesisi söz konusu olabilmektedir. Örneğin, afet bölgesi veya güvenlik bölgesi ilan edilen alanda taşınmazına ulaşamayan kişinin zararının karşılanmasına karar verilmesi, bir birel

---

<sup>49</sup> Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 77.

<sup>50</sup> Akyılmaz, *op.cit.*, s. 50; Gözler, *op.cit.*, s. 772-773.

<sup>51</sup> Hartmut Maurer, *Droit Administratif Allemand*, (Traduit par Michele Fromont), LGDJ, Paris, 1964, s. 192 (Nakleden-Gözler, *op.cit.*, s. 773).

<sup>52</sup> Münster Yüksek İdare Mahkemesi, OVGE, C. 16, s. 289 (Maurer'den nakleden-Gözler, *op.cit.*, s. 773); Bununla beraber, somut olay bakımından verilen örneğin birel işlem yönünün ağır bastığı düşünülmektedir.

işlem niteliğindedir<sup>53</sup>. Ayrıca, 2565 sayılı Kanun'un 21. maddesinin a) bendinde güvenlik bölgesi "içindeki gerçek ve tüzelkişilere ait mallar"ın kamulaştırılabileceği düzenlenmiştir. Bu kamulaştırma işlemlerini de genel karar kapsamında tesis edilen birel işlemler olarak değerlendirmek mümkündür.

Birel işlemde olduğu gibi genel kararda da idari makam aldığı karar ile sayıları belli ya da belirlenebilir kişileri somut bir durum kapsamında belli bir davranışa yöneltme amacındadır<sup>54</sup>. Bireyin beklenen somut davranışa aykırı hareket etmesi durumunda tesis edilen yeni işlem, genel karar değil birel işlem niteliğindedir. Örneğin yıkılmakta olan bir yapıya girilmesinin yasaklanması durumunda idarenin yapıya girmeye çalışan kişilere yaptırım uygulaması, birel işlem şeklinde gerçekleşmektedir. Ayrıca, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 74. maddesine göre, orman idaresinin göstereceği lüzum üzerine mahallerinin en büyük mülki amirleri, yangın gibi fevkalade hallerde ormanlara girmeyi men ve oralardaki her türlü işlerin tatilini emredebilirler. Bu emirler, soyut ve aynı zamanda bir kez uygulanmakla tükenen işlemler olduklarından genel karar niteliğinde kabul edilebilir. Bu tedbirlere riayet etmeyenlere, 6831 sayılı Kanun'un 107. maddesine göre mahallin en büyük mülki amiri tarafından Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesine göre idarî para cezası verileceği öngörülmüştür. Bu cezalar da genel karar kapsamında tesis edilen yeni birel işlemler olarak değerlendirilebilir.

## **B. Genel Kararın Düzenleyici İşlemlerden Ayırt Edilmesi**

Düzenleyici işlemler, muhatapları ismen belli olmayan, bir kez uygulanmakla tükenmeyen, soyut kurallardan oluşan işlemlerdir. Devolvé'ye göre bir düzenleyici işlemin diğer işlemlerden ayırt edilmesi için söz konusu işlemin bir kamu hizmetinin düzenlenmesine ilişkin olması veya genel ve soyut kurallar koyması gerekir<sup>55</sup>. Düzenleyici işlemler genelde statüler oluştururlar ve bu düzenleyici işlemin kapsamına giren herkese aynı şekilde uygulanırlar. Özey'in deyiimiyle düzenleyici işlemler, "belli kişilere değil, belli bir alana yönelmiştir ve bu alan içerisinde bulunan kişileri aydınlattığı gibi bu alana girecek olan kişileri de geçici ya da sürekli olarak aydınlatır"<sup>56</sup>.

Yöneldiği kitle üzerindeki etkisi yönünden bir düzenleyici işlem prensip olarak, her zaman ve her yerde (*erga omnes*) uygulanabilirken, genel kararlar sadece belirli bir süre için ve sadece yönelmiş olduğu grup hakkında

---

<sup>53</sup> Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 10.09.2013, E. 2013/549, K. 2013/4734 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> - 16 Nisan 2018).

<sup>54</sup> Akyılmaz, *op. cit.*, s. 50.

<sup>55</sup> Delvolvé, *op.cit.*, s.118.

<sup>56</sup> Özey, *op.cit.*, s. 445.

uygulanabilir<sup>57</sup>. Örneğin “kar kalınlığının belli bir sınırı aşması durumunda okulların iki gün tatil edileceğine yönelik” kural bir düzenleyici işlem niteliğindedir, “Ankara’da bu limitin aşılması durumunda iki günlüğüne tatil kararı verilmesi” bir genel karar olarak kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Burada karar hem belirli bir gruba yönelmektedir (Ankara’daki okullarda okuyan öğrenciler) hem de belli bir süre için (iki gün) yönelmektedir<sup>59</sup>.

Düzenleyici işleme, işlem kapsamındaki herkes için genel ve objektif kurallar konulmakta ve bu kurallar herkes için aynı şekilde uygulanmaktadır. Ulusoy’a göre ise düzenleyici işlemler için belirleyici olan özellik soyutluk değil genelliktir<sup>60</sup>. Yazar, bu yüzden somut nitelikte işlem şeklinde gördüğü imar planlarını, genele yönelik olmaları nedeniyle düzenleyici işlem olarak değerlendirmektedir<sup>61</sup>. Buna göre işlem somut olsa bile genel kural koyucu özellik taşıyorsa birel değil düzenleyici işlem olarak kabul edilmelidir. Yazar, bu açıklamalar çerçevesinde bir bölgenin “afete maruz bölge” ilan edilmesi, bir caddenin tek yön olması veya üniversite idaresince geçme notunun 60’dan 70’e çıkarılmasına dair işlemleri düzenleyici işlem olarak kabul etmektedir<sup>62</sup>. Esasında soyut nitelikte olan ve kural koyan işlemler düzenleyici işlem, somut nitelikte olan ve kural koyan işlemler ise genel karar olarak kabul edilmelidir. Ulusoy ise, bu işlemler için genel karar ifadesini kullanmamakta ve bunları düzenleyici işlem olarak ifade etmekte böylece somut nitelikte olan ve kural koyan işlemleri genel karar olarak ifade edenlerden ayrılmaktadır.

Düzenleyici işlemi belirleyen nitelik, genellik yani genel kural/norm koyucu nitelikte olmasıdır. Bu bakımdan, belirli bir duruma ilişkin olmama yani soyutluk, düzenleyici işlemin esas niteliği olarak değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla somut nitelikte olmasına rağmen genel kural koyma niteliğine sahip işlem, düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Sonuç olarak Ulusoy, diğer yazarlardan farklı olarak somut bir duruma ilişkin olmasına rağmen kural koyma niteliğinde olan işlemleri düzenleyici işlem olarak kabul etmektedir<sup>64</sup>.

Başta dönülecek olursa, bir işlem somut ancak genel kural koyucu nitelikte değilse birel işlem; soyut ve kural koyucu nitelikte ise düzenleyici işlemdir. Bu bakımdan genel kararların somut olduğunu, bunlarla belli bir duruma ilişkin

---

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> Söz konusu örnek Karahanoğulları’ndan alınmıştır, ancak yazar genel karar olarak nitelendiğimiz durumu birel idari işlem olarak kabul etmektedir. Karahanoğulları, *op.cit.*, s. 170.

<sup>59</sup> Bu arada düzenleyici işlemlerin de kısa süreli olması ihtimal dahilindedir. Ancak, burada düzenleyici işlemlerin mahiyetlerine ilişkin olarak genel bir değerlendirme yapılmaktadır.

<sup>60</sup> Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2019, s. 280-281.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> Ulusoy, *op.cit.*, s. 281.

norm konulduğunu ifade etmek mümkündür. Bu sonuç aynı zamanda, genel kararın birel ve düzenleyici işlem den aldığı özellikleri de ortaya koymaktadır. Düzenleyici işlemler, genel, bir kez uygulanmakla tükenmeyen, soyut kural koyucu nitelikte işlemler iken; genel kararlar, genel, bir kez uygulanmakla tükenen buna karşın somut bir duruma ilişkin özel bir norm koyan işlemlerdir<sup>65</sup>. Buradaki somut duruma ilişkin olma ile bir kez uygulanmakla tükenme özelliklerinin ise birel işlem den alındığı dikkat çekmektedir.

Düzenleyici işlemler ile genel kararlar “genel” olmak bakımından ortak bir özelliğe sahip iken, bir kez uygulandığında tükenip tükenmeme ve konulan kuralın niteliği bakımından ayrışmaktadır. Soyut ve somut kural farkına ilişkin olarak yolların trafiğe kapatılması işlemi örnek verilebilir. Düzenleyici işlemin ortaya koyduğu soyut kuralda, belli bir husus, uzun süreler için (çoğunlukla zaman kaydı olmaksızın) belli bir kurala bağlanmaktadır: “yolların trafiğe açık olmasının esas olması”. Genel kuralın ortaya koyduğu somut kuralda ise, soyut kurala istisna getirilmekte ve bu kural kısa süreliğine askıya alınmaktadır: “yarış zamanı, yarış güzergahının üç günlüğüne trafiğe kapatılması”. Kanımızca somut olaya ilişkin kuralın özel norm olarak nitelendirilmesindeki esas neden, normun aynı zamanda sabit olmak zorunda olmamasından kaynaklanmaktadır. Zira yarış güzergahının, ihtiyaca göre üç değil, beş veya farklı sayıda gün için trafiğe kapatılması gerekebilir. Keza, mevcut durumda “üç gün” şeklinde belirlenen kural, başka bir yarış için “beş gün” şeklinde ortaya çıkabilir. Bu arada söz konusu askıya alma işlemi, düzenleyici işlemin değiştirildiği veya yürürlükten kaldırıldığı anlamına gelmemektedir<sup>66</sup>. Soyut kural, somut kuralların (genel kararların) ihdası için varlığını sürdürmeye devam etmek durumundadır.

Genel kararın bir diğer özelliği ise beklenmedik olayların vukuu halinde bir ihtiyaç ve tedbir olarak bu işleme başvurulmasıdır. Kar yağışının ulaşımı zora sokması durumunda, okullar için kar tatili kararı verilmesi örneğinde böyle bir durum söz konusudur. Buna karşın düzenleyici işlemler oluşturulmasındaki amaç ani veya kısa süreli ihtiyaçların değil sürekli ihtiyaçların karşılanmasıdır.

Düzenleyici işlem için başlıca şekil şartı yazılılık olmasına rağmen genel kararlar yazılı veya sözlü şekilde açıklanabilecekleri gibi sesle (trafik polisi düdüğü) hareketle (geç-dur-kalk komutları) hatta görsel araçlarla da (trafik ışıkları) açıklanabilmektedir<sup>67</sup>. Düzenleyici işlemler yayımlanarak yürürlüğe girerken, genel kararlar daha ziyade ilan yoluyla yürürlüğe girmektedir. Dolayısıyla duyurulmaları açısından bir benzerlik olduğu ifade edilebilir. Ancak Danıştay, güvenlik bölgesi kurulması ve kaldırılması kararlarının yayınlanmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir. Bu açıdan, Danıştay’ın

---

<sup>65</sup> Akyılmaz, *op.cit.*, s. 49; Mükbil Özyörük, *İdare Hukuku Ders Notları*, Teksir, 1972-1973, s. 10-11

<sup>66</sup> Frier ve Petit, *op.cit.*, s. 80.

<sup>67</sup> Özey, *op.cit.*, s. 433.

bu işlemleri düzenleyici işlem olarak görmediği sonucu çıkarılabilir. Ancak bu işlemlerin duyurulmasında tebliğ de söz konusu olmadığından, birel işlem olarak görülmediği sonucu da çıkmaktadır.

Genel kararlar haklarında etki doğurdıkları bireyler bakımından kazanılmış hakka neden olmamak bakımından da düzenleyici işlemler ile benzerlik gösterirler. Bu yüzden her zaman değiştirilebilirler<sup>68</sup>. Bu bakımdan genel kararın alınmasında karar veren idari makamın bir takdir yetkisine sahip olduğu da belirtilebilir.

#### IV. GENEL KARARLARIN YARGISAL DENETİMİ

Anayasanın 125. maddesi idarenin bütün eylem ve işlemlerine yargı yolunu açtığına, genel kararlar da idare tarafından yapılan tasarruflar sonucunda tesis edilen işlemler olduğuna ve Anayasanın herhangi bir hükmü bu tür işlemler için bir yargılama muafiyeti tanımadığına göre bu tür işlemlerin de idarenin bütün işlemleri gibi yargı denetimine tabi olduğu açıktır. Bununla beraber genel kararların birel işlem mi yoksa düzenleyici işlem mi olarak kabul edilmesi gerektiği noktasında ihtilaf bulunduğundan, bu kararların hukuki nitelendirmesinde ve hukuki rejimlerinin belirlenmesinde de tereddütler ortaya çıkmaktadır. Konu hakkında, bu tür işlemlerin birel işlem olarak kabul edilmesi ve birel işlemin hukuki rejimine tabi tutulması görüşünü savunanlar<sup>69</sup> olduğu gibi bu tür işlemlerin yargısal denetiminin mümkün olmadığını düşünenler de bulunmaktadır<sup>70</sup>.

Frier ve Petit, genel karar niteliğindeki işlemlerin düzenleyici işlem olmadıkları için haklarında hukuka aykırılık savı ileri sürülemediğini<sup>71</sup>, yine birel işlem de olmadıkları ve ismen belirli kişi veya nesnelere hedef almadıkları için iptal davasının koşullarını sağlamadıklarını ileri sürmektedirler<sup>72</sup>. Ancak, bahsi geçen yazarların kullandığı temel örneğin kamu yararı kararı olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim Danıştay da kamu yararı kararlarının tek başına dava konusu edilmesini kabul etmemekte, ancak kamulaştırma işlemi hakkında açılan iptal davasında kamu yararı kararının da hukuka aykırılığının ileri sürülebileceğini kabul etmektedir<sup>73</sup>.

Benzer şekilde de Erkut da genel kararlarda iradenin açıklanması ile işlemin tükenmesi aynı anda gerçekleştiğinden bitmiş, tükenmiş bir işlemin iptal

---

<sup>68</sup> Sancakdar, *op.cit* s. 308; Özyay, *op.cit*, s. 433.

<sup>69</sup> Karahanoğulları, *op. cit.*, s. 170; Özyay, *op. cit.*, s. 434.

<sup>70</sup> Erkut, *op. cit.*, s. 30.

<sup>71</sup> Frier ve Petit, *op.cit*, s. 80.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Danıştay 6. Dairesinin Kararı, E. 2004/718, K. 2007/454, T.30.01.2007 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 4 Şubat 2020); Ayrıca bkz. Danıştay 6. Dairesinin Kararı, E. 2000/2996, K. 2001/1909, T. 18.09.2001 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 4 Şubat 2020).



davasına konu olmasının düşünülmemeyeceğini ve böyle bir davada elde edilebilecek bir hukuki sonuç da bulunmadığını ileri sürmektedir<sup>74</sup>. Ayrıca bu işlemleri hazırlık işlemine benzeterek, bunlardan kaynaklanan idari işlemlerin iptali talep edilirken, bu işlemlerin de hukuka aykırılıklarının ileri sürülebileceğini öne sürmektedir<sup>75</sup>. Ancak bu tespitin de trafik polisinin işaretleri ve trafik lambaları temelinde verildiğini belirtmek gerekir<sup>76</sup>. Buna karşın, bütün genel kararlarda, iradenin açıklanması ile hukuki sonuç aynı anda gerçekleşmemektedir. Örneğin, sit alanı ilanı, turizm merkezi ilanı gibi işlemlere karşı iptal davası açmak mümkündür<sup>77</sup>. Ayrıca trafik ışıkları bir kez uygulanmakla tükenmek sonucunu doğurduğundan genel karar olarak nitelendirilebilirken, aynı sonucun trafik levhaları için geçerli olmadığını belirtmek gerekir. Zira, trafik levhalarının etkisi uygulanmakla tükenmek sonucunu doğurmamakta ve herkes için devam eden bir hukuki sonuç ortaya koymaktadır. Bu yüzden de bu tür işlemler, genel karardan ziyade düzenleyici işlemin özelliklerini taşımaktadır. Bu yönleriyle de düzenleyici işlemin hukuki rejimine tabi tutulmalarının daha isabetli olacağı ifade edilmektedir<sup>78</sup>.

Yargı organları ise, genel karar mahiyetindeki işlemleri denetlerken çoğunlukla bu işlemleri ya düzenleyici işlem ya da birel işlem kategorilerinden birine dahil ederek denetlemeye çalışmaktadır. Örneğin *Société française des revus*<sup>79</sup> kararında Conseil d'Etat, bazı yayınların küçüklere satılmasını yasaklayan bakanlık kararını birel işlem olarak değerlendirmiştir. Yine aynı mahkeme, genel karar olarak değerlendirilen, bir kamu hizmetinin düzenlenmesine veya bir kamu hizmetinin ortadan kaldırılmasına yönelik kararları, düzenleyici işleme benzeterek bunların hukuki rejimine tabi tutmuştur<sup>80</sup>.

Benzer yönde eğilime bizim hukukumuzda da rastlanmaktadır. Örneğin, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'na dayalı olarak verilen belli bir bölgeyi "turizm merkezi" olarak ilan etme kararı, Gözübüyük ve Tan tarafından genel

---

<sup>74</sup> Erkut, *op.cit.*, s. 30

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Erkut, *op.cit.*, s. 30; Akyılmaz, *op.cit.*, s.53-54 (180 no'lu dipnot).

<sup>77</sup> Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. 22.12.1997, E. 1994/90, K. 1997/6041 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 4 Şubat 2020); Danıştay 14. Dairesinin Kararı, T. 12.04.2017, E. 2017/589, K. 2017/2258 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 4 Şubat 2020); Danıştay 14. Dairesinin Kararı, T. 14.10.2015, E. 2014/285, K. 2015/yok (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 4 Şubat 2020).

<sup>78</sup> Akyılmaz, *op.cit.*, s. 53; Emre Can, *İdari İşlemi Şekil Unsuru*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 275.

<sup>79</sup> Conseil d'Etat, 19 Ocak 1990, *Société française des revus*, AJ, 1990, s. 990 (Nakleden-Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, *op. cit.*, s. 531).

<sup>80</sup> Sırasıyla, Conseil d'Etat, 13 Haziran 1969, *Commune de Clefey*, AJ 1969, s. 308 ve Conseil d'Etat, 5 Temmuz 1989, *Mme Saubot*, D 1991, s. 159 (Nakleden-Chapus, *op. cit.*, s. 531)

karar olarak değerlendirilmektedir<sup>81</sup>. Danıştay Altıncı Dairesi ise bu kararı düzenleyici işlem niteliğinde görmemiştir. Ancak aynı konuda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, “... turizm merkezi ilanına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının (karar ile belirlenen bölgeye yönelik olarak yerel nitelikte) düzenleyici işlem olduğu(nun) tartışmasız”<sup>82</sup> olduğunu ifade ederek, işlemi, düzenleyici idari işlemlerin hukuki rejimine tabi tutmuştur. Bunun dışında, bazı yazarlar tarafından bir genel karar örneği değerlendirilen imar planları<sup>83</sup> da, Danıştay<sup>84</sup> ve Uyuşmazlık Mahkemesi<sup>85</sup> kararlarında düzenleyici işlem olarak kabul edilerek bu türün hukuki rejimine tabi tutulmaktadır.

Karahanoğulları’na göre ise genel kararların yargısal denetiminde – örneğin iptal davası açılmasında sürenin belirlenmesinde – hukuki rejimleri birel idari işlemlerinki ile bir kabul edilerek denetim yoluna gidilmelidir<sup>86</sup>. Özay da genel kararların ancak birel işlemlerle gerçekleşebileceğini ileri sürerek, yargısal denetimde birel idari işlemin hukuki rejimini işaret etmektedir<sup>87</sup>. Yazarların söz konusu görüşlerinin kabul edilebilir yönleri bulunduğunu ifade etmek gerekir. Zira, genel kararda işlemin muhatabı ismen zikredilmese de, sayıları belli ya da belirlenebilir birden fazla kişiye yönelik bir işlem söz konusudur. Bu yüzden de genel kararlar, yöneldiği kişiler bakımından çoğunlukla birel işlem sonucu doğurabilmektedir<sup>88</sup>. Bu kişiler de işleme karşı, haklarında birel işlem tesis

---

<sup>81</sup> Gözübüyük ve Tan, Sermaye Piyasası Kanununun 22. maddesine dayalı olarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan özel nitelikli kararları genel karar örneği olarak ele almaktadır. Gözübüyük ve Tan, *op. cit.*, s. 326-327.

<sup>82</sup> Danıştay İDDGK Kararı, T. 11.11.2004, E. 2004/741, K.2004/1854, Danıştay Dergisi, Sayı 109, s. 55 vd. (Nakleden- Gözübüyük, Tan, *op. cit.*, s. 326-327) .

<sup>83</sup> Özay karma işlem niteliği taşısalar da imar planlarının düzenleyici işlem olarak nitelendirilmeleri gerektiğini belirtmektedir. Özay, *op. cit.*, s. 429; Tekinsoy da imar planlarının soyut ve genel olduğunu ancak belli bir nesneyi hukuken hedef aldığını belirtmektedir. Bu özellikler genel kararın özellikleri ile de benzerlik taşımaktadır. Ayhan Tekinsoy, “İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planının İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara, 2008, s. 52.

<sup>84</sup> Danıştay İDDK Kararı, T.15.12.2005, E. 2005/2477, K. 2005/2822 6041 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 19 Ocak 2020); Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 09.07.2003, E. 2003/1712, K. 2003/4221 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 19 Ocak 2020); Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 21.03.1988, E. 1987/1369, K. 1988/416 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 19 Ocak 2020).

<sup>85</sup> “...mülkiyet hakkına getirildiği söylenen kısıtlamanın, taşınmazın malikleri yönünden zarar doğurucu sonuçlarının olabileceğinde kuşku yoktur. Ancak bu sonuç ya da sonuçlar, *genel ve düzenleyici nitelikte bir idari işlem olan imar planında taşınmaza yönelik belirlemenin bu planda öngörülen kamulaştırma programlarının zamanında yapılmamasından...*” Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, T. 11.11.2013, E. 2013/1288, K. 2013/1563 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 19 Ocak 2020).

<sup>86</sup> Karahanoğulları, *op.cit.*, s. 170.

<sup>87</sup> Özay, *op.cit.*, s. 434.

<sup>88</sup> Sezginer, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri”, *op.cit.*, s. 1614.

edilmiş gibi dava açabilmektedirler. Örneğin yukarıda da bahsi geçen Danıştay kararında, EPDK kararına karşı açılan davada böyle bir anlayışın benimsendiği görülmektedir.

Yukarıdakine benzer şekilde Danıştay'ın verdiği Bakanlar Kurulu'nun grev erteleme kararı örnek olarak verilebilir. Liman-İş Sendikası, T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne bağlı işyerlerinde uygulanmakta olan grevlerin milli güvenliği ve genel sağlığı bozucu nitelikte olduğu iddiasıyla 60 gün süreyle ertelenmesine ilişkin 16.10.1995 tarih ve 95/7379 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın; güvenoyu alamamış ve istifa etmiş olan Bakanlar Kurulunun grev erteleme konusunda yetkisiz olduğu, grevin genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte olmadığı gerekçesiyle iptalini talep etmiştir. Burada Liman-İş Sendikası'nın birel işlem tesis edilmiş gibi dava açtığı görülmektedir. Mahkemeye göre kanuni bir grevin genel sağlığı bozucu nitelikte olduğunun kabul edilebilmesi için, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların söz konusu olması gerekir. Danıştay da bir grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerektiğini belirtmiş, grevin uygulandığı işyerlerinin ve yapılan işlerin niteliği dikkate alındığında ertelenen grevin kanunda öngörülen anlamda milli güvenliği ve genel sağlığı bozucu nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır. Bu yüzden, dava konusu edilen 95/7379 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğüne bağlı limanlarda davacı Sendika tarafından uygulanan grevin ertelenmesine ilişkin kısmının iptaline karar vermiştir<sup>89</sup>.

Genel karar mahiyetindeki işlemin birel işlemin mi yoksa düzenleyici işlemin mi hukuki rejimine tabi tutulacağı, uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin tespiti açısından da önem taşımaktadır. Bilindiği üzere, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde bakanlıkların ülke düzeyinde uygulanacak işlemlerine karşı açılacak iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da açılması öngörülmektedir. Bu hüküm kapsamında, bir davanın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da karara bağlanabilmesi için, dava konusu işlemin düzenleyici ve ülke düzeyinde uygulanacak nitelikte olması gerekmektedir. Bu hususta, Adalet Bakanlığının 07.08.2014 tarihinde "Avukatlık Mesleğinden İdari Yargı Hakim Adaylığına Geçmek İsteyenler İçin Yapılacak Yazılı Sınav İlanı" şeklindeki kararına karşı açılan dava örnek olarak verilebilir. Burada dava açılan hususun bir "sınav ilanı" olduğu ve hem ilanının hem de sınavın, sayıları belli kişilere uygulanacak ve uygulanmakla tükenecek

---

<sup>89</sup> Danıştay 10. Dairesinin Kararı, T. T. 15.10.1997, E. 1995/6497, K. 1997/3777 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 21 Ocak 2020).

nitelikte bir işlem olduğu dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, bu işlemin genel karar olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Nitekim, Danıştay da bakanlıkların ülke düzeyinde uygulanacak işlemleri için kendisinde dava açılabilceğini ve söz konusu ilanın düzenleyici işlem mahiyetinde olmadığı değerlendirmesini yaparak davanın görev yönünden reddine karar vermektedir: *“Bu duruma göre; ülke çapında uygulanacak genel düzenleyici bir işlem niteliğinde olmayan dava konusu işlemlere karşı açılan iş bu davanın, 2575 sayılı Kanun’un 24/1-c maddesi kapsamında ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da görülecek davalar arasında yer almaması nedeniyle genel görevli idari yargı mercii olan idare mahkemesinde görülüp çözümlenmesi gerekmektedir”*<sup>90</sup>. Danıştay benzer şekilde Yüksek Öğretime Geçiş Sınavı’nın iptali istemiyle açılan davayı da kendi görev alanında görmemiştir<sup>91</sup>.

Danıştay, söz konusu işlemlerin düzenleyici işlem olmadığını belirtmiş ancak hangi işlem olduklarını da açıklığa kavuşturmamıştır. Zira Danıştay bahsi geçen kararında<sup>92</sup> açıkça *“bu düzenleme uyarınca bir davanın ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da karara bağlanabilmesi için, dava konusu işlemin düzenleyici nitelikte bir idari işlem olması gerekmektedir”* demektedir. Yüksek Mahkeme bununla da yetinmemekte ve söz konusu ilanın, düzenleyici işlemin özelliklerini de taşımadığını vurgulamaktadır. Zira Danıştay’a göre, *“düzenleme yetkisini kullanarak tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemleri yapan idarenin bir işleminin «düzenleyici» nitelik taşıdığı kabul edilebilmesi için, söz konusu işlemin sürekli, soyut, nesnel, genel durumları belirleyen ve gösteren hükümler içermesi”* gerekmektedir. Danıştay ayrıca söz konusu ilanla *“hukuk düzenine yeni bir kural getiren, ya da var olan bir kuralı değiştiren veya kaldıran genel düzenleyici bir işlem”*in söz konusu olmadığını da ayrıca vurgulamaktadır. Bununla beraber Danıştay’ın söz konusu işlemi birel işlem olarak görmediğini de *“öte yandan, bazı idari işlemlerin “genel” olmalarına karşın, düzenleyici işlem niteliğinde olmadıklarını da belirtmek gerekir”* cümlesindeki “genel” vurgusundan çıkarmak mümkündür. Sonuç olarak Danıştay, söz konusu işlemi birel işlem olarak değerlendirmese de davayı ilk derece mahkemelerinin görev alanında görerek birel işlemlerin hukuki rejimine tabi tutmuş görünmektedir. Buna ilişkin olarak tek dayanak da işlemin yüksek mahkeme tarafından düzenleyici işlem olarak değerlendirilmemiş olmasıdır.

---

<sup>90</sup> Danıştay 6. Dairesinin Kararı, T. 30.09.2014, E. 2014/7668, K. 2014/5994 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 21 Ocak 2020).

<sup>91</sup> Danıştay 8. Dairesinin Kararı, T. 08.04.2011, E. 2011/2745, K. 2011/2044 (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> – 21 Ocak 2020).

<sup>92</sup> Bu paragrafta, önceki paragrafta verilen ilk karar örneğinden yola çıkılarak değerlendirmelere gidilmektedir (Bkz. D.10.D, T. 30.09.2014, E. 2014/7668, K. 2014/5994).

Yukarıda verilen örneklerde ve yargı kararlarında görüldüğü üzere, genel karar için birel ve düzenleyici işlemlerinkine benzer yeknesak bir hukuki rejim tayin etmek zor görünmektedir. Bu kapsamda çalışmada görüşleri verilen yazarlara benzer şekilde, “genel kararın hukuki rejimi bu olmalıdır” şeklinde bir vurgu da uygulama ve somut örnekler karşısında yetersiz kalabilmektedir. Bu yüzden genel karara konu işlemin mahiyetinin yargı makamlarınca yapıldığı üzere her somut olayda tekrar değerlendirilmesi ve buna göre hukuki rejim tayinine gidilmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir. Yargı makamları tarafından somut olaya göre yapılan değerlendirmelerin eksik olduğu ve hatta izaha ihtiyaçları bulunduğu şeklinde eleştiriler ileri sürülmesi mümkün olsa da, somut olaya göre hukuki rejim tayini şeklindeki yöntemde bir yanlışlık bulunmasa gerekir.

Son olarak, yukarıda yer verilen açıklamalardan şu şekilde bir çıkarımda bulunmak mümkündür. Genel karar, genele yönelik olması, muhataplarının ismen belli olmaması itibarıyla düzenleyici işlemle benzerlik göstermektedir. Ancak hukuki rejimi itibarıyla düzenleyici işlemle değil daha ziyade birel işlemle benzerlik göstermektedir. Zira düzenleyici işlemler prensip olarak uzun süreler boyunca yürürlükte kalmakta ve yeni birel işlemlerin tesisine imkan vermektedir. Bu yeni birel işlemlerin tesisi de, düzenleyici işlemin tekrar dava konusu olmasına imkan sağlamaktadır. Buna karşın genel karar, yine prensip olarak, bir kez uygulanmakla tükendiklerinden, dava açma süresi dolduktan sonra tekrar dava konusu edilememektedir. Bu arada, yukarıda yer verildiği üzere, genel karara dayalı olarak birel işlem tesis edilmesi mümkündür. Ancak, bu işlemler de çoğunlukla genel kararın yürürlükte bulunduğu süre içerisinde tesis edilmektedir ve dava açma süresinin yeniden canlandırılması bakımından düzenleyici işlemlere benzer bir hukuki rejime vücut vermemektedir. Ancak genel karar olarak kabul edilen bazı işlemler için bu değerlendirmenin yetersiz kalabildiğini ifade etmek gerekmektedir. Zira, genel karar olarak görülen imar planlarında, dava açma süresi bakımından da düzenleyici işlemin hukuki rejiminin uygulanabileceği açıktır. Bu bakımdan, Danıştay’ın imar planlarını düzenleyici işlem olarak değerlendirmesinin isabetli bir yaklaşım olduğu düşünülmektedir.

## SONUÇ

Muhatabı belli bir kişi olmamakla birlikte belirli veya ortak özellikleri sebebiyle belirlenebilir nitelikte birden fazla kişi olan ancak somut bir durumu düzenleyen işlemler genel karar olarak nitelendirilebilir. Çünkü muhatabı belli olmayan ve soyut durumları düzenleyen işlemler düzenleyici işlem olarak kabul edilmektedir. Düzenleyici işlemler uygulanmakla tükenmemekte, buna karşın genel kararlar kural olarak uygulanmakla tükenmektedir. Ayrıca, birel işlemlerin kaynağında çoğunlukla bir düzenleyici işlem bulunmaktadır. İstisnalarına yukarıda değinilmiş olmakla birlikte kural olarak, genel kararlar somut duruma özgü olduklarından bunlara dayalı birel işlemler tesis edilememesi gerekir.

Genel karar, karma nitelikte bir işlem mahiyeti taşıdığından hem düzenleyici hem de birel işlemin özelliklerini taşımaktadır. Birçok işlem türü genel karar olarak nitelenmekle beraber bunlar için ortak bir hukuki rejimin tayin edilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. Bu işlemler için çoğunlukla örnekler ve somut olaylardan hareket edilerek rejim tayinine gidildiği ifade edilebilir. Başka bir ifadeyle, düzenleyici veya birel işlem olmaya bağlı hukuki sonuçlar, genel kararlar açısından işlemin ağır basan niteliğine göre değerlendirilmektedir. Hatta bazı genel kararların yapılmakla beraber etkisini gösterdiği gerekçesiyle yargısal denetimden muaf olması gerektiği de ileri sürülen görüşlerdendir. Yargı organları ise genel karar mahiyetindeki işlemlerden doğan uyuşmazlıkları, duruma göre bu işlemleri birel ya da düzenleyici işlemin hukuki rejimine tabi tutarak çözmeye çalışmaktadır. Ancak yargı organlarının, genel kararı, birel ya da düzenleyici işlemlerden hangisinin hukuki rejimine tabi tutmak konusunda hakim eğilim içinde bulunduğunu belirlemek de olası görünmemektedir. Zira çalışmada görüldüğü üzere bu eğilim, küçüklere yayın satışı, turizm bölgesi ilanı, imar planı gibi hususlarda düzenleyici işlemde yana kendini göstermekteyken; EPDK kararı, grev erteleme kararı ve sınav ilanı gibi işlemlerde birel işlemde yana kendini göstermektedir.

Yukarıda da değinildiği üzere, genel kararlar ortak özellikleri itibarıyla belirlenebilir sayıda kişiye hitap etmekle birlikte norm/kural koyma niteliğinde olmayan somut durumlara özgü kararlar olarak ifade edilebilir. Düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminde bunların bazı durumlarda ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesi söz konusu olmaktadır. Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere genel kararlarda uygulanmakla tükenen somut bir durum düzenlenmektedir. Bu nedenle de bunların yargısal denetiminin ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir. Ancak yukarıda örneği verildiği üzere, bu husus Danıştay tarafından yapılacak değerlendirmeye bağlıdır. Danıştay'ın genel karar mahiyetindeki

bir işlemi düzenleyici işlem olarak nitelendirmesi ve söz konusu düzenleyici işlemin Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı uyuşmazlıklardan biri olarak önüne getirilmesi durumunda, yüksek mahkemenin bu işlemin yargısal denetimini gerçekleştirmesi gerekecektir.

Dava açma süresi açısından genel kararda, bireylerin hukuki durumlarını etkileyen bir karar söz konusu ise tebliğ, ilan veya öğrenme tarihinden itibaren dava açma süresinin işlemeye başlatılması mümkündür. Burada bireylerin hukuki durumlarını etkileyen genel karar şeklindeki idari işlemin, mahiyeti gereği muhatabına hangi şekilde duyurulması gerekiyorsa (yazılı bildirim, ilan veya başka bir surette öğrenme) dava açma süresinin buna göre hesaplanması gerekir. Son olarak dava açma süresi açısından spesifik olarak genel kararın niteliğine göre ilgili mevzuat bu işlemin ilgililerine ne şekilde duyurulmasını öngörmekte ise dava açma süresinin buna göre hesaplanması gerektiği ifade edilmelidir.

#### KAYNAKÇA

- **AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil**, *Türk İdare Hukuku*, 10. b., Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- **CHAPUS René**, *Droit Administratif Général*, Tome 1, Montchrestien, 15. Baskı, Paris, 200.
- **AKYILMAZ Bahtiyar**, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- **CAN Emre**, *İdari İşlemi Şekil Unsuru*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- **CHAPUS René**, *Droit Administratif Général*, Tome 1, Montchrestien, 15. Baskı, Paris, 2001.
- **DELVOLVE Pierre**, *l'acte administratif*, Extrait du répertoire de contentieux administratif, Dalloz, Sirey, 1983.
- **DURAN Lütfi**, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- **ERKUT Celal**, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, Ankara 1990.
- **FRIER Pierre-Laurent ve PETIT Jacques**, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 4e Edition, Paris, 2006.
- **GÖZLER Kemal**, *İdare Hukuku*, Cilt I ve Cilt II, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa, 2019.
- **GÖZÜBÜYÜK Şeref ve TAN Turgut**, *İdare Hukuku Cilt 1*, Genel Esaslar, Turhan kitabevi, 13. Baskı, Ankara, 2019.
- **GÜNDAY Metin**, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2017.

- **KARAHANOĞULLARI Onur**, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara, 2018.
- **ÖZAY İl Han**, *Günişliğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- **ÖZYÖRÜK Mükbil**, *İdare Hukuku Ders Notları*, Teksir, 1972-1973.
- **SANCAKDAR Oğuz**, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2019.
- **SEZGİNER Murat**, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.17, S. 1-2, Ocak-Nisan 2013, Ankara, s. 1592-1593.
- **SEZGİNER Murat**, *İptal Davasının Uygulama alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- **SINGH Mahendra P.**, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 1985.
- **TAN Turgut**, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara, 2019.
- **TEKİNSOY Ayhan**, “İmar Planlarının Hukuksal Niteliği, İmar Planının İptalinin Bu Plana Dayanılarak Verilmiş Ruhsatlar Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Ankara, 2008.
- **ULUSOY Ali D.**, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2019.
- **YAŞAR Hasan Nuri**, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İkinci Basım, İstanbul, 2014.
- **YAYLA Yıldızhan**, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- **YILDIRIM Turan**, **YASİN Melikşah**, **KARAN Nur**, **ÖZDEMİR Eyüp**, **ÜSTÜN Gül**, **TEKİNSOY Özge Okay**, *İdare Hukuku*, XII Levha Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2019.





# MASUMİYET KARİNESİ DOKTRİNİ\*

## *Doctrine of the Presumption of Innocence*

Gökhan ÇAYAN\*\*

Geliş Tarihi: 17.11.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

Masumiyet karinesi, tüm uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri tarafından, Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemiyle benzer bir biçimde, adil yargılanma hakkının unsuru olarak tanınmaktadır. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde ise ispat yükünü ve standardını belirleyen bir ilke olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık her hukuk sisteminde masumiyet karinesi, Anglo-Sakson ve Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemlerinin öngördüğü şekilde kabul edilmeyebilir. Karinenin ortak bir değer olarak kabul edilebilmesi, belirli bir düzeyde asgari mutabakat seviyesinin belirlenmesiyle mümkündür. Bu asgari mutabakat seviyesine göre karine, suç ile itham edilenleri yanlış mahkumiyetten koruma amacına hizmet eder ve kişinin, suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılmasını sağlar. Masumiyet karinesinin anlaşılabilirliği, ilkenin doğasının tespit edilmesiyle mümkündür. Bu makalede, masumiyet karinesinin doğası inceleme konusu yapılmıştır. Makalenin birinci kısmında genel prensipler, ikinci kısmında tarihi perspektif, üçüncü kısmında felsefi perspektif ve dördüncü kısmında ilkenin doktrini yer almaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Masumiyet karinesi, masumiyet karinesinin tarihi, masumiyet karinesinin felsefesi, masumiyet karinesinin doktrini, ispat yükü, delil standardı.

### ABSTRACT

The presumption of innocence is accepted by its position in all international and regional human rights treaties as a standard of fair trials, which similar to that Continental Law System. According to Anglo-Saxsons Law System, the presumption is dicribed in principle of burden and standard of proof. Whereas; the presumption of innocence in every legal systems may not be understood as a accepted by Anglo-Saxons and Continental Law Systems. A level of abstraction is necessary, for accepted to common principle, a search for the minimum standard that univrsially hold. According to this minimum standard level; the presumption has long been regarded as fundamental to protecting accused persons from wornpful conviction; and the basic principle is that the accused is to be considered innocent until proven guilty of a criminal claim. Understanding the presumption of innocence is possible with determining the nature of the rigt. In this article, the nature of the presumption of innocence is examined. There are general principles in first part, historical perspective in second part, philosophical perspective in third part and the doctrine of principle in fourth part.

**Key Words :** The presumption of innocence, history of the presumption of innocence, philosoph of the presumption of innocence, doctrine of the presumption of innocence, burden of proof, standard of proof.

\* Bu eser, 2020 yılında ebediyete intikal eden Büyükbabam Sayın RÜŞTÜ ÇAYAN'ın aziz hatrasına ithaf olunur.

\*\* Hâkim, Ankara İdare Mahkemesi; LL. M: Kırıkkale Üniversitesi, LL. B: Kırıkkale Üniversitesi, D. eP: Pazmany Peter Üniversitesi, e-posta:gcayan@yandex.com, ORCID ID: 0000-0001-8704-2884.

## GİRİŞ

Frederic Bastiat, Hukuk adlı tezinde şunları söyler: “Hukuk adalettir. Ve adalet altında herkes, gerçek değerine ve saygınlığına ulaşır. İnsanlık, ulaşılmak istenen düzeni ve barışçıl ilerlemeyi, ancak adaletin şemsiyesi altında, yavaş yavaş ama mutlaka gerçekleştirecektir<sup>1</sup>.”

1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin başlangıç paragrafında, “Millet Meclisi’ni oluşturmak üzere toplanan Fransız halkı temsilcileri, halkın uğradığı felaketlerin ve yönetimdeki yolsuzlukların başlıca nedeninin insan haklarına ilişkin kayıtsızlık, bilgisizlik veya itaatsizlik olduğunu göz önünde bulundurarak, insanın doğal, devredilemez ve kutsal haklarını resmi bir bildiri halinde belirtmeye karar vermiştir.” ifadesi yer alır.

Günümüzde uluslararası sözleşmelerle, anayasalarla ve kanunlarla tanınan masumiyet karinesi de dahil birçok hak, uzun mücadeleler sonucunda elde edilmiştir. Bu mücadeleler öyle çetindir ki geçmişten günümüze kadar yaşamış insanların tamamı şu veya bu şekilde bu hakların tanınmasına katkı sağlamıştır. Bugün gelinen noktada insan hakları, sahip olunan vazgeçilemez, devredilemez, müdahale edilemez haklar ile diğer haklar bütününü ifade eder. Modern dünya, sadece insan haklarını tanımakla kalmamış; ihlalleri önlemek, ihlal halinde hakları güvence altına almak ve ihlal eden kişi veya ülkeyi cezalandırmak amacıyla birçok ulusal ve uluslararası mekanizmayı da kurmuştur.

Fakat, insan haklarını normatif düzeyde kabul etmek ve denetim mekanizmaları kurmak, onları güvence altına almaya tek başına yeterli değildir. Zira felsefesinden, tarihinden ve sosyolojisinden koparılmış ve anlamsızlaştırılmış bir hakkın, bireylere güvence sağlayamayacağını söylemek mümkündür.

Öyle bazı haklar vardır ki bunlar, felsefi, tarihi ve sosyolojik boyutuyla diğerlerinden ayrılır. Bu haklar, uzun süren fikri ve bedeni mücadeleler sonucunda kabul edilmiş, kadim ve evrensel ilkelerdir.

Masumiyet karinesi de birçok milletin ve görüşün katkılarıyla günümüze kadar ulaşmış, hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde, şu veya bu şekilde kabul edilmiş kadim bir hukuk doktrinidir.

Böylesine kadim bir ilke ancak ve ancak tarihi, felsefi ve doktriniyle kül halinde değerlendirilebilir. Kadim ilkelere duyarsızlık, hukuk sisteminin adaletini zorlar. Hukuk sisteminin adaletini zorlamak, toplumda adalete olan inancı zayıflatır. Adalete olan inanç zayıfladığında ise hukuk sistemi, içinden çıkılmaz bir bataklığa dönüşür. Bu da zamanla topluma ve Devlet otoritesine zarar verir.

---

<sup>1</sup> TRACHSEL Stefan, Human Rights in Criminal Procedure, Oxford Yayınları 2005, s. 32.

Maalesef bugün, kadim ilkelere karşı bir duyarsızlık söz konusudur. Daha korkutucu olan nokta ise bu duyarsızlığın adalet uygulayıcıları, teorisyenleri ve ilim adamlarının büyük bir kısmına sirayet etmiş olmasıdır.

Biz bu eserimizde, normatif düzenlemelere ve mahkeme kararlarına çok atıf yapmadan, insanlık tarihinde önemli bir yer tutan masumiyet karinesini; tarih, felsefe, sosyoloji ve doktrin bağlamında incelemeye çalışacağız.

Eserimizin birinci bölümünde, masumiyet karinesinin temel kavramlarını; ikinci bölümünde, Batı Hukuku ve Türk Hukukundaki tarihini; üçüncü bölümünde, felsefi gelişimini ve dördüncü bölümünde de doktrinsel yaklaşımını ele alacağız.

## I. GENEL OLARAK MASUMİYET KARİNESİ

Masumiyet karinesine doktrinde farklı anlamlar yüklenmiştir. Karinenin tanımının, amacının, hedefinin ve doğasının ne olduğu noktasında ittifakla bir tanım vermek mümkün değildir<sup>2</sup>. En genel anlamıyla masumiyet karinesi, *suçluluğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılmamasını* ifade eder<sup>3</sup>.

Masumiyet Karinesi, Anglo Sakson hukuk sisteminde (*Anglo-Saxsons System*) “*The Presumption of Innocence*” terimiyle ifade edilmiştir. “*Innocence*” kelimesi masumiyet, “*Presumption*” kelimesi varsayım, “*The Presumption of Innocence*” tamlaması ise “masumiyet varsayımı” anlamına gelir. “*Presumption*” kelimesi, Amerikan ve İngiliz Hukukunda, hukuki ve fiili karineleri tanımlamak için de kullanılmaktadır<sup>4</sup>.

Masumiyet karinesi, tarihi epey eskiye dayanan kadim bir hukuk doktrini dir. Aşağıda ayrıntılarıyla ele alacak olmakla birlikte karinenin ilk çıkış noktası İsa’dan Önce 1792 yıllarına dayanır. Roma döneminde de basit uygulamalarına rastlanan karinenin gelişiminde Anglo- Sakson hukuk sistemi önemli bir yer tutar. Diğer taraftan, Kıt’a Avrupası Hukuk sistemi, karinenin gelişmesine yardımcı olmuştur.

---

<sup>2</sup> LAUDAN Larry, *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Birleşik Krallık 2006, s.92.

<sup>3</sup> JACKSON D. John/ SUMMERS J. Sarah, *The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Birleşik Krallık 2012, s. 200; LIPPKE Richard L., *The Presumption of Innocence in The Trial Setting*, *Tatio Juris Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 2, 2015, s.160; CAMPBELL Liz, *Criminal Labes, the European Convention on Human Rights and Presumption of Innocence*, *The Modern Hukuk Dergisi*, 76-4, 2013, s 682.

<sup>4</sup> Anılan terim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6.maddesinin 2.paragrafında “*presumed innocence*” ifadesi kullanılmaktadır. Söz konusu ifade, “masum sayılır” anlamına gelir.

Zaman içerisinde farklı anlamlar yüklenen masumiyet karinesi, bugün, sadece “suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olmadıkça kimse suçlu sayılmaz” ifadesiyle tanımlanamaz. Karinenin anlamını açıklarken ortaya çıkan ilk sorun, paradoksal doğasından kaynaklanır. Weingend’e göre masumiyet karinesinin paradoksal doğası, bir suçla itham edilen kişiyi, hayatın tecrübelerine ve insanların sezgilerine karşı korumaktır<sup>5</sup>.

Weingend’in ifadesinden hareket edecek olursak, masumiyet karinesinin işlerlik kazanması için evvela bir suç ithamının bulunması gerekir. Eğer ortada herhangi bir suç ithamı ya da ithamla bütünleşik bir durum söz konusu değilse, masumiyet karinesinin uygulama alanı bulacağını söylemek, kural olarak, imkânsız hale gelir.

O halde masumiyet karinesinin, suç işlediği hususunda şüphe duyulan kişiyi koruduğu noktasında duraksama yoktur. Karineyle korunan kişi, bir taraftan masum olduğu varsayılırken, diğer taraftan da işlendiği iddia edilen suçun makul şüphelisi olmaya devam eder. İşte tam bu noktada, masumiyet karinesinin kendisine has paradoksal çelişkisi ortaya çıkar. Bu çelişki paradoksu, teorik olarak karinenin varsayımsal ve bilişsel olmayan normatif karakteriyle açıklanabilir<sup>6</sup>.

Karinenin normatif karakteri konusunda hukuk sistemlerinde farklı görüşler mevcuttur. Kıt’a Avrupası Hukuk sistemi (*Continental System*) masumiyet karinesini, adil bir yargılama için varsayımsal başlangıç noktası olarak kabul ederken; Anglo- Sakson hukuk sistemi, prosedürel bir himaye olarak kabul etmektedir<sup>7</sup>.

Anglo- Sakson hukukunda masumiyet karinesi, adil yargılamanın unsuru olmaktan ziyade, suçluluğu makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanmadıkça kişinin, suçlu sayılmamasına hizmet eden ve ispat külfetini düzenleyen prosedürel bir ilke olarak anılmaktadır<sup>8</sup>.

Kıt’a Avrupası hukuk sisteminde masumiyet karinesi, itham edilen kişinin, Devlete ve topluma karşı korunmasını sağlayan, kişinin suçlu olduğu varsayımıyla hareket edilmesini yasaklayan ve adil yargılanma hakkının başlangıç noktası olan varsayımsal bir ilke olarak kabul edilmiştir<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> De JONG Ferry/ Van LENT Leonie, The Presumption of Innocence as a Counter Factual Principles, Utrecht Hukuk Dergisi, Sayı: 12, Haziran 2016, s. 37.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> ÇAYAN Gökhan, Adil Yargılanma Hakkı, Legal Yayınları, İstanbul 2016, s. 189; SHERMAN J. Clark, The Juror, The Citizen, and The Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgement, Criminal Law and Philos Dergisi, Sayı 8, 2014, s. 423.

<sup>9</sup> JACKSON/ SUMMERS, s. 212.

Prosedürel bir ilke mi yoksa adil yargılanma hakkının varsayımsal başlangıç noktası mı olduğu bir kenara bırakılacak olursa karinenin, yargılama öncesi ve sonrasında suçla itham edilen kişinin itibarını korumaya yönelik bir ilke olduğunu söylemek mümkündür<sup>10</sup>. Weingend'in ifade ettiği gibi suçlanan kişi, hayatın tecrübelerine ve insanların sezgilerine karşı masumiyet karinesi zırhıyla korunmuş olur<sup>11</sup>.

Masumiyet karinesi, mahkemece verilen kesin mahkûmiyet kararıyla kendiliğinden ortadan kalkar. Mahkeme kararıyla suçlu bulunan kişi, maruz kaldığı uygulama, kısıtlama ve değerlendirmelere katlanmak zorundadır<sup>12</sup>.

Belirtmek gerekir ki, hukuki anlamda karine bilinen bir şeyden bilinmeyen bir şeyin çıkarılma faraziyesidir. Ancak masumiyet karinesinde böyle bir durum söz konusu değildir. Masumiyet karinesi, yetkili makamların kişinin suçsuz olduğu varsayımı ile hareket etmesini sağlar. Bu sebeple masumiyet karinesi, hukuk alanında mevcut olan klasik karinelerle karıştırılmamalıdır<sup>13</sup>.

Aşağıda masumiyet karinesinin tarihi, felsefesi ve amaçlarını ayrıntılı bir biçimde değerlendirdikten sonra masumiyet karinesinin kapsamı ve ispat külfetlerine etkisini ele alacağımızdan, burada daha fazla ayrıntıya girmiyoruz.

## II. TARİHSEL GELİŞİMİ

Çalışmamızın bu bölümünde masumiyet karinesinin tarihi gelişimini Batı Hukuku ve Türk Hukuku açısından ele alacağız.

### A. BATI HUKUKUNDA

Batı Hukuku masumiyet karinesi tarihinin; karinenin gelişimine göre, ilk dönem, orta dönem ve yakın dönem olmak üzere üçe ayrılarak incelenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Hammurabi Kanunlarından başlayarak Magna Carta Libertatum'un kabulüne kadar geçen süreye "İlk Dönem", Magna Carta Libertatum'dan 18. yüzyıla kadar geçen süreye "Orta Dönem" ve 18. yüzyıldan günümüze kadar geçen süreye de "Yakın Dönem" adını vereceğiz.

#### 1. İLK DÖNEM

İsa'dan Önce 1792 ila 1750 yılları arasında uygulanan Hammurabi Kanunları, ispat yükünün suçlayıcıya ait olduğunu ve suç işlediği ispat edilmedikçe kimsenin suçlu olarak kabul edilmeyeceğini hüküm altına almıştır<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> TRACHSEL, s. 164; CAMPBELL, s. 684.

<sup>11</sup> De JONG/ Van LENT, s. 7.

<sup>12</sup> Ibid, s. 32; GRAY Anthony, Presumption of Innocence in Peril, Lexington Yayınları, Londra 2017, s. 18; ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 189.

<sup>13</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 189; SHERMAN, s. 425.

<sup>14</sup> GRAY, s.1.

Masumiyet Karinesi tarihinin yazıyla sabit kılındığı ilk eser olma özelliğini taşıyan Hammurabi Kanunları, bir kişiyi suç işlemekle itham etmenin sonuçlarını oldukça katı biçimde düzenlemiştir. Zira Kanun, suçlayıcının, suç ispat edememesi halinde ölüm cezasıyla cezalandırılacağını öngörmektedir<sup>15</sup>.

Hammurabi Kanunlarına benzer bir düzenleme eski Yunan şehir devletlerinde de mevcuttur. İsa'dan Önce 384 ila 322 yılları arasında yaşayan Atina Şehir Devleti başkanı Demosthenes, "suç sabit olana kadar hiçbir erkeğin suçlu sıfatını taşımayacağı" kuralını düzenlemiştir<sup>16</sup>.

Suçluluğun ispat eşliğini düzenleyen ilk metin, Roma İmparatorluğu döneminde hazırlanan Antonius Pius Anayasasıdır. Anayasada, suçlamanın ancak delille yapılabileceği ve iki şerefli tanık ifadesiyle sabit olmadıkça kimsenin suçlu sayılamayacağı düzenlenmiştir<sup>17</sup>. Antonius Pius Anayasası sonrası Roma İmparatorluğu'nda, suçluluğun ancak iki şerefli tanık ifadesiyle ispatlanabileceği ve suç sabit olana kadar kimsenin cezalandırılmayacağı ilkesi benimsenmeye devam etmiştir. Zira Gratianus, Valentinies ve Theodosius zamanlarında çıkarılan İmparatorluk Yasaları, Antonius Pius Anayasasıyla benzer hükümler içermektedir<sup>18</sup>.

Savcının davayı kanıtlama yükümü ve delil standardına ilişkin ilk dönemin en önemli belgelerinden birisi de İsa'dan Sonra 529 ila 534 yılları arasında Bizans İmparatoru I. Justinianus tarafından çıkarılan ve Roma Hukukunun bütün kurallarını ihtiva eden Corpus Iuris Civilis'tir. Justinianus Kanunları olarak da bilinen Corpus Iuris Civilis'te tüm suçlamaların, dürüst tanıklar veya kesin belgeler ya da açık fiili kanıtlarla ispatlanması gerektiği ve ispat olmadıkça kimsenin suçlu sayılamayacağı düzenlenmiştir<sup>19</sup>. Görüldüğü gibi Corpus Iuris Civilis, suçluluğun kanıtlanması için gerekli delillerin neler olduğunu düzenleyerek tanık ifadeleri için dürüst olma, belgeler için kesin olma ve fiili kanıtlar için de açık (herkesçe bilinebilir) olma eşliğini belirlemiştir<sup>20</sup>.

Bizans tarihçisi Ammianus Marcellinus'un Res Gestal'de anlattığı bir hatıra, Bizans'ın kanıt ihtiyacına olan tutumunu ve kanıta verilen önemi gözler önüne serer. Hatraya göre, İmparator önünde açılan bir davada sanık, tüm suçlamaları reddetmiş; buna karşılık savcı, "*Suçtu reddetmek öylece suçtan kurtulmaya yeterliyse, çoğu kimse Sezar'ı suçlu bulabilir mi?*" diye iddiada

---

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> CAMPBELL, s. 671.

<sup>18</sup> GRAY, s.2.

<sup>19</sup> STUMMER Andrew, The Presumption of Innocence Aidental and Human Rights Perspective, Oregon Yayınları, Oxford ve Portland 2010, s. 1

<sup>20</sup> Stummer, Roma Hukukunda düzenlenen ispat kurallarının, masumiyet karinesinin bugünkü temelini oluşturduğu ve özellikle 15. yüzyılda ortaya çıkan hukuki görüşlere ışık tuttuğunu söylemektedir.

bulunmuş; İmparator Justinianus yargılamaya müdahale ederek, “*Sanığı böylece suçlu bulmak yeterliyse, sen herkesin masum olduğunu kanıtlayabilir misin?*” diyerek sanığın saliverilmesine karar vermiştir<sup>21</sup>.

## 2. ORTA DÖNEM

Orta Dönem, masumiyet karinesine ilişkin fikirlerin hukuki ve felsefi açıdan gelişim gösterdiği önemli bir evredir. Yakın dönem ve günümüzde kabul edilen ilkelerin temeli bu dönemde atılmıştır.

15 Haziran 1215 tarihinde, İngiltere Kralı Yurtsuz John’a kabul ettirilen Magna Carta Libertatum’un 39.paragrafında, “*Hiç kimse, önce kraliyet yasaları veya lordunun adil yargısına muhatap olmadan tutuklanamayacak, hapse atılmayacak, malına el konulmayacak, suçlu ilan edilmeyecek, sürgüne gönderilmeyecek veya herhangi bir başka şekilde helak edilmeyecektir.*” düzenlemesine yer verilerek, hiç kimsenin adil bir yargılamaya muhatap olmadıkça suçlu sayılamayacağı güvence altına alınmıştır<sup>22</sup>. Böylelikle masumiyet karinesi, ilk kez Kralın yetkilerini sınırlandıran bir belgede açıkça düzenleme alanı bulmuştur<sup>23</sup>.

1250 yılında Henry de Bracton tarafından kaleme alınan bir makalede; her erkeğin, tam tersi ispatlanana kadar masum sayılması gerektiği ve bu gerekliliğin hukukun doğasından kaynaklandığı ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

13. yüzyılın sonuna gelindiğinde masumiyet karinesi, teoride olduğu kadar pratikte gelişmemiştir. Bu dönemde suçluların ifadesi alınırken işkence uygulamalarına başvurulmuş ve işkence sonucu elde edilen ifadeler, sanığın suçlu bulunması için yeterli görülmüştür.

14., 15. ve 16. yüzyıllarda, çoğunluğunu Germenlerin oluşturduğu köylüler; ağır vergiler, uzun savaşlar ve haksız yargılamalar sebebiyle sık sık ayaklanmışlardır. Bu ayaklanmaların neticesinde 1525 yılında kaleme alınan ve “Köylü Mektupları” olarak adlandırılan manifestonun 9. paragrafında, masum– suçlu ayırımı yapılmaksızın hükmedilen cezalardan yakınılmış, keyfi uygulamaların tanınmayacağı beyan edilerek soylulardan adil yargılanma hakkının güvence altına alınması talep edilmiştir<sup>25</sup>.

Köylü ayaklanmaları haricinde Avrupalı hukukçular da işkenceyle ifade alma uygulamalarına ve suçlu-masum ayırımı yapılmaksızın tesis edilen mahkumiyetlere karşı tepki ortaya koymuştur. Bu dönemin doktrininde; suçluluğu ve suçluyu tespit etmenin, masum insanı yanlışlıkla suçlu kabul

---

<sup>21</sup> STUMMER, s. 2.

<sup>22</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 5.

<sup>23</sup> Ibid, s. 6.

<sup>24</sup> STUMMER, s. 2.

<sup>25</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 7.



etmekten daha önemli olmadığı, işkenceli sorgulamaların insan onurunu aşağıladığı ve hiçbir hukukçu tarafından işkence muamelelerinin mazur görülmemesi gerektiği konusunda fikir birliğine varılmıştır. Blackstone, bir masumun acı çekmesindenense, on suçlunun firar etmesinin daha iyi olduğunu kabul etmiştir. Blackstone'nin görüşü, masumun mahkûm edilmesinin ağır bir adaletsizlik hali olduğu ve suçluluğun kesin delillerle ispat edilmesi gerektiği fikirlerini kuvvetlendirmiştir<sup>26</sup>.

Köylü ayaklanmaları ve Aydınların tepkileri neticesinde yapılan düzenlemelerle masumiyet karinesi hızla gelişmeye devam etmiştir. İngiltere Kralı II. Charles zamanında kabul edilen Habeas Corpus Kanunu ve III. William zamanında düzenlenen Treason Trial Kanunu, mahkeme kararıyla sabit olmadıkça kimsenin suçlu sayılamayacağını açıkça düzenlemiştir.

### 3. YAKIN DÖNEM

18. yüzyılda, Virginia Haklar Bildirgesinin 9.maddesi suç isnadını öğrenmeye ilişkin hükümler sevk etmiştir. Ayrıca, 18. yüzyılın ortalarında, yasal temsil ilkesinin gelişmesi sonucunda temsilciler, savunmalarını kurarken müvekkillerinin masum olduğunu ileri sürerek masumiyet karinesine dayanmaya başlamıştır. Örneğin, 1750 tarihli Murphy v. Kral davasında, davalının avukatı, *“Lordum, her insan suçlu olduğu ispatlanana kadar masum sayıldığına göre bugün benim müvekkilim aleyhine verilmiş peşin hükmü kabul etmediğimizi belirterek, yasalara göre adil bir muhakeme yapılmasını temenni ederiz”* şeklinde beyanda bulunmuştur.

Hakimler, masumiyet karinesine adapte olmakta oldukça geç kalmışlardır. Özellikle 18.yüzyılın son çeyreğine kadar, kişinin suçlu olduğuna dair en ufak bir tatmin söz konusuyla mahkumiyete karar verilmiştir<sup>27</sup>.

1784 yılında İngilizlerin meşhur Eski Bailey Mahkemesi'nde yürütülen bir hırsızlık davasında duruşma yargıcı, jüri heyetine, şüphelinin suçlu mu yoksa suçsuz mu olduğu noktasında çelişkide kalındıysa, masumiyet varsayımı gereğince reyin, kişinin suçsuz olduğu yönünde kullanılması gerektiğini belirtmiştir<sup>28</sup>.

Bu dönemin asıl önemli olayı “Eşitlik, Özgürlük ve Kardeşlik” mottosuyla başlayan Fransız İhtilalidir. İhtilal sonucunda yayımlanan 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Evrensel Bildirisi'nin 9.paragrafında, suç işlediği mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar herkesin suçsuz sayılacağı ilan edilmiştir. Kıt'a Avrupası Hukuk sisteminin, masumiyet karinesine verdiği en önemli katkı olarak görülen Bildiri, diğer uluslararası metinlerin ilan edilmesini hızlandırmıştır.

---

<sup>26</sup> STUMMER, s. 3.

<sup>27</sup> Ibid, s. 3.

<sup>28</sup> Ibid, s. 4.

1856 yılında, Willian Palmer’i zehirlemeye teşebbüs davasında, sanık avukatı Lord Campbell jüriye şu savunmayı vermiştir: *“İngiltere Kanunları, mahkûmiyet verilene kadar kişinin suçsuz olduğunu kabul eder. Sanığı mahkûm edebilmemiz için suçun onun tarafından işlendiği noktasında çok güçlü bir inancınız olması gerekir. Görüyorum ki, böyle bir inanç bu muhakemede mevcut değildir. Aklınız şüphelerle doludur. Aklınızdaki şüpheler, müvekkil sanığın avantajına kullanılmalı ve beraat kararı verilmelidir”*.

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca yapılan oturumda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 11.maddesinin birinci fıkrasında, *“Bir suç işlemekten sanık olan herkes, savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış bulunduğu açık bir yargılama ile kanunen suçlu olduğu tespit edilmedikçe masum sayılır”* hükmüne yer verilmiştir. Bir temenni niteliğinde olan Beyannamede, savunma hakkı masumiyet karinesiyle bütünleşik bir biçimde düzenlenmiş ve suçluluğun açık yargılamayla ve kanunen sabit olması gerektiği ifade edilmiştir.

İkinci Dünya Savaşı’nın yol açtığı yıkımı telafi etmek ve bir daha böyle bir yıkımın yaşanmasını önlemek amacıyla Avrupa’nın birleşmesi yolundaki düşünceyle bir araya gelen devletler, örgüt kurma hedefiyle Avrupa Konseyi Statüsünü 1949 yılında imzalamışlardır. Aynı yıl içinde insan haklarına ilişkin bir sözleşme hazırlanması kararlaştırılmış ve kurucu devletler, temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni 4 Kasım 1950’de imzaya açmış,<sup>29</sup> 3 Eylül 1953 yılında ise Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Aralarında Türkiye’nin<sup>30</sup> de bulunduğu kurucu üyelerin tamamı sözleşmeyi imzalamıştır<sup>31</sup>. Anılan Sözleşmenin 6’ncı maddesinin 2.paragrafında, *bir suç ile itham edilen*

---

<sup>29</sup> Sözleşmeyi imzalayıp imzalamama Konsey üyesi Devletlerin isteklerine açık olarak bırakılmış ve Sözleşme’nin 58 ve 59’ncü maddeleriyle, Sözleşmeye imza koyan devletlerin önceden haber vermek koşuluyla Sözleşmeden vazgeçebileceği de hüküm altına alınmıştır.

<sup>30</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi 18 Mayıs 1954 yılında 6366 sayılı Kanunla Sözleşmeyi onaylamıştır

<sup>31</sup> AİHS, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde olduğu gibi, temel hak ve hürriyetleri uluslararası seviyede düzenlemiştir. Fakat AİHS, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nden bazı konularda ayrılmaktadır. Evvela temel hak ve hürriyetler her ne kadar uluslararası düzeyde düzenlenmiş olsa da koruma sistemi bölgesel düzeye hasredilmiştir. İkincisi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin bağlayıcılığı yoktur; Beyanname Devletlerin iyi niyet beyanıdır. Buna karşın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlayıcıdır, yani Akit Devletler Sözleşme’yi iç hukuklarına dahil etmeyi ve Sözleşme’de tanınan haklara saygı göstermeyi taahhüt etmişlerdir. Son olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi bir denetim mekanizması öngörmemişken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesi olarak üç organlı bir denetim mekanizması öngörmüştür. (BİLİR Faruk, 1982 Anayasasının 90. Maddesi Çerçevesinde Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuka Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007, s. 25).

*herkesin, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağı düzenlemesine yer verilmiştir.*

## **B. TÜRK HUKUKUNDA**

Bugün, masumiyet karinesinin temelini batı hukukundan kaynaklandığı noktasında literatürde geniş bir kabullenme biçimi mevcuttur. Bu durum hem Avrupa doktrini hem de Türk doktrini tarafından ittifakla kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Fakat masumiyet karinesinin Avrupa Hukukuna benzer uygulamaları Türk İslam hukukunda da mevcuttur.

Türk toplumu, kavimler halinde İslam dinini benimseyene kadar pek fazla yazılı eser vermemiştir. Yargucuların<sup>33</sup>, İslam öncesinde verdiği hükümlere ulaşamadığından, masumiyet karinesine ilişkin uygulamaların olup olmadığı noktasında net bir vesika olduğunu söylemek mümkün değildir.

Medeniyetimizin sadrını oluşturan Selçuklular ve Osmanlılar, İslam Hukukunu uygulamayı tercih etmiştir<sup>34</sup>. Bu sebeple masumiyet karinesinin İslam Hukukundaki gelişimi ve Osmanlı Kadı sicilleri ele alınarak, Türk Hukuku açısından masumiyet karinesi değerlendirilebilir.

Biz, masumiyet karinesinin Türk Hukukundaki gelişimini iki döneme ayırarak incelemek gerektiğini düşünmekteyiz. Çalışmamızın bu bölümünde karinenin İslam Hukuku'ndaki tarihini, ilk dönem; Osmanlı Hukuku'ndaki tarihini de son dönem olarak incelemeye çalışacağız.

### **1. İLK DÖNEM**

Bilindiği gibi, İslam Hukukunun temel yasası Kur'an-ı Kerim'dir. Hucurat suresinin 49.ayetinde, *“Ey iman edenler, zandan çokça kaçının. Çünkü, zannın bir kısmı günahtr”* hükmüne, Necm suresinin 28.ayetinde ise *“Zan ise hiç şüphesiz hakikat bakımından bir şey ifade etmez”* hükmüne yer verilerek, Müslümanların zandan kaçınması ve şüpheyle hareket etmemesi emredilmiştir.

İslam Hukukunda, Anglo- Sakson Hukuk sistemiyle benzer bir biçimde ispat ve ispat külfeti<sup>35</sup> önemli bir yer tutar. Kur'an-ı Kerim'in çeşitli ayetlerinde

---

<sup>32</sup> MEMİŞ Pınar, Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s. 5; ORMANOĞLU Hatice Derya, Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4) 2016, s. 2243; STUMMER, s. 3, GARAY, s. 5.

<sup>33</sup> Yargıç kelimesinin ön kökünü oluşturan Yargucu kelimesi, İslam öncesi Türk toplumunda yargıçlık, hakimlik yapan kişileri ifade etmek için kullanılmıştır.

<sup>34</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 16.

<sup>35</sup> İsa'dan sonra 978 ila 1041 yılları arasında yaşamış hukuk filozofu Debusi bin İsa, İslam Hukukunda ispat külfetlerini açıklamıştır. Debusinin açıklamalarına göre İslam Hukukunda delil standardı şu şekildedir: “Deliller 2 türdür. Akli ve Şeri deliller. Her tür kendi içerisinde

de hangi suçların hangi delillerle ispat edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Örneğin, Nisa suresinin 16.ayetinde, *“Kadınların çirkin fiilde bulunanlarına (zina edenlere) karşı aranızdan dört şahit getirin. Eğer, şahitlik ederlerse, o kadınları ölüm alıp götürünceye kadar yahut Allah onlara bir yol açıncaya kadar evlerde tutun”* hükmüne yer verilerek, zina fiili suç olarak düzenlenmiş ve bu suçun ancak dört şahit ifadesiyle sabit kılınacağı hüküm altına alınmıştır. Dört şahit bulunmaması durumunda ise itham edilen kişi, suçlamadan kurtulacaktır. Nitekim İslam Peygamberi Hazreti (Hz.) Muhammed zamanında, zina suçundan itham edilen bir kadının fiili, dört şahitle ispatlanamadığından, masum olduğuna karar verilmiştir<sup>36</sup>.

İslam Devlet başkanı Hz. Ömer’in, Basra valisi Ebu Musa Abdullah bin Kays el Eş’ariye gönderdiği Yargılama Usulüne İlişkin Mektup (Direktifname), masumiyet karinesi açısından oldukça önemlidir. Anılan Direktifnamede şu ifadeler yer verilmiştir: *“Meclisinde yüz vermede ve yargılamada herkese eşit davran ki, soylu senden bir kayırma ummasın, zayıf olan da adaletinden ümidini kesmesin. Bil ki, ispat yükü davacıya düşer, yemin ise inkâr edene düşer. Kim uzakta bir delilin olduğunu beyan ederse onun için belirli bir süre tayin et; eğer bu süre içerisinde, delil ikame edip davasını ispat edemezse onun aleyhine hüküm vermeye bir sakınca yoktur. Bu şekilde davranmak şüpheli ortadan kaldırmak için daha iyidir. Yalan şahitlik yaptığı görülen, kâzif (namusa iftira atan kişi), vela (dost, ahbab) veya akrabalık sebebiyle töhmet altında olanlar dışındaki şahitleri de güvenilir say. Onların ifadelerine dayanarak hüküm kurmaktan kaçınma. Allah bilir ve o, kesin bir delil veya yemin yoluyla ispat edilmedikçe kulların işledikleri suçların örtülmesini istemiştir”<sup>37</sup>.*

İsa’dan Sonra 636 tarihinde Hz. Ömer tarafından gönderilen, Yargılama Usullerine İlişkin Direktifname’nin masumiyet karinesi tarihi açısından en önemli ikinci belge niteliğinde olduğunu düşünmekteyiz. Zira 529 ila 534 yılları arasında düzenlenen Corpus Iuris Civilis sonrası ilk kez bir Direktifnameyle masumiyet karinesi açıkça hüküm altına alınmakla kalmamış, ispat külfetine ilişkin usuller, külfetin sınırları ve yargılama usulleri de belirlenmiştir.

---

ikiye ayrılır. Akli deliller, kesin bilgiyi gerektiren deliller (mucibe li’l-ilm) ve ihtimali bilgiyi gerektiren deliller (mücevveze) olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin bilgiyi gerektiren deliller, bir şeyin kesin olarak bilindiğidir. Bunların aksi ispatlanamaz. İhtimali bilgiyi gerektiren deliller ilimle varılması mümkün olan ama aksini de imkânsız kılmayan delillerdir. Şeri Deliller ise Yüce Allah’ın vahyi ve Hazreti Peygamberin sünnetidir (DEBUSİ İsa b., (Çeviren: Mehmet Boynukalın), Takvimü’l-edille, Beyrut, Dar’ul Kütüb’il İlmiyye, s. 18).

<sup>36</sup> ERTURHAN Sabri, İslam Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi (In Dubio Pro Reo), Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, VI/II, Sivas 2002, s. 183.

<sup>37</sup> ŞEBBE Ömer bin, (Çeviren: Mehmet Boynukalın), Tarihü’l-Medine Daru’l-Uleyyani II. Cilt, s. 345-346; Mektubun tamamının yargılama hukuku açısından detaylı analizi için bakınız: ARI, Abdülislam, Hz. Ömer’in Ebu Musa El Eş’ariye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi, İslam Hukuku Araştırma Dergisi, Sayı:2, Yıl: 2003, s. 86-88.

Direktifnamede dikkat çeken bir başka husus, uzaktaki bir delile dayanan olursa, ona delil ikame etmek için belirli süre verilmesinin zorunlu kılınmasıdır<sup>38</sup>.

Hz. Ömer sonrasında, İslam Hukukçuları Ebu Hanife (İ.S. 699-767), Ebu Yusuf (İ.S. 738-798) ve Muhammed bin Eş-Şeybani (749-805) de, ispat yükünün davacıya düştüğünü, ispat için kullanılan şahitlerin dürüst olması gerektiğini ve kesin delille suçluluğu ispatlanmadıkça kimseye ceza verilmeyeceğini ifade etmişlerdir<sup>39</sup>. Bu durum, Batı Hukukunun aksine İslam Hukukunda masumiyet karinesine ilişkin ilkelerin sürdürülebilir olduğunu göstermektedir<sup>40</sup>.

## 2. SON DÖNEM

İslam Hukukunun tesir ve etkisiyle Osmanlı Hukukunda da ispat ve ispat külfetlerine önemli bir değer atfedilmiş, kesin delillerle sabit kılınmadıkça kimseye ceza verilmemiş ve delil eşiği, İslam Hukukuna göre belirlenmiştir. Örneğin, yaralama suçunun kanıtlanabilmesi için şahit getirilmesi zorunludur. Aksi halde, hüccet vesikayla sabit olmayacak ve sanığın beraatına karar verilecektir<sup>41</sup>.

Masumiyet karinesinin Osmanlı Hukukundaki durumunu ortaya koyabilmek için incelenmesi gereken en önemli belgelerin, Osmanlı Kadı sicilleri olduğunu söylemek mümkündür. Dönemin mahkeme kayıtları niteliğinde olan sicillerde, masumiyet karinesiyle ilgili birçok hüküm bulunmaktadır.

1519 tarihli Üsküdar Kadılığı Kara Hüseyin bin Mestan v. Hasan bin Hızır davasında davacı, Hasan bin Hızır'ın evine zina kastıyla girdiğini ve zina fiilinin sübuta erdiğini ileri sürerek sanığın cezalandırılmasını talep etmiştir. Mahkeme, hazırda bulunanlardan olaya şahit olup olmadıklarını sormuş, olayın şahidi çıkmayınca davacı Kara Hüseyin bin Mestan'dan beyyine (kanıt) getirmesi talep edilmiştir. Davacının beyyine getirmediğini ve sanığın daha önce zina hücceti olmadığını tespit eden Üsküdar Kadılığı, "*fiilin sübutundan aciz olunduğuna*" hükmederek, sanığın beraatına karar vermiştir<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> ŞEBBE, s. 347; ARI, s. 94.

<sup>39</sup> EŞ-ŞEYBANİ, Muhammed bin, (Çeviren: Mehmet Boynu Kalın), Beyrut, Dar İbn Hazm, X. Cilt, s. 477-478.

<sup>40</sup> Masumluk karinesi, İslam Hukuku'nun başlangıcından beri son derece önemli bir konuma sahip insani bir esas olarak kabul edilmiştir. Bu kabul Selçuklu ve Osmanlı Devleti Hukuk sistemlerinde de benimsenmiştir. "Beraat-i zimmet asıldır", "Şek ile yakın zail olmaz" ve "Yakin ile sabit olan ancak yakın ile ortadan kalkar", "Yakin ile sabit olan şek ile ortadan kalkmaz" ilkeleri de masumiyet karinesini tesis etmeye yönelik geliştirilmiş diğer ilkeler olarak göze çarpmaktadır (ERTURHAN, s. 185; ARI, 94-96).

<sup>41</sup> YALÇIN Nihat, 1572-1587 (H. 980-995) Yılları Arası Üsküdar Mahkemesi Kadı Sicilleri'nin Sosyal ve İktisadi Açından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 37.

<sup>42</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 1. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 114a-1), s. 410.

1520 tarihli Üsküdar Kadılığı Nefise Hatun v. Demirci Ali davasında davacı, davalının kendisini darp ettiğini beyan ederek cezalandırılmasını istemiş ise de fiil kanıtlanmadığından sanık Demirci Ali'nin beraatına karar verilmiştir<sup>43</sup>.

1655 tarihli Kayseri Kadılığı Recep Beşe v. Bahşi, Alvaz ve Şahin davasında davacı, Bahşi, Alvaz ve Şahin isimli zimmiler tarafından, Beğendik Nahiyesi yakınında bulunan kuyuya su almaya gittiğinde darp edildiğini ve zulme uğradığını ileri sürerek şüphelilerin cezalandırılmasını talep etmiştir. Zimmiler ithamı reddederek, böyle bir şeyin yaşanmadığını beyan etmişlerdir. Mahkemece davacıdan beyyine getirmesi istenilmiş, davacı tarafından beyyine ibraz edilemediğinden sanıkların beraatına karar verilmiştir<sup>44</sup>.

Benzer şekilde, Mustafa bin Toyca v. Resul bin Mustafa davasında adam öldürme suçunun<sup>45</sup>; Recep bin Deniz v. Yani bin Yorgi ve Mihal bin Sergi davasında kasten yaralama suçunun<sup>46</sup> ve Mihri binti Mahmud v. Mümin bin Hamza davasında hakaret suçunun ispatlanamaması sebebiyle sanıkların beraatına karar verilmiştir<sup>47</sup>.

Hammurabi Kanunlarında, suçlayıcının fiili ispat edememesi halinde cezalandırıldığını<sup>48</sup> söylemiştik. Benzer bir uygulama Osmanlı Hukuk sisteminde de mevcuttur. 1514 tarihli Üsküdar Kadılığı Kasım bin Mehmed v. Turhan bin Ali Köse davasında davacı, sanığın kendisine hakaret ettiğini ve cezalandırılması gerektiğini talep etmiş, sanık anılan suçlamayı inkâr etmiştir. Mahkeme, davacıdan beyyine getirmesini istemiş ise de herhangi bir beyyine ibraz edilmemiştir. Bunun üzerine davacıya yemin teklifinde bulunmuştur. Sanığın kendisine küfür ettiği hususunda yemin vermekten kaçınması sonucunda Mahkeme, haksız yere bir kişiyi suçladığı gerekçesiyle davacının tazir cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir<sup>49</sup>.

19. yüzyılda Avrupa'da meydana gelen insan haklarıyla ilgili akımların etkisiyle 1839 yılında Gülhane Hatt-ı Hümayun Fermanı ve 1859 tarihinde Islahat Fermanı kabul edilmiştir. Ceza muhakemesine ilişkin birkaç hükmün

---

<sup>43</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 1. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 118a-1), s. 423.

<sup>44</sup> DALKILIÇ Emine, Kayseri Kadı Sicillerine Göre Zimmiler, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2004, s. 129.

<sup>45</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 74a-1), s. 86.

<sup>46</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 42b-3), s. 198.

<sup>47</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 1. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 84a-4), s. 507.

<sup>48</sup> GRAY, s. 1.

<sup>49</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 1. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 17b-1), s. 136.

yer aldığı Fermanlarda, masumiyet karinesi açıkça düzenlenmemiştir. Ancak 1868 ila 1876 yılları arasında derlenen Mecelle'nin 4.maddesinde, “şek ile yakın zail olmaz”, 8.maddesinde de “beraat-i zimmet asıldır” hükümleri düzenleme alanı bulmuştur<sup>50</sup>.

Kısaca değinmek gerekirse, Türkiye Cumhuriyeti döneminde kabul edilen 1924 ve 1961 tarihli Anayasalarda, insan haklarıyla ilgili birçok hüküm sevk edilmesine rağmen masumiyet karinesinin açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Bu dönemlerde masumiyet karinesi, yürürlükte olan Ceza Kanunları vasıtasıyla pozitif hukukta yerini almıştır<sup>51</sup>.

Görüldüğü gibi bugün modern hukuk sistemlerinin vazgeçilmez bir esası olarak kabul edilen masumiyet karinesi, bu niteliğini kazanmak için uzun bir tarihi mücadeleden geçmiştir. Özellikle Avrupa’da delil getirme hakkı, masumsuçlu ayrımı yapılarak ceza verilmesi, suçluluğun adil muhakeme sonucunda tespit edilmesi, işkence ve eziyet altında ifade alınmaması ve suç sabit olana kadar kimseye suçlu muamelesi yapılmaması talepleriyle 14., 15. ve 16. yüzyıllarda halk ayaklanmalarının yaşandığı, bu ayaklanmalara fikri açıdan Avrupalı aydın ve hukukçuların da destek verdiği dikkat çekmektedir<sup>52</sup>.

Yaşanan acıların, insan onuruna yakışmayan kötü muamelelerin ve önyargılı mahkemelerin halka verdiği ıstırap ve acının tahmin edilmesi zor değildir. İşte masumiyet karinesinin, diğer insan hakları ilkeleriyle benzer bir biçimde bu ıstırap ve acı temeline bina edildiğini söylemek mümkündür.

Tarih kısmı değerlendirilirken dikkat çeken bir husus da Avrupa’da karinenin, teorinin aksine uygulamada geç gelişmiş olmasıdır. Masumiyet karinesi açısından Avrupa tarihi fasıllı bir ilerleme kaydetmiştir. 18.yüzyılın son çeyreğine kadar karinenin tam anlamıyla ve istikrarlı bir biçimde uygulandığını söylemek oldukça güçtür<sup>53</sup>. 19.yüzyılın başından itibaren Avrupa’da çok daha istikrarlı uygulandığı ve karinenin sağladığı güvencelerin olabildiğince genişletildiği görülmektedir<sup>54</sup>.

İslam ve Osmanlı Hukuklarında ise karine baştan itibaren daha istikrarlı bir biçimde uygulanmıştır<sup>55</sup>. Bu istikrarlı uygulama örneklerini, mahkeme kayıtlarından anlamak mümkündür<sup>56</sup>. Bununla birlikte 19.yüzyıldan itibaren,

---

<sup>50</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 16.

<sup>51</sup> MEMİŞ, s. 36-37; ÇAYAN, s. 16-17.

<sup>52</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 7; STUMMER, s. 3.

<sup>53</sup> STUMMER, s. 24.

<sup>54</sup> MEMİŞ, s. 29-30.

<sup>55</sup> DEBUSİ, s. 18; ŞEBBE, s. 94; EŞ-ŞEYBANI, s. 477-478; ARI, s. 94.

<sup>56</sup> İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 74a-1), s. 86; İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 2 Numaralı Sicil, 2. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 42b-3), s. 198; İstanbul Kası Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, 1. Cilt, (Orijinal Metin Nu: 84a-4), s. 507.

diğer insan hakları alanlarında olduğu gibi masumiyet karinesine saygının da azaldığı ve karinenin temel metinlerde açıkça düzenlenmediği görülmektedir.

### III. FELSEFİ GELİŞİMİ

Masumiyet karinesinin doğuşu ve kabul edilmesi hukuk okullarında (ekollerinde) farklı şekilde algılanmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde Tabii, Ahlaki, Dini, Hristiyan- Ahlaki, İslami ve Normatif hukuk ekolleri ile Toplumsal Sözleşme ve Korelasyon Teorisi açısından masumiyet karinesini ele almaya çalışacağız.

Tabii hukuk ekolü; masumiyet karinesini, bireyin özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmektedir. Bu ekole göre karine, suç işlendiği mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar kişinin yaşama ve özgürlük hakkını güvence altına almaya yarayan bir ilkedir<sup>57</sup>.

Ekole göre masumiyet karinesinin, normatif hukukta düzenlenip düzenlenmemesinin bir önemi yoktur. Masumiyet karinesi bir haktır ve insanlar doğduğu anda bu hakkı kendiliğinden kazanmaktadır<sup>58</sup>. Tabii hukukçulara göre, bir suçla itham edilenin fiili mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar içinde yaşadığı toplumun masum üyesi olarak kabul edilmeli ve toplum da kişinin hürriyetine ve yaşama hakkına saygı duymalıdır<sup>59</sup>.

Bir suçlunun cezalandırılmasında toplum açısından elde edilebilecek bir fayda olduğunu söylemek mümkündür. Fakat, suç işlediği iddia edilen şüphelinin, mahkeme kararından önce toplum tarafından cezalandırılması ihtimali dikkate alındığında; kişinin doğuştan sahip olduğu özgürlüğün korunmasıyla elde edilecek menfaat, suçla itham edilenin cezalandırılmasıyla elde edilecek menfaatten daha üstündür<sup>60</sup>.

Ahlaki hukuk ekolü; bireyin faydası uğruna genel faydanın terk edilmesi ve insanın sadece insan olması sebebiyle değer görmesi gerektiğini savunmaktadır. Başka bir anlatımla, insana sadece insan olduğu için değer verilmesi daha ahlaki bir yoldur<sup>61</sup>. Bu sebeple suç önleme veya işlenen suçu cezalandırma gibi sosyal kaygılar, masumun mahkûm edilmesini ahlak sınırları içerisinde gösteremez. Sosyal kaygılardan bağımsız olarak, insanın masum olduğunu varsaymak kurallara dayalı belirli bir Ahlak anlayışının ürünüdür. Bu sebeple masumun mahkûm edilmesi, ahlaka uyan toplumlarca kabul edilmemelidir.

---

<sup>57</sup> LAUFER S. William, *The Rhetoric of Innocence*, Washington Hukuk Dergisi, Sayı:17, Washington 1995, s. 332-333.

<sup>58</sup> WILKINSON, s. 603.

<sup>59</sup> Ibid, s. 604.

<sup>60</sup> WILKINSON, s. 604.

<sup>61</sup> KITAI Rinat, *Presuming Innocence*, Okla Hukuk Dergisi, Sayı: 63, Birleşik Devletler 2002, s. 282.



Masumiyet karinesi, masumların mahkûm edilmesini önleyerek toplumun ahlakını güvence altına almaya yarayan bir ilkedir<sup>62</sup>.

Dini Hukuk Ekolü; masumiyet karinesinin din temelli olduğunu savunmaktadır. Bu ekol, karinenin temelini Hristiyanlığın metafiziksel öğretileriyle açıklamaya çalışmıştır. Hatta 1132 yılında, Fransız Katolik Kilisesi büyük üstadı tarafından masumiyet karinesinin öğretisi ve dini temelleri yazılmış ve Kilise tarafından yapılan yargılamalarda bir müddet masumiyet karinesi ilkesi uygulama alanı bulmuştur<sup>63</sup>.

Âdem yasaklı meyveyi yediğinde, kendisini Hava'nın tahrik ve teşvik ettiğini, yasaklı meyveyi yemesinin iradesi dışında gerçekleştiğini beyan ederek cürümü işlediğini inkâr etmiştir. Tanrı Rab, durumu Havva'ya havale ederek onu sorgulamıştır. Halbuki Tanrı, Âdem'in işlediği cürümü net bir biçimde bilmektedir. Hiçbirimiz Tanrı kadar ahlaklı, erdemli, bilgili ve adaletli olmadığımızı göre nasıl ki Tanrı, Havva'yı sorguya çekmeden önce Âdem'in suçlu olduğunu ilan etmediyse, biz de kişi hakkındaki son şahidi dinleyinceye ve son hükmü verinceye kadar onu suçlu kabul etmemeliyiz<sup>64</sup>.

Öğretiye göre, Tanrının suretinde yaratılmış insanoğlu doğası gereği iyidir. İnsan içgüdüsel dürtülerini bastırarak Tanrının buyruklarını uygulama erdemine sahiptir. Bu nedenle son muhakeme yapıncaya kadar Tanrının sureti damgalanmamalı ve suçlu ilan edilmemelidir<sup>65</sup>.

Hristiyan- Ahlaki Hukuk Ekolü'ne göre, suçun işlenip işlenmediği hususu şüpheli olduğunda, mahkûmiyete karar vermek yerine failin suçlu olmadığını söylemek daha iyi bir yoldur. Hristiyan Ahlak Okulu, masumiyet karinesinin gerçekleştirilmesinde hâkimin önemli bir rolü olduğunu kabul etmektedir<sup>66</sup>. Bu okulun masumiyet karinesiyle ilgili görüşleri, 1654 tarihli Joseph Hall davasında ifade edilmiştir. Kilise yargılaması açısından önemli bir vesika olan davanın ilamında, *"Tüm hakimlerin masum ve dürüst olması gerektiği inkâr edilemez bir Tanrı Kanunudur (İncil, Çıkış Suresi, 23 ve 27.ayetler). Bu Kanun ne kaçınılması ne de hiçe sayılması gereken bir kanundur. Sadece suçlamalar*

---

<sup>62</sup> LEVANON Liat, Sexual History Evidence in Case of Sexual Assault: A Critical Re-Evaluation, Sayı:62, Toronto Hukuk Dergisi, Toronto 2012, s.634.

<sup>63</sup> KITAL, s. 266.

<sup>64</sup> WILKINSON, s. 605.

<sup>65</sup> WILKINSON, s. 608.

<sup>66</sup> Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi'nin masumiyet karinesinin detaylı bir biçimde ele aldığı ilk karar olan Coffin davasında Yüksek Mahkeme, masumiyet karinesinin Roma ve Kilise Hukukuna dayanan tarih ve incelemelere önemli ölçüde yer vermiştir. Mahkeme masumiyet karinesinin, insana, ahlaka ve dine saygısı olan her hukuk sistemi tarafından tanınması gereken bir ilke olduğunu vurgulamıştır. Söz konusu ilke Hristiyan-Ahlak Hukuk Okulu'nun masumiyet karinesine bakış açısını gösteren iyi bir örnektir (Ibid, s. 599).

ve yalancı tanıklar, gerçekte masum olan bir insanın masumiyetine gölge düşüremez. Yalancı tanıklar ya da suçlayıcılar, faili kendi dünyalarında kınamak için asılsız beyanları dile getirebilirler. Fakat yargıcın gözleri masumlığa şahit olursa, dünyadaki tüm kanıtlar kişiyi suçlu yapamaz. Aksinin kabulü, masum ve dürüst şüphelilerin kanını, hâkimin ellerine bulaştırır. Bu sebeple, hâkimin gözleri masumiyete ya da suçluluğa şahit oluncaya kadar kişi, Tanrı Rabbin katında olduğu gibi mahkeme katında da masum sayılmalıdır.” ifadelerine yer verilmiştir<sup>67</sup>.

İslami Hukuk Ekolü’ne göre, masumiyet karinesinin temelinde, “Allah bilir ve o, kesin bir delil veya yemin yoluyla ispat edilmedikçe kulların işledikleri suçların örtülmesini istemiştir<sup>68</sup>” ilkesi yer almaktadır. Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed bin Eş’Şeybani masumiyet karinesinin, Allah’ın kuralları ve Hz. Peygamberin sünnetlerinden kaynaklanan ilahi bir ilke olduğunu kabul etmiştir. Bu okulun savunucuları, masumiyet karinesini ispat yüküyle açıklamış, muhakemede ispat yükünün davacıya düştüğünü, ispat için kullanılan şahitlerin dürüst olması gerektiğini ve kesin delille suçluluğu ispatlanmadıkça kimseye ceza verilemeyeceğini ifade etmişlerdir<sup>69</sup>.

Normatif Hukuk Ekolü’ne göre, masumiyet karinesini değerlendirirken maliyet ve fayda analizi yapılması gerekir. Yanlış mahkumiyetin aldattıcılığı ve ıstırapı, yanlış beraata göre daha şiddetli ve akuttur. Yanlış mahkumiyetler sadece hapis ya da para cezasıyla değil, aynı zamanda sosyal ve yasal damgalama (lekeleme) biçimiyle de büyük maliyetler getirir. Yanlış mahkumiyetlerin insan yaşamını değiştiren şiddetli zararları dikkate alındığında, maliyet ve fayda denkleminde yanlış beraatlar tercih edilmeli ve normlar düzenlenirken yanlış beratların lehine hareket edilmelidir<sup>70</sup>.

Sosyal Sözleşme teorisyenleri, masum kişinin mahkûm edilmesinin Toplumsal Sözleşmeyi ihlal ettiğini savunmaktadırlar. Buna göre masumun mahkûm edilmesi, Toplumsal Sözleşmeyi ihlal etmeyen dürüst bir bireyin, toplum tarafından kınanması anlamına gelir. Birey ile Devlet bir Toplumsal Sözleşmede mutabık kaldığında, toplumun ve toplumu oluşturan bireylerin güvenliği ve özgürlüğünün tesisi için Devlet, gerekli görülen yasaların ihlalini önlemek ve ihlal durumunda bireyleri korumak zorunluluğu altındadır. İşte bu zorunluluğun ceza yargılaması bağlamında tesis edilebilmesi, masumiyet karinesinin düzgün bir biçimde uygulanmasıyla mümkündür<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> GRAY, s. 9.

<sup>68</sup> ŞEBBE, s. 345-346; ARI, s. 86-88.

<sup>69</sup> DEBUSİ, s. 18; ŞEBBE, s. 94; EŞ-ŞEYBANİ, s. 477-478.

<sup>70</sup> WILKINSON, s. 606.

<sup>71</sup> JACKSON/SUMMERS, s. 203.

Toplumsal Sözleşme bağlamında masumiyet karinesinin düzgün bir biçimde uygulanabilmesi için kişilerin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanması ve soruşturma ve kovuşturma erklerinin birbirinden ayrılması gerekir. Montesquieu gibi toplumsal sözleşme teorisyenleri için bu husus oldukça önemlidir. Buna göre, adil bir yargılama ve masumu haksız mahkumiyetten koruma için soruşturma ve kovuşturma makamlarının tek elde toplanmaması, bu gücün farklı erkler arasında dağıtılması, soruşturmacının kovuşturma aşamasında, kovuşturmacının da soruşturma aşamasında yetkiler kullanmamasıyla mümkündür. Eğer bunun aksine bir durum söz konusu olursa, yani soruşturma ve kovuşturma yetkileri tek erkte toplanırsa, Montesquieu'ye göre sanığın suçlu kabul edilmesi kolay hale gelecek; bu da masumluk ilkesi ve toplumsal sözleşmeyi zedeleyecektir<sup>72</sup>.

Korelasyon İlkesi, üstün ve zorlayıcı devlet gücünün, güçlü bir suçluluk göstergesi mevcut olmadığı sürece bireylere karşı uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Masumiyet karinesi, sonuçlardan çok süreçle ilgili bir kavramdır. Bu süreçte, Devletin ve toplumun üstün gücünü bireyin üzerinde denemek, hukukun bataklığa dalmasına sebebiyet verir. Bataklığa dalan bir hukukun gerçek adalete ulaşması ise mümkün değildir. Bu sebeple, Devlet ve toplum gücüyle bireyin baskılanması, ceza yargılamasında masumiyet karinesiyle aşılabılır<sup>73</sup>.

Faydalı rüzgarlar hangi yönden eserse essin, tüm hukuk okulları, bireysel özgürlükler ve insan onuru temelinde istikrarlı bir biçimde masumiyet karinesini kabul etmiştir. Bütün hukuk okullarının temelinde, masumların mahkûm edilmesinin, suçluların beraat etmesi ihtimaline göre daha yıkıcı olduğu kabul edilmektedir.

## IV. DOKTRİNİ

### A. UYGULAMA ALANI VE ZAMANI

Devlet, suçluların tespit edilmesi, tutuklanması, kovuşturulması ve mahkûm edilmesinde birincil sorumluluğa sahiptir. Bu süreçte sanık, her zaman kendisinden daha güçlü olan Devletle karşı karşıya gelir ve bu durum ceza hukuku sisteminin adaletini zorlar<sup>74</sup>. Ceza adaletini tesis etmek için Devletin zorlayıcı ve üstün gücüne karşı, sanığın korunması gerekir. Böylelikle Devletin zor kullanma, delil getirme, gizli bilgilere ulaşma, itham etme, koruma tedbirlerini uygulama, suçlu bulma ve ceza verme gücü ile sanığın gücü dengelenmiş olacaktır<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Ibid, s. 215-216.

<sup>73</sup> WILKINSON, s. 607-608.

<sup>74</sup> FERZAN, s. 273.

<sup>75</sup> CAMPBELL, s. 682.

Masumiyet karinesi, suç sabit olduğuna karar verilinceye kadar kişinin suçlu sayılmaması hakkını güvence altına aldığından, karinenin uygulama alanı bulması için evvela suç ithamının olması gerekir.

İtham edilen suçun niteliği ve ağırlığı, karinenin uygulanabilirliği açısından herhangi bir öneme sahip değildir. Başka bir anlatımla, hem adam öldürme, cinsel saldırı gibi ağır ithamlarda hem de hırsızlık, hakaret gibi nispeten daha hafif ithamlarda masumiyet karinesi uygulama alanı bulacaktır.

Suç ithamı denildiğinde akla ilk olarak Ceza Kanununda suç olarak düzenlenen bir fiilin işlendiği iddiası gelmektedir. Fakat cezalandırma ve suç alanı sadece Ceza Kanunu düzenlemeleriyle sınırlı değildir. Türkiye, Almanya, Fransa, İngiltere ve İspanya gibi ülkelerde cezalandırma alanı üç kısma ayrılmıştır. Bunlar: ceza kanunu kapsamındaki klasik cezalandırma alanı; basit cürüm veya kabahatlerin cezalandırma alanı ve idarenin cezalandırma alanıdır<sup>76</sup>. Burada tartışılması gereken asıl mesele, Ceza Kanunu kapsamında düzenlenmemekle birlikte diğer cezalandırma alanlarına dahil olan suçların işlendiği iddiasında masumiyet karinesinin uygulama alanı bulup bulmayacağı meselesidir<sup>77</sup>.

Bazen öyle fiiller vardır ki, Ceza Kanunu kapsamında suç olmamakla birlikte bu fiillerin işlenmesi kişinin toplum tarafından suçlu olarak damgalanmasına sebep olur. İşte böyle bir durumda, masumiyet karinesi uygulama alanı bulmalıdır. Bugün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Adalet Divanı ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi gibi masumiyet karinesi uygulayıcıları, çeşitli kriterler belirleyerek suç ithamını geniş yorumlama ve diğer cezalandırma alanlarında düzenlenen eylemleri de suç ithamı olarak kabul etme eğilimi içerisinde<sup>78</sup>.

Zira Trachsel'e göre masumiyet karinesi bireyin lekelenmeme hakkını korumaktadır. Lekelenmeme hakkı ise yargılama öncesi ve sonrasında bireyin, Devlet ve toplum tarafından damgalanmamasını güvence altına alır<sup>79</sup>. Suç ithamı, Devlet gücüne muhatap olmanın yanında toplumsal dışlanma, baskılanma ve bazı kısıtlamalara tabi tutulma gibi sonuçlar da doğurur<sup>80</sup>. Eğer

---

<sup>76</sup> ÇAYAN Gökhan, The Right to a Fair Trial, the Coverage of the Right and Application in the Tax Cases, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y: 7, Sayı 12, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara Haziran 2016, s. 445-446.

<sup>77</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız: ÇAYAN, Tax Cases, 445 v.d. ve ÇAYAN Gökhan, The Right to a Fair Trial in the Discrepancies Originating from Public Officials' Status, İnsan Hakları Dergisi, Y. 6, Sayı 11, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara Haziran 2016.

<sup>78</sup> JACKSON/SUMMERS, s. 221-222.

<sup>79</sup> TRACHSEL, s. 164; CAMPBELL, s. 685; ROBERTS Paul/ HUNTER Jill, Criminal Evidence and Human Rights, Hart Yayınları, Oxford 2012, s. 263.

<sup>80</sup> GRAY, s. 17; LIPPKE Richard, Taming the Presumption of Innocence, Oxford Üniversitesi Yayınları, Londra 2016, s. 106.

toplum, bir fiilin işlenmesi sebebiyle kişiyi damgalama eğilimi içerisindeyse, artık eylemin ceza kanununda düzenlenip düzenlenmediğine bakılmaksızın, masumiyet karinesinin işletilmesi gerekir. Buna karşılık toplumun, kişiyi damgalama eğilimi içerisinde olmayacağı ithamlar açısından karinenin uygulanamayacağını kabul etmek, Devletin suçluları cezalandırma sorumluluğu açısından, hakkaniyete daha uygun düşecektir.

Ceza yargılamasıyla bütünleşik medeni yargılamalarda masumiyet karinesinin uygulama alanı bulacağı noktada duraksama yoktur. Örneğin haksız fiil işlediği iddia edilen kişiye karşı açılan ceza ve hukuk davalarında ilgilinin masumiyet hakkı korunmalıdır. Eğer kişi, ceza yargılamasından mahkûmiyet dışındaki bir hükümlerle beraat etmiş ise, hukuk davasında masumiyet karinesinin rolü daha da önem kazanır. Burada ceza davasından beraat alan kişinin, bütünleşik hukuk davasında mahkûm edilmesinin masumiyet karinesine uygun düşüp düşmediğini belirlemek gerekir. Bilindiği gibi ceza yargılaması ve medeni yargılama farklı amaçlara hizmet eder. Medeni yargılamada delil standardı, ceza yargılamasına göre daha düşüktür. Bu sebeple beraata karar veren ceza mahkemesince kullanılan delillerin, hukuk mahkemesince değerlendirilmesi masumiyet karinesiyle çelişmemektedir. Başka bir anlatımla kişinin beraatına karar verilirken değerlendirilen deliller, hukuk davasında kişinin mahkûm edilmesine sebebiyet verebilir<sup>81</sup>.

Toplumsal damgalamalar bazen ceza yargılamasından bağımsız olarak yürütülen hukuk davalarında da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, masumiyet karinesinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde çeşitli tereddütler olsa da Wilkinson bu halde karinenin uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir<sup>82</sup>.

Masumiyet karinesinin uygulama alanı belirlendikten sonra incelenmesi gereken bir diğer konu da karinenin hangi andan itibaren uygulama alanı bulacağı meselesidir. Bir kişi suç ile itham edildiği andan itibaren masumiyet karinesi devreye girerek kişiyi Devlete ve topluma karşı korur. Suçla itham

---

<sup>81</sup> Fail davada suçlu bulunursa, hukuk davasıyla ilgili bir şüphe söz konusu olmaz. Çünkü masumiyet karinesi ilkesi artık devreden çıkmıştır. Eğer sanık ceza davasında beraat eder ve daha sonra hukuk davasında mahkûm edilirse, mahkûmiyetin beraat kararına olumsuz yansıyacağı açıktır. Burada sorulması gereken asıl mesele, ceza davasında beraat eden kişiye karşı hukuk davası açılabilmesi ve hukuk davası açılmasının masumiyet karinesine uygun olup olmadığıdır (SMITH Eva, *The Presumption of Innocence*, Scandinavian Studies in Law, Norveç 2012, s. 490). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceza davasının mahkûmiyet dışında bir hükümlerle sona ermesi halinde, suç konusu eylemin, daha düşük ispat külfetini gerektiren hukuk davalarına konu olabileceğini ve hukuk davalarında kişi aleyhine hüküm kurulabileceğini kabul etmektedir (Ringwald v. Danimarka, B.N. 34964/97, 11 Şubat 2003; Y. v. Norveç, 56568/00, 11 Şubat 2003, SMITH, s. 496; CAMPBELL, s. 686).

<sup>82</sup> WILKINSON, s. 612.

edilen kişi hakkında kamu görevlilerine ve topluma; henüz suçluluğunun mahkeme kararıyla sabit olmadığı ve kişinin masum sayılması gerektiği ilan edilir. Mahkeme kesin hükmünü açıklayınca kadar bu kabul edilmiş tarzı böylece devam eder<sup>83</sup>.

Başka bir anlatımla, Masumiyet karinesi soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında uygulanır. Kanun yolu aşamasında, henüz ortada kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunmadığından, masumiyet karinesi geçerlidir. Hatta soruşturma öncesi hazırlık işlemlerinde de bu ilke uygulanmaya kabildir. Bununla birlikte davanın esasına girilmediği durumlarda, masumiyet karinesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yerleşik bir kanaat mevcut değildir. Doktrindeki bir görüş, davanın esasına girilmediği durumlarda masumiyet karinesinin işletilemeyeceğini savunurken; diğer bir görüş, karinenin geniş biçimde yorumlanarak davanın esasına girilmeyen hallerde de adil yargılanma hakkının tesisi için masumiyet karinesinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>84</sup>. Minelli v. İsviçre başvurusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davanın esasına girilmeyen hallerde masumiyet karinesinin geçerli olduğunu ve uygulanması gerektiğini, aksi durumun adil yargılanma hakkını ihlal edileceğini vurgulamıştır.<sup>85</sup>

## B. AMACI

### 1. GENEL OLARAK

Masumiyet karinesinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılmamasını ifade eden bir ilke olduğunu yukarıda söylemiştik. Bu ifade karinenin en yaygın dile getiriliş tarzıdır. Hatta hukukçular dışında toplumun büyük bir bölümü bile karinenin bu anlamsal durumunu bilmektedir. Biz de bu ifadeyi sıklıkla kullanmaktayız. Buna karşılık, söz konusu ifade tek başına karineye atfedilen amacı ortaya koymaya yeterli değildir. Amaç analizinin yapılabilmesi için farklı hukuk sistemlerinde farklı normlar ve yorumlar üzerinde inceleme yapılması gerekir<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> LAUDAN, s. 94; SHERMAN, s. 425.

<sup>84</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 190.

<sup>85</sup> Söz konusu davada, gazeteci olan başvurucunun bir şirket müdürünü dolandırıcılıkla suçladığından bahisle hakkında basın yoluyla hakaret suçundan dolayı soruşturma açılmıştır. Soruşturma devam ederken dava zamanışımına uğramış ve mahkemece için esasına girilmemiştir. Fakat ulusal mahkeme, başvurucuyu yargılama masraflarının büyük bir kısmı ile davacının yargılama giderlerini ödemeye mahkûm etmiştir. Başvurunun esasına giren AİHM, sanığın suçlu olduğu kanıtlanmadan, özellikle de savunma hakkı kullandırılmadan verilen kararın, doğrudan sanığın suçlu olduğu gerekçesini taşımasa bile, söz konusu kararda başvurucunun suçlu olduğunun ima edilmesinin masumiyet karinesiyle bağdaşmayacağına hükmederek, ulusal mahkeme tarafından için esasına girilmeyen durumlarda dahi masumiyet karinesinin geçerli olacağını kabul etmiştir (Ibid, s. 190).

<sup>86</sup> De JONG/ Van LENT, s. 32.

Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkının bir unsuru olmaktan ziyade, suç ile itham edilen kişinin makul şüphenin ötesinde açık ve kesin delillerle mahkûm edilmesini sağlayan, yanlış mahkumiyetleri önleyen ve ispat külfetlerini düzenleyen bir ilke<sup>87</sup> olarak kabul edilmiştir<sup>88</sup>. Tedars, Tierney ve Lacey ise, masumiyet karinesinin ispat külfetine ilişkin özel bir ilkedен türetildiğini savunmaktadır<sup>89</sup>.

Kit'a Avrupası Hukuk Sisteminde masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilir. Buna göre karine, ispat külfetine ilişkin sağlanan korumadan daha geniş bir anlama sahiptir ve mahkeme kararı olmadıkça suçlu saymayı önleyen, masum mahkumiyetlerini engelleyen ve adil yargılanma hakkını güvence altına alan bir ilkedir<sup>90</sup>.

## 2. MASUMLARI KORUMAK

Ceza yaptırımlarının uygulanması, özellikle de cezanın yönü, hukuk felsefesinin klasik sorunlarından birisidir. Cezanın araç mı yoksa amaç mı olduğu noktasında çeşitli görüşler mevcuttur. Bentham, ceza tehdidinin ahlaki nedenlere ek olarak kişilerin yasaya uygun davranmasını sağlamak için araç olduğunu kabul eder<sup>91</sup>.

Doktrinde cezanın araç olarak kullanılmasına, iki yönden itiraz gelmektedir. İlk olarak, cezanın suçun önlenmesine etkisini ölçmek oldukça zordur<sup>92</sup>. İkinci olarak, cezaya herhangi bir sınır koyulmaması, suç ve ceza paradoksuyla çelişmektedir<sup>93</sup>. Bu itirazlardan yola çıkan görüşler; cezanın araç olarak değil, amaç olarak kullanılması gerektiğini savunur<sup>94</sup>.

Yasayı ihlal eden kişiye adalet karşısında acı çektirilmesinin, cezanın gerçek amacı olduğunu kabul eden Retrubutivistler, cezanın faydalara bağlı olmadığını, sadece yasal kuralların çiğnenmesine gösterilen tepki niteliğinde olduğunu ifade etmektedir<sup>95</sup>. Rebutivistlere göre, fail amaç değil, araçtır. Fail

---

<sup>87</sup> Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi, Bell v. Wolfish davasında, masumiyet karinesinin ispat külfetlerini tahsis eden bir doktrin olduğunu açıkça kabul etmiştir (WILKINSON, s. 599).

<sup>88</sup> SHERMAN, s. 423.

<sup>89</sup> TADARS Victor/ TIERNEY Stephen, The Presumption of Innocence and the Human Rights Act, The Modern Hukuk Dergisi, 6/13, 2004, s. 402; LACEY Nicola, in Search of Criminal Responsibility; Ideas, Interests and Institutions, Oxford Üniversitesi Yayınları 2016, s. 116-117.

<sup>90</sup> JACKSON/ SUMMERS, s. 205.

<sup>91</sup> BENTHAM, John, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Methuen Yayınları, Londra, 1982, s. 13-14.

<sup>92</sup> VON HIRSCH Andrew/ ASWORTH Andrew, Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, Oxford Yayınları 2005, s. 16.

<sup>93</sup> ROBINSON Paul H./ DARLEY John M., 'Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation' Oxford Journal of Legal Studies Dergisi, Sayı 24, 2004, s. 24.

<sup>94</sup> VON HIRSCH/ ASWORTH, s. 39-45.

<sup>95</sup> ZEDNER Lucia, Criminal Justice, Oxford Yayınları; 2004, s. 86.

üzerinde uygulanan ceza, yasanın ihlal edilmesi halinde ne tür yaptırımların gündeme gelebileceğini topluma ilan etmeye yarar<sup>96</sup>.

Rebutivistler ile faili araç olarak gören diğer görüşler, masumiyet karinesini çok düşük bir merhalede kabul eder. Bu görüşler, masumların korunmasının gerekli olmadığını, asıl olanın yasa olduğunu ve karinenin, masumları koruma amacına hizmet etmediğini savunmaktadır<sup>97</sup>.

Bir kişiyi sadece ceza hukukunun amacını gerçekleştirmek için cezalandırmak, o kişiyi araç olarak kullanmak anlamına gelir. Ancak insan, insan olduğu için değerlidir. Toplumdaki bütün kurallar ve Devletin koyduğu bütün yasalar, insanı yüceltmek için vardır<sup>98</sup>. Bu sebeple ceza, yalnızca suçlu olana verilmelidir. Bir kişi yanlış yere mahkûm edildiğinde, yanlış mahkumiyetin toplumsal, psikolojik, ahlaki, hukuki, maddi ve manevi zararları ortaya çıkar. Bu zararların ortaya çıkmasını engellemek için masumların mahkûm edilmemesi, bunun için de masumiyet karinesine saygı gösterilmesi elzemdir<sup>99</sup>. Bu sebeple Devlet; masum olanı korumalı, masum da Devletten yanlış mahkûm edilmemesini ve damgalanmamasını isteme hakkına sahip olmalıdır<sup>100</sup>.

Görüldüğü gibi cezayı araç, insanı amaç olarak gören her hukuk doktrini, masumiyet karinesinin, masumları koruma amacına hizmet ettiğini kabul etmektedir.

Masumiyet karinesinin masumları koruma amacına hizmet edip etmediği noktasında, hukuki teorilerin yanı sıra değerlendirilmesi gereken bir başka konu da normatif hukuk sistemlerinde karineye bakış açısının ne olduğu hususudur.

Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nde masumiyet karinesinin en bariz amacının, masum insanı yanlış mahkumiyetten korumak olduğu kabul edilmektedir<sup>101</sup>. Bu amaç, Kit'a Avrupası'nda da benimsenir. Zira mahkûmiyet kararı sansür, lekelenme ve toplumdan dışlanma gibi çeşitli sonuçları ortaya çıkarmanın yanında, mahkumiyetin resmi veya gayri resmi olarak tescil edilmesi, stigmatizasyon, bazı istihdam biçimlerinden diskalifiye veya topluma ifşa edilme gibi önlemlerle de sonuçlanabilir. Bu sonuçların kişiye dayatılması için sağlam gerekçelerin olması gerekir<sup>102</sup>. Sağlam gerekçe ihtiyacının karşılanması

---

<sup>96</sup> VON HIRSH/ASWORTH, s. 67.

<sup>97</sup> ZEDNER, s. 86; ROBINSON/DARLEY, s. 24.

<sup>98</sup> ROBERT Paul / ZUCKERMAN Adrian, *Criminal Evidence*, Oxford Yayınları 2004, s. 346-347.

<sup>99</sup> DUFF R. Antony, *Punishment, Communication and Community*, Oxford Yayınları 2001, s. 510; ASWORTH Andrew, *Four Threats to the Presumption of Innocence*, Sweet and Maxwell Yayınları 2006, s. 50-52

<sup>100</sup> ASWORTH, s. 113, ROBERT/ZUCKERMAN, s. 349; DUFF, s. 510-511. Karşıt görüşler için bakınız: ZEDNER, s. 46 v.d.

<sup>101</sup> STUMMER, s. 29.

<sup>102</sup> ASWORTH, s. 247.



için de suçluluğun makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanması ilkesi kabul edilmiştir<sup>103</sup>.

Masumların mahkumiyetini önlemeye yönelik epistemik ihtiyacın gerektirdiği varsayım ile suçlu bulunmadan önce herkesin masum sayılmasına yönelik ihtiyacın gerektirdiği varsayım birbirinden farklı amaçlara hizmet eder. Biri işlemlerin sonuçlarıyla ilgilenirken, diğeri kişinin itibarıyla ilgilenir. Özellikle Trachsel, masumiyet karinesinin, kişi itibarını koruma ilkesinden türetildiğini kabul etmektedir<sup>104</sup>. Anglo- Sakson Hukuk Sisteminden farklı olarak Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemi, karinenin her iki yönünü de korur. Dolayısıyla Kıt'a Avrupası'nda masumiyet karinesi, masumların mahkumiyetini önlemeye yönelik epistemik ihtiyaçtan çok daha fazlasıdır.

Delil standardını aşağıya çeken veya hataen işlenen fiillerden ya da işlendiği zaman yürürlükte olmayan bir suçtan dolayı bireylerin cezalandırılmasını öngören maddi hukuka ilişkin düzenlemelere karşı, masumiyet karinesinin güvence sağlayıp sağlamadığı noktasında doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüş karinenin bireysel yargılamalara ilişkin usul koruması olduğunu savunurken<sup>105</sup>, diğeri bir görüş karinenin usul korumasının yanında maddi hukuka ilişkin düzenlemelere karşı da koruma sağladığını kabul etmektedir<sup>106</sup>. Kanımızca masumiyet karinesi hem usul hem de maddi hukuk alanında uygulama alanı bulmalıdır. Esasen bu durum hukukun üstünlüğü ve hukuka dayanan devlet ilkeleriyle daha ilintilidir. Delil standardının aşağı çekilmesi ya da hataen işlenen fiillere ceza verilmesini öngören maddi hukuk düzenlemeleri, masumların mahkûm edilmesi riskini arttırır. Elbette ki hiçbir hukuk sistemi, masumların mahkûm edilmesi riskini tamamen ortadan kaldıramaz. Dün olduğu gibi bugün de masumların mahkumiyeti söz konusudur ve gelecekte de masumlar mahkûm edilmeye devam edecektir. Bu noktada masumiyet karinesinin asıl amacı, masumun mahkûm edilme riskini minimize etmektir<sup>107</sup>. İster usule isterse maddi hukuka ilişkin olsun masumların mahkûm edilme riskini arttıran düzenlemelerin ve uygulamaların, karinenin özünü anlamsız hale getireceği açıktır<sup>108</sup>. Bu sebeple karinenin hem maddi hem de usul hukukuna ilişkin güvence sağladığını kabul etmek gerekir<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> SHERMAN, s. 434.

<sup>104</sup> TRACHSEL, s. 164

<sup>105</sup> JACKSON/ SUMMERS, s. 205-206.

<sup>106</sup> Ibid, s. 208-209.

<sup>107</sup> STUMMER, s. 33.

<sup>108</sup> Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi'nin masumiyet karinesine ilişkin temel içtihadı olan ve bugün de emsal gösterilen Bell v. Wolfish davasında Mahkeme, Hükümetin ispat külfetine ilişkin maddi hukuk düzenlemeleri yaparken masumiyet karinesine uygun davranması gerektiğini, aksine icra edilecek hareketlerin ortaklık değerlerini ve kadim teamülleri yok sayacağı ifade edilmiştir (WILKINSON, s. 599).

<sup>109</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, maddi hukuka ilişkin düzenlemeleri, özellikle de kanun hükümlerini, masumiyet karinesi açısından değerlendirirken oldukça temkinli yaklaşmaktadır

### 3. DELİL STANDARDINI BELİRLEMEK ve İSPAT KÜLFETİNİ TAHSİS ETMEK

Delil standardı, mahkemenin adil bir karara varabilmesi için gereken ikna gücünü ve ispatın eşik düzeyini ifade eder. Hukuk sistemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, yedi adet ispat standardının mevcut olduğu söylenebilir. Bunlar, makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispat, üstün kanıtlarla ispat, karinelere dayalı ispat, kayıtlara dayalı ispat, yeterli şüpheyle ispat, makul şüpheyle ispat ve şüpheyle ispattır<sup>110</sup>. Makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispat eşik düzeyi en yüksek ispat standardını ifade ederken; şüpheyle ispat eşik değeri en düşük standardı ifade eder<sup>111</sup>.

Masumiyet karinesinin amaçlarından birisi, delil standardını düzenlemektir<sup>112</sup>. Zira, kişinin suçluluğu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır ifadesinin anlam kazanabilmesi için delil standardının belirlenmesi gerekir. Söz gelimi, şüpheyle kanıt standardının uygulandığı bir hukuk sisteminin masumiyet karinesine uygun davrandığını söylemek mümkün değildir.

Anglo- Sakson Hukuk Sistemi masumiyet karinesinin, suçluluğu makul şüphenin ötesinde kesin ve açık delillerle ispatlanmasına hizmet ettiğini net bir biçimde ifade ederken<sup>113</sup>, Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemi, maddi gerçeğe ulaşmaya odaklanır. Kıt'a Avrupası, makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispat yükümünü açıkça kabul etmese de maddi gerçeği arayarak bu

---

(Engel ve Diğerleri v. Hollanda, B.N. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8 Temmuz 1976, § 81). Bu temkinli yaklaşımın sebebinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Anglo Sakson Hukuk Sistemine tabi devletlerin de imza koymasındadır. Zira Anglo Sakson Hukuk Sistemi, Kıt'a Avrupasından farklı olarak maddi hukuka ilişkin düzenlemelerde masumiyet karinesinin uygulanması konusunda oldukça tutucu davranmaktadır.

<sup>110</sup> SCHEINER Robert, Standard of Proof, Presumption of Innocence, And Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-Trial Criminal Procedure, California Wesrern Hukuk Dergisi, Sayı: 55, 2007, s. 58.

<sup>111</sup> Ibid, s. 60. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne imza koyan Devletlerin tamamına yakını suç soruşturmasının başlatılabilmesi için yeterli şüphe, kovuşturma için makul şüphe ve mahkûmiyet için de makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlama delil standardını kabul etmiştir. Esasen bu delillendirme biçimi yargılamanın öncesinde, devamında ve yargılama sonrasında, Devletin icracı gücüne muhatap kalma ihtimaline karşı kişilere bir kalkan vazifesi görür (WILKINSON, s. 612).

<sup>112</sup> Masumiyet karinesiyle delil standardı arasındaki ilişki hakkında doktrinde farklı görüşler vardır. Laudan, masumiyet karinesiyle delil standardı kavramının birbirinden farklı olduğunu savunurken (LAUDAN, s. 116-117); Lacey, delil standardının belirlenmesiyle masumiyet karinesi arasında ciddi bağlantı olduğunu, hatta suçluluğun makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanması ilkesinin masumiyet karinesinin kökenini oluşturduğunu savunmaktadır (LACEY, s. 252). Lacey ile aynı yönde, GRAY, s. 8.

<sup>113</sup> Amerikan Sistemi de aynı şekilde masumiyet karinesinin ispat külfetlerini düzenleyen özel bir ilke olduğunu kabul etmektedir. Massachussts ile New York Federe Devletleri Ceza Yargılaması Talimatlarında, "Makul şüphenin ötesinde kesin ve net deliller olmadıkça kişi suçlu sayılamaz" ibaresi açıkça düzenlenmiştir.

standarda yakın bir eşik değeri kabul eder<sup>114</sup>. Sanık aleyhine olan şüpheleri netleştirme, şüpheden sanığı yararlandırma ve kendi aleyhine delil vermeye zorlamama ilkeleri her iki hukuk sisteminde de kabul edilmiştir<sup>115</sup>.

Masumiyet karinesi, genellikle, ispat külfeti ve makul şüphenin ötesinde kanıt yükü kavramlarıyla açıklanmaktadır. Ancak mahkemenin suçluluğun tespit edilmesinde ilk ve aktif rol oynadığı hukuk sistemlerinde, karinenin sadece ispat külfeti kavramıyla açıklanması mümkün değildir<sup>116</sup>.

Karinenin evrensel bir hak olup olmadığı sonucuna ulaşabilmek için içeriğinin daha genel bir ifadeyle tanımlanması gerekir. Bilindiği gibi bir hakkın evrensel olarak kabul edilebilmesi, onun temel haklara ilişkin olmasından geçer.

Masumiyet karinesi her zaman Anglo- Sakson hukukunun sağladığı güvenceleri her hukuk sisteminde sağlamayabilir. Ya da her hukuk sistemi, Kıt'a Avrupası hukukunun tarzıyla masumiyet karinesini açıklamayabilir. Genel olarak masumiyet karinesinin ortak standardının belirlenmesi için belirli bir düzeyde mutabakat aranmalıdır. Temel mutabakat sağlandığı sürece, yorum ve uygulama açısından yerel farklılıklar mazur görülebilir. Temel mutabakatın aranması, ortak paydayı bulmak için aranan ampirik bir mesele değildir. Zira insan haklarının normatif ve dönüştürücü boyutları da vardır<sup>117</sup>.

Masumiyet karinesinin gerektirdiği ortak mutabakat ise Devletin, bir kişiyi suçtan mahkûm edebilmesi ve cezalandırabilmesi için suçlu olduğunu kanıtlaması gerektirir<sup>118</sup>.

Görüldüğü gibi suçluluğu kanıtlama yükümü, Devlete bırakılmıştır. Zira masumiyet karinesi gereğince suç ile itham edilen kişi, suçsuzluğunu ispat etmek zorunda değildir<sup>119</sup>.

O halde masumiyet karinesinin sadece delil standardını değil, aynı zamanda ispat külfetinin tahsisini de etkilediğini söylemek mümkündür. Zira suçun işlendiğini, Devlet ispat etmek zorundadır<sup>120</sup>.

---

<sup>114</sup> Suçluluğun ispatında delil standardının yüksek olması aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesinin tesisini de teşvik eder. Zira masumiyet karinesi, masumları korumanın yanında, suçluluğu ancak kesin ve net kanıtlarla ispat edilenlerin mahkûm edilmesini gerektirir. Eğer insanlar, suçlu olduklarına dair kesin bir kanıt olmadan cezai yaptırımlara maruz bırakılırsa, hukukun üstünlüğü ilkesi zarar görecektir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin zarar görmesi, Devlete olan güveni azaltacağı gibi topluma adaletsizlik duygusunu da empoze eder. Toplumdaki adalet duygusu yükseldikçe Devlet otoritesine ve mahkemelere olan güven de zarar görecektir (STUMMER; s. 37-38).

<sup>115</sup> CAMPBELL, s. 684.

<sup>116</sup> ROBERTS/ HUNTER, s. 262.

<sup>117</sup> Ibid, s. 262.

<sup>118</sup> Ibid, s. 263.

<sup>119</sup> JACKSON/ SUMMERS, s. 212.

<sup>120</sup> LIPPKE, s. 163; FERZAN, s. 274; CAMPBELL, s. 684. Suçu ispat etme yükümü, soruşturma makamına bırakılarak, kişi ile soruşturma makamı arasındaki silahların eşitsizliği dengelenmeye çalışılmıştır (JACKSON/SUMMERS, s. 217).

Soruşturma ve Kovuşturma makamlarının tek elde toplanması halinde Montesquieu, haklı olarak, kişinin daha kolay cezalandırılabilceğini, bu durumun da masumların mahkumiyetlerini arttırarak masumiyet karinesinin ihlaline sebebiyet vereceğini ifade etmektedir. Bu nedenle Devlet, ispat külfetine ilişkin kuralları düzenlemenin yanı sıra, soruşturma ve kovuşturma makamlarının rolünü de iyi tespit ederek, anılan yetkileri erkler arasında paylaşdırmak zorundadır<sup>121</sup>.

### C. TÜRLERİ

Doktrinde masumiyet kavramı çeşitli yönlerden belirli türlere ayrılmıştır.

Öncelikle şekli masumiyet ile maddi masumiyet kavramlarının birbirinden ayrılması gerekir. Maddi masumiyet, iddia edilen fiilin sanık tarafından işlenmediğinin sabit olduğu durumlarda söz konusu olur. Şekli masumiyet ise iddia edilen fiilin sanık tarafından işlendiğinin kesin ve net delillerle sabit olmadığı durumlarda ortaya çıkar. Maddi masumiyette sanığın, suçu işlemediği yönünde şüphe yoktur; buna karşılık şekli masumiyette kişi, iddia edilen fiili işlemiş olabilir, fakat kişinin suçu işlediğine yönelik net bir delil bulunmamaktadır<sup>122</sup>.

Görüldüğü gibi maddi masumiyet, şekli masumiyeti de içine alan daha geniş bir kavramdır. Hukuk sistemleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hem maddi hem de şekli masumiyeti güvence altına almaktadır<sup>123</sup>.

Masumiyet karinesi, sağladığı korumanın genişliğine göre dar masumiyet ve geniş masumiyet olmak üzere ikiye ayrılır. Dar masumiyet, kişinin mahkeme kararıyla sabit olmadıkça suçlu sayılmamasını güvence altına alırken; geniş masumiyet yargılama öncesi ve sonrasında kişinin, Devlet tarafından suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Anglo- Sakson Hukuk Sistemi dar masumiyet karinesini, Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemi geniş masumiyet karinesini benimsemektedir<sup>124</sup>.

### D. MASUMİYET KARİNESİNİN SINIRLANDIRILMASI

Masumiyet karinesinin sınırlandırılmasında dengeleme teorisi ve hakların rekabeti teorisi ortaya atılmıştır.

Dengeleme teorisinde, tartının bir kefesine bireyin masum sayılma hakkı, diğer kefesine de toplumun çıkarları, yani kamu yararı, koyulur. Terazî dengelenene kadar masumiyet karinesi, toplum çıkarları lehine sınırlandırılır.

---

<sup>121</sup> JACKSON/SUMMERS, s. 215.

<sup>122</sup> FERZAN Kimberly Kesler, Preventive Justice and the Presumption of Innocence, Law and Philosophy Dergisi, Sayı:8, 2014, s. 514; LAUDAN, s. 94; GRAY, s.17. Zaman aşımının dolması sebebiyle verilen beraat dışı kararlarda şekli masumiyetlik durumu söz konusu olur.

<sup>123</sup> FERZAN, s. 514; LAUDAN, s. 94; GRAY, s. 17.

<sup>124</sup> JACKSON/SUMMERS, s. 221.

Hope tarafından ortaya atılan dengeleme teorisi, Robert Alexy tarafından da benimsenmiştir. Alexy, dengeleme teorisine yeni bir bakış açısı kazandırarak, hakların optimize edilmesinden bahseder. Optimize edilmeden kasıt, belirli durum ve şartlarda, hakların törpülenerek sınırlandırılmasıdır. Eğer bir hak törpülenerek optimize edilmez ise, başkasının alanına müdahale ederek onu anlamsız hale getirebilir<sup>125</sup>.

Jürgen Habermas, dengeleme teorisine şiddetle karşı çıkar. Habermas'a göre uzun mücadeleler neticesinde kazanılan hakların optimize edilerek törpülenmesine gerek yoktur. Haklar çatıştığında yarışırılır ve hangi hak, diğerine göre daha baskın gelirse doğrudan doğruya uygulama alanı bulur. Bu sebeple de hakların optimize edilmesine gerek yoktur. Habermas'a göre, masumiyet karinesiyle başka bir hak yarıştığında; diğer hak, masumiyet karinesine üstün gelirse, karine sınırlandırılabilir<sup>126</sup>.

Jürgen Habermas tarafından yapılan itiraz, dengeleme teorisine karşı yapılan tek itiraz da değildir. Hart'a göre, toplum denilen unsur tek tek bireylerden oluşur. Sınırlandırılan hak, bireylere ait olduğundan, topluluğun hakkı da sınırlandırılmış olacaktır. Masumiyet karinesinin sınırlandırılması, aynı zamanda toplum haklarının sınırlandırılmasına sebebiyet verecekse, toplum yararı, karinenin sınırlandırılmasını haklı kılmaz<sup>127</sup>.

Görüldüğü gibi doktrinde, masumiyet karinesinin sınırlandırılması noktasında görüş birliği bulunmamaktadır.

Bazen öyle suçlar vardır ki, bu suçların işlenmesi toplumu derinden yaralar ve topluma büyük zararlar verir. Bu tür suçları işlediği iddia edilenlere sağlanacak masumiyet karinesi rolünün ne olacağı ayrı bir öneme sahiptir. Zira toplumun tamamını ilgilendiren veya bizzat topluma karşı işlenen büyük suçların faillerinin cezalandırılması, toplum açısından oldukça önemlidir. Böyle bir durumda, Blackstone'nin ifade ettiği ona bir denklemi<sup>128</sup> bu paradoksu çözmeye yeterli midir?

---

<sup>125</sup> ALEXY Robert, Constitutional Rights, Balancing and Rationality, Ratio Juris Dergisi, Sayı: 16, 2003, s. 131-135.

<sup>126</sup> HABERMAS Jürgen, (Çeviren W. REGH), Between Facts and Norms, Polity Yayınları, Cambridge 1996, s. 256-259.

<sup>127</sup> JOHN FINNIS de Hart ile aynı görüştedir. Ona göre toplumun çıkarları denilen kavram bireylerin çıkarlarının kümülatif toplamıdır. Mesela, toplumun yangına karşı korunması çıkarı, aslında her bir bireyin kendi evinin yangına karşı korunması çıkarının toplamını ifade eder. O halde, masumiyet karinesine toplum çıkarları gerekçe gösterilerek sınırlandırılması mümkün değildir (STUMMER, s. 38). Asworth, masumiyet karinesinin toplum için tehlikeli ve ağır suçlar açısından sınırlandırıldığında, zamanla ciddi olmayan suçlar açısından da sınırlandırmaya tabi tutulacağını ve Devletin üstün gücünü ,sanık aleyhine kullanma ihtimalinin, adi suçlarda da söz konusu olabileceğini ifade ederek, toplumu tehlikeli ve ağır suçlara karşı korumak istenirken adi suçlar karşısında bireylerin korumasız bırakılacağı görüşüyle masumiyet karinesinin sınırlandırılmasına karşı çıkmaktadır (ASWORTH, s. 107, 209.).

<sup>128</sup> STUMMER, s.3.

Toplum için tehlikeli ve ağır suçların neler olduğunu belirlemek mümkün değildir. Tehlike ve ağır ifadelerinin bünyesinde taşıdığı görecelik, bu hususta herkesin birleştiği bir tanım verilmesine engel olur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde toplum için tehlikeli ve ağır suçların işlenmesi halinde akit devletlerin, masumiyet karanesi de dahil olmak üzere hakları sınırlandırabileceğine yönelik bir dragasyon usulü benimsenmiştir. Topluma karşı tehlikeli ve ağır suçlar, "ulusun varlığını tehdit eden durumlar" olarak tanımlanmıştır.

Terör suçlarının, askeri casusluk suçlarının ve Anayasayla kurulmuş hür demokratik düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan suçların, toplum için tehlikeli ve ağır suçlar olduğu kabul edilebilir. Terör suçları, ulusun varlığını tehdit edecek boyutta olmasa bile sivillere yönelik feci sonuçlar doğurabilmektedir. Aynı şekilde Anayasayla kurulmuş hür demokratik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik eylemler de topluma büyük travmalar yaşatabilir. Bu tür feci sonuçlara ve travmaya maruz kalan toplumun, faillerin cezalandırılmasını isteme hakkına saygı gösterilmesi elzemdir. Eğer tehlikeli ve ağır suçların failleri, makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle belirlenemiyorsa, ne yapılması gerektiği noktasında büyük bir soru işareti vardır. Hope, böyle bir durumda ters ispat külfetleri getirerek sorunun çözülmesi gerektiği görüşündedir<sup>129</sup>.

Masumiyet karanesinin, suç ithamında ispat külfetini Devlete tahsis etmeyi amaçladığını yukarıda söylemiştik. Eğer Hope'nin ifade ettiği gibi suçun işlenip işlenmediği noktasında ters ispat külfetleri getirilirse, masumiyet karanesi sınırlandırılmış olacaktır.

Carleton Allen, suç işleyenlerin, ceza adaleti sayesinde suçtan kurtulması söz konusu olursa, toplumda büyük bir kaos ortamı oluşacağını ve bu durumun zamanla toplumu ve Devleti yıkacağını ifade eder. Bu sebeple masumiyet karanesini olabildiğince geniş uygulamak yanlış beraatları çoğaltacak, bu da ceza adaletini içinden çıkılmaz bir hale sürükleyecektir<sup>130</sup>.

Bazen, bir masumun mahkûm edilmesinden önce suçlunun beraat etmesinin daha iyi olduğu söylenebilir. Bazen binlerce suçlu vardır. Rakamlar önemlidir. Binlerce suçlunun, bir masumu mahkûm etme korkusuyla özgürleştirilmesine izin veren bir sistem, toplumu yeterince koruyamayabilir. Toplum yeterince korunmazsa, Carleton Allen'in söylediklerini yaşamak kaçınılmaz olur. Bu sebeple masumiyet karanesine aşırı derecede önem atfetmek, onu kutsamak ve sınırlandırılmaz bir hak olarak tanımak imkansızdır<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Ibid, s. 56.

<sup>130</sup> GRAY, s. 287.

<sup>131</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ters ispat külfetleriyle masumiyet karanesinin sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir. Mahkemenin bu konuyu tartıştığı ilk karar Salibiaku v. Fransa başvurusudur. Anılan başvuruda başvuru, ithal edilmesi yasaklanan 10 kg kenevir tohumu bulundurduğu gerekçesiyle hapis cezasıyla tecziye edilmiştir. Cezanın tecziye edildiği tarihte yürürlükte bulunan Fransız Gümrük Kanunu'nda, ithal edilmesi yasaklanan

## E. MASUMİYET KARİNESİNİ TAMAMLAYAN İLKELER

Duruşma yargıcının bağımsız ve tarafsız olmadığı, sanığa suç ithamının belirtilmediği ve hukuki yardım almasına imkân tanınmadığı, delil getirme hakkına aykırı hareket edildiği, tanık dinlenilmesinde dürüst davranılmadığı, çekişme imkânı verilmediği durumlarda suçluluğun makul şüphenin ötesinde kesin ve net delille ispat edilmesi bir anlam ifade etmeyeceği gibi masumiyet karinesine uygun davranıldığı da söylenemez<sup>132</sup>.

Bu sebeple duruşma yargıcının bağımsız ve tarafsız olması, savunma ve delil getirme hakkının tesis edilmesi, tanık dinlenilmesinde dürüst davranılması gibi kaidelerin masumiyet karinesini tamamlayan ilkeler olduğunu söylemek mümkündür.

Nitekim masumiyet karinesini düzenleyen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11.maddesinde, suç ile itham edilen herkesin, savunması için gerekli tüm güvencelerin tanındığı aleni bir duruşma sonunda, yasaya göre suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin 2.fıkrasında masumiyet karinesi düzenlendikten sonra, 3.fıkrasında da ceza yargılamasının adaletini sağlamak amacıyla sanığa tanınması gereken asgari güvenceler hüküm altına alınmıştır<sup>133</sup>.

Masumiyet karinesini tamamlayan kaidelerin her biri, başlı başına ayrı bir hukuki incelemenin konusudur. Çalışmamızın ana muhtevası gereğince anılan kaidelerin derinlemesine incelemesi mümkün değildir. Buna karşın, masumiyet karinesi doktrinin tamamlanabilmesi adına tamamlayıcı kaidelere kısaca değinilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu sebeple çalışmamızın bu kısmında, tamamlayıcı kaidelere kısaca değinmeye çalışacağız.

---

malları bulunduranların kaçakçılık suçundan cezalandırılacağı öngörülmüştür. Başvurucu, zilyetliğinde bulunan 10 kg kenevir tohumunu kendisinin ithal etmediğini, yasaklı malı ithal ettiği hususunun hiçbir şüpheye yer verilmeyecek şekilde ispat edilemediğini ve Kanunda düzenlenen varsayıma göre cezalandırılmasının masumiyet karinesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuruyu esastan inceleyen AİHM, kanuni karinelerin hemen hemen her hukuk sisteminde yer aldığını, ulusal mevzuatta kanuni karinelerin kabul edilmesinin sırf bu sebeple Sözleşmeyi ihlal vermeyeceğini, ancak karineler düzenlerken makul sınırlar içerisinde kalınması ve savunma hakkının ortadan kaldırılmaması gerektiğini, Fransız Gümrük Kanunu'nda düzenlenen karineyle korunan yarar dikkate alındığında düzenlemenin makul sınırlar içerisinde kaldığını ve başvurucuya savunma hakkı verildiğini dikkate alarak masumiyet karinesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir (STUMMER, s. 98).

<sup>132</sup> GRAY, s. 267-268.

<sup>133</sup> Ibid, s. 269.

- **Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma;** Mahkemenin manevi otoritesinin ve yargıya olan güvenin sağlanması<sup>134</sup> masumiyet karanesinin tesisi için gereklidir. Hakkını elde etmek için mahkemeye başvuran kişilerin, her şeyden önce, mahkemenin otoritesine ve yargıya güven duyması gerekir. Bu güven ancak mahkemenin bağımsızlığıyla sağlanabilir. Bağımsızlık kavramıyla<sup>135</sup> mahkemelerin dışarıdan ve içeriden hiçbir baskı ve etki altında kalmaması, yasama ve yürütme organları ile idareden herhangi bir şekilde emir ve talimat almaması kastedilmektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı esas itibarıyla demokratik hukuk devletinin bir şartı olan kuvvetler ayrılığı prensibinden kaynaklanmaktadır<sup>136</sup>. Tarafsızlık ise, hâkimlerin önyargılı olmaması, dava sonucuyla doğrudan veya dolaylı olarak maddi ya da manevi bir çıkar ilişkisinde bulunmaması ve dışa karşı, yani yürütme organı, davanın tarafları ve medya gibi üçüncü kişiler karşı tarafgir tutum içinde olmaması<sup>137</sup> anlamına gelir<sup>138</sup>. Mahkemenin muhakemeye sanığın suçlu olduğu önyargısıyla başladığı durumlarda, masumiyet karanesine uygun davranıldığını söylemek mümkün değildir<sup>139</sup>.
- **Suç İsnadını Öğrenme Hakkı;** Bir suçla itham edilen kişi, kendisine yöneltilen suçlamanın niteliğini ve nedenini en kısa zamanda öğrenme hakkına sahiptir. İtham edilen suçla ilgili olarak sanığa verilecek bilginin, hangi fiil sebebiyle suçlandığı ve bu fiilin hukuki nitelendirmesinin ne olduğunu içermelidir<sup>140</sup>. Sanığın bilgilendirilmediği durumlarda; savunma ve delil getirme hakkı doğrudan, masumiyet karanesi ise dolaylı yünden ihlal edilmiş olacaktır. Zira hakkında yapılan ithamı bilmeden mahkûm edilen kişinin, aleyhine sunulan delilleri çürütme imkanına sahip olduğu söylenemeyeceğinden, masumiyet karanesine uygun davranılmış olmaz.
- **Savunma Hakkı;** Savunma hakkı, belki de yargılama sürecindeki en önemli haktr. Zira kişinin kendisini savunmadığı bir yargılama düşü-

---

<sup>134</sup> MOISEYEV v. RUSYA; GRIEVES v. BİRLEŞİK KRALLIK: Her ne kadar bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları birbirinden farklı olsa da AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını bir arada ele almaktadır.

<sup>135</sup> CLARKE v. BİRLEŞİK KRALLIK: Yargılama makamının “bağımsızlığı” kavramı, yargının diğer güçlerden ve özellikle de yürütmeden ayrılmasına dair usulü garantilerin mevcudiyetini gerektirmektedir.

<sup>136</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 72-73.

<sup>137</sup> KARTTUNEN v. FİNLANDYA; CASTEDO v. İSPANYA.

<sup>138</sup> VITKAUSKAS/ LEWIS- ANTONY Sian, Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights, Integrights Yayınları 2012, s. 27.

<sup>139</sup> GRAY, 218.

<sup>140</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 161.



nülemez. Yargılamanın olmadığı yerde onun adil olup olmadığı, kişinin masumiyet karinesine uygun davranılıp davranılmadığının da bir önemi yoktur<sup>141</sup>.

- **Delil Getirme Hakkı;** Delil getirme hakkı ve masumiyet karinesi soruşturma makamının üstün gücü ile sanığın gücünün dengelenmesine hizmet etmektedir. Delil getirme hakkının tanınmadığı bir yargılamada kişinin mahkûm edilmesi, aleyhine getirilen delilleri çürütme imkanına sahip olmadığından, sırf bu sebeple masumiyet karinesine uygun düşmeyecektir<sup>142</sup>.

## SONUÇ

Masumiyet karinesi, kişinin, makul şüphenin ötesinde kesin ve net delillerle ispatlanmadıkça suçlu sayılmasını ve toplum tarafından damgalanmasını önleyen; hakimler ve savcılar ile diğer kamu görevlilerinin masum olduğunu varsayarak hareket etmesini sağlayan kadim bir hukuk doktrini dir.

Adaletsizliğin yaşattığı acıların, insan onuruna yakışmayan muamelelerin ve önyargılı muhakemelerin verdiği ıstırap ve acı temeline bina edilen masumiyet karinesi, bugün, modern hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinde kabul görmüştür.

Bazıları masumiyet karinesini, Anglo- Sakson Hukukunun bir armağanı olarak niteler. Buna karşılık farklı kültürlerde masumiyet karinesinin değişik şekillerde uygulandığını söylemek mümkündür. Zira hem Anglo Sakson hem Kıt'a Avrupası hem de İslami Hukuk Sistemleri karinenin gelişmesine katkı sağlamıştır. Suçlamaların, dürüst tanıklar veya kesin belgeler ya da açık fiili kanıtlarla ispatlanması gerektiğini ve ispat olmadıkça kimsenin suçlu sayılmayacağını hüküm altına alan Corpus Iuris Civilis'teki düzenlemeyle, Hz. Ömer'in Basra valisine gönderdiği Direktifnamedeki düzenleme benzerlik gösterir. Bu benzerlik, doğu ve batı hukuku doktrinlerini açısından da geçerlidir. Zira Blackstone ve Ebu Hanife'nin ortak gayesinin masumların yanlış yere mahkûm edilmesini önlemek olduğunu söylemek imkânsız değildir. Bu sebeple biz, masumiyet karinesinin ilk çıkış noktasının Anglo- Sakson Hukuk Sistemi olduğunu şiddetle reddediyoruz. Bize göre masumiyet karinesi, tarihi gelişim kısmında anlattığımız gibi, Hammurabi Kanunlarıyla hukuki alana dahil olan; Yunan Şehir Devletleri, Roma ve Bizans İmparatorlukları, İslam Devletleri, Anglo- Sakson Hukuku ve Kıt'a Avrupası Hukukuyla geliştirilen ve genişletilen bir ilkedir. Bu ilkeyi tek başına bir medeniyete veya millete izafe etmek, masumiyet karinesi için doğu ve batının verdiği ortak mücadeleyi

---

<sup>141</sup> Ibid, 172; OSCE-DIGEST, Legal Digest of International Fair Trial Rights, ODIHR Yayınları, Varşova 2012, s. 139.

<sup>142</sup> ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, 181.

hiçe saymak anlamına gelir. Buna karşılık Anglo- Sakson Hukuk Sisteminin, masumiyet karinesine önemli katkılar yaptığı ve karinenin gelişiminde ciddi rol oynadığı hususları da reddedilemez bir gerçekliktir.

\*\*\*\*\*

Cezayı amaç olarak görenler ile Retrubutivistler asıl olanın Yasanın korunması olduğunu ve Devletin masumları korumak gibi bir görevinin olmadığını ifade etmektedir. Gerçekte asıl olan Yasanın korunması mıdır? Devletin masumları korumak gibi bir görevi yok mudur?

Hukuk ekolleri masumiyet karinesini kendi görüşlerine göre konumlandırmaya çalışmıştır. Konumlandırmaların ortak çıkış noktası, genellikle, masumların mahkûm edilmesinin adaletsiz olduğu kanısıdır. Zira bir masumun yanlış yere mahkûm edilmesi, ona zulmetmek anlamına gelir. Bir Devlette zulüm fazlalaşırsa ya da Devlet ve hukuk sistemi zulmü kanıksarsa, toplumda adalete olan güven yıkılır. Adalete olan güvenin yıkıldığı yerde, toplumsal bunalım ve kargaşa baş gösterir. Toplumsal bunalım, adaletin gölgesiyle giderilemediğinde, hukuk sistemi içinden çıkılmaz bir bataklığa dönüşür. Bu sebeple zulüm, adaletli olanlar tarafından reddedilmelidir.

Gerçekten de Masumu yanlış yere mahkûm etmenin ağırlığını ve zulmün boyutunu hissetmek için kısa süreli bir empati kurmak yeterlidir. İşlemediğiniz bir suçtan ötürü idam edildiğinizi veya bir gün hapiste kaldığınızı ya da meslekten ihraç edildiğinizi düşünseniz, kelimeyle ifade edilemeyen acının boyutunu belki anlayabilirsiniz.

İşte tam da burada belirtilmelidir ki insan, insan olduğu için değerlidir ve sırf insan olması sebebiyle belirli hakları kazanır. Devlet ve Devletin koyduğu yasalar, ancak ve ancak insanı yüceltme amacına hizmet ederse meşru olabilir. Çünkü Devlet ve onun yasaları, tek tek insanların oluşturduğu toplumun varlığıyla bir anlam kazanır. Şeyh Edebalı'nın Ertuğrul Gazi'ye vasiyeti, insana verilen değeri gözler önüne serer. Bilindiği gibi Edebalı, Ertuğrul Gazi'ye "İnsanı yaşat ki, Devlet yaşasın" öğüdünde bulunmuştur. Bu sebeple Devletin amacının Yasayı korumak olduğu ve masumları korumak gibi bir amacının olmadığını söylemek mümkün değildir.

\*\*\*\*\*

Masumiyet karinesinin suç ithamıyla işlerlik kazanacağı noktasında duraksama yoktur. Zira karinenin çıkış noktası, masum insanların mahkûm edilmemesi ve suç işlediği mahkeme kararıyla sabit olmadıkça kişilerin toplum tarafından damgalanmasının önüne geçilmesidir.

Fakat burada suç ithamının nasıl yorumlanması gerektiği noktasında bir çelişki vardır. 19. yüzyılın sonlarına kadar suç ithamıyla, ceza kanununda

düzenlenen fiillerin kastedildiği söylenebilir. Peki suç ithamı sadece, ceza kanunlarıyla sınırlı mıdır?

Modern doktrinlerde cezalandırma alanlarının üç kısma ayrıldığı bilinmektedir. Bunlar sırasıyla, ceza hukuku, kabahatler hukuku ve idare hukuku alanlarına aittir. Örneğin kamuya açık alanlarda hayasızca davranışlarda bulunmanın kabahatler hukukunda düzenlenmesi, onun suç ithamı olduğu gerçeğini değiştirmez. O halde, suç ithamı değerlendirilirken ceza kanunuyla sınırlı kalınmamalı, suç ve cezanın ağırlığı da dikkate alınarak, diğer cezalandırma alanlarındaki ithamlarda masumiyet karinesine işlerlik kazandırılmalıdır.

Peki suç ve cezanın ağırlığı neye göre belirlenmelidir? Bir suçun karşılığında hürriyeti kısıtlayıcı ceza verilmesi durumunda cezanın ağır olduğu söylenebilir. Zira özgürlük, yaşama hakkının içeriğinde yer alan ve insanın sırf insan olması sebebiyle doğuştan kazanılan bir haktır. Gözaltı cezaları ya da kısa süreli hapis cezaları, kişiyi hürriyetten yoksun bırakmaktadır. Buna karşın, hürriyetten yoksun bırakmayı gerektirmeyen cezalarda suç ve cezanın ağırlığının neye göre belirlenmesi gerektiği noktasında bir netlik yoktur.

Kanımcı suç ve cezanın ağırlığı belirlenirken ölçü alınması gereken kıstas, toplumsal damgalama ölçütüdür. Eğer bir fiille itham edilmek sırf bu sebeple kişinin toplum tarafından damgalanmasına, dışlanmasına ve baskılanmasına sebebiyet verecekse bu fiil, suç ithamı olarak kabul edilmeli ve masumiyet karinesi işlerlik kazanmalıdır.

Masumiyet karinesine işlerlik kazandıracak suç ithamı günden güne veya toplumdan topluma değişir mi? Burada, trafikte kırmızı ışıkta geçme (seyre devam etme) fiilinden hareket edelim. A ülkesinde kırmızı ışıkta geçme fiili için öngörülen cezanın para cezası, B ülkesinde üç gün hapis cezası olduğu ve C ülkesinde kırmızı ışıkta geçme fiili için herhangi bir ceza öngörülmediğini düşünelim. C ülkesinde, eylem herhangi bir cezalandırma alanına dahil olmadığından masumiyet karinesinin uygulama alanı bulmayacağı noktasında şüphe yoktur. Diğer taraftan, kişiyi hürriyetten yoksun bırakan üç gün hapis cezasını düzenleyen A ülkesi açısından fiilin, bir suç ithamı olduğu ve masumiyet karinesinin işlerlik kazanacağını söylemek de kolaydır. Peki burada itham için para cezasını öngören A ülkesinde durum ne olacaktır?

A ülkesindeki duruma geçmeden önce, suç ithamının toplumdan topluma ve ülkeden ülkeye değiştiğini tespit etmiş bulunmaktayız. Zira verilen örnekte B ülkesinde suç ithamı mevcuttur ve masumiyet karinesi uygulama alanı bulacaktır; C ülkesinde ise işlenen fiil hiçbir cezalandırma alanına dahil olmadığından suç ithamı ve masumiyet karinesinin uygulanması mümkün değildir. C ülkesinin bir kanun değişikliği yaptığı ve kırmızı ışıkta geçme fiilinin karşılığını bir ay hapis cezası olarak belirlediğini düşünelim. İşte bu halde suç

ve cezanın şiddetine göre fiil, artık C ülkesi için de bir ithamdır ve masumiyet karinesi uygulama alanı bulacaktır. Görüldüğü gibi C ülkesinde aynı fiil için eskiden masumiyet karinesi işlerlik kazanmazken, yeni düzenlemeyle işler hale gelmiştir. Bu durumda masumiyet karinesinin uygulanabilirliğinin zamandan zamana değiştiğini söylemek de mümkündür.

Daha önce yarım bıraktığımız konuya geri dönecek olursak A ülkesinde fiilin karşılığı olarak öngörülen para cezası suç ithamı olarak kabul edilecek midir? Kangers v. Letonya davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, böyle bir durumu, suç ithamı olarak kabul etmiş ve masumiyet karinesinin uygulanacağına karar vermiştir<sup>143</sup>. Biz de İnsan Hakları Mahkemesiyle aynı görüşü savunarak idari para cezaları halinde de masumiyet karinesinin uygulama alanı bulacağını kabul etmekteyiz.

\*\*\*\*\*

Bir fiilin hem hukuki hem de cezai sorumluluk doğurması mümkündür. Örneğin, kasten yaralama suçu hem cezai sorumluluğu hem de hukuki sorumluluğu gerektirebilir. Aynı fiilden dolayı hem ceza hem de hukuk davasına maruz kalan failin, ceza mahkemesinden beraat etmesine rağmen hukuk mahkemesince tazminata mahkûm edilmesi mümkün müdür?

Bilindiği gibi ceza ve hukuk yargılaması, gece ve gündüz kadar farklıdır. Bu farklılık hem muhakeme usullerinde hem delil standardında hem de ispat külfetinin tahsisinde ortaya çıkar. Ceza mahkemelerine göre hukuk mahkemelerinin delil standardı daha düşüktür. Çünkü ceza mahkemeleri, maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayarak failin suç işlediğini makul şüphenin ötesinde açık delillerle ispatlanması eşliğini kabul etmektedir. Hukuk mahkemelerinde ise üstün belgeyle ispat, karineyle ispat veya kayıtlarla ispat da mümkündür. Delil eşliğinin düşüklüğü sebebiyle ceza mahkemesinde beraat eden kişinin, aynı delillerin kullanılması suretiyle hukuk mahkemesince mahkûm edilmesi masumiyet karinesiyle çelişmemektedir. Burada suçu işlemediği mahkeme kararıyla sabit olanların durumu farklıdır. Suç işlenmediğinin sabit olduğu durumlarda, fiilin işlenmediği sabittir ve hukuk mahkemesince kişinin tazminata mahkûm edilmesi, fiilin işlendiğinin ima edilmesine sebebiyet verdiği için masumiyet karinesine uygun düşmeyecektir.

#### - Medeni Masumiyet Karinesi Üzerine

Burada tartışmak istediğimiz bir konu da herhangi bir cezalandırma alanında düzenlenmeyen bir fiilin hukuk davasında değerlendirilmesinin masumiyet karinesine işlerlik kazandırıp kazandırmayacağı hususudur. Başka

---

<sup>143</sup> Kangers v. Letonya, B.N. 35726/10, K.T. 09/09/2019, §, § 52, 61.

bir anlatımla, ceza mahkemesini ilgilendirmeyen ve konusu herhangi bir cezalandırma alanına dahil olmayan bir fiilin, hukuk mahkemesince incelenmesi aşamasında masumiyet karinesinin işlerlik gösterip göstermeyeceğidir. Öyle bazı fiiller vardır ki, bu fiiller herhangi bir cezalandırma alanında suç olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte fiilin işlendiği şüphesi toplum tarafından kişinin damgalanması sonucunu doğurabilir. Örneğin, ülkemiz açısından zina fiili bu duruma uygun düşen bir örnektir. Bugün Türkiye’de yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu “Zina” fiilini suç olarak düzenlenmemiştir. İslam Hukukunun tesiriyle Selçuklu ve Osmanlı Devletleri ile Türkiye Cumhuriyeti döneminde zina eylemi suç olarak sayılmıştır. 1996 ve 1998 tarihlerinde, zinanın suç olmasını düzenleyen 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nun 440 ve devamı maddeleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilerek yürürlükten kaldırılmıştır<sup>144</sup>. Bugün artık zina eylemi ceza kanununda suç olarak düzenlenmediğinden klasik cezalandırma alanına dahil değildir. Buna karşılık Türk toplumu zinayı halen ayıplamakta ve bu fiilin kötü bir eylem olduğunu kabul etmektedir. Zina eyleminin faillerinin toplum tarafından dışlanması, baskılanması ve damgalanması da söz konusu olabilir. Zira Türk hukukunda halen zina fiili belirli sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, Türk Medeni Kanunu 161.maddesinin 2.fıkrasında, eşlerden birisinin zina etmesi halinde, diğer eşin zina fiilini öğrenmesinden itibaren 6 ay içinde boşanma davası açabileceği, zina olgusunun sabit olması halinde eylemi icra eden eşin boşanmada kusurlu olacağı ve diğer eşin bu suretle uğradığı maddi ve manevi zararları gidereceği kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi Türk Medeni Kanunu, evlilik birliği içerisindeki zina eylemini kusurlu bir davranış olarak kabul etmiştir. Türk Ceza Kanununca zina eylemi suç olarak düzenlenmediğinden, zina sebebiyle açılacak boşanma davasının, ceza yargılamasıyla bütünleşik olduğundan bahsedilmesi de mümkün değildir. Burada tartışılması gereken mesele, zina eylemini yaptığı itham edilen eşin masumiyet karinesinden yararlanıp yararlanamayacağı konusudur. Az önce yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ceza kanununda suç olarak düzenlenmemesine karşın zina eylemi, Türk toplumu tarafından halen kötü bir davranış olarak kabul edilmekte ve zina fiili sebebiyle failin, toplum tarafından dışlanması, baskılanması veya damgalanması mümkün olmaktadır. Masumiyet karinesi bir yönüyle mahkeme kararıyla suçu sabit oluncaya kadar kişinin suçlanmamasını engellerken, diğer yönüyle de kişiyi toplumun baskısından korumaktadır. Zina sebebiyle açılan boşanma davasında eylemi icra ettiği iddia edilen bireyin, bu toplumsal damgalanmaya karşı korunması gerekir. O halde mahkeme zina eylemi hakkında hüküm verinceye kadar fail olduğu iddia edilen eş, masumiyet karinesinin korumasından yararlanmalı, fiili işlediği noktada önyargılı davranmamalı, ispat külfeti müddeiye bırakılmalı

---

<sup>144</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 23/09/1996 tarih ve 1996/15 Esas, 1996/34 sayılı Kararı ile Anayasa Mahkemesi’nin 23/06/1998 tarih ve 1998/3 Esas, 1998/28 sayılı Kararı.

ve topluma karşı korunmalıdır. İşte bu tür hallerde işlerlik kazanacağını düşündüğümüz masumiyet karinesini, Medeni Masumiyet Karinesi olarak adlandırmaktayız.

#### KAYNAKÇA

- **ALEXY Robert**, Constitutional Rights, Balancing and Rationality, Ratio Juris Dergisi, Sayı: 16, 2003.
- **ARI Abdülselem**, Hz. Ömer'in Ebu Musa El Eş'ariye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı:2, Yıl: 2003.
- **ASWORTH Andrew**, Four Threats to the Presumption of Innocence, Sweet and Maxwell Yayınları 2006.
- **BENTHAM John**, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Methuen Yayınları, Londra, 1982.
- **BİLİR Faruk**, 1982 Anayasasının 90. Maddesi Çerçevesinde Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuka Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007.
- **CAMPBELL Liz**, Criminal Labes, the European Convention on Human Rights and Presumption of Innocence, The Modern Hukuk Dergisi, 76-4, 2013.
- **ÇAYAN Gökhan**, Adil Yargılanma Hakkı, Legal Hukuk Yayınları, İstanbul 2016.
- **ÇAYAN Gökhan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 28, Ankara 2016.
- **ÇAYAN Gökhan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Bölüm: Borg v. Malta Davası, Küresel Bakış Dergisi, Sayı 20, Ankara 2016.
- **ÇAYAN Gökhan**, Kamu Görevlilerinin Statüsüyle İlgili Uyuşmazlıklarda Adil Yargılanma Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, Sayı 116, Ankara Nisan 2016.
- **ÇAYAN Gökhan**, The Right to a Fair Trial, the Coverage of the Right and Application in the Tax Cases, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y: 7, Sayı 12, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara Haziran 2016.
- **ÇAYAN Gökhan**, The Right to a Fair Trial in the Discrepancies Originating from Public Officials' Status, İnsan Hakları Dergisi, Y. 6, Sayı 11, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara Haziran 2016.
- **DALKILIÇ Emine**, Kayseri Kadı Sicillerine Göre Zimmiler, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2004.
- **De JONG Ferry/ Van LENT Leonie**, The Presumption of Innocence as a Counter Factual Principles, Utrecht Hukuk Dergisi, Sayı: 12, Haziran 2016.

- **DEBUSİ İsa b.**, (Çeviren: Mehmet Boynukalın), Takvimü'l-edille, Beyrut, Dar'ul Kütüb'il İlmiyye.
- **DUFF R. Antony**, Punishment, Communication and Community, Oxford Yayınları 2001.
- **ERTURHAN Sabri**, İslam Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi (In Dubio Pre Reo), Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, VI/ II, Sivas 2002
- **EŞ-ŞEYBANİ Muhammed bin**, (Çeviren: Mehmet Boynu Kalın), Beyrut, Dar İbn Hazm, X. Cilt.
- **FERZAN Kimberly Kesler**, Preventive Justice and The Presumption of Innocence, Law and Philosophy Dergisi, Sayı:8, 2014.
- **GRAY Anthony**, Presumption of Innocence in Peril, Lexington Yayınları, Londra 2017.
- **HABERMAS Jürgen**, (Çeviren W. REGH), Between Facts and Norms, Polity Yayınları, Cambridge 1996.
- **KITAI Rinat**, Presuming Innocence, Okla Hukuk Dergisi, Sayı 63, Birleşik Devletler 2002.
- **JACKSON D. John/ SUMMERS J. Sarah**, The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Birleşik Krallık 2012.
- **LACEY Nicola**, in Search of Criminal Responsibility; Ideas, Interests and Institutions, Oxford Üniversitesi Yayınları 2016.
- **LAUDAN Larry**, Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Birleşik Krallık 2006.
- **LAUFER S. WILLIAM**, The Rhetoric of Innocence, Washington Hukuk Dergisi, Sayı: 17, Washington 1995.
- **LEVANON Liat**, Sexual History Evidence in Case of Sexual Assault: A Critical Re-Evaluation, Sayı 62, Toronto Hukuk Dergisi, Toronto 2012.
- **LIPPKE Richard L.**, Taming the Presumption of Innocence, Oxford Üniversitesi Yayınları, Londra 2016.
- **LIPPKE Richard L.**, The Presumption of Innocence in The Trial Setting, Tatio Juris Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 2, 2015.
- **MEMİŞ Pınar**, Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Masumiyet Karinesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003.
- **ORMANOĞLU Hatice Derya**, Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları

- Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4) 2016.
- **OSCE-DIGEST**, Legal Digest of International Fair Trial Rights, ODIHR Yayınları, Varşova 2012.
  - **ROBINSON Paul H./ DARLEY John M.**, 'Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation' *Oxford Journal of Legal Studies Dergisi*, Sayı 24, 2004.
  - **ROBERTS Paul/ HUNTER Jill**, Criminal Evidence and Human Rights, Hart Yayınları, Oxford 2012.
  - **ROBERTS Paul / ZUCKERMAN Adrian**, Criminal Evidence, Oxford Yayınları 2004, s. 346-347.
  - **SCHEINER Robert**, Standard of Proof, Presumption of Innocence, And Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-Trial Criminal Procedure, California Wesrern Hukuk Dergisi, Sayı: 55, 2007.
  - **SHERMAN J. Clark**, The Juror, The Citizen, and The Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgement, *Criminal Law and Philos Dergisi*, Sayı 8, 2014.
  - **SMITH Eva**, The Presumption of Innocence, Scandinavian Studies in Law, Norveç 2012.
  - **STUMMER Andrew**, The Presumption of Innocence Evidential and Human Rights Perspective, Oregon Yayınları, Oxford ve Portland 2010.
  - **ŞEBBE Ömer bin**, (Çeviren: Mehmet Boynukalın), Tarihü'l-Medine Daru'l-Uleyyani II. Cilt.
  - **TADARS Victor/ TIERNEY Stephen**, The Presumption of Innocence and the Human Rights Act, *The Modern Hukuk Dergisi*, 6/13, 2004.
  - **TRACHSEL Stefan**, Human Rights in Criminal Procedure, Oxford Üniversitesi Yayınları, 2005.
  - **VITKAUSKAS/ LEWIS- ANTONY Sian**, Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights, *Integrighits Yayınları* 2012.
  - **VON HIRSCH Andrew/ ASWORTH Andrew**, Proportionate Sentencing: Exploring the Principles, Oxford Yayınları 2005.
  - **YALÇIN Nihat**, 1572-1587 (H. 980-995) Yılları Arası Üsküdar Mahkemesi Kadı Sicilleri'nin Sosyal ve İktisadi Açından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
  - **ZEDNER Lucia**, Criminal Justice, Oxford Yayınları, 2004.





# TÜRKİYE’DE HUKUK EĞİTİMİNİN SORUNLARI VE ÇAĞDAŞ GELİŞMELER KARŞISINDAKİ DURUMU

*Problems of Legal Education in Turkey and Situation in the Face of  
Contemporary Developments*

**Mehmet AKYOL\***

Geliş Tarihi: 02.08.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Bu makalenin ilk bölümünde ülkemizdeki hukuk eğitiminin güncel sorunları, hukuk eğitimi hakkında yazılmış olan çeşitli yayınlardan elde edilen bilgiler eşliğinde üst ve alt başlıklar halinde detaylı bir şekilde anlatılmıştır. İkinci bölümde, yine bu alanda yazılmış olan çeşitli yayınlardan elde edilen bilgiler eşliğinde, nitelikli bir hukukçunun taşıması gereken karakter ve sahip olması gereken teknik donanım ile bu nitelikleri sağlayabilmek için Avrupa ve Kuzey Amerika’daki hukuk eğitimlerinde uygulanmakta olan yöntemler birlikte anlatılarak pekiştirilmiştir. Sonuç bölümünde ise nitelikli hukukçuların yetiştirilebilmesi için mikro çapta yapılması gereken değişiklikler ve yenilikler ile hukuk eğitiminde makro çapta dikkate alınması gereken temel hususlar açıklanmıştır. Özellikle eğitim politikası zihniyetinde yapılacak olan değişiklik ile öğrencilere nasıl bir vizyonun yüklenmesi gerektiği ifade edilmeye çalışılmıştır. Makalenin tümünde bu alanda yayınlanmış olan diğer akademik eserlerde ifade edilen sorunlar ve öneriler aktarılırken, ülkemizdeki hukuk eğitiminin başarısız olmasına yol açan temel sebepler göz önüne çıkartılmaya çalışılarak bu temel sorunları meydana getiren hukuk eğitim zihniyetinin kolay algılanmasını sağlayan büyük resim sergilenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Hukuk eğitiminin sorunları, Güncel gelişmeler, Hukuk klinikleri, Karşılaştırmalı hukuk eğitimi, Nitelikli hukukçu

## ABSTRACT

In the first part of this article, the current problems of legal education in our country are explained in detail in the upper and lower headings with the information obtained from various publications written about legal education. In the second part, with the help of the information obtained from various publications written in this field, the character and technical equipment that a qualified lawyer should carry and the methods that are applied in European and North American law trainings in order to provide these qualifications are explained together. In the conclusion part, the changes and innovations that should be made on micro scale in order to educate qualified lawyers and the basic issues to be taken into account in legal education are explained. Especially with the change in the educational policy mentality, it was tried to explain what kind of vision should be loaded to the students. In the whole article, while transferring the problems and suggestions expressed in the other academic works published in this field, the main reasons leading to the failure of legal education in our country are tried to be taken into consideration and the big picture which provides easy perception of the legal education mentality that creates these basic problems is tried to be exhibited.

**Key words:** Problems of law education, Actual development, Legal clinics, Qualified lawyer, Comparative law education

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi, Türk Eğitim Vakfı Bursiyeri, e-posta: mehmet4akyol8@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9999-0088.

## GİRİŞ

Eğitim insanın doğumundan ölümüne kadar olan süreçte kesintisiz bir şekilde devam eden bir olgudur. Çünkü eğitim insanın dış dünyadan algıladığı şeyleri içinde yürüttüğü zihinsel faaliyetler sonucu çıkarım veya çıkarımlar elde etmesidir. Buna göre eğitim insan için varlığı inkar edilemez bir gerçekliktir. Eğitimin ihtiyaç olarak ortaya çıkması ve benimsenmesi ise kişilerarası veya toplumda görev paylaşımı ile gerçekleşmiştir. Çünkü insanlar yaşamlarını sürdürebilmek için temel ihtiyaçlarını karşılamak zorunda kalmışlar ve temel ihtiyaçların kazanılması sırasında bilgi ve deneyimlerini birbirleriyle paylaşmak zorunda kalmışlardır. Böylece kişiler arasında eğitimin aktarılması önem kazanınca toplulukların sosyalleşmesiyle birlikte bir eğitim meselesi ortaya çıkmıştır.

Buna göre eğitim ve salt bilgilerin aktarılması olarak düşünürsek öğretim, tüm toplumların hedeflerine ulaşmada gerekli bir araç olarak kabul edilmiştir. İşte bu noktadan başlarsak toplumların hedeflerine ulaşırken birlikte bir düzen içinde yaşaması gerektiği düşünüldüğünde toplumsal düzen kurallarının varlığı dikkatlice hissedilmeye başlanmıştır. Toplumsal düzen kurallarının uyumsuzluk ortaya çıkması durumunda uygulanması ile bu kuralların zamanla değişmesi gerekliliği düşünüldüğünde hukuk eğitiminin önemi kabul edilmiştir. Sonuç olarak, hukuk eğitimi toplumsal düzenin ortaya çıkmasıyla birlikte daima ön planda olmuş ve toplumun kaderini belirleyen bir tutum sergilemiştir.

Hukuk eğitiminin toplum için bu kadar önemli olmasına rağmen az tartışılması ülkemizde hukuk eğitimi konusunda sorunları meydana getirmiş, bu da hukukun uygulanması ve geliştirilmesi hususunda sorunlara yol açmıştır. Bu durum da ülkemizde uygulanan hukuk eğitimi gün geçtikçe daha tartışılır hale getirmektedir. Bu tartışmalara bakıldığında lisans hukuk eğitiminin niteliğinin vasat olduğu hakkında genel bir kanaat bulunmaktadır.<sup>1</sup>

Öte yandan hukuk eğitimi hukuk devleti ilkesiyle ilişkilendiren yazarlar da bulunmaktadır.<sup>2</sup> Yazarlara göre hukuk devleti bireylerin haklarını koruyan ve güvence altına alan devlet demektir. Buna göre hukuk devletinde adil yargılanma hakkının korunması ve güvence altına alınması gerekir. Bu ise mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması, hakim, savcı ve avukatların işlerini en iyi şekilde yerine getirmesini gerektirir. Aksi takdirde hukuk ve adalet sisteminin işlevselliğine ilişkin sorunlar, temel insan haklarının özülle ilgili çeşitli tartışmalar doğurur. Bu da hukuk devletini zedeler.

---

<sup>1</sup> Öztoprak Sağır, Meral, Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi-Araştırma Raporu, 1. Baskı, Ankara 2010, s.99

<sup>2</sup> Çiftçi, Hasan, Demirbağ, Fahrettin, Türkiye’de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 91. Sayı 2010, s.257-258; Öztürk, Hakan, Hukukçuların Eğitimi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Nisan 2010 sayı 1, s.167

## 1. Ülkemizdeki Hukuk Eğitiminin Sorunları

### a. Son yıllarda fakülte sayısının artışı

Fakülte sayısının artışıyla ilgili değerlendirmeye girmeden önce somut veri olması bakımından yıllara göre fakültelerin sayılarının verilmesi gerekir<sup>3</sup>.

Yıl	Fakülte sayısı	Yıl	Fakülte sayısı
1948	2	2005	30
1982	6	2006	32
1992	9	2007	33
1993	10	2008	42
1994	11	2009	47
1995	13	2010	57
1996	14	2011	59
1997	19	2012	61
1998	20	2013	62
1999	21	2014	63
2000	22	2015	68
2001	24	2016	73
2002	25	2017	74
2003	29	2018	75

Hukuk fakülteleri sayısının hızlı artışı hukukçular tarafından hiç de olumlu karşılanmamaktadır. Çünkü fakültelerin akademik kadro bakımından yeterli olmamasına rağmen açılması öğrencilerin dersi uzmanı olmayan hocalardan almasına yol açmaktadır. Öte yandan fakülte sayısının bu şekilde hızlı artışıyla beraber yeni kurulan fakültelerin öncekilerle aynı yapısal ve müfredatsal özelliklere sahip olarak kurulması<sup>4</sup>, nitelikli olmayan hukuk mezununun artmasını kolaylaştırmaktadır.

Ancak diğer ülkelerdeki hukuk fakültesi başına düşen nüfus sayısı incelendiğinde ABD, İngiltere, Fransa, İtalya, Belçika, İsviçre, Portekiz ve Avusturya'nın oranları Türkiye'nin oranından daha düşük olduğu görülmektedir.<sup>5</sup> Bunun için karamsar olmamak gerekir. Türkiye'nin bulunduğu coğrafi konum düşünüldüğünde ticari hareketlilik fazla olduğundan

<sup>3</sup> Bu veriler [www.istatistik.yok.gov.tr](http://www.istatistik.yok.gov.tr) adresinden elde edilmiştir. Erişim tarihi: 06.05.2018

<sup>4</sup> Öztoprak Sağır, s.53

<sup>5</sup> Öztoprak Sağır, s.45; Kaynak verileri 2008 yılından istatistiklere dayanmaktadır.

uyuşmazlıkların çözümünde bir o kadar da hukukçuya ihtiyaç duyulacaktır. Önemli olan hukuk mezunlarını daha nitelikli hale getirmektir. Ancak bunun için istikrarlı bir hukuk eğitimi politikasının olması gerekir. Oysaki bizde hukuk eğitimi alanındaki gelişmeler siyasi politikalara göre yönlendiğinden ve sorunlara karşı hızlı karar alınmaya çalışıldığından yıllardır hukuk eğitimi politikası yaratma yolunda gelişme olmamıştır.

### **b. Öğrenci ve Öğretim üyesi sayıları**

Öğrenci ve Öğretim üyesi sayıları hukuk eğitimi etkileyen en önemli etkidir. Çünkü öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayısının çokluğu hukuk eğitimin verimliliğini oldukça fazla düşürmektedir. 2008-2009 eğitim-öğretim yılında yapılan bir araştırmaya göre 17 hukuk fakültesinde toplam 481 tam zamanlı öğretim üyesi görev yapmaktadır. Öğretim üyesi başına düşen öğrenci sayısı ise 37’dir.<sup>6</sup> Öyle ki bu fazlalıktan dolayı bence hukuk eğitiminin bel kemiğini oluşturan farklı öğretim yöntemleri (PDÖ, moot court, case method vs.) için gereken yeterli öğretim üyesi veya araştırma görevlisi sayısı bulunamamakta ayrıca bulunsa bile yapısal imkanlar (sınıf, araç-gereç sayısı) buna olanak sağlayamamaktadır.

Derslerde öğretim üyesinin ders anlattığı öğrenci sayısının çokluğu nedeniyle bırakın diğer hukuk öğretim yöntemlerini en basitinden öğrencilerin %60’ı derse devam etmeden, %70’i derste hiç tartışmadan, %80’i dersleri dışında araştırma yapmak için kütüphaneye gitmeden ve %80’i derste hiç soru sormadan bir şekilde mezun olmaktadır.<sup>7</sup> Haliyle öğrenciler sınav öncesi 1-2 haftalık süreçten itibaren ders çalışmaya başlayarak bilgileri ezberleme yoluyla geçer notu almaya çalışmaktadır.

Derslerdeki öğrenci sayısının çokluğu dersleri monotonlaştırmaktadır. Çünkü sayının çokluğu hocayı takrir metoduyla ders anlatmaya zorlamaktadır. Takrir metoduyla anlatım nedeniyle dersler öğrencinin ilgisini çekmemekte ve hukuksal sorunlarla iç içe sunulmadığı için öğrenci öğrendiği bilgilerin neden ve niçinini öğrenmeden anlamaya çalıştığı için kalıcı olmamaktadır.<sup>8</sup>

Bir diğer önemli sorun ise derslerin monolog bir şekilde anlatılmasıyla sınıfta hocaların otoritesini artması ve öğrencilerin özgüveninin düşürmesidir.<sup>9</sup> Aslında özgüven düşüklüğüne sebep olan tek unsur bu olmamakla birlikte, bu unsur her öğrencinin özgüven düşüklüğüne yol açması mümkün değildir. Sadece var olan özgüven düşüklüğüne katkı sağlamaktadır.

---

<sup>6</sup> Çiftçi, Demirbağ, s.273

<sup>7</sup> Öztoprak Sağır,s.164 (Kitabın ek kısmındaki Pekcanitez, Hakan, *Hukukta Probleme Dayalı Öğrenim ve Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Örneği*, makalesinden alıntı yapılmıştır.)

<sup>8</sup> Öztoprak Sağır, s.161 (Pekcanitez, ek kısmındaki a.g.m.)

<sup>9</sup> Erhürman, Tufan, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi: Uluslararası Toplantı*, 1. Baskı, Ankara 2003, s.64

Sonuç olarak hukuk fakültelerindeki öğrenci sayısının çokluğuyla beraber öğretim üyesi sayısının düşük olması öğrencilerin pasif bir şekilde ders dinlemesine yol açmakta ve öğrencilerin tartışmadan, araştırmaya ihtiyaç duymadan, hukuki kavramları ve bilgileri kalıcı şekilde öğrenemeden sadece ezberleyerek mezun olmasına yol açmaktadır. Haliyle öğrenciler teorik eğitimini tam alamadığı için bu eksikliği meslek içi eğitimi sırasında veya mesleğini ifa ederken tamamlamaya çalışmaktadır.

### c. Dersler

Herhalde hukuk eğitimi denildiğinde ana gövdeyi dersler oluşturmaktadır. Çünkü derslerin kapsamı, içeriği, öğrenciye kazandırması gereken nitelikleri doğrudan verilecek hukuk eğitiminin yıl sayısını, akademik personel sayısını, sınıf-araç-gereç vb sayısını, ders kitaplarını, ders saatleri-kredileri gibi hususları etkilemektedir. Haliyle hukuk eğitiminde dersler, özellikle hukuk eğitiminin öğrenciye kazandırması hedeflenen nitelikler bakımından, hukuk eğitim sisteminin esaslı ana unsurunu oluşturacaktır. Buna göre hukuk eğitiminde dersler hususu üzerinde bir eğitimcinin sanatçı gibi yaklaşması gerekmektedir.

Hukuk eğitimi boyunca öğrencilere verilmesi gereken dersler genel olarak temel dersler, ana dersler ve seçmeli dersler şeklinde gruplandırılabilir.

Hukukçunun teknik bilgi ve hukuk formasyonuna sahip olması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>10</sup> Hukukçunun hukuk formasyonunu kazanabilmesi sadece hukuk öğrenimi için gerekli olan ana dersleri almakla yeterli olmaz. Çünkü temel derslerle desteklenmemiş hukuk öğretimi, öğrenciye hukuk eğitimi için gereken altyapıyı kazandırmaz.

Hukukçunun belirli bir bilinç düzeyi, bir duygu, düşünce ve güçlü bir irade olarak var olan gerçekliği ifade etmesi gerekir. Aynı zamanda hukukçu, kişilik kurucu ve farklı tutum oluşturucu etkinliği bünyesinde taşımalıdır. Böylece hukukçu daima geçerli davranış kalıplarından vazgeçerek değerler dünyasını yeniden düzenlemek göreviyle yükümlü olacaktır.<sup>11</sup> Hayatın her anıyla iç içe olan hukukta bu görevleri gerçekleştirebilmek için en azından siyaset bilimi, felsefe-sosyoloji, tarih, metodoloji, mantık, iktisat,<sup>12</sup> gibi alanlarda bilgi sahibi olan entellektüel kişilik olmak gerekir. Böylece hukukçu normatif hukukun sosyolojik altyapısını kazanacak, hukuki metinlere salt ezberci anlayışla bakmak yerine bu metinlerin doğruluğunu akıl süzgecinden geçirerek hukuki

---

<sup>10</sup> O. Kahn Freund, Reflection On Legal Education, 29 Modern L. Rev. 123 (1966) Aktaran: Ansay, Tuğrul, Hukuk Eğitiminde Reform, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 1, 1969, s.278

<sup>11</sup> Türközer, Bahir Güneş, Hukuk Adamı, *Adalet Dergisi*, 27. Sayı, 2007, s.1-2

<sup>12</sup> Daha fazla ders önerileri için bakınız: Atay, Cevdet, Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitimine Bakış Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s.4 [www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/cevdetatay.doc](http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/cevdetatay.doc), Erişim Tarihi: 14.05.2018

kavramları öğrenecektir. Hukukun sosyolojik altyapısını kavrayan hukukçu zaman geçtikçe hukuk metinlerini değişen değerlere göre yorumlayıp hukukun eskimesine engel olacaktır.

Buna göre temel dersler hukukçu için önemi inkar edilmez bir gerçekliktir. Buna rağmen temel dersler hukuk eğitiminin güttüğü pratik faydayı<sup>13</sup> sağlamak amacıyla kolaylıkla ihmal edilmektedir. İhmal etmenin sebepleri üzerinde biraz durmak gerekiyor. Çünkü liselerde bu derslerin yeterli şekilde verilmeyişi<sup>14</sup> üniversitede öğrencilerin ilgisizliğine yol açmaktadır. Haliyle öğrenciler bu dersleri önünde birer engel olarak görmekte ve bu derslerin inceliklerini kavramak yerine ezberleyerek dersleri geçmeye çalışmaktadır. Mevcut sistem buna engel olamamaktadır. Oysa hukuk fakültesine giren öğrencilerin temel donanımı lisede sağlanmış olsa<sup>15</sup> veya en azından Bologna süreciyle beraber Avrupa’da kabul edilen sisteme göre temel dersler ilk basamakta öğretilmeye çalışılrsa<sup>16</sup> öğrenciler hukuk derslerine daha sorgulayıcı bir gözle bakacaktır. Çünkü temel dersleri almamış olan veya temel derslerdeki bilim alanlarında yeterli bilgiye sahip olmayan bir öğrenci hukuk derslerinde gördüğü bir kelimeyi sadece normatif olarak değerlendirebilecek, bu kelimenin diğer sosyal bilim alanlarındaki anlamını bilmediği için hukuki kavramların sosyolojik sağlanmasını yapamamış olacaktır.

Bu yönden hukuk eğitiminin aslında diğer sosyal bilim alanlarında da bilgi sahibi olan altyapılı kişilere verilmesi gerçeği karşısında maalesef ülkemizde bazı fakültelerde bu dersler çok geç zamanlarda verilebilmektedir.<sup>17</sup> Yine de fakülteye başlamadan önce bu derslerin yeterli düzeyde verilmemesinin öğrencilerin ilgisizliğindeki asıl etken olduğunu düşünüyorum.

Temel dersler hususunda belirtilmesi gereken bir diğer şey yabancı dil dersleridir. Bilginin evrensel ortamda hızla paylaşıldığı günlerde bilim çok hızlı değişmekte ve haliyle evrensel değerler de değişmektedir. Böylesine hızlı bir değişimin yaşandığı dünyada hukukun ve temel değerlerinin de değişmemesi elde değildir. Buna göre hiç olmazsa değişen veya güncellenen bilgiyi, değerleri takip edebilmek için en az bir yabancı dil sahibi olmak, karar veren hakimler ve hakkı temsil eden avukatlar için önemlidir.

Öte yandan küreselleşmenin etkisiyle uluslararası ticari ilişkiler artmış ve ortaya çıkan sorunların uluslararası tahkimlerde çözümlenmesi kabul

---

<sup>13</sup> Öztoprak Sağır, s.53

<sup>14</sup> Ansay, s.286

<sup>15</sup> (Tıpkı Amerika’daki gibi) Öztürk, s.174

<sup>16</sup> Dreifuss Netter, Frederique, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi Uluslararası Toplantı, 1. Baskı, Ankara 2003, s.143

<sup>17</sup> Örneğin Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi dersleri 2017-2018 Öğretim yılının ikinci yarısında 3. sınıfta verilmektedir.

edilmektedir. Bundan dolayı eksiklik olsa gerek ki bakanlıklar nezdindeki kamu kurumları ve mahalli idareler kendilerini temsil edecek nitelikte yabancı dil bilgisine sahip olan avukat bulmakta zorlanmakta ve yabancı avukatları bu iş için tutmaktadır.<sup>18</sup>

Bu yüzden dünyada genel olarak kullanılan ingilizce dilini mesleki anlamda olmak üzere çok iyi bir şekilde öğretmek gerekmektedir. Açıkçası öğrenciler lisede yeterli yabancı dil seviyesine sahip olmadan fakülteye geldikleri için hukuk fakültelerinde okutulan mesleki yabancı dil dersleri altyapı eksikliğinden dolayı yetersiz bir şekilde verilmektedir.

Hukuk fakültesinde okutulan dersler konusunda esas noktayı ana hukuk dersleri teşkil etmektedir. Çünkü ana hukuk derslerinin kapsam ve içeriği seçmeli ve temel dersleri doğrudan etkilemektedir. Hukuk eğitimi hakkında yazılanlara bakıldığında esas ve usul derslerinin yıllara sırasıyla dağılımı ve esas ve usul derslerinin günümüzde olduğu gibi çeşitli adlar altında bölünerek anlatılması bakımından neredeyse hiç tartışma yoktur.

Fakat derslerin içeriği bakımından bazı eksiklikler mevcuttur. Örneğin bir ders yılında bir derste anlatılacak olan konuların belirli olması öğrencilerin derslere doğru kaynaklardan çalışması ve hazırlıklı gelmesi bakımından önemlidir. Aslında derslerin içerikleri Ankara hukuk fakültesi ilk kurulduğunda (1937) belliydi ve basılmış haldeydi. Ancak 1960'ların sonuna doğru derslerin içeriği ders imza cetvelinden takip edilebilmekteydi.<sup>19</sup> Son yıllarda ders içerikleri fakülteler tarafından yayımlanmakta olsa da buna uyulup uyulmadığı tartışılması gereken bir durumdur.

Mesela felsefe dersinde belirli bir sistemin olmayışı hocayı kendi inisiyatifine bağlı olarak sistem belirlemesine yol açmaktadır. Aslında bu özgürlük iyi olsa da sınırları iyi çizilmediği zaman dersin konusundan sapmak kolaylaşmaktadır. Öte yandan hukuka giriş derslerinde hukukun temel kavramlarının öğretilmesi yerine tamamen hocanın tercihinine bırakılmış hukuk dışı konular işlenebilmektedir. Anayasa hukuku derslerinde ise çok önemli olmasına karşın temel haklar üzerinde sadece sınırlanması ve birkaç temel hak haricinde fazla durulmamaktadır. Oysa hukuk uygulayıcılarının temel hakların özünü ve hukuki değerleri öğrenmesi hukuku layıkıyla uygulayabilmesi için önemlidir.<sup>20</sup>

Ders içeriğiyle ilgili olarak hukuk eğitiminde değinilmesi gereken bir diğer durum ders kitaplarıdır. Gerçekten ilginçtir hukuk eğitiminde ders kitaplarının

---

<sup>18</sup> Kemal Gözler, "Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 6, Sayı 69, Eylül 2008, s.3022-3024

<sup>19</sup> Ansay, s.296; Aynı yönde farklı bir bilgi: Özay, İl Han, Günışığında Yönetim II Yargısal Korunma, 2. Baskı, İstanbul 2010, s.83

<sup>20</sup> Aydın, Oğuz Gökhan, "Gelenekten Geleceğe" Türkiye'de Hukuk Eğitimi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı: 21, Yıl: 6, Nisan-2015, s.640-641



olması gerektiği yıllardır tartışılmaktadır. Oysa üniversitede artık bilginin hazır olmadığı, ulaşılarak öğrenilebileceği düşünüldüğünde küresel bilginin araştırılarak öğrenilmesi gerektiği anlamı ortaya çıkmaktadır. Ancak bilgiye ulaşmak için çabalayan öğrenci profili maalesef lisede kazandırılmadığı için aynı anlayış üniversitede de devam etmektedir. Haliyle lisede bu niteliği kazanamayan öğrenci okuma alışkanlığı olmadığı için derste hocanın takip ettiği hukuk kitabını ya okurken sıkılmakta ya da doktrindeki teorik tartışmaların içinde kaybolup özü unutmaktadır. Bu durumda ortaya öğrencilere özel, her ders için temel bilgilere sahip bir ders kitabı hazırlanması gerektiği görüşü atılmaktadır.

Oysa sorunun temelindeki yatan sebebi görmemiz gerekmektedir. Bilgiye araştırarak ulaşan ve çeşitli kaynakları tarayıp karşısına çıkan verileri muhakeme edip bilgisini güncelleyen ve geliştiren öğrenci tipini yetiştirmediğimiz için yıllardır aynı sorunlar dile getirilmektedir. Nitekim *“Ders kitabı denildiğinde Onar’ın tüyleri diken diken olurdu.(!)”*<sup>21</sup> ifadeleri bunu kanıtlamaktadır.

Hukuk eğitiminde seçmeli dersler ana dersleri tamamlayıcı niteliği ve zamanın gelişmelerine ayak uydurması gerekliliği bakımından sürekli değişen ve haliyle yıllardır tartışılmalı bir konu olmuştur.

Konuyu irdelemeye başladığımızda öncelikle, seçmeli derslerin hukuk öğrencisinin temel hukuk derslerinde öğrenmiş olduğu bilgileri uygulama imkanını vermesi yönünden önemli olduğunu görürüz.<sup>22</sup> Buna göre öğrenci ana derste öğrendiği hukuki kavram veya ilkenin uygulamasını ve tartışmasını seçmeli derste yaparak daha iyi kavrayacaktır. Nitekim Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 1941 tarihli talimatnamesine bakıldığında ilk defa seçmeli dersler kabul edilmiş ve bu derslerle temel derste öğrenilen konuların doktrindeki tartışmaları yapılarak muhakeme yeteneğinin gelişimine katkıda bulunmak amaçlanmıştır.<sup>23</sup>

Seçmeli derslerin bu amacının yanında bir başka temel amacı ise küresel hayatta sosyolojik, iktisadi, siyasi ve teknolojik alanlarda meydana gelen değişimlerle yeni ortaya çıkan alanların kendine has hukukunun öğretilmesi ve hukuki açıdan geliştirilmesidir.<sup>24</sup>

Seçmeli derslerin temel amaçlarının yanında bazı pratik faydaları da bulunmaktadır. Mesela seçimlik dersler ana derslerin konularında azalmalara yol açacak ve hocaların detaya girmelerine gerek kalmayacaktır. Böylece öğrencilere hukuk formasyonu kazandırmaktan uzak bilgi yığınları

---

<sup>21</sup> Özay, s.84

<sup>22</sup> Ansay, s.293

<sup>23</sup> Ansay, s.264

<sup>24</sup> Ansay, s.294

anlatılmayacaktır. Öte yandan seçmeli dersler ile hocalara farklı alanlarda uzmanlaşma imkanı tanınmış olacaktır.<sup>25</sup> Seçmeli derslerin varlığı öğrencilere merak duyduğu konulara yönelme imkanı verecek ve öğrencilerin kendilerini yetiştirme konusunda karar almalarını sağlayacaktır.

Seçmeli derslerin bu yönden önemi vurgulandıktan sonra ülkemizdeki sorunlarına baktığımızda maalesef seçmeli derslere önde gelen fakülteler haricinde gereken değer verilmemektedir. Öncelikle seçmeli derslerin çeşitliliği azdır.<sup>26</sup> Bundan dolayı öğrencilerden seçmeli derslerin önemini farkında olanlar bile istedikleri şekilde derslerini seçmemektedirler. Hatta istenilen dersin seçimlik olarak açılmasına karşın bazı öğrenciler var olan kontenjan uygulaması yüzünden istemedikleri dersi seçmek zorunda kalmaktadırlar. Aslında değinmişken kontenjan uygulamasının burada tartışılmasında fayda vardır. Hukuk fakültelerindeki öğrencilerin büyük çoğunluğunun kolay geçilebilen seçimlik dersleri seçtikleri bilinen gerçektir.<sup>27</sup> O halde seçimlik derslerin sayılarının ve farklılıklarının artırılması sağlanmalı ve öğrencilerin seçtikleri derslere ilgili olması sağlanmalıdır. Böylece kolay geçme sorunu ortadan kalkacak ve seçmeli derslerden beklenen fayda elde edilmesi için büyük bir adım atılacaktır.

Peki tüm bu sorunlar fakülte yönetimi veya hocaları tarafından bilinmiyor mu? Elbette biliniyor ancak mevcut akademik kadronun yetersiz olması, var olan hocaların ders yoğunluğu ve uzmanlık alanları dikkate alınarak asgari düzeyde önemli olan seçmeli derslerin açılmasını mecburi bırakmaktadır. Çünkü Ankara, İstanbul ve İzmir'in önde gelen üç üniversitesinin hukuk fakültelerine bakıldığında seçmeli derslerin sayılarının diğer fakültelerden oldukça fazla ve bir o kadar da çeşitli olduğu görülmektedir.

Hukuk fakültelerinde, diğer sorunlara nazaran az önemli olsa da, dersler hakkında göze çarpan bir diğer sorun Bologna süreci ile ortaya çıkan, derslerin dönemlik veya yıllık verilmesi sorunudur. Türkiye'de hukuk fakültelerince Bologna sürecine katılmadan önce yıllık ders sistemi uygulanmaktaydı. Bologna sürecinden sonra ise bazı fakülteler yarıyıl sistemine geçmiştir.

Ancak dönemlik sisteme geçiş bazı ana hukuk derslerinin bölünmeden verilmesinin daha doğru olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>28</sup> Mesela borçlar

---

<sup>25</sup> Ansay, s.293 - 294

<sup>26</sup> Aslan, Ramazan, Taşpınar, Sema, 'AB Sürecinde Türkiye'de ve Avrupa'da Hukuk ve Hukukçunun Yetiştirilmesi ve Türkiye'nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 53, Sayı:1, Yıl: 2004, s.4-5; Aydın, s.640; Akıncı, Şahin, Hukuk Eğitimi Üzerine Düşünceler, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı:1-2, Yıl: 2001, s.23

<sup>27</sup> Akıncı, s.24; Aydın, s.640

<sup>28</sup> Akıncı, s.25; Aydın, s.649

veya ceza hukuku derslerinden sınav yaparken öğrencileri birinci dönem konularından sorumlu tutmamak, öğrencide dersin bütünlüğünü anlayamama ve ders bakımından öğrencinin yeterliliğini ölçmekte elverişsiz olduğu için doğru olmayacaktır. Ancak yine de Avrupa’daki öğrenci transferini sağlamak için bu sistem gerekliyse en azından yıllık ders proje ödevinin hazırlanması öğrenciye yüklenmeli veya yıl sonunda kapsamlı bir sözlü sınavı yapılmalıdır.

Hukuk öğrencilerinin hukuki yazım yeterliliği bakımından desteklenmesi yıllar öncesinden uygulanmış veya vurgulanmış bir konudur. Örneğin Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde 1941 yılında çıkarılan bir yönetmelikle seçmeli ve haftada 1 saat okutulan derslerin dışında kalan derslerde öğrencilerin yılda iki kompozisyon yazması kabul edilmiştir.<sup>29</sup> Öte yandan Amerika’da Harvard Hukuk Fakültesi’nde öğrencilerden 2. ve 3. sınıflarda ilgi duyduğu bir konuda öğrenciden derinlemesine araştırma yapması beklenmiştir. Daha sonra bu araştırmalar ise danışmanı konumundaki öğretim üyeleri tarafından incelenmektedir.<sup>30</sup> Çünkü hukuki yazım denetlemeleri hukuk eğitiminin en önemli asli nitelikteki parçası sayılmaktadır.<sup>31</sup>

Buna rağmen ülkemizde çoğu hukuk fakülteleri tarafından bu hususta bir çalışma yapılmadığı gibi bazı hukuk fakülteleri tarafından ise en azından klasik yazılı sınav bile yapılmamaktadır. Öğrencilerden böyle bir yükümlülüğü yerine getirmesi istendiğinde akademik kadronun yetersizliği nedeniyle inceleme yapılamayacağı görüşü haklı olarak kabul edilse de hukuki bir sorunu akademik çerçevede dile getirme yeterliliği olmayan öğrencilerin mezun olmasını izlemek çok acı verecektir.

Hukuk fakültelerinde verilen derslerin sayısı, çeşitliliği ve kapsamı düşünüldüğünde “*Hukuk eğitimi kaç yıl olmalıdır?*” sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda dile getirilen görüşlere bakıldığında öğrencilerin nitelikli bir hukukçu olabilmesi için mevcut 4 yıllık sürenin uzatılması gerektiği yönünde hakim bir görüş vardır.<sup>32</sup> Nitekim Avrupa’daki uygulamaya bakıldığında bu sürenin 5-6 yıla çıktığı görülmektedir.<sup>33</sup>

Sürenin ne şekilde uzatılması gerektiği hakkında görüşlere bakıldığında ilk yılın hazırlık eğitimi şeklinde olması ve temel derslerin verilerek altyapının

---

<sup>29</sup> Ansay, s.264

<sup>30</sup> Güran, Sait, ABD’de Hukuk Öğretimi ve Eğitimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı:1-4, Yıl:1984,s.186

<sup>31</sup> Güran, s.186

<sup>32</sup> Akıncı, s.16; Karayalçın, Yaşar, Hukukta Öğretim Kaynaklar Metot Problem Çözme, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2001, s.38; Çelikel, Aysel, Hukuk Eğitimi ve Öğretimi Konusunda Düşünceler, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ankara, 1996, s.10, s.903; Öztoprak Sağır, s.57;

<sup>33</sup> Aydın, s.647

kazandırılması gerektiği<sup>34</sup> veya ilk yılda bir yabancı dil hazırlık sınıfının konulması gerektiği<sup>35</sup> hatta hukuk fakültesine girme koşulları arasına adalet meslek yüksekokulu mezunu olma şartının konulması gerektiği önerilmiştir.<sup>36</sup>

Çeşitli öneriler incelendiğinde sorun öğrencilerin hukuk eğitimi alabilmeleri için temel gereksinimlerden yoksun olmasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda ortaya iki çözüm önerisi çıkıyor. Birincisi üniversite öncesinde okuyan, araştıran, sorgulayan kısacası bilgiyi alan değil bulan öğrencilerin yetiştirilmesi yönünde önemli adımların atılması gerekiyor. Bu ise lisedeki felsefe, tarih, edebiyat derslerinin araştırmaya yönlendirmesi ve liselerde mantık, muhakeme yeteneğini geliştiren derslerin yaygınlaştırılması ile olacaktır. Bu başarılabilir olduğunda hukuk fakültelerinde temel derslerin hukukçu altyapısını sağlayabilecek ölçüde verilmesi halinde eğitim süresi 4 yılda kalabilir. İkincisi, lisede birinci çözüm uygulanamıyorsa, üniversitede bir veya iki yıllık hazırlık sınıfının konulması ile bu eksiklik kapatılmaya çalışılmalıdır. Ancak ikinci çözüm zaten liseden itibaren bilgiyi amaç değil araç olarak kullanmayı öğrenen öğrenci profillerini düzeltme ihtimali düşük olacaktır. Son olarak yabancı dilin hem lisede hem de üniversitede çok kaliteli ve sıkı bir şekilde öğretilmesi gerekiyor. Çünkü üniversitede öğrencinin mesleki yabancı dili en iyi şekilde öğrenebilmesi lisedeki İngilizce öğrenimini en azından B1-B2 seviyesinde tamamlamasıyla mümkün olacaktır.

#### **d. Sınavlar**

Ülkemizde hukuk eğitiminde öğrencilerin yeterliliğini ölçen sınavlar klasik ve test şeklinde yapılmaktadır. Sözlü sınavlar 1941-1964 arası bir dönemde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde uygulanmaktaydı fakat 1964 yılında kaldırıldı.<sup>37</sup> Sözlü sınavlar olmasa da içeriği tartışılabilir olmakla birlikte klasik sınavlar genel olarak uygulanmakta buna karşın maalesef sadece test sınavı yapan hukuk fakültesi de mevcut. Bunun haricinde kabataslak bakıldığında sınav olarak klasik sınavların genel olarak tercih edilir olması<sup>38</sup> bu konuda bir sorun olmadığına işaret etmektedir.

Ancak yine de yıllık sistemde vize-final arası zamanın uzun olması nedeniyle öğrencileri sadece final sınavlarına odaklanması ve haliyle yılın dörtte üçünü derslerden uzak geçirmesi, sınav sürelerinin kısa olması<sup>39</sup>, dönemlik sistem uygulandığında ikinci dönemde öğrencileri birinci dönemin konularında sorumlu tutmamak da hukukun bir bütün olarak kavranmasının önünde engel olması<sup>40</sup> dikkate değer sorunlar olarak göze çarpmaktadır.

---

<sup>34</sup> Çelikel, s.906

<sup>35</sup> Gözler, s.3026

<sup>36</sup> Akıncı, 16

<sup>37</sup> Ansay, s.265

<sup>38</sup> Öztoprak Sağır, s.116

<sup>39</sup> Aydın, s.649

<sup>40</sup> Akıncı, s.25

Bunların yanında sınavlar konusunda bir diğer tartışma noktasını fakülteye girişte ve mezuniyetten sonra bir sınavın yapılması hakkındaki tartışmalardır.<sup>41</sup> Açıkçası fakültelerin girişte kendi aradığı özelliklere uygun olarak sınavlar yapması fakültelere nitelikli öğrencilerin girmesi bakımından faydalı olacaktır. Çünkü fakültelere bu yetki verildiğinde fakülteler ilk olarak hukuk için asgari düzeyde temel bilgi donanımını ölçecek sınavlar yapacaktır. Bu sınavı başaran öğrencilerin hukuk eğitimi almasının daha doğru olacağı yukarıda bahsedildiği için tekrara yol açmak istemiyorum. Diğer taraftan mezuniyetten sonra bir sınavın yapılması kolaycı bir çözüm olacaktır. Çünkü yeterli eğitim veremediğimiz öğrencileri alıp zor ve kaliteli sınava sokmak başarısız olanların 4 yıllık çabasının ve devletin onun için ayırdığı harcamaların boşa gitmesine neden olacaktır. Kısacası öğrencilerden verilmeyen bir şeyi almayı beklemek adaletsiz olur. Ayrıca bu sınavlar destekleyicileri tarafından suistimal edilmesi ihtimali hiç te düşük değildir. Sonuç olarak hukuk eğitimi düzeltilmeden mezuniyetten sonra kariyer belirleyici sınav yapmak doğru olmayacaktır.

Bunların haricinde sınavlar hakkında değinilmesi gereken eksiklikler olsa da bu eksiklikler bizatihi klasik sınavların bazı yönleri değildir. Aslında klasik sınavların yanında hukukun bütünlüğünü kavratan ve özellikle hukuki bir sorunu ele alma ve değerlendirme niteliği kazandıran yıllık ödevlerin olması gerekir. İşte bu sayede öğrenci, hukukun inceliklerini kavrayacak, bir sorunu araştırma yöntemini bizzat öğrenecek ve dahası yazım tekniğini geliştirecektir. Ancak akademik kadronun yetersizliği yıllık ödevlerin değerlendirilmesini olanaksız kılacağı için maalesef günümüzde bu tarz uygulamaların hayata geçmesi pek mümkün görünmemektedir.

Son olarak sınavlar hakkında önemli gördüğüm bir gerekliliği belirtmek isterim. Birincisi, sınavlar öğrenciler için fakülteyi bitirmek açısından önem arz ettiği için her birinin sınavda algısı daha açık olmakta ve derslerde elde ettiklerinden daha fazla kazanımı sınava girerek elde etmektedirler. İkincisi, öğrenciler derslere az veya çok düzenli çalışsın ya da son gün sınava hazırlanarak gelsin, bu emeğinden dolayı sınavdan beklentisini yüksek tutmakta ve beklediği notu alamadığı için hevesi kırılmakta ve ders çalışma motivasyonu azalmaktadır. Her iki nedenle öğrencilerin sınav kağıtlarını inceleyerek hatalarını bizzat kendilerinin görmeleri hem daha iyi öğrenmelerine hem de çalışma yöntemi hakkında yaptıkları hatalarını idrak etmelerine yardımcı olacaktır. Bu nedenle üniversite sınavlarına girişte ÖSYM’nin yaptığı gibi en azından geç de olsa sınav kağıdı ile cevap anahtarının öğrenci bilgi sistemlerinde bir süreliğine yayınlanması çok faydalı olacaktır.

---

<sup>41</sup> Akıncı, s.42 vd. ; Aydın, s.649 vd.

### e. Kurumlararası iletişimlilik

Hukuk eğitiminin geliştirilmesinin önündeki bir diğer önemli engel, hukuk eğitimini yürüten kurumlar arasında iletişim ve ortak karar alıp uygulayabilme eksikliği olduğu göze çarpmaktadır.<sup>42</sup> Ülkemizde fakülterle kendi müfredatlarını, sınav ve öğretim yöntemlerini belirleyebilmeleri için bu konuda bir yönetmelik çıkarmaları gerekse de üniversitelerin merkeziyetçi bir yapıya sahip olmaları buna engel olmaktadır. Bununla birlikte bir üniversitedeki tüm fakültelerde tek bir yönetmelik uygulandığı için diğer fakültelerin yanında hukuk fakültelerinin özel durumu göz ardında kalmaktadır. Bu durumda her fakülte kendi üniversitesinin çıkardığı yönetmeliğe uymak zorunda kalmakta ve ortaya farklı ders adları, farklı ders geçme koşulları, farklı ders kredileri, saatleri hatta yıllık veya dönemlik uygulamalar dahi çıkmaktadır. Durum böyle olunca fakülte dekanlarının zaman zaman bir araya gelip aldıkları ortak kararlarla kendilerine has öğretim ilkeleri belirleme ihtiyaçları dile getirilmektedir.<sup>43</sup> Nitekim Amerika'da<sup>44</sup> hukuk eğitiminin geçmişten bu yana bir üst kurumun koordinasyonu altında yürütüldüğü gözlenmektedir. Her ne kadar Amerika 'da üst bir kurumun koordinasyonunda eğitim faaliyeti gerçekleşse de bunun tüm fakültelerde tek tip programın uygulandığı anlamına geldiği anlaşılmamalıdır. Esasen bu kurumun ortaya çıkmasında Amerika'nın geniş coğrafi yapısının etkili olduğunu düşünmekteyim.

Ancak İngiltere'de tek tip bir öğretim programı yoktur.<sup>45</sup> Yani fakülteler kendi lisans programlarını kendileri hazırlayabilmektedirler.<sup>46</sup> Buna göre fakültelerimiz iştiraken veya münferiden istedikleri şekilde öğretim sistemlerini belirlemeleri gerekir. Bu ikisinden hangisinin seçileceği ülkenin hukuk eğitimi politikasına bağlı olacaktır. Ama Amerika'daki gibi fakültelerin kendi arz ve taleplerini kendilerinin yaratmaları daha faydalı olacaktır.<sup>47</sup> Bu sayede öğrencilerin büyük şehirlerdeki fakülterle yığılması önlenecek ve öğrencilere istedikleri alanlara yönelik eğitim alması şansı tanınacaktır.

### f. Staj eğitimi

Hukuk eğitiminin son aşamasını staj eğitimi oluşturmaktadır. Bu aşamada öğrencilerin lisans eğitimi sırasında öğrendiği teorik bilgilerinin yanına

---

<sup>42</sup> Hacıoğlu, Caner, Adalet Reformu İçerisinde Hukukçuların Yetiştirilmesinde Klinik Eğitim Zorunluluğu ve Klinik Eğitim Anlayışı, *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:5, Sayı:1-4, Yıl:2001, s.92

<sup>43</sup> Akıncı, s.32

<sup>44</sup> Gehringer, Axel, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Türkiye Barolar Birliği, 9-11 Ocak 2003, Ankara, s. 156.

<sup>45</sup> Aydın, s.627

<sup>46</sup> Oğuz, Arzu, Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü, *AÜHF*, Cilt:52, Sayı:4, Yıl: 2003, s.19

<sup>47</sup> Güran, s.181-182

mesleki etik davranış kurallarını katması ve teorik bilgilerini pekiştirmesi beklenmektedir. Diğer yandan öğrencinin mezuniyet sonrası biraz deneyim kazanması sonucu mezunun direkt meslek hayatına atılması ile yapacağı hatalardan demoralize olup yaşamı boyunca etkilenmesi ve yeni mezun olmuş tecrübesiz avukatlardan müvekkillerin hak kayıplarına uğraması önlenecektir. Ayrıca avukatların yanında hakim ve savcıların da üstlenecekleri görevleri gereği belli bir olgunluğa ve tecrübeye ulaştıktan sonra görevlerine başlamaları hedeflenmektedir.

Ancak bu hedeflere ulaşmada staj eğitiminin yetersiz olduğu yönünde çeşitli eleştiriler mevcuttur. İlk başta fakülteden 22 yaşında mezun olan bir hukukçunun 25-26 yaşında hakim veya savcı olarak görevce başlaması henüz belli bir olgunluğa, hayat görüşüne ve mesleki deneyime sahip olmaması nedeniyle sakıncalı bulunmaktadır.<sup>48</sup> Oysa İngiltere’de hakim olabilmek için bir süre avukatlık yapmış olmak gerekmektedir.<sup>49</sup>

Bir diğer eksiklik, uygulama eğitimi veren staj aşaması ile teori eğitimi veren lisans aşamasının arasındaki kopukluk nedeniyle teori-uygulama kopukluğu yaşanması olarak kabul edilmektedir. Bu eksikliğin giderilmesi için lisansta teorik bilgilerin eşzamanlı olarak uygulama bilgileriyle desteklenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak maddi imkansızlıklar nedeniyle bunun gerçekleşmesi pek de mümkün görünmemektedir. Mesela duruşmaların izlenmesi yoluyla teorik bilgilerin pekiştirilmesi düşünüldüğünde öğrenci sayısının çokluğu nedeniyle bunun gerçekleşmesinin zor olduğu ortaya çıkmaktadır.<sup>50</sup> Ancak kanımca böyle bir düşünce hedeflenecekse duruşmaların farklı bir ortamda elektronik bir cihazla öğrencilere aktarılması ile bu gerçekleştirilebilir.

Ancak her şeyden önce teori ile uygulamanın eşzamanda yürütülerek öğrencilere lisanstaki bilgilerin pekiştirilmesi sanal mahkeme veya hukuk kliniği çalışmaları ile yapılabilecektir. Günümüzde Avrupa’da, geçmişte yıllardan beri Amerika’da bu uygulama yapılmaktadır. Buna göre staj aşamasında genel olarak öğrencilerin mesleki davranış kurallarının öğretilmesi hedeflenebilir.

Bu konuda stajın şehirlerden uzak doğayla iç içe bir ortamda yapılması şeklinde sıradışı bir öneri karşımıza çıkmaktadır. Böylece bu rahat ortamın hakim-savcı adayları arasındaki sosyal ilişkileri geliştireceği kabul edilmektedir.<sup>51</sup>

Almanya’da staj eğitimi hakim, savcı ve avukatlara toplu bir şekilde ortak bir ortamda verilmektedir. Gerçekten adaletin gerçekleşmesindeki üç ayağını oluşturan bu hukukçuların staj eğitimi sırasında birbirleriyle ilgili mesleki

---

<sup>48</sup> Akıncı, s.16; Aydın, s.652-653

<sup>49</sup> Oğuz, s.18

<sup>50</sup> Akıncı, s.29

<sup>51</sup> Öztürk, s.188-189

özellikleri yakından tanınmaları avukatların hakim ve savcılarını tanımasıyla kendi mesleğini daha iyi icra etmesine, hakim-savcılarının avukatları tanımaları ise onlarla daha iyi iletişim kurabilmeleri yönünde oldukça faydalı olacağı kabul edilmektedir.<sup>52</sup> Bu yönden ülkemizde de bu şekilde staj eğitiminin yapılmaması bir eksiklik olarak kabul edilebilir.

### **g. Öğrencilerin temelsiz olması**

Günümüzde hukuk fakültelerine giriş diğer fakültelerde olduğu gibi ÖSYM tarafından yapılan sınavlar sonucu merkezi yerleştirme ile yapılmaktadır. Dünyada yapılan uygulamalara bakıldığında Amerika'da LSAT<sup>53</sup> ve Almanya'da Abitur<sup>54</sup> olmak üzere ülkemizdeki gibi ulusal çapta bir sınav yapıldığı görülmektedir. Ancak tam tersine Fransa'da hiç sınava gerek kalmadan sadece lise diplomasının fakülteye kayıtlanmak için yeterli olduğuna da rastlanmaktadır.<sup>55</sup> Her ne kadar sınav yapılsın veya yapılsın her ülke zorlayıcı eğitimiyle sadece nitelikli kişilerin hukuk mezunu olmasına imkan tanımaktadır. Çünkü Almanya'da ilk evrede 7 yarıyılık üniversite eğitiminden sonra yapılan 1. eyalet sınavlarında katılanların yaklaşık %30'u elenir.<sup>56</sup> Öte yandan Fransa'da ise 2 yıllık verilen temel eğitim sırasında yapılan ara sınavlar ile ilk yıldan öğrencilerin 2/3'ü eğitimi bırakmak zorunda kalmaktadır.<sup>57</sup> Bundan çıkarılması gereken sonuç, ister sınavla olsun isterse lisans eğitimi sırasında olsun yapılan sınav veya verilen eğitim nitelikli öğrencilerin hukukçu olmasına hizmet etmesi gerekmektedir.

Bunu sağlamak için öncelikle hukuk eğitiminin lisans öncesi ve lisans aşaması ile bir bütün olarak planlanması gerekmektedir.<sup>58</sup> Bunun için nitelikli öğrenciyi seçmeden önce lisans öncesinde öğrencilerin temel donanımı sağlanmalıdır. Çünkü unutmamak gerekir ki öğrencilere verildiği kadar bilginin alınması doğrudur. Öğrencilere verilen bilgilerin çok daha fazlasını sınavlar aracılığıyla almaya çalışan sistem, geçici çözümler ile pratik faydalar sağlamayı amaçlayan vasat bir yeterlilik denetimi olacaktır.

Öte yandan lisans öncesindeki bir öğrencinin sahip olması gereken temel donanım belirlenirken, öğrencinin lisans aşamasında sahip olması gereken bilgi

---

<sup>52</sup> Sert Çelik, Çiğdem, Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, TBB Dergisi, Sayı:54, Yıl:2004, s.340-341, Aktaran: Aydın, s.630

<sup>53</sup> Gehringer, Axel, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi 9-10-11 Ocak 2003, Ankara, TBB Yayınları, 1. Baskı, s.156-157 Aktaran: Öztoprak Sağır, s.23

<sup>54</sup> Heiner, Kuhne, Hans, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi 9-10-11 Ocak 2003, Ankara, TBB Yayınları, 1. Baskı, s.137-138 Aktaran: Öztoprak Sağır, s.18

<sup>55</sup> Dreifus-Netter, Frédérique, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi 9-10-11 Ocak 2003, Ankara, TBB Yayınları, 1. Baskı, s.143 Aktaran: Öztoprak Sağır, s.20

<sup>56</sup> Oğuz, s.21

<sup>57</sup> Oğuz, s.2

<sup>58</sup> Akıncı, s.10



donanımı ölçüt olarak kullanılacaktır. Bunun için öncelikle lisans aşamasındaki bir hukuk öğrencisinin sahip olması gereken bilgi donanımını sağlamak için öğrenimini görmesi gereken dersleri belirlemek gerekmektedir.

Lisans aşamasında bir hukuk öğrencisinin felsefe, sosyoloji, psikoloji<sup>59</sup>, iktisat<sup>60</sup>, siyasal tarih<sup>61</sup>, istatistik<sup>62</sup>, maliye, hukuk tarihi, mukayeseli hukuk, roma hukuku<sup>63</sup>, siyaset bilimi, tarih felsefesi, yönetim bilimi, siyasal düşünceler tarihi<sup>64</sup>, mantık, bilimsel araştırma teknikleri, metodoloji<sup>65</sup>, davranış bilimleri<sup>66</sup> ve daha bunlar gibi farklı türlerde ve kapsamlarda alanlarda bilgi sahibi olmaları gerektiği kabul edilmektedir. Tüm bu derslerin lisans aşamasında zorunlu olarak verilebileceği mümkün olmadığına göre seçmeli olarak verilmesi düşünülebilir olsa da bana göre bazılarının tercihe bağlı şekilde araştırma ödevi olarak verilmesi gerekir.

Bu derslerin lisans aşamasında verimli olarak öğretilmesi için liselerde mantık, siyaset bilimi, ekonomi bilimi, tarih, felsefe, sosyoloji derslerinin verilmesi, hukukun diğer disiplinlerle olan ilişkisinin ve hukukun devlet ve toplumla olan rolünün önemini kavratmak<sup>67</sup> gerekir.

Hukuk fakültesi öğrencilerinin girişte temelsiz olmasından dolayı fakültele, girişte, özel bir sınav yapabilme yetkisinin verilmesi gerektiği<sup>68</sup> ve yabancı dilin günümüzde taşıdığı zorunluluktan dolayı fakültele, girişte, yabancı dil muafiyet sınavının yapabilme yetkisinin verilmesi gerektiği öne sürülmüştür.<sup>69</sup> Kısa sürede bir çözüm üretmesi bakımından bu görüşler savunulabilir.

Ancak vakıf üniversitelerinin puanlarının düşük olması sonucu hukuk öğrenimi görebilmek için gereken niteliklere hiç sahip olmayan kişilerin hukuk fakültesi mezunu olması ortaya çıkmaktaysa da<sup>70</sup> YÖK’ün veya hukuk eğitimi ile ilgili ulusal çapta kurulacak olan bir kurumlararası kuruluşun belirleyeceği temel kriterlerle hukuk eğitiminin tüm kurumlarda kaliteli ve zorlayıcı hale getirilmesi diploma sevdalılarının gözünü korkutacağını düşünüyorum.

#### **h. İdari, Mali özerklik sorunu**

Hukuk eğitimi ve öğretimi konusunda olması gereken duruma ulaşabilmek için milli eğitim sisteminin organizasyonun ve finansmanının çok iyi

---

<sup>59</sup> Akıncı, s.12; Öztürk, s.178; Atay, s.4

<sup>60</sup> Ansay, s.289; Öztürk, s.178; Atay, s.4

<sup>61</sup> Ansay, s.289; Atay, s.4

<sup>62</sup> Ansay, s.289; Öztürk, s.178

<sup>63</sup> Ansay, s.289, 300

<sup>64</sup> Atay, s.4

<sup>65</sup> Öztürk, s.178

<sup>66</sup> Öztürk, s.178; Atay, s.4

<sup>67</sup> Atay, s.2

<sup>68</sup> Aydın, s.646

<sup>69</sup> Gözler, s.3026

<sup>70</sup> Akıncı, s.15-16

planlanması gerekir. Öyle ki bu organizasyon ve finansmanın iyi planlanmaması söylenegele tüm değişiklik ve düzeltme düşüncelerini havada bırakır. Buna rağmen konusu hukuk eğitimi ve öğretimi olan tüm yazılarda bu planlamaların detaylıca yapılmaması bir eksiklik olarak görülmemelidir. Çünkü bu konuda finansman planlanması gerek farklı iktisadi alanlardaki gerekse eğitim alanındaki çeşitli kalemler bir arada göz önünde bulundurularak yapılacak olan iktisadi politikalarla belirlenebilecektir. Bu yüzden bu konuda dile getirilen mali sorunlar genelleyici bir bakış açısıyla elde edilen tespitler olup finansman planlamasının gerektirdiği kapsam ve detaydan uzaktır. Ancak sistem organizasyonu bakımından aynı şeyler söylenmeyebilir. Çünkü organizasyon gereken emek harcandığı takdirde bir yazıda bütünüyle ele alınabilir. Oysa bu konuda kaleme alınan metinlerin tamamına yakını konusunun bazı alanlarında fikirler ürettiğinden veya örnek bir sistem ortaya çıkarma hedefiyle kaleme alınmadığından söylenenler idari anlamda genel olarak tespit edilen birtakım eksikliklerden öteye gidememektedir. Bununla beraber maalesef aynı şeylerin kendi makalem için de geçerli olduğunu söylemeliyim.

Hukuk eğitiminde fakültelerin mali yönden özerk olmaması, üniversitelerin idari yönden tüzel kişiliğine sahip olmasına rağmen bütçelerinin YÖK'ün planlaması çerçevesinde devlet tarafından karşılanması nedeniyle temin edilen ücretler sadece personel ile işletme giderlerini karşılayabilmekte bunun yanında bilimsel araştırma yapılabilmesi için gereken maddi kaynağı yaratamamaktadır.<sup>71</sup> Bu durum bilimsel özerkliğe bir tehdit olarak yansımaktadır.<sup>72</sup>

Bu soruna bir çözüm olması için öğrenci harçlarının uygulamaya konulması gerekir. Çünkü vergi adaleti gereği bu hizmetten doğrudan yararlanan kişilerden kısmen de olsa masrafların talep edilebilmesi gerekir. Öte yandan vergi muafiyeti sağlanarak durumu olmayan öğrencilerin harç ödememesi kabul edilebilecektir. Bu sayede öğrenim gören öğrencilerin ihtiyaç duyacağı kitaplar, teknolojik araçlar ve araştırma fonları arttırılabilecek ve geliştirilebilecektir.<sup>73</sup>

Hukuk fakültelerine idari özerklik sağlanmadığı için fakülteler üniversitelerin çıkarttığı yönetmeliklerle öğretim yapabilmektedirler. Oysa her fakültenin öğretimi kendine has olacağı düşünülürse bu doğru olamaz. Bunun için tüm hukuk fakülteleri için geçerli olan genel esasları belirleyen bir yasal veya idari düzenleme ile fakültelele kendi öğretimini detaylarını belirleyebilme yetkisi verilmelidir.<sup>74</sup> Böylece her fakülte kendine has eğitim anlayışı ile ön plana çıkmalı hatta kendi öğrenci arzını yaratabilmelidir.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Atay, s.1-2; Öztoprak Sağır, s.52

<sup>72</sup> Öztoprak Sağır, s.52

<sup>73</sup> Atay, s.2

<sup>74</sup> Akıncı, s.33

<sup>75</sup> Güran, s.182

## 2. Çağdaş Hukuk Eğitimi ve Hukuk Eğitiminde Yeni Gelişmeler

### a. Günümüzde hukuk eğitiminden beklenenler

En az siyasallaşan toplumdaki en fazla siyasallaşan topluma kadar hepsinin ana ögesi kendi değerleri ölçüsündeki adaleti sağlamak, korumak ve yüceltmek olduğunu düşünürsek, bunu yerine getirecek olan siyasal sistemin de toplumun tek başına kurucu unsuru olduğunu kabul etmiş oluruz. Bu siyasal sistem en geniş anlamıyla hukuk olmuştur. Bu anlamdaki hukuk sadece normatif olarak teknik boyutta bir şey değildir. Hukuk geniş anlamıyla düşünürsek toplumda adaleti gerçekleştirilmeye yarayan bir araçtır.<sup>76</sup>

Adaletin toplumdaki barış, güven ve düzenin teminatı olduğunu düşünürsek adaleti sağlamak için var olan hukukun toplumun yapıtaşı olduğuna varırız. Siyasal organizasyon gereği herkesin kendi adaletini sağlaması beklenemeyeceğinden toplumda adaleti tesis eden kişiler öne çıkmakta ve toplumda bu kişiler saygın bir kişilik kazanmaktadır.<sup>77</sup> Bu durumun varlığı ise adaleti sağlayanların ehil kişiler olmasını gerektirmektedir.

Bu şekilde ehil hukukçuların toplumdaki rollerinin iyi belirlenmesi sonucu bunları yetiştiren hukuk eğitimine yön verilebilecektir. Aksi takdirde amacına göre planlanmamış bir hukuk eğitimi alan hukukçular toplumda sosyal sorunlara ve bunalımlara yol açacaktır.<sup>78</sup>

Buna göre hukuk eğitiminden beklenenin adaleti tesis eden kişilerin yetiştirilmesi olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ancak 20. yy’ın ikinci yarısından itibaren uluslararası ortamda ticari alanda meydana gelen değişiklikler uluslararası ilişkilerin temelini ticaret odaklı bir anlayışa oturtmuştur. Uluslararası ortamda ticaretin gelişmesi ve hızlanması ile ulusal sınırlar ortadan kalkmış, ticari alanda ulusal değerlerin yerini küresel ilkeler ve anlayışlar almıştır. Bu ise beraberinde farklı bir hukuk anlayışını getirmiştir.

Gerçekten de Avrupa’da Bologna sürecinden sonra artık Avrupa hukukundan değil Avrupalı hukukçudan bahsedilir olmuştur.<sup>79</sup> Çünkü Avrupa sınırları içerisinde topluluk anlaşmalarıyla birlikte dışa karşı ticari birliktelik, içte ise ticari ilişkilerin hızlandırılması sağlanmış ve ortak bir Avrupa hukukunun yaratılması için medeni ve ticaret hukuklarının birleştirilmesi teklif edilmiştir.<sup>80</sup> Ancak bu konuda yapılan çalışmalar istenilen hedefleri gerçekleştirememiş olacak ki Avrupa’daki hukuk fakültelerinde Avrupa hukuku ağırlıklı eğitimin

---

<sup>76</sup> Türközer, s.1

<sup>77</sup> Türközer, s.1

<sup>78</sup> Karayalçın, s.23

<sup>79</sup> Oğuz, s.2

<sup>80</sup> Europäische Parlament Document A 5-0384/2001 v. 15.11.2001 Aktaran: Oğuz, s.1

tek başına yeterli olmayacağı anlaşılmış ve artık Avrupa'daki farklı hukuk alanlarındaki düzenlerin her birine kolaylıkla uyum sağlayabilecek şekilde metodolojik temele sahip olan hukukçuların yetiştirilmesi hedeflenmeye başlanmıştır.<sup>81</sup>

Bu yeni gelişmeler karşısında akıllara gelmesi gereken soru şudur: "Hukuk eğitimi ile toplum mühendisi mi yoksa hukuk teknisyeni mi yetiştirmeliyiz?"<sup>82</sup> Klasik hukuk eğitiminin yetiştirdiği hukukçular adalet dağıtıcı kişi olması amacıyla yetiştirildiğinden toplum mühendisi olarak kabul edilebilir nitelikte iken Avrupa'da hukuk eğitiminin yetiştirdiği hukukçular, her ne kadar hukuk düzenleri arasındaki metodolojik farklılıkları kavrayabilen nitelikte olsalar da adaleti sağlama amacını ikinci plana atmış şekilde yetiştirildiklerinden hukuk teknisyeni olarak kabul edilebilirler.

Buna göre artık yeni nesil hukuk eğitimi ile iş dünyasında ortaya çıkan teknik ihtilafların çözülmesi hedefi daha ön plana çıkmaktadır. Bu ise hukukçuyu toplumdaki saygın olduğu makamından alıp iş dünyasına hizmet eder bir role kavuşturması nedeniyle toplumdaki saygınlığını azaltıcı etki yaratmaktadır. Çünkü bu tip hukukçular işlerin yürütmesine engel olan sorunları çözücü nitelikte bir yardım paketi olarak görülecek, çalıştığı alanın hukuki işçisi olarak algılanacaklardır. Hatta ufukta görünen o ki artık bu yeni nesil hukukçular ileride birer yasal uzman veya arbulucu olarak çağrılacaklardır.

Sonuç olarak klasik hukukçu tipinden sonra küresel alanda yaşanan gelişmeler sonucu ortaya çıkan yeni nesil hukukçuların fonksiyonu ve nitelikleri eleştiri konusu olsa da kabullenip uyulması gereken bir olgudur. Çünkü çağın getirdikleri karşısında hareketsiz kalarak eski değerlerin savunucusu olmak ve sürdürmeye çalışmak tarih sahnesinde yenik düşen toplumların kaybetmelerine yol açan sebeplerden biridir.

Hukukun toplumdaki yerinin belirlenmesi, hukuk eğitiminden beklenenlerin tespitini yaptırırken bir yandan da bu tespitin bir diğer yüzünü yani hukukçu tanımlamasını ortaya çıkarmaktadır. Hukukçunun geniş anlamda tanımlanması ise hukukçunun sahip olması gereken nitelikleri birer birer açıklığa kavuşturmaktadır.

Buradan hareketle bu vasıfları açıklamaya geçmeden önce, nitelikleri tahdidi olarak sınırları keskin bir şekilde açıklamanın mümkün olduğu kadar da yanlış olacağını ifade etmekte fayda vardır. Bu yüzden belirlenen vasıfların sayısı azaltılabilir veya çoğaltılabilir ya da daha özele inen cümlelerle somutlaştırılarak çeşitlendirilebilir. Çünkü bir hizmet grubunu oluşturan kişilerin her birinin karakteri aynı işlevi gören mekanik alet olmayacağından

---

<sup>81</sup> Oğuz, s.25

<sup>82</sup> Karayalçın, s.25

dolayı birbirine benzetilemez ve en önemlisi bir kişiliğe ait özellikleri tartışmasız biçimde hem nicel hem de nitel olarak açıklayabilmek mümkün değildir.

Bir insanın kendisinden beklenen tutum ve davranışları yerine getirebilmesi için yapacaklarını liste halinde vermek yerine, bunları yapmaya iten karakteri kendisine kazandırmak gerekir. Bunun için hukukçunun sergilemesi gereken tutum ve davranışları saymadan önce karakterinin genel hatlarını çizerek işe başlamak en doğrusu olur.

Hukuk adamı, belirli bir bilinç düzeyi, bir duygu, düşünce ve güçlü bir irade olarak var olan gerçekliği ifade eder. Bu duygu, düşünce ve irade daima haklı olana yönelen kişilik kurucu ve belirleyici niteliklere ulaşma idealini bünyesinde taşır. Ancak bu ideallere ulaşmak hiç de kolay değildir. Bunun için değerler dünyasını yeniden düzenlemek gerekir. Bu sayede hukuk adamı yeni değerler dünyasının ortaya çıkardığı tüm sonuçları zaten hal ve hareketleri ile sergilemeye başlayacaktır. İşte bu değişim ve dönüşüm için hukuk adamı kendisini bir bedel ödemeye hazır etmelidir. Sadece duyarlı, sorumlu ve yetkinlik sahibi kişiler kendi bünyesindeki bu değişim ve dönüşümü gerçekleştirebilir.<sup>83</sup>

Bu karakteri kazanan kişiler sosyal bilimler ile kendisini geliştirerek yaşadığı dünyanın çağdaş hayatını ve onun toplumsal sorunlarını anlayabilecek kültür seviyesine çıkmalı ve bunlar üzerinde tarafsız değer yargıları üretebilecek fikri olgunluğa ulaşabilmelidir. Bunun için okuduğunu veya işittiğini değerlendirmeden öğrenen kişiler ne kendisine ne de çevresine katkılarda bulunabilecektir.<sup>84</sup>

Bu karaktere sahip olan hukukçunun adaleti tesis edebilmesi için hukuk formasyonuna sahip olması gerekir. Hukuku sanat gibi uygulayabilmesi gerekir.<sup>85</sup> Hukuk formasyonunun kazanabilmek için üniversite eğitimi şarttır.<sup>86</sup> Hukuk formasyonu hukuk tekniği ile birlikte kullanılabilir. Bu nedenle hukuk tekniğini de öğrenmek şarttır.<sup>87</sup> Hukuk tekniğini kazanabilmek için fakülte bitirmeye gerek yoktur.<sup>88</sup> Hukuk tekniği bir mahkemede veya avukatlık bürosunda uzun yıllar yardımcı çalışan olarak görev yaparak da kazanılabilir.

Hukuk insanının hukuki donanımını geliştirebilmesi için bunları yaratan değerler dünyasındaki küresel veya ulusal değişimlere uyum göstermesi gerekir. Değerler dünyası, sosyal ilişkilerdeki değişimlerden direkt etkilenen ve hukuku direkt etkileyen temel bir sosyolojik kavramdır. Bunun için hukukçu dünyadaki sosyal ve siyasal gelişmeleri takip etmelidir.

---

<sup>83</sup> Türközer, s.1-2

<sup>84</sup> Ansay, s.279

<sup>85</sup> O. Kahn-Freund, Reflection on Legal Education, j>9 Modern L. Rev. 123 (1966) Aktaran: Ansay, s.278

<sup>86</sup> Ansay, s.278

<sup>87</sup> Akıncı, s.9; Ansay, s.278

<sup>88</sup> Ansay, s.278

Bunun yanında hukukçunun yabancı ülkelerde değişen ve gelişen hukuki kavram ve ilkeleri takip etmesi gerekir. Çünkü bunlar hukuk düzenini temelden etkileyebilen soyut hukuki değerlerdir.

Nitekim hukukçunun bunları yerine getirebilmesi için yabancı dil bilgisinin ve mukayese kabiliyetinin olması çok önemlidir.

Bunların yanında son olarak hukukçunun tarafsız kararlar alabilmesi, idealist olması, hukuk devletine bağlı kalması gibi ek özelliklere sahip olması gerektiğini söylemek ne yanlış olur ne de söylemezsek bu konu eksik kalır. Çünkü zaten karakter vasfının yorumlanması ile hukukçunun bu özellikleri bünyesinde barındırması gerektiği çıkarılabilecektir.

### **b. Amerika Birleşik Devletleri'nde hukuk eğitiminin genel görünümü**

Çağdaş hukuk eğitimi başlığı altında ABD'de uygulanan hukuk eğitiminin temel özelliklerini, Kıta Avrupa'sında uygulanan eğitimden sistemsel açıdan farklı olan yönlerini genel olarak bahsetmeden geçmek doğru olmazdı.

Amerikan anayasasına göre Amerika'da özel hukuk alanında yasal düzenlemeler yapmak mümkün değildir. Tüm federe devletler kendi ülkelerinde uygulanmak üzere federe yasalarını çıkartırlar. Federal yüksek mahkeme ise olayla ilgili federal yasaları varsa uygular yoksa bulunduğu bölgedeki federe devletin yasalarını uygular. Ancak tüm federe devletlerde ortak olan hukuki geleneğe göre eski İngiliz sömürgesi olmalarından dolayı *common law*'ı uygularlar.<sup>89</sup>

Amerika'da var olan hukuk birliği yasal düzenlemelere dayanmaz. Bu hukuki birliktelik kuralların, ilkelerin, hukuki materyallerin ve hukuku geliştirmede kullanılan yöntemlerin birlikteliğidir. Bu hukuk birlikteliğinin sonucu olarak Amerika'da uygulanan hukuk eğitimi de birliktelik arz eder. Öğrencilere federe devletlerde uygulanan hukukun ortak yanları öğretilir. Bu sayede öğrencilere Amerikan hukukunun ortak ilke ve kavramları öğretilmiş olur. Ancak öğrenciler her zaman mezun olduktan sonra bir eyalette çalışacağına bilincinde olarak eğitimi sürdürürler. Çünkü öğrenciler daha sonra iş hayatında bir eyalette görev yapabilmek için o eyalette uygulanan yasal mevzuat bilgisinin sınıdığı sınavlarda başarılı olmak zorundadır.<sup>90</sup>

Amerika'da hukuk eğitimi lisansüstü eğitim olarak kabul edilir. Belli bir bölümü okuma şartı olmadan lisans eğitimi alan her kimse ulusal kapsamda uygulanan LSAT özel yetenek sınavını geçmek koşuluyla hukuk eğitimi

---

<sup>89</sup> Ranieri, F.: Juristen für Europa: Wahre und falsche Probleme in der derzeitigen Reformdiskussion zur deutschen Juristenausbildung, Juristenzeitung (JZ) 52 (1997) 807. Aktaran: Oğuz, s.33

<sup>90</sup> Kötz, H.: Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele. RabelsZ 50 (1986) 15 Aktaran: Oğuz, s.34

alabilir.<sup>91</sup> Bu nedenle 3 yıllık hukuk eğitimi süresince temel kültür derslerine Avrupa’dakine nazaran daha az önem verilir. Çünkü öğrencilerin lisans öncesinde ve lisans eğitimi sırasında hukuk eğitimi alması için gereken temel altyapısal eğitimi aldığı kabul edilir. Bu yüzden ilk yılda temel hukuk derslerini alan öğrenci sonraki yıllarda kariyeri boyunca yöneleceği alana göre tercih edeceği seçmeli dersler üzerinden eğitimini alır ve farklı alanlarda kendini geliştirebilmek için özel programlara yönelir.<sup>92</sup>

Öğrencilerin yöneldikleri özel programlardan birisi hukuk klinikleridir. Hukuk kliniği sayesinde öğrenciler hukuki desteğe ihtiyacı olan kimselere yardımda bulunur, basit davalarda onları mahkemelerde temsil ederler ve böylece hem hukuki tecrübe edinme hem de sosyal yönünün kuvvetlendirme fırsatı bulmuş olurlar.<sup>93</sup>

Bunun yanında karmaşık hale gelen iş dünyasına göre nitelikli hukukçu yetiştirebilmek için farklı lisans alanlarından biri ile ortak hukuk master programı yapabilmek fırsatı da öğrencilere sunulmuştur.<sup>94</sup>

Derslerde anlatım metodu olarak yıllardır Sokrat metodu uygulanagelir. Bu metod ile derste bir hukuki uyumsuzluk veya hukuki tartışma konusu üzerinden öğrencilerin hukuki mantık yürütme yeteneğini geliştirmesi, Amerikan hukukunun temel ilke ve kurallarını öğrenmesi, çevresindeki toplumsal sorunları kavraması ve bunlara çözüm üretmesi sağlanır.<sup>95</sup> Avrupa’dakinin aksine öğrenciler derse aktif bir şekilde katılırlar.

### **c. Bologna sürecinin Avrupa’da hukuk eğitimine verdiği yön**

Bologna süreci en kısa tanımıyla Avrupa Yükseköğretim Alanı oluşturmak amacıyla<sup>96</sup> genel olarak Avrupa Birliği üyesi ülkelerin kendi aralarında birlikte yürüttükleri diplomatik çalışmaların genel adıdır.

İlk fikirlerin oluşması ve temaslara başlamasının 1970’lere dayandığı Bologna süreci, 1998 Sorbon, 1999 Bologna deklarasyonlarının imzalanması ile birlikte hız kazanmıştır.<sup>97</sup> Süreç 1999 yılında 29 üye ülke ile başlamış, 2010’da en son Kazakistan’ın katılımıyla birlikte üye devlet sayısı 47’ye yükselmiştir.<sup>98</sup>

---

<sup>91</sup> Chodos, Hiram, (Çeviren: Birol Akgün), Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar ve Stratejiler, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı:1-2, Yıl: 2001, s.330; Gehringer, Axel, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi 9-10-11 Ocak 2003, Ankara, TBB Yayınları, 1. Baskı, s.156-157 Aktaran: Öztoprak Sağır, s.23

<sup>92</sup> Chodos, (Çeviren: Birol Akgün), s.330

<sup>93</sup> Chodos, (Çeviren: Birol Akgün), s.332-333

<sup>94</sup> Chodos, (Çeviren: Birol Akgün), s.333

<sup>95</sup> Chodos, (Çeviren: Birol Akgün), s.330

<sup>96</sup> YÖK, Yükseköğretimde Yeniden Yapılanma: 66 Soruda Bologna Süreci ve Uygulamaları, 1. Baskı, Ankara-2010, s.2

<sup>97</sup> Aktan, Coşkun Can, Sorbon’dan Bologna’ya, Berlin’den Bergen’e: Avrupa’da Yükseköğretim Sistemlerinin Harmonizasyonu ve Yeniden Yapılandırılmasına Yönelik Reform Çalışmaları, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt:2, Sayı:1, Yıl:2010, s.1

<sup>98</sup> YÖK, s.4

Avrupa Yükseköğretim Alanı oluşturulmasındaki temel inancın “*bilgi ve bilim üzerine kurulu, akademik hareketliliğin sağlandığı, cinsiyetten kaynaklanan eşitsizliğin azaltıldığı, niceliksel ve niteliksel olarak daha gelişmiş bir iş paylaşımının bulunduğu bilgi ekonomisine dayalı yetiştirilmiş bireyleri, dünyadaki diğer güç odaklarıyla rekabette en üst sıraya*” çıkarmak olduğu kabul edilmektedir.<sup>99</sup>

Avrupalı devletleri böyle bir sürecin ve çalışmanın içine iten temel sebep ise temel inancın gerçekleştirilmesinin önündeki Avrupa’daki devletlerin yükseköğretim sistemlerindeki öğretim süresi ve kazanılan dereceler arasında çok farklılıklar bulunması<sup>100</sup> engelidir. Bu yüzden ülkeler arasında öğrenci ve öğretim elemanı transferi güçleşmekte, bu ise bilgi ve deneyimin hızlı paylaşılmasını engelleyerek Avrupa’nın dünyada akademik olarak geride kalmasına yol açmaktadır. Ancak çalışmaların başlamasında tek etken bu olmamıştır.

AYA projesi ile üniversite mezunlarına iş imkanı sağlama amacı da güdülmüştür. Çünkü üniversitelerin esas görevlerinden birisi de eğitim verdiği öğrencilerine talepleri doğrultusunda onları kendilerini nitelikli hale getirebilecekleri tüm imkanları sunmaktır. Buna göre üniversiteler mezuniyet sonrası istihdam sorununa çözüm olarak mezun sayısını azaltmamalıdır. Onlara iş piyasasının aradığı vasıfları kazandırmalıdır.<sup>101</sup> Proje karşılıklı diplomaların tanınması sayesinde farklı ülkelerdeki üniversiteler arasındaki öğrenci hareketliliğinin artırılmasını sağlayarak mezuniyet sonrası hizmetlerin serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacaktır.<sup>102</sup>

Projenin büyük resmine bakıldığında ortak bir Avrupalı bilinç ve kültürü yaratmanın<sup>103</sup> en büyük hedef olduğu görülmektedir. Çünkü özellikle 2. dünya savaşının ardından uluslararası ilişkilerin artması ile coğrafi bölgelerde çeşitli alanlarda işbirliklerine gidildiği çok net görülmektedir.

Bu temel inancı veya amacı gerçekleştirmek için Bologna sürecine katılan devletler karşılıklı diplomaların tanınmasını sağlayarak öğrenci ve öğretim üyesi transferini kolaylaştırmayı, iki aşamalı bir eğitim sistemine geçmeyi (3 yıl lisans + 2 yıl lisansüstü), AKTS uygulamasına geçmeyi<sup>104</sup>, akademik hareketliliğin desteklenmesini, yaşam boyu öğrenimi desteklemeyi ve Yükseköğretimde Avrupa boyutunun teşvik edilmesini<sup>105</sup> taahhüt etmişlerdir.

---

<sup>99</sup> Öztoprak Sağır, s.35

<sup>100</sup> YÖK, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Yükseköğretim”, <http://www.yok.gov.tr/egitim/ab/avrupa.doc> Aktaran: Aktan, s.3

<sup>101</sup> YÖK, s.12-14

<sup>102</sup> Aktan, s.6

<sup>103</sup> Aktan, s.6

<sup>104</sup> YÖK, s.3

<sup>105</sup> Aktan, s.2



Avrupa’da ortak bir yükseköğretim alanı oluşturulması doğrudan olarak hukuk eğitimini de etkilemiştir. Gelişmeler sonucu hukuk eğitiminin yöneldiği hedefler ve haliyle hukukçunun niteliği de büyük bir değişikliğe uğramıştır. Ancak bu değişimlerde Bologna sürecini meydana getiren çeşitli deklarasyonların temel gayesinden ziyade Avrupa iş piyasasının ihtiyaç duyduğu personel tiplmesi etkili olmuştur.

Avrupa’daki iş piyasası farklı ortamlara kolaylıkla uyabilen esnek yapıda olan hukukçuları talep etmeye başlamıştır.<sup>106</sup> Çünkü her bir ülkenin hukukunun temeli ortak olsa da yasaları farklı olmuştur. Bu yasal farklılıkları engellemek adına AB tarafından çıkartılan yönergeler aracılığıyla tek bir Avrupa hukuku yaratmak hedeflenmiştir.<sup>107</sup> Ancak bu çabaların belli noktalarda sorunlar yarattığı görülmektedir. Hukukta birleştirme ve uyumlaştırma hareketlerinin dağınık bir görünüş sergilediği, sadece taşıma hukuku veya fikri haklar gibi alanlarda değil sözleşmeler ve haksız fiiller gibi geniş kapsamlı alanlarda dahi ortak kuralların bulunduğu düzenlemelerden ziyade birbirinden farklı spesifik alanlarda anlaşmaların yapılarak parçalanmış bir görünüme sebep olduğu izlenilmiştir.<sup>108</sup> Dahası ülkeler arasında dağınık ve parçalanmış şekilde uluslararası yasal düzenlemelerin yapılması hukuku uygulayan makamların hukuku tespit edip uygulamakta güçlükler yaşadığı görülmüştür.<sup>109</sup>

Ülkeler arasındaki yasal farklılıkların ortak hukuki düzenlemelerle ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı anlaşılınca hukuk eğitiminin içeriğinin değiştirilmesi ile sorun çözülmeye çalışılmıştır. Yapılan içerik değişikliği ile hukuk öğrencilerine Avrupa pozitif hukukunun metodolojik temelini öğretilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu sayede hukuk mezunları, Avrupa’daki herhangi bir ülkede iş hayatında, uygulamada uyum sorunu yaşamadan kolaylıkla çalışabilecektir.<sup>110</sup> Ayrıca geçmişte öğrencilere ihtilaf çözmeye yönelik hukuk eğitimi verilmesinden vazgeçilip, ihtilafların önlenmesini sağlamaya yönelik eğitim verilmeye geçilmiştir.<sup>111</sup>

Bu yönde eğitim verilmesi için eğitim süreci iki aşamaya bölünmüş, ilk aşamada (3 yıl) öğrenciye Avrupa hukuk sisteminin sosyolojik, ekonomik, felsefi ve tarihi boyutunun öğretildiği temel hukuk bilgileri ve Avrupa’nın farklı ülkelerindeki pozitif hukukun karşılaştırmalı olarak metodik bir şekilde öğretilmesi kararlaştırılmıştır. Çünkü Avrupa hukuk entegrasyonun

---

<sup>106</sup> Oğuz, s.25

<sup>107</sup> Oğuz, s.1

<sup>108</sup> Oğuz, s.28

<sup>109</sup> Kegel, G.: Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Kölner Schriften zum Europarecht, Heft 11, 1971,43. Aktaran: Oğuz, s.29

<sup>110</sup> Oğuz, s.25

<sup>111</sup> Willoweit.D./Grosst’eld,B.: Juristen fürEuropa, JZ 13 (1990) 607. Aktaran: Oğuz, s.26

karşılaştırma ve genelleme yapabilen hukukçulara ihtiyaç duyduğu, genellikle kabul edilmektedir. İkinci aşamada ise (2 yıl) her ülkenin ulusal hukukunu konu alan dersler işlenmektedir. Buna göre öğrenciler ilk aşamayı kendi ülkesinde ve değişim programlarından yararlanarak farklı ülkelerde tamamlayabilirler. Çalışmak istediği ülkede ise ikinci aşamayı tamamlaması gerekmektedir.<sup>112</sup>

#### **d. Teorik eğitimi destekleyen uygulamalı öğretim metodları**

Hukuk eğitiminin teorik ağırlıklı olması, hukukun ilke ve kavramlarının temel ve genel mantığının kavratılması veya içselleştirilmesi için, gerekli olduğu Avrupa'da baskın olarak kabul edilmektedir. Ancak zamanla ortaya çıkan sorunlar bu baskın görüşü yıpratmış ve bu görüşten tavizler verilmesine yol açmıştır. Bu sayede Amerika'da uygulanan farklı öğretim metodları Avrupa'da da uygulanmaya başlanmıştır.

Avrupa'daki öğretim metodunun değişmesine yol açan sorunlara genel olarak bakıldığında, öğretim üyesi merkezli öğretimin esas olması sonucu öğrencilerin derslerde pasif olması nedeniyle derslerin öğrenciler açısından sıkıcı geçmesi ve sağlıklı eğitimin yapılamaması en çok göze çarpanlardandır.

Bunun yanında, hukukçuların kariyerinde ihtiyaç duyacağı bilgi ve deneyimi mesleğe atıldıktan sonra kendi kendine kazanmasının beklenmesi ile mesleğinin ilk yıllarında basit hatalar yapmasına bağlı olarak özgüvenini yitirmesi sonucunda tecrübesiz hukukçuların ilk müvekkillerini telafi edilmez hak kayıplarına uğratma tehlikesi de önemli sorunlar olarak kabul edilmelidir.

Bu sorunlara çözüm olarak Amerika'da hukuk klinikleri bir asırdan fazla süredir uygulanmaktadır. Avrupa'da son yıllarda hukuk klinikleri sisteme dahil edilmiştir. Türkiye'de ise halen yaygın olarak pratik olay çözümleri ile bu eksiklik giderilmeye çalışılmaktadır. Ayrıca geçmişte başarılı bir Probleme Dayalı Öğretim yöntemi ülkemizde uygulanmıştır.

Bir öğretim üyesinin gözetiminde<sup>113</sup> hukuk öğrencilerinin toplumdaki çeşitli kimselerin sorunlarına çözüm olarak hukuki yardım yapılarak öğrencilere ameli hukuk alanında deneyim kazandıran yöntemin genel adına hukuk kliniği denilmektedir.

Hukuk kliniklerinin tarihsel süreci izlendiğinde Amerika'da ortaya çıktığı görülmektedir. 1870 yılında Harvard Law School'da Christopher Columbus Langdell tarafından öğrencilere avukat gibi davranabilmeyi öğretebilmek adına dava metodu (case method) uygulanmaya başlanmış, ardından ilk önce 20. yy'ın başlarında Amerika kıtasına doğru artan göçlerin yarattığı sosyolojik sorunlar ile hukuk kliniklerine ihtiyaç duyulmaya başlanmış, akabinde 2.

---

<sup>112</sup> Ost, F./Hoecke, M.: Für eine europäische Juristenausbildung. Kurzer Beitrag, JZ 19 (1990) 911. Aktaran: Oğuz, s.26

<sup>113</sup> Öztoprak Sağır, s.60; Hacıoğlu, s.93

Dünya savaşını takip eden süreçte kıtada yaşanan yoksulluk ile bu ihtiyaç artmıştır. Öyle ki bu ihtiyacı karşılayabilmek için üniversitelerde hukuk klinikleri açılabilmesi amacıyla vakıflar tarafından yüklü bağışlar yapılmıştır. Bu şekilde 20. yy’ın sonuna doğru ise Amerika’da hukuk kliniklerinin sayısı çoğalmıştır.<sup>114</sup>

Avrupa’da ise hukuk eğitiminde alternatif öğretim metodları verilen hukuk eğitimin soyut nitelikte olması itibarıyla her zaman ihmal edilmiştir. Ancak Bologna sürecinin uygulanmaya başlamasıyla beraber 3 yıllık ilk aşamanın gereken hukuk temelinin öğrencilere kazandırılması için yetersiz olması eleştirileri doğrultusunda alternatif öğretim metodlarının uygulanması ihtiyacı ortaya çıkmış ve Amerika’da uygulanan hukuk klinikleri Avrupa’da da uygulanmaya başlamıştır.<sup>115</sup>

Hukuk kliniklerini öğrencilere daha iş hayatına başlamadan mesleki formasyon eğitimi vermesi ve mesleki etik değerleri öğretmesi yönünden çok başarılı bir yöntemdir. Çünkü klinik eğitim işbaşında eğitim anlayışı ile hareket eder.<sup>116</sup>

Klinik eğitim, öğrencilerin toplumun içinde doğan özel veya genel sorunları çözmeye uğraşmalarından dolayı öğrencilere sosyal adaleti ve hukukun toplumdaki rolünü kavratması bakımından oldukça faydalıdır.<sup>117</sup> Klinik eğitim sayesinde öğrenciler, teorik bilgilerini pekiştirir<sup>118</sup>, araştırma iletişim görüşme ve danışmanlık becerilerini kuvvetlendirir<sup>119</sup>, çevresindeki sorunlara olan ilgisini arttırarak sosyal sorumluluk bilincini güçlendirir, somut olayın temelinde yatan hukuki ilintiyi yakalama yetisini kazanır ve daha birçok kazanım elde eder.

Öte yandan klinik eğitimin topluma olan faydaları da vardır. Toplumun refahının, adaletin herkese ulaşmasını ve yardımlaşmanın artmasını sağlar. Millî birlik ve vatandaşlık bilincini yükseltir.<sup>120</sup> Son 10 yıldır BM genel kurul raporlarında belirtildiği üzere vatandaşlara tanınan haklar ne kadar çağdaş ve adaleti tecelli ettiren nitelikte olursa olsun, vatandaşların haklarını kullanmasının önündeki engeller kaldırılmadığı sürece sadece kağıt üzerinde yazılı birer ütopya olarak kalacaktır. Bu nedenle tanınmış hak ve fırsatlara erişim

---

<sup>114</sup> Bückner, Andreas, Woodruff, William A., “The Bologna Process and German Legal Education: Developing Professional Competence through Clinical Experiences”, German Law Journal, Vol. 09, No. 05, s. 579-584 Aktaran: Öztoprak Sağır, s.62-64

<sup>115</sup> Öztoprak Sağır, s.7-8

<sup>116</sup> Hacıoğlu, s.93

<sup>117</sup> Mason, David Mc Quid, Hukuk Öğretiminde Yeni Yaklaşımlar: Hukuk Klinikleri 13-14 Haziran 2013 Eskişehir, 1. Baskı, Eskişehir-2013, s.21

<sup>118</sup> O’Brein, Edward Lee, Hukuk Öğretiminde Yeni Yaklaşımlar: Hukuk Klinikleri 13-14 Haziran 2013 Eskişehir, 1. Baskı, Eskişehir-2013, s.33

<sup>119</sup> Wysoczynska, Malgorzata, Hukuk Öğretiminde Yeni Yaklaşımlar: Hukuk Klinikleri 13-14 Haziran 2013 Eskişehir, 1. Baskı, Eskişehir-2013, s.46

<sup>120</sup> Mason, s.22

imkanının sağlanması ile adaletin insanlara erişmesi mümkün olacaktır.<sup>121</sup> Buna göre klinik eğitim, toplumda adaletin tesis edilmesi ile sağlanacak tüm yararların ortaya çıkmasına katkıda bulunacaktır.

Klinik eğitimin tanımı, fonksiyonu ve yararları belirtildikten sonra uygulanış şeklini anlatmadan önce metodun uygulandığı ülkelerin içinde bulunduğu sosyal, siyasi koşullar ve yasal imkanlara göre birbirinden farklı uygulanış şekillerinin olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Farklı hukuk klinikleri modelleri incelendiğinde, bir kuruma bağlı olarak bir ofiste veya binada ya da çeşitli toplum kesimlerinin ziyaret edilmesi suretiyle sahada olmak üzere, iki çeşit uygulama şeklinin olduğu göze çarpmaktadır.

Mesela Amerika'da yaygın olarak uygulanan ve na fakülteye bağlı şekilde hizmet veren klinikte, avukat tutmaya gücü yetmeyen kişiler bu birimlere gelip sorunlarını anlatıp ya hukuki destek alırlar ya da mahkemelerde öğrenciler tarafından temsil edilirler.<sup>122</sup>

Bunun yanında öğrencilerin hukuki alanda yoksul kimselere yardım eden sivil toplum kuruluşlarında gönüllü olarak çalışmasına da rastlanmaktadır.<sup>123</sup> Bu örnek klinik eğitime maddi kaynak ayıramayan fakültelerin tercih edebileceği bir yöntemdir. Çünkü bu yöntemde zaten STK'lar öğrencileri bizzat denetlemiş ve eğitmiş olacaktırlar. Sadece faaliyetin yürütülmesini genel olarak denetleyen bir öğretim üyeleri kurulu belirlemek yeterlidir.

Sokak hukuku (street law) olarak adlandırılan bir diğer yöntemde öğrenciler bir öğretim üyesinin koordinatörlüğünde cezaevindeki mahkumlara, lisedeki öğrencilere veya toplumdaki diğer kesimlere, buldukları duruma göre temel hak ve özgürlükleri hakkında bilgi verirler.<sup>124</sup> Sokak hukuku yöntemi klinik eğitime başlamak isteyen fakülteler için en ideal olanıdır. Çünkü devlet veya büyük STK'lar tarafından desteklenmeden gönüllülük anlayışı içerisinde e.dr erinklinik eğitime başlayan fakülteler, yeterli maddi kaynak ve nitelikli personel bulmakta güçlük çekmektedirler.

Dünyanın dört bir yanında daha iyi bir hukuk eğitimi verebilmek adına uygulanan hukuk klinikleri öğretim metodunun yanında dünyada yeni olmasa da ülkemiz açısından yeni ve heyecan verici sayılan Probleme Dayalı Öğretim metodundan bahsetmeden geçmek, ülkemizde hukuk eğitiminde Türkçe kaynak sıkıntısı yaşanması sebebiyle kanaatimce hata olurdu. Bu nedenle bir sistem önerisi olması bakımından bu başarılı alternatif öğretim metoduna değinmek gerekiyor.

---

<sup>121</sup> Grimes, Richard, Hukuk Öğretiminde Yeni Yaklaşımlar: Hukuk Klinikleri 13-14 Haziran 2013 Eskişehir, 1. Baskı, Eskişehir-2013, s.150-153

<sup>122</sup> Chodos, (Çeviren: Birol Akgün), s.332

<sup>123</sup> Chodos, (Çeviren: Birol Akgün), s.332

<sup>124</sup> Grimes, s.149

Probleme Dayalı Öğretim metodu kısaca PDÖ, uygulandığı süreçte Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı olan Hakan Pekcanitez yönetiminde 2001<sup>125</sup> yılında başlayıp birkaç yıl yürütülen bir alternatif öğretim metodudur.

PDÖ’de amaç klasik takrir öğretim metodunun sonucu olan öğretim üyesinin aktif olmasını değiştirip hukuk eğitiminde öğrenciyi aktif hale getirmektir. Eğitimde aktif olan öğrenci bilginin kaynağına kendisi ulaşarak öğrenimini sürdürür. Bilgiye ulaşmak için kaynak taraması yapan öğrenci bilgiye ulaşma merakını içselleştirir, araştırma yöntemlerini kavrama, araştırma ve mukayese becerisini geliştirir.

Bu amacı gerçekleştirmek için PDÖ yöntemi ile az sayıda öğrencinin bir yönlendirici etrafında toplanıp, önceden elde ettikleri bilgileri kullanarak, önceden hazırlanmış bir somut olaydaki hukuki meseleyi çözmesi hedeflenmiştir. Bu sayede öğrenciler, bilgiye ulaşmak için kişide önceden oluşması gereken zihinsel aşamaları, yani bilgisinin sınırlarını fark etme ve bu doğrultuda başvuracağı kaynaklardaki öğrenme hedeflerini bizzat yaşamış olurlar.<sup>126</sup>

PDÖ, öğrencilere hukukun öz kurallarını kavratarak, avukat gibi düşünmesini öğreterek ehil bir şekilde hukuk yargılamasını yapmayı öğretir.<sup>127</sup>

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte iletişimin artması ve hızlanması sonucu hukukun kapsamı sürekli ve hızlı biçimde genişlemekte ve her bilginin öğrenilmesini imkansız hale getirmektedir. Bu nedenle sürekli değişen bilgiyle birlikte hafızayı yenilemektense, bilgiye ulaşma becerisinin geliştirilmesi ve bilginin temelini oluşturan mantığın kazanılması daha önemli hale gelmektedir. PDÖ bu ihtiyaçları karşılamaya uygun bir araçtır.<sup>128</sup>

### 3. Sonuç

Ülkemizde eğitimde ve bilhassa hukuk eğitiminde yaşanan sorunlar yıllardır aynı şeylerin tekrarından ibarettir. Sürekli aynı sorunlar yaşanmış ve aynı şekilde sürekli aynı hareketsizlik devam etmiştir. Yaşanan sorunlar ciddi boyutlara ulaştığında ise sorunun doğru teşhis edilmeden çözümler üretildiğini görüyoruz. Bu nedenle üretilen çözümler kısa sürede tedavi eder nitelikte olduğu için ilk başlarda görünüşte doğru çözümler gibi algılanmış, uzun vadede daha iyi çözümler üretilmemiştir.

Bundan çıkarılacak sonuç makro çapta alınacak her bir karar önceden belirlenmiş bir politikanın eseri olmalıdır. Eğitim politikasının iyi belirlenmesi ile atılacak adımlar politika doğrultusunda çizilen planlara göre yapılacaktır.

---

<sup>125</sup> Öztoprak Sağır, s.160 (Kitabın ek kısmındaki Pekcanitez, Hakan, *Hukukta Probleme Dayalı Öğrenim ve Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Örneği*, makalesinden alıntı yapılmıştır.)

<sup>126</sup> Öztoprak Sağır, s.165-166 (Pekcanitez, ek kısımdaki a.g.m.)

<sup>127</sup> Öztoprak Sağır, s.167 (Pekcanitez, ek kısımdaki a.g.m.)

<sup>128</sup> Öztoprak Sağır, s.167 (Pekcanitez, ek kısımdaki a.g.m.)

Bu sayede sorunlar zamanında büyümeden çözülebilecek ve muhtemel gelişmeler doğrultusunda meydana gelebilecek değişimlere karşı da önlem alınarak çağın gereklerine ayak uydurulabilecektir.

Buna göre bu makalede ve bu konuda yazılmış diğer yazılarda çözüm önerisi olarak sunulan görüşler cimbrizla seçilerek uygulanmamalıdır. Çünkü bu çözüm önerilerinin hepsi bir planın içerisinde hedefleri gerçekleştirebilir. Yoksa tek başına uygulanan çözüm önerisi, yukarıda da ifade edildiği üzere büyük onarımlar yapması umulan kısa vadeli düşüncelerin sonucunda alınan kararların uygulanmasından öteye geçemez.

Bu girişi yaptıktan sonra hukuk eğitiminin beklenen seviyede olmamasının önemli sebeplerinden biri uzun yıllar süren politikasızlığın sonucu maddi kaynakların yetersiz olması ve az harcanması gereken kalemlere fazla kaynak ayrılmasıdır. Maalesef kaynakların yetersiz olması nedeniyle yapılan küçük değişikliklerle sorunların çözülmesi beklenmek zorunda kalınmaktadır. Bu nedenle maddi kaynakların yeterli ve doğru belirlenmesi ile işe başlamak gerekir. Mesela öğretim üyelerinin ücretlerinin az olması herkes tarafından dile getirilen bir sorundur. Ücretlerin az olması nitelikli hukukçuların farklı meslekler yapmasına neden olmaktadır. Ücretlerin az olması öğretim üyelerinin motivasyonlarının ve çalışma güçlerinin azalmasına neden olmaktadır.

Daha sonra gelecek planlaması yapılarak ülkenin ileride ihtiyaç duyacağı hukukçu sayısının tespiti yapılmalı hatta bu hukukçuların niteliklerine göre sayılarının tespiti de yapılmalı ve buna göre fakülteler açılmalı, öğretim üyesi yetiştirilmeli ve fakülte kontenjanları belirlenmelidir. İhtiyaç duyulan sayıya ve niteliklere göre hukukçu yetiştirilmemesi, hukukçuların gelecekte başarısız olmasına ve toplumda itibar kaybının nedenlerinden biri olacaktır.

İhtiyaç duyulan sayı tespit edilmediği için sırf bölgesel politik hedeflerle dahi fakültelerin açılmasına rastlanmaktadır. Politik hedeflerin farklı olması ise yetersiz akademik kadronun olması sorununu görmezden getirmeye yetip artmaktadır. Bunun için yeterli akademik kadro sağlanmadan fakülte açılmasına izin verilmemelidir. Öte yandan diğer maddi koşulların da sağlanarak fakültelerin açılması doğru olacaktır.

Daha sonraki en önemli sorun hukuk öğrencilerinin hukuk eğitimi için yetersiz olmasıdır. Bu yetersizlik öğrencilerin bilgiye aç olmaması ile daha da içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Öğrencilerin araştıran, sorgulayan, tartışan ve bilgiyi mantık süzgecinden geçirerek alan kişiler olması gerekmektedir. Bunların birini yaratan temel özellik diğerlerini de oluşturduğundan öğrencilerin lise çağından itibaren bilimin kutsallığına inanmış veya en azından çağın en önemli gücünün bilim olduğunu idrak ederek yetiştirilmiş olması gerekir. Bunun yanında öğrencinin aile eğitiminin en belirleyici olduğunu unutmamak gerekir.

Bilginin sürekli değişmesi nedeniyle yirmili yaşlarda öğrenilen bilgiler yaşlanmadan önce birkaç kez değişmektedir. Bu nedenle bilgiye ulaşma usulleri önem kazanmaktadır. Bu usullerin öğrenilmesi için öğrencilerin araştırma yapmasını öğrenmeleri ve hukuki yazım tekniklerini geliştirmeleri için temel hukuk derslerinden her birinden isteğine göre seçecekleri bir konuda yazı kaleme almaları istenebilir. Ancak yeterli sayıda akademik personelin olmaması ve öğrenci sayısının çokluğu karşısında öğrenciler tarafından kaleme alınan yazıların değerlendirilebilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle sadece mezun olduktan sonra kariyerini sürdürecekleri alanda çalışma yapmaları veya her yılın sonunda gördüğü derslerin tümünü içine alan bir farazi olayın çözümünü kendilerinden beklenebilir. reç olmaması ile daha da içinde Böylece tüm kağıtların değerlendirilmesi daha olanaklı hale gelecektir.

### KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin, Hukuk Eğitimi Üzerine Düşünceler, *Selçuk Üniversitesi HFD*, Cilt: 9, Sayı:1-2, Yıl: 200, s.9-48
- Aktan, Coşkun Can, Sorbon’dan Bologna’ya, Berlin’den Bergen’e: Avrupa’da Yükseköğretim Sistemlerinin Harmonizasyonu ve Yeniden Yapılandırılmasına Yönelik Reform Çalışmaları, *Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, Cilt:2, Sayı:1, Yıl:2010, s.1-59
- Ansay, Tuğrul, Hukuk Eğitiminde Reform, *Ankara Üniversitesi HFD*, Cilt: 26, Sayı: 1, 1969, s.261-321
- Aslan, Ramazan, Taşpınar, Sema ,AB Sürecinde Türkiye’de ve Avrupa’da Hukuk ve Hukukçunun Yetiştirilmesi ve Türkiye’nin Bu Gelişmelerden Etkilenmesi, *Ankara Üniversitesi HFD*, Cilt: 53, Sayı:1, Yıl: 2004, s. 1-25
- Atay, Cevdet, Hukuk Öğretimi ve Hukukçu Eğitime Bakış Sorunlar ve Çözüm Önerileri, [www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/cevdetatay.doc](http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/cevdetatay.doc), Erişim Tarihi: 14.05.2018
- Aydın, Oğuz Gökhan, “Gelenekten Geleceğe” Türkiye’de Hukuk Eğitimi, *TAAD*, Sayı: 21, Yıl: 6, Nisan-2015, s.621-657
- Chodos, Hiram, (Çeviren: Birol Akgün), Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar ve Stratejiler, *Selçuk Üniversitesi HFD*, Cilt:9, Sayı:1-2, Yıl: 2001, s.327-336
- Çiftçi, Hasan, Demirbağ, Fahrettin, Türkiye’de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi, *TBB Dergisi*, 91. Sayı-2010, s.257-290
- Çelikel, Aysel, Hukuk Eğitimi ve Öğretimi Konusunda Düşünceler, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Ankara, 1996, s.903 vd.
- Güran, Sait, ABD’de Hukuk Öğretimi ve Eğitimi, İstanbul Üniversitesi *HFD*, Cilt:50, Sayı:1-4, Yıl:1984, s.179-196

- Hacıoğlu, Caner, Adalet Reformu İçerisinde Hukukçuların Yetiştirilmesinde Klinik Eğitim Zorunluluğu ve Klinik Eğitim Anlayışı, *Atatürk Üniversitesi HFD*, Cilt:5, Sayı:1-4, Yıl:2001, s.91-94
- Türkiye Barolar Birliği, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi: Uluslararası Toplantı*, 1. Baskı, Ankara-2003
- Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, *Hukuk Öğretiminde Yeni Yaklaşımlar: Hukuk Klinikleri 13-14 Haziran 2013 Eskişehir*, 1. Baskı, Eskişehir-2013
- Karayalçın, Yaşar, *Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metot-Problem Çözme*, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2001
- Gözler, Kemal, “Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 6, Sayı 69, Eylül 2008, s.3021-3030
- Oğuz, Arzu, Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü, *Ankara Üniversitesi HFD*, Cilt:52, Sayı:4, Yıl:2003, s.1-40
- Özay, İl Han, *Gnişliğinde Yönetim II Yargısal Korunma*, 2. Baskı, İstanbul-2010
- Öztoprak Sağır, Meral, *Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi-Araştırma Raporu*, 1. Baskı, Ankara-2010
- Öztürk, Hakan, Hukukçuların Eğitimi, *TAAD*, Nisan-2010 sayı 1, s.167-194
- Sert Çelik, Çiğdem, Almanya’da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik, *TBB Dergisi*, Sayı: 54, Yıl: 2004, s.339-346
- Türközer, Bahir Güneş, Hukuk Adamı, *Adalet Dergisi*, 27. Sayı, 2007, s.1-5
- YK, *Yükseköğretimde Yeniden Yapılanma: 66 Soruda Bologna Süreci ve Uygulamaları*, 1. Baskı, Ankara-2010





## YARGISAL KARARLAR IŞIĞINDA CEZA YARGILAMASINDA GEREKÇE HAKKI

*The Right to Justification in Criminal Proceedings in the Light of the Case Laws*

**Mehmet YÜKSEK\***

Geliş Tarihi: 14.10.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

Gerekçe hakkı, Anayasamızın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının, silahların eşitliği ve müdafî yardımından yararlanma hakkı ile birlikte en önemli alt bileşenlerindedir. Anayasamızın 141. maddesinde, bütün mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olarak yazılacağı, hükmüne yer verilerek bu husus bir kez daha vurgulanmıştır. Gerekçe, hakim açısından verilen kararın doğruluğunu ortaya koyabilmek için kullanılacak en iyi argümandır. Demokratik toplumlarda hakimlerin halk adına karar verdiği göz önüne alındığında halkın kendi adına verilen kararı denetleyebilmesinin belki de tek yoludur. Bu makalede gerekçenin önemi ile yüksek mahkeme kararları ışığında gerekçenin hangi unsurları içermesi gerektiği açıklanıp, temel hak ve özgürlükler arasında en önlere yer alan özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale oluşturan tutuklulukta gerekçe hususu ayrı bir başlık altında incelenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Gerekçe, gerekçe hakkı, adil yargılanma hakkı, tutuklama, tutuklama gerekçesi.

### ABSTRACT

The right to justification is one of the most important sub-components which are organised in the article 36 of the Turkish Constitution along with the right to a fair trial, equality of arms and the right to benefit legal aid. This term is stressed once again in the article 141 of the Turkish Constitution offering that the decisions of all courts shall be made in writing with a statement of justification. Justification is the best argument to exhibit the correctness of the given verdict for the judges. Bearing in mind that the judges in democratic societies make decisions on behalf of the public, it may be the only way for the public to check the verdicts given for themselves. In this article the importance of justification and the elements a justification must have in the light of the supreme court verdicts will be explained and it will be tried to study under another title that the justification in cases of imprisonment which infreres with the right to freedom and security being at the top of the fundamental rights and freedoms.

**Keywords:** Justification, right to justification, right to a fair trial, imprisonment, justification for imprisonment.

---

\* Adana Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesi Başkanı, e-posta: mehmet.yuksekk@adalet.gov.tr, ORCID ID:0000-0002-1165-1082.

## GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (Anayasa) "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"

Anayasanın "*Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması*" kenar başlıklı 141. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir: "*Bütün mahkemelerin HER TÜRLÜ kararları gerekçeli olarak yazılır.*"

İnsan Hakları Avrupa sözleşmesinin (İHAS) "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir: "*Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir*"

Adil yargılanma hakkı, yargılama sürecinin tüm aşamalarını kapsayan ve taraflara bu süreçlerde, çelişmeli yargılama hakkı, silahların eşitliği hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, müdafî yardımından yararlanma hakkı, tercüman yardımından yararlanma hakkı ve masumiyet karinesi yanında gerekçeli karar hakkını da kapsayan temel haklardandır.

Adil yargılanma hakkı, taraflara sağladığı usulü güvenceler ile yargılama sürecinin aşamalarda adil bir şekilde yürütülmesini ve bu aşamaların denetlenebilmesini sağlamaktadır.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu, adil yargılanma hakkının düzenlendiği Anayasamızın 36. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, hem Anayasa Mahkemesi hem de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) gerekçe hakkını, adil yargılanma hakkının bir gerekliliği olarak kabul etmektedirler<sup>1</sup>.

Yargıtay gerekçeyi; hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve maddi olaya uygun açıklaması olarak tanımlamaktadır<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesinin 27.12.2017 tarihli İbrahim Özden ve Mehmet Özden kararı, başvuru no: 2014/10764 ve 09.05.2019 tarihli M.E kararı, başvuru no:2018/696 [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 18.06.2018 tarihli Hülya Ebru Demirel- Türkiye kararı, başvuru no:30733/08, ve 21.07.2015 tarihli Deryan- Türkiye kararı başvuru no:41721/04 [hudoc.echr.coe.int/tu](http://hudoc.echr.coe.int/tu)

<sup>2</sup> Gerekçe; hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve maddi olaya uygun açıklamasıdır. Gerekçenin dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde; geçerli, yasal ve yeterli olması gerekir. Yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmadan karar verilmesi yasa koyucunun amacına uygun düşmez ve uygulamada keyfiliğe yol açar. Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 14.03.2018 tarih 2016/5467 esas 2018/3654 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

Gereke hakkı sanığın savunma hakkı kapsamında bir gerekliliktir. Çünkü gereke olmadan bu karara karşı kanun yollarına etkili şekilde başvurmak mümkün değildir.

Gereke hakkı, taraflar için bir hak olmakla birlikte hakim için bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bu hak sadece davayı sonuçlandıran kararlar için değil, aynı zamanda ara kararlar için de geçerlidir. Tutuklama kararı gibi özgürlük ve güvenlik hakkını ortadan kaldıran, müdafinin dosyayı incelemesinin kısıtlanması gibi savunma hakkını kısıtlayan kararlarda gereke hakkı daha da önemli hale gelmektedir.

Bozma kararı ile ilk hüküm tamamen ortadan kalktığından yeni hüküm kurulduğunda tüm unsurları içeren gereke yazılmalıdır. Önceki gerekeye atf yapılması halinde istinaf ve temyiz incelemesi sonunda karar gerekesizlikten bozulmaktadır<sup>3</sup>. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının denetim süresinde suç işlenmesi ya da denetim kararına uyulmaması sebebiyle hükmün açıklanması halinde de tüm unsurları ile yeniden gereke yazılması gerekmektedir aksine uygulamalar gerekesizlikten bozma sebebi olarak kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

Yargılama aşamasında taraflarca ileri sürülen taleplerin incelenmesi sonunda verilen kararların, dosya içerisine uygun somut gereke içermesi ve adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelere aykırı olmaması gerekir.

Sanık tarafından dinlenilmesi istenen bir tanığın dinlenmesine gerek olup olmadığını değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yapan mahkemeye aittir. Mahkeme yaptığı değerlendirme sonunda maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sağlamayacağını düşündüğü tanığın dinlenmesi talebini reddedebilir. Ancak bu husus değerlendirilirken, sanığa adil yargılanma hakkının sağladığı silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakları ihlal edilmemeli ve dinlenilmesi istenen tanığın neden dinlenmediği hususunda dosya içeriğine uygun, ilgili ve yeterli gereke gösterilmelidir<sup>5</sup>.

Tüm temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmesinden de öncelikle olağan yargılama yapan yargı organları sorumludur. Adil yargılanma hakkının alt bileşeni olduğunu belirttiğimiz gereke hakkı ihlali iddialarının da öncelikle iç hukukta olağan

---

<sup>3</sup> Bozma üzerine mahkemece duruşma açılarak yeni mahkumiyet hükmü kurulurken temyiz edilen önceki kararın geçerliliğini yitirmiş olması nedeniyle ve Anayasa'nın 141, 5271 sayılı CMK'nun 34/1, 230.maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde açık ve gerekçeli olması gerekir...Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 26.02.2018 tarih 2018/461 esas 2018/2701 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>4</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.05.2015 tarih 2014/8-145 esas 2015/145 karar sayılı ilamı [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesinin 18.06.2014 tarihli Sencer Başat ve diğerleri kararı, başvuru no: 2013/7800, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

kanun yolları ile giderilmesi gerekir. Verilen bir kararın gerekçe hakkını ihlal ettiği düşünülüyorsa bu hususun öncelikle itiraz, istinaf ve temyiz aşamalarında ileri sürülmesi, bu aşamalardan sonuç alınamaması halinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidilmesi gerekir. Bu bireysel başvurunun ikincil yargı yolu olması niteliğinin de bir gereğidir.

## A. GEREKÇENİN ÖNEMİ

Yapılan yargılama sonunda verilen kararın dosya içeriğine uygun olarak verildiğinin ortaya konabilmesinin en iyi yolu gerekçeli karardır. Hâkim, yargılama aşamasında verdiği ara kararları ve yargılama sonunda ulaştığı nihai kararın dayanaklarını gerekçe ile ortaya koyabilmektedir. hakim

Tarafların, iddia ve savunmalarının dikkate alınıp alınmadığını, ileri sürdükleri hususlardan kabul edilmeyenlerin kabul edilmeme gerekçelerini öğrenmeleri gerekçeli karar ile mümkün olmaktadır.

Gerekçeli karar, verilen karara karşı tarafların yasa yollarını kullanabilmeleri için çok büyük önem taşımaktadır. Tarafların kararın hangi gerekçeler ile verildiğini bilmeden yasal yollara etkili şekilde başvurmaları beklenemez.

Anayasamızın 9. maddesindeki “*Yargı yetkisi. Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*” hükmü gereğince milletin kendi adına verilen kararları öğrenip denetleyebilmesi de ancak gerekçeli karar ile mümkündür.

Yargı kararlarında kabul edilmesi mümkün olmayan keyfiligi önlemenin en önemli araçlardan birisi de gerekçe yazma yükümlülüğüdür. Mahkemelerin yürürlükteki hukuku açıkça hatalı ya da keyfi amaçlara ulaşmak için uygulamaları keyfiliktir<sup>6</sup>. Yasal ve yeterli gerekçeye dayanılmadan verilen kararlar keyfilige yol açar<sup>7</sup>.

Yerel mahkemece verilen bir kararın denetlenebilmesi de ancak gerekçeli karar ile mümkündür. Bu sebeple bazen sonucu itibarıyla doğru olduğu tespit edilen kararlar yeterli gerekçeyi içermediklerinden ya da mevcut deliller ile uyumsuz gerekçe yazıldığından bozulmakta bazen de gerekçesi eleştirilerek onanmaktadır<sup>8</sup>.

Anayasa Mahkemesi gerekçenin önemini şu şekilde açıklamaktadır; “*kararların gerekçeli olması, davanın taraflarının mahkeme kararlarının dayanağını öğrenerek mahkemelere ve genel olarak yargıya güven duymalarını sağladığı gibi tarafların kanun yoluna etkili başvuru yapmalarını mümkün hale getiren en önemli faktörlerdendir. Gerekçesi bilinmeyen bir karara karşı*

---

<sup>6</sup> İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 09.11.2013 tarihli Andelkoviç-Sırbistan kararı, başvuru no:1401/08, hudoc.echr.coe.int/tu

<sup>7</sup> Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 14.03.2018 tarih 2016/5467 esas 2018/3654 karar sayılı ilamı, www.yargitay.gov.tr

<sup>8</sup> Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 27.02.2018 tarih 2018/260 esas 2018/537 karar sayılı kararı.

*gidilecek kanun yolunun etkin kullanılmasının mümkün olmayacağı gibi kanun yolunda yapılacak incelemenin de etkin olması beklenemez”.*

Temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda asıl görevin olağan yargılama yapan mahkemelere ait olduğunu belirtmiştik. Mahkemeler yargılama aşamasında adil yargılanma hakkının gereklerine uyup bunu gerekçeleri ile de ortaya koyduklarında, bunun doğal sonucu olarak Anayasa Mahkemesi ve İHAM’a başvurular azalacaktır.

## **B. GEREKÇE HANGİ UNSURLARI İÇERMELİDİR**

*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 230. maddesi şöyledir:*

*“(1) Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:*

- a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler.*
  - b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.*
  - c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci Maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı Maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.*
  - d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adlî para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.*
- (2) Beraat hükmünün gerekçesinde, 223 üncü Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıının gösterilmesi gerekir.*
- (3) Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, 223 üncü Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıının gösterilmesi gerekir.*
- (4) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümlerin dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi hâlinde bunun nedenleri gerekçede gösterilir.”*

*Yukarıdaki düzenleme incelendiğinde kanun koyucunun makul bir gerekçede hangi hususların yer alması gerektiğini ayrıntılı şekilde düzenlediği görülmektedir.*

---

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesinin 20.03.2014 tarihli Vesim Parlak kararı, başvuru no: 2012/1034, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

Anayasa Mahkemesi makul gerekçeyi şu şekilde açıklamaktadır. *“Davaya konu olay ve olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak, olay ve olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı gösterecek nitelikte olmalıdır. Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı ve ya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri için ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur<sup>10</sup>.”*

Yargıtay birçok kararında gerekçenin önemine vurgu yapmakta ve gerekçede hangi hususların bulunması gerektiğini şu şekilde açıklamaktadır. *“kararın dayandığı tüm olguların, bu olgular değerlendirilerek mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddia, savunma ile mağdur ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin, hangi beyanın ne gerekçe ile diğerine üstün tutulduğunun açık olarak hükmün gerekçesinde gösterilmesi ve mahkemece ulaşılan vicdani kanı sonucunda sanığın hangi fiillerinin suç olarak kabul edildiği açıklandıktan sonra kabul edilen bu fiillerin hukuki değerlendirilmesinin yapılması, cezada artırım ve indirim gerektiren nedenlerin kanuni bağlamda tartışılması gerekirken, açıklanan bu hususlara uyulmayarak gerekçesiz hüküm kurulması...<sup>11</sup>”*

Gerekçe hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamındaki önemine rağmen hakime, taraflarca ileri sürülen her iddiaya cevap verilmesi yönünde bir yükümlülük yüklememektedir. Gerekçe yazma yükümlülüğünün kapsamı verilen kararın niteliğine göre değişmektedir. Tarafların her türlü iddia ve savunmalarının gerekçede karşılanması beklenmemektedir. Ancak tarafların ileri sürdüğü ve davaya konu kararın verilmesine esas alınan tüm delil ve vakialara kararda yer verilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde taraflarca ileri sürülen ve davanın sonucunu etkileyecek nitelikteki iddiaların da gerekçede karşılanması gerekir<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesinin 13.06.2013 tarihli İbrahim Ataş kararı, başvuru no: 2013/1235, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>11</sup> Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 15.03.2018 tarih 2016/8878 esas 2018/2871 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>12</sup> 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. Aksi bir tutumla mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında ilgili ve yeterli bir yanıt vermemesi hak ihaline neden olabilecektir Anayasa Mahkemesinin 13.02.2020 tarihli Mehmet Okyar kararı, başvuru no: 2017/38342, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

Anayasa Mahkemesi Mümtaz Bekci başvurusuna ilişkin kararında bu hususu şu şekilde açıklamıştır. *“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 olması halinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir<sup>13</sup>.”*

Mahkemeler gerekçeli kararlarında, kararın verilmesine esas teşkil eden hususları delilleri ile ilişkilendirerek ortaya koymak zorundadırlar. Bu husus yargılama sürecinde kabul edilmesi mümkün olmayan keyfiligi önlemenin en önemli yoludur. Mahkemelerin taraflarca ileri sürülen her iddiaya cevap vermek zorunda olmadıkları yönündeki takdir hakları, kararın verilmesine esas teşkil eden hususları yeterli açıklıkta ortaya koyma yükümlülüğünü ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamaz<sup>14</sup>.

Örneğin, bir maktulü öldürmekten dava açılan 4 sanık hakkında yapılan yargılama sonunda, sanıklardan birine kasten öldürme suçundan mahkumiyet hükmü kurulup diğerlerinin beraatine karar verilen ilk derece mahkemesi kararı, tüm sanıklar yönünden deliller aynı olmasına rağmen hangi delile neden üstünlük tanındığı belirtilip mahkumiyet ve beraat gerekçeleri açıklanmadığından gerekçesizlikten bozulmuştur<sup>15</sup>.

İstinaf ve temyiz incelemesinde gerekçe yazma yükümlülüğü, ilk derece mahkemesindeki gerekçe yazma yükümlülüğünden farklılıklar göstermektedir. İstinaf ve temyiz incelemeleri sonunda verilen onama kararlarında, ilk derece mahkemesince gösterilen gerekçenin kabul edildiği dolayısıyla basit bir atıfla bunun onama kararına yansıtılması kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterli görülmektedir<sup>16</sup>.

Bu husus ilk derece mahkemesinin ilgili ve yeterli gerekçe gösterme yükümlülüğüne uyduğu durumlar için geçerlidir. İlk derece mahkemesi yargılaması sırasında dava için esaslı olan hususlar taraflarca ileri sürülmesine rağmen mahkemenin gerekçesinde bu hususları tartışmadığı durumlarda istinaf ve temyiz incelemesinde onama kararı verilmesi halinde dahi bu iddialar karşılanmalıdır<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Anayasa Mahkemesinin 08.11.2017 tarihli Mümtaz Bekci kararı, başvuru no: 2014/16269, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesinin 18.06.2014 tarihli Sencer Başat ve diğerleri kararı, başvuru no: 2013/7800, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>15</sup> Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 05.10.2017 tarih 2017/1086 esas 2018/1480 karar sayılı kararı.

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesinin 04.12.2013 tarihli Yasemin Ekşi kararı, başvuru no: 2013/5486, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>17</sup> Kanun yolu mahkemelerince verilen karar gerekçelerinin ayrıntılı olmaması, ilk derece



Yargıtay kararları incelendiğinde, bu hususa dikkat edildiği özellikle önemli suçlara ilişkin davaların Temyiz incelemesi sonunda verilen kararlarda tarafların ileri sürdüğü iddialara onama kararlarında yer verdiği görülmektedir.

Örneğin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 29.05.2017 tarih 2016/5297 esas 2017/1976 karar sayılı ilamında “... sanık müdafinin kasten öldürmeye teşebbüs suçu ile ilgili olarak suçun niteliğine, haksız tahrik hükümlerinin tartışılmamasına, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasının hatalı olduğuna, yağmaya teşebbüs suçu ile ilgili olarak elde edilen delilin hukuka aykırı delil olduğuna, suçun unsurlarının oluşmadığına ilişkin ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle..” ibareleri yazarak onama kararı vermiştir<sup>18</sup>.

CMK 302. maddesinin 2. fıkrasındaki “...bozma sebepleri ilamda ayrı ayrı gösterilir” hükmü gereğince temyiz incelemesi sonunda bozma kararı verilmesi halinde bunun gerekçelendirilmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Zaten bozma sonrasında tarafların kendi görüşlerini ortaya koyabilmeleri bozma gerekçesini bilmeleri ile mümkündür.

CMK 230. maddesinin 1. fıkrasının b bendi gereğince dosyada hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil var ise bu delil hükme esas alınamayacağı gibi gerekçeli kararda bu delilin ne olduğu ve neden hukuka aykırı kabul edildiği yazılmalıdır. Uygulamada en çok CMK 116 ve devamı maddelerinde düzenlenen arama ve el koyma ile CMK 135 ve devamı maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerde hukuka aykırı delil iddiası ile karşılaşıldığı görülmektedir<sup>19</sup>.

Uyuşturucu ticareti suçundan yapılan yargılama sırasında sanık tarafından ele geçen uyuşturucu madde ambalajı üzerinde parmak izi incelemesi yapılmasına ilişkin talep ilk derece mahkemesince dosya kapsamındaki delillere göre bu hususun dosyaya yenilik katmayacağı gerekçesi ile reddedilmiş ve başka delillere dayanılarak verilen mahkumiyet kararının Yargıtay tarafından onanmasından sonra parmak izi incelemesi talebinin gerekçesiz reddedildiği iddiası ile yapılan bireysel başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, ilk derece

---

mahkemesi kararlarında yer verilen gerekçelerin onama kararlarında kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlanmakla beraber başvurucuların dile getirmesine rağmen ilk derece mahkemesinin de tartışmadığı esaslı hususlara ilişkin temyiz başvurularıyla başvurucuların usuli haklarının ihlal edildiğine yönelik somut şikâyetlerinin temyiz incelemesinde tartışılmaması veya yargı mercileri tarafından resen dikkate alınması gereken hükümlerin gerekçesi açıklanmaksızın uygulanmaması gerekçeli karar hakkının ihlali olarak görülebilir Anayasa Mahkemesinin 04.11.2014 tarihli Mustafa Kahraman kararı, başvuru no: 2014/2388, www.anayasa.gov.tr

<sup>18</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 29.05.2017 tarih 2016/5297 esas 2017/1976 karar sayılı ilamı, www.yargitay.gov.tr

<sup>19</sup> Yargıtay 21. Ceza Dairesinin 13.06.2016 tarih 2015/4285 esas 2016/5169 karar sayılı ilamı, www.yargitay.gov.tr

mahkemesinin mahkumiyet hükmünde dayandığı gerekçeler ve parmak izi araştırılması yapılmasına yer olmadığına ilişkin ara kararında gösterdiği gerekçe birlikte değerlendirildiğinde parmak izi incelemesi yapılmamasına ilişkin ara kararının gerekçesiz olduğunun söylenemeyeceğine karar vermiştir<sup>20</sup>.

En çok tereddüt yaşanan alanlardan biri de tesadüfen elde edilen delilin kullanılıp, kullanılamayacağı hususunda yaşanmaktadır. CMK 138/2 maddesindeki düzenleme ve Yargıtay içtihatları göz önüne alındığında tesadüfen elde edilen delil ancak CMK 135. maddesinin 6. fıkrasında sayılan katalog suçlara ilişkin ise kullanılabilir<sup>21</sup>.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, makul bir gerekçede aşağıdaki hususlara yer verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

### 1. İddia

CMK 170 ve devamı maddeleri gereğince, Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılan hazırlık soruşturması sonucunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek kamu davası açılır.

CMK 230. maddesinin 1. fıkrasının a bendi gereğince gerekçeli kararda öncelikle

yargılamanın yapılmasına esas alınan iddianame veya görevsizlik kararının özet olarak yer alması gerekir.

CMK 225. maddesinin 1. fıkrasındaki “*Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fil ve fail hakkında verilir.*” Düzenlemesi gereğince, ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden kabul edilen “*davasız yargılama olmaz*” ilkesinin gereğinin yerine getirilip getirilmediği bu sayede kolayca tespit edilebilir. Uygulamada genellikle iddianamenin olduğu gibi gerekçeli kararın iddia bölümüne aktarıldığı görülmektedir.

### 2. Savunma

CMK 230. maddesinin 1. fıkrasının a bendi gereğince gerekçeli kararda iddia bölümünden sonra savunmaya ilişkin bölüm yer almalıdır. Sanık, hakkında yüklenen suç işlediği yönünde delilleri de içeren iddianameye

---

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesinin 08.02.2018 tarihli İslam Yakut kararı, başvuru no: 2014/16925, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>21</sup> Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek şekildeki “tesadüfen elde edilen deliller” CMK’nın 135/8. maddesinde düzenlenen katalog kapsamındaki suçlara ilişkin ise, soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılabilir. Buna karşın CMK’nın 138/2. maddesinin açıklığı karşısında katalog kapsamında yer almayan suçlara ilişkin kayıtların delil olarak kullanılması mümkün değildir.(Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 18.05.2017 tarih 2014/35334 esas 2017/5788 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) )

karşı beyanlarını savunmasında ileri sürme imkanı bulmaktadır. Sanık aşamalardaki savunmalarında, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama hakkı, müdafî yardımından yararlanma hakkı gibi adil yargılanma hakkının sağladığı imkanları kullanarak iddianamedeki iddialara cevap vermekte ve yüklenen suçtu işleyip işlemediği, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı, elde edilen delillerin hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediği gibi hususlarda görüşlerini ileri sürmektedir.

Gerekçeli kararda sanığın savunmasında ileri sürdüğü esaslı tüm unsurlar yer almalıdır. Bu husus özellikle sanığın savunmasında ileri sürdüğü esaslı hususların gerekçede karşılanıp karşılanmadığının denetlenmesi bakımından önemlidir. Sanık savunmasında bazı delillere yönelik hukuka aykırı yöntemle elde edildiği yönünde iddialar da bulunmuş ise bu iddialara gerekçeli kararın savunma bölümünde yer verilmelidir. Uygulamada sanığın mahkeme aşamasındaki savunmalarının kopyalanıp gerekçeli kararın savunma bölümüne aktardığı görülmektedir. Sanığın mahkemede esas savunması sonrasında ileri sürdüğü ve davanın sonucunu etkileme ihtimali bulunan hususlar ile hukuka aykırı yöntemle delil elde edildiğine ilişkin beyanlar mevcut ise savunma bölümüne mutlaka aktarılmalıdır.

### **3. Deliller**

Gerekçeli kararda, iddia ve savunmadan sonra yargılama sürecinde toplanan delillere yer verilmelidir. Müşteki ve tanık beyanları ile atılı suçun niteliğine göre dosyada bulunması gereken olay yeri inceleme tutanağı, ekspertiz raporu, doktor raporu ve otopsi raporu gibi hükme esas alınan delillere en azından özet olarak yer verilmelidir.

### **4. Kabul**

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, iddianame, savunma ve toplanan deliller değerlendirilerek somut olayın gelişimine ilişkin ulaşılan sonucun kabul bölümünde yazılması gerekir.

Bu bölümde mahkemece somut olayın ne şekilde geliştiği alınan beyanlar, olay tutanakları, kamera kayıtları ve dosyada mevcut raporlar gibi delillere dayanılarak ortaya konduktan sonra taraflarca ileri sürülen ve bu kabule aykırı olan beyan ve diğer delillere neden itibar edilmediği açıklanmalıdır.

Örneğin sanık atılı suçtu işlemediğini ve olay saatinde olay yeri dışında başka bir yerde olduğunu iddia etmiş ve buna ilişkin tanık beyanı ileri sürmüş olabilir, bu durumda gerekçede sanık ve tanık beyanına neden itibar edilmediği ve sanığın olay yerinde olmadığına ilişkin savunmasına itibar edilmemesinin gerekçesi delilleri ile ortaya konmalıdır.

İlgili ve yeterli somut delile dayanarak sanığın atılı suçtu işlediği açıklandıktan sonra, sanık savunmasının hayatın olağan akışına aykırı bulunması sebebiyle kabul edilmediği yönündeki ilk derece mahkemesi gerekçesine ilişkin yapılan

bireysel başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin suçun işlendiğini somut gerekçelerle ortaya koyduktan sonra bu gerekçeleri desteklemek için sanığın savunmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu yönündeki açıklamasının makul olduğunu ve gerekçe hakkını ihlal etmediğini belirtmiştir<sup>22</sup>.

Bazı mahkeme kararlarında, iddia ve savunma ile müşteki beyanı yazıldıktan sonra somut olayın gelişimine ilişkin mahkeme kabulü yazılmadan, doğrudan sanığın sübut bulan suçtan cezalandırılmasına yazılarak gerekçe oluşturulduğu görülmektedir. Bu tür kararlarda somut olayın ne şekilde geliştiğine ilişkin mahkemenin kabulü bulunmadığından gerekçesizlikten bozma karar verilmektedir.

Bu hususu Yargıtay şöyle açıklamaktadır; *“gerekçe bölümünde mevcut delillerin tartışılması, değerlendirilmesi, reddedilen veya kanıtlama yönünden üstün tutulan delillerin neler olduğu ve nedenlerinin gösterilmesi, delillerle sonuç arasında bağ kurulması, bir başka deyişle eldeki delillerle neden bu sonuca varıldığına anlatılması gerektiği, tüm bunların ışığında ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu kabul edilen eylemi, bunun yasal unsurları ve nitelendirmesi, uygulanacak Kanun maddesi ve CMK’nın 230. maddesinde belirtilen diğer unsurların bulunması gerektiği gözetilmeden gerekçesiz yazılı şekilde karar verilmesi...”*<sup>23</sup>.

Yetersiz gerekçe ile oluşturulan kararlara karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapıldığında başvuru tarafından gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği ileri sürülmemiş olabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi dosya kapsamındaki delilleri irdeleyerek kendisi somut olayın gelişimine ilişkin bir kabul yapmakta ve bu kabule göre temel hak ve özgürlüğe ilişkin bir ihlal olup olmadığını irdelemektedir.

Halbuki yerel mahkemece keyfilik veya ciddi bir ihmali içermeyen dosya içeriğindeki deliller ile uyumlu ilgili ve yeterli gerekçe yazıldığında Anayasa Mahkemesi yerel mahkemenin kabulünü esas alarak temel hak ve özgürlüğe ilişkin bir ihlal olup olmadığını irdelemektedir<sup>24</sup>.

İHAM da birçok kararında ulusal mahkemelerin kendilerine sunulan delilleri incelemek ve değerlendirmek konusunda daha avantajlı durumda olduğunu, ulusal mahkemenin değerlendirmesinin yerine kendi değerlendirmesini koyma yetkisine sahip olmadığını dile getirmektedir<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesinin 22.11.2017 tarihli Fatma Yavuz kararı, başvuru no: 2014/11879, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>23</sup> Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 22.03.2018 tarih 2015/29333 esas 2018/3679 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>24</sup> Anayasa Mahkemesinin 18.06.2014 tarihli Sencer Başat ve diğerleri kararı, başvuru no: 2013/7800, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>25</sup> İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 31.05.2016 tarihli Ayşe Yüksel ve diğerleri – Türkiye

İHAM, Gözel ve Özer – Türkiye kararında, ilk derece mahkemesinin dosya içeriği ile uyumlu “ilgili ve yeterli” gerekçe yazması halinde ikincil inceleme yetkisi bulunan İHAM’ın kendi görüşünü, ulusal mahkemelerin görüşüyle değiştirmesi için ciddi gerekçelere dayanmak zorunda olduğunu bildirmiştir<sup>26</sup>.

Beraat kararlarında dahi somut olayın gelişimine ilişkin kabul gerekçeye yazılmalıdır. Birçok mahkeme kararında, sanığın atılı suçu işlediği yönünde yeterli delil elde edilemediğinden CMK 223/2-e maddesi gereğince delil yetersizliğinden beraat verildiği görülmektedir. Bu şekilde verilen beraat kararlarında dahi somut olayın ne şekilde geliştiği belirlendikten sonra sanığın hangi gerekçe ile beraatine karar verildiği açıklanmalıdır.

Bazen sanığın eyleminin suç oluşturmaması sebebiyle beraat kararı verilmektedir. Bu durumda somut olayın gelişiminin mahkemece ne şekilde kabul edildiği daha önemli hale gelmektedir. Somut olayın gelişimi dosyadaki delillerle ilişkilendirilerek ortaya konmadan eylemin suç oluşturmadığının kabulü mümkün olmamalıdır.

Gerekçesizlik, sadece gerekçenin istenen şekilde yazılmaması olarak algılanmamalıdır. Gerekçenin eksik ve yetersiz olması ile çelişkili olması da gerekçesizlik olarak kabul edilmektedir.

Suç kabul etmeyen sanık hakkında savunmasının aksine dosya içerisinde atılı suçu işlediği yönünde cezalandırılmasını gerektirir yeterli, kesin ve inandırıcı delil elde edilemeden verilen mahkumiyet kararları Yargıtay tarafından eksik ve yetersiz gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesi sebebiyle bozulmaktadır<sup>27</sup>.

## 5. Hukuki Vasıflandırma

Mahkeme tarafından somut olayın gelişimi belirlenip, bu kabule aykırı delillere neden itibar edilmediği açıklandıktan sonra, sanığın kabul edilen eyleminin hangi suçu oluşturduğunun tespiti yapılmalıdır. Bu tespit eylemin ilgili ceza kanununun hangi madde ve fıkrası kapsamında kaldığını da içermelidir.

Somut olayın gelişimine göre sanığın eyleminin başka suçlar kapsamında kalması ihtimali var ise neden bu kapsamda kalmadığı bu bölümde açıklanmalıdır. Özellikle taraflarca suç vasfına yönelik itiraz ve deliller ileri sürülmüşse eylemin neden iddia edilen suçu oluşturmadığı açıklanmalıdır. Örneğin suçun hırsızlık suçunu oluşturduğu tartışma konusu olmamakla birlikte nitelikli hallerinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda ortaya atılan farklı iddia ve savunmalar gerekçede karşılanmalıdır.

---

kararı, başvuru no:55839/09, hudoc.echr.coe.int/tu

<sup>26</sup> İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 06.07.2010 tarihli Gözel ve Özer – Türkiye kararı, başvuru no:43453/04, hudoc.echr.coe.int/tu

<sup>27</sup> Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 26.03.2018 tarih 2015/29415 esas 2018/3948 karar sayılı ilamı, www.yargitay.gov.tr

Benzer şekilde, yapılan yargılama sonunda eylemin öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu kabul edildiğinde, yargılama sırasında sanık tarafından eylemin yaralama suçunu oluşturduğu yönünde iddia ileri sürülmüş ise mahkemece eylemin neden kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğunun kabul edildiği dosya içerisinde mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmalıdır.

Özellikle hakaret ve tehdit suçları ile ilgili mahkeme gerekçesinde, söylenen hangi sözlerin atılı suçları oluşturduğu açıkça yazılmadan tehdit ve hakaret suçlarından verilen mahkumiyet kararları Yargıtay tarafından eksik gerekçe ile mahkumiyet kararı verildiği gerekçesi ile bozulmaktadır<sup>28</sup>.

### 6. Kişiselleştirme

Suç vasfı ve uygulanacak kanun maddesi belirlendikten sonra sanığa verilecek temel ceza belirlenmelidir. Temel cezanın belirlenmesinde mahkemenin taktir hakkı bulunmakla birlikte bu hak sınırsız değildir ve istinaf ve temyiz incelemesi aşamasında denetime tabidir<sup>29</sup>.

Ceza belirlenirken TCK 3. maddesinin 1. fıkrasındaki “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir.” düzenlemesi ve TCK 61. maddesinde sayılan kriterler göz önüne alınmalı ve bunlardan dosya ile uyumlu olanlar yazılmak suretiyle ceza miktarı takdir edilmelidir. Kanuni tabirlerin tekrar edilmesi suretiyle ceza belirlenmesi gerekçesizlik sebebiyle bozma nedeni yapılmaktadır<sup>30</sup>.

Yargıtay, TCK 61. maddede sayılan kriterlere göre ceza miktarının orantılı şekilde belirlenmesi gerektiğini belirtip aksi uygulama halinde gerekçesizlikten bozma kararı vermekte ve cezanın nasıl belirlenmesi gerektiğini şu şekilde açıklamaktadır. *“TCK 61. maddesi uyarınca alt ve üst sınırlar arasında temel ceza belirlenirken suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ve failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı unsurları dikkate alınması gerekmekte olup, dosya kapsamına göre sanığın benzer olaylarla karşılaştırıldığında vahamet arz etmeyen fiilinin, eylem ile ceza arasındaki dengeyi bozacak şekilde teşdidi gerektirmediği halde,*

---

<sup>28</sup> Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 17.04.2017 tarih 2015/21571 esas 2017/4347 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>29</sup> Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 20.02.2017 tarih 2017/184 esas 2017/1878 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>30</sup> Sanık hakkında temel ceza belirlenirken kanun maddelerinin tekrarı ile yetinilmek suretiyle alt haddin uzaklaşıp, gün karşılığı adli para cezası üst haddin tayin edilip, ayrıca TCK 62. maddesinin uygulanmamasında hiçbir gerekçeye yer verilmeyerek temel cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmede Anayasanın 141, CMK 34. ve 230. maddelerine aykırı gerekçesiz olarak yazılı şekilde hüküm kurulması, Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 05.03.2018 tarih 2015/30757 esas 2018/2322 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

*hakkaniyet ölçüleri ile bağdaşmayacak ve gerekçesiz biçimde hapis ve adli para cezasının alt sınırından uzaklaşarak sanık hakkında fazla ceza tayini...<sup>31</sup>*

Yargıtay, temel cezanın belirlenmesi hususunu bir başka kararında şu şekilde açıklamaktadır. “Sanık hakkında suçta kullanılan ancak ele geçirilemeyen ruhsatsız silah taşınması nedeniyle 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve 30 günden 100 güne kadar adli para cezası öngörülen 6136 sayılı Yasanın 13/1. maddesi uyarınca, suça konu silahın bir adetten ibaret olması da gözetilerek TCK.nun 61. maddesindeki ölçütlere göre makul bir ceza tayini yerine, hak ve nesafet ölçüleriyle bağdaşmayacak şekilde ve gerekçesiz olarak 3 yıl hapis ve 100 gün adli para cezasına hükmedilmek suretiyle fazla ceza verilmesi...<sup>32</sup>”

Temel ceza, dosya içeriğine uygun somut gerekçeleri gösterilerek kanunda yazılı cezanın alt ve üst sınırı arasında belirlendikten sonra artırım ve indirim sebebi olan hususlar ele alınıp ilgili maddenin uygulanma gerekçesi ile artırım ve indirim oranları dosya içeriğine uygun somut deliller ile gerekçelendirilerek açıklanmalıdır.

Yargıtay, bir çok kararında TCK 3. maddesinde düzenlenen orantılılık ilkesine aykırı şekilde ceza belirlenmesini bozma sebebi yapmaktadır. Örneğin yaralama suçu ile ilgili vücutta kemik kırığı sebebi ile artırım oranı belirlenirken kemik kırığının hayat fonksiyonlarına etkisine ilişkin doktor raporu göz önüne alınmadan yapılan artırım oranını bozma sebebi yapmaktadır<sup>33</sup>.

Birden çok suçtan yargılanan sanık hakkında, şartları olduğu halde suçlardan birinde haksız tahrik uygulanırken diğerinde uygulanmaması ya da suçlardan birinde takdiri indirim uygulanırken diğerinde uygulanmaması halleri çelişkili gerekçe olarak kabul edilip bozma sebebi yapılmaktadır<sup>34</sup>.

Takdiri indirim ile erteleme ve seçenek yaptırıma çevirme hususunda talep bulunduğu taktirde mahkemece bu hususların her biri ayrı ayrı

---

<sup>31</sup> Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 05.03.2018 tarih 2015/5403 esas 2018/2274 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>32</sup> Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 27.03.2018 tarih 2017/2492 esas 2018/1414 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>33</sup> Adli Tıp Kurumu tarafından kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarına etkisinin hafif (1) ila ağır (6) derece şeklinde sınıflandırılması ve 5237 sayılı TCK'nın 87/3. maddesinde kemik kırığının hayat fonksiyonlarına etkisine göre cezanın en fazla (1/2) oranında artırılmasının öngörülmüş olması karşısında, katılan Kemal Karaca hakkında düzenlenen adli raporda, vücudundaki kemik kırığının hayat fonksiyonlarına etkisinin hafif (f.) derece olduğu belirtilmesine rağmen, TCK'nın 3. maddesine göre orantılılık ilkesine aykırı olarak sanığın cezasında (1/2) oranında artırım yapılması suretiyle fazla ceza tayini, Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 15.06.2020 tarih 2019/10604 esas 2020/827 karar sayılı ilamı ve Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 13.06.2016 tarih 2015/34595 esas 2016/13928 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>34</sup> Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 20.11.2017 tarih 2017/3772 esas 2017/14092 karar sayılı ilamı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

değerlendirilerek uygulama ya da uygulamama gerekçeleri denetime elverişli olacak şekilde gerekçede gösterilmelidir<sup>35</sup>.

### C. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASINDA GEREKÇE

Anayasamızın 19. maddesinin 1. fıkrasındaki “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir” düzenlemesi ile özgürlük ve güvenlik hakkı, temel hak ve özgürlüklerarasındakorumaaltına alınmıştır. Entemel hakve özgürlüklerimizden biri olmasına rağmen toplumsal yaşamın zorunluluklarından biri olarak, özgürlük ve güvenlik hakkı, mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş, yakalama, gözaltı ve tutuklama gibi hallerde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına müdahale edilebileceği kabul edilmiştir.

Temel hakve özgürlüklerinasi, sınırlamanınise istisna olmasıve Anayasamızın 13. maddesindeki “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” düzenlemesi gereğince kişi özgürlüğüne müdahale, ancak kanunun verdiği yetkiye dayanarak ve Anayasamızın 19. maddesinde düzenlenen meşru amaçlara ulaşmak için mümkündür. Bu sebeple kişi özgürlüğü kısıtlanırken, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından daha ağır basan ve tutuklamayı gerektiren kamu yararı ortaya konulmalıdır.

Yakalama, gözaltı ve tutuklama, hem yukarıda değinilen özgürlük ve güvenlik hakkı, hem de Anayasamızın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesi ile çatışan niteliktedir.

Kişi özgürlüğüne en önemli müdahale tutuklama kararları yoluyla meydana geldiğinden, kişi özgürlüğüne müdahalede gerekçe hususu, tutuklama üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

#### 1. Tutuklama Nedenleri

Tutuklama, Anayasa ve yasada belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde kişinin suçluluğu hakkında kesin karar verilmeden önce hakim kararı ile özgürlüğünün kısıtlanmasıdır.

Tutuklama kararı, kişi özgürlüğüne yönelik ciddi bir müdahale olduğundan Anayasamızın 19. maddesi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 101. maddesindeki düzenleme gereğince soruşturma aşamasında ancak Cumhuriyet Savcısının talebi ve hakim kararı ile mümkündür. Kuvuşturam aşamasında ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re’sen mahkemece tutuklama kararı verilebilir.

Anayasamızın 19. maddesinin 3. fıkrasında tutuklama için “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler” ibaresi kullanılmış ve kuvvetli belirti

---

<sup>35</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.03.2016 tarih 2014/4-749 esas 2016/158 karar sayılı ilamı [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)



tutuklama için yeterli görülmüşken; CMK 100. maddesinin 1. fıkrasında “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir” düzenlemesi ile tutuklama için kuvvetli suç şüphesi ve somut delil kriterine, ön koşul olarak yer vermek suretiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını daha fazla koruyan bir düzenleme getirilmiştir.

Burada özgürlük ve güvenlik hakkının korunması söz konusu olup, Anayasa temel normu ortaya koyduğundan, uygulanması gereken CMK 100. maddesindeki düzenlemedir. Bu düzenleme gereğince de tutuklama için ön koşul somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedeninin bulunmasıdır.

Anayasamızın 19. maddesinin 3. fıkrasında “... ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir.” düzenlemesi ile hangi nedenlerle tutuklama kararı verilebileceği belirtilmiştir.

Yukarıdaki Anayasa hükmü incelendiğinde, kaçma şüphesi ile delillerin yok edilmesi ve değiştirilmesinin önlenmesinin tutuklama nedeni olarak sayıldığı, ancak burada tutuklama nedenleri kısıtlanmayıp yasa koyucuya tutuklamayı zorunlu kılan diğer halleri belirleyip kanunla tutuklama nedeni olarak belirleme yetkisi verildiği görülmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100. maddesi şöyledir:

“(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

...

Yukarıda yer verilen CMK hükmü incelendiğinde, Anayasamızda yer verilen tutuklama nedenlerine ek olarak yeni tutuklama nedenlerine yer verilmediği, ancak bazı katalog suçların sayılması suretiyle bu suçlar yönünden kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde, tutuklama nedeninin var sayılabileceği düzenlemesi tercih edilmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları incelendiğinde, tutuklama için kamu yararının haklı görülebileceği kabul edilen nedenleri dört başlık halinde toplamak mümkündür<sup>36</sup>.

- a) şüphelinin kaçma tehlikesi,
- b) delillerin karartılması şüphesi
- c) tekrar suç işleme tehlikesi
- d) kamu düzenin bozulması tehlikesi

Tutuklama kararı verilebilmesi için gösterilen tutuklama nedenleri iç hukuka uygun olmak zorunda olduğundan, iç hukukumuzda yer verilmeyen, tekrar suç işleme tehlikesi ve kamu düzeninin bozulma tehlikesi nedenlerine dayanılarak tutuklama kararı verilemeyeceği kanaatindeyim.

Daha önceden iç hukukumuzda var olan toplumda infial uyandırma kriterinin soyut olması ve uygulamada, toplumda infial uyandırma halinin dosyaya yansıtılmadan soyut bir şekilde yazılıp tutuklama nedeni olarak kullanılması sebebiyle, tutuklama nedenleri arasında çıkarılmasından sonra uygulamada hakimlerin tutuklama kararı ile ilgili dosya içeriğine uygun somut, ilgili ve yeterli gerekçe yazmakta zorlandıkları görülmektedir.

Örneğin kameralara yansıyan bir cinayet olayında şüpheli kendiliğinden gelip suç aleti ile teslim olmuşsa, kaçma şüphesi ya da delillerin karartılması nedenine dayanmak pek mümkün olmamaktadır. Bu durumda cinayeti işlediğini kabul eden ve eylemi kamera kayıtlarına yansıyan kişinin tutuklanabilmesi için suçun katalog suçlardan olması dışında bir tutuklama nedeni bulunmamaktadır.

Anayasamızın 13/1 maddesinde “*temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabilir.*” Hükmü gereğince CMK’da yer almayan bir nedene dayanarak verilen tutuklama kararı özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurur<sup>37</sup>. Tutuklama yasağı olan bir suçtan tutuklama, kanunda yazılı olmayan bir nedene dayalı olarak tutuklama ya da kanuni tutukluluk süresinden fazla tutuklu bırakma halleri buna örnek olarak verilebilir.

---

<sup>36</sup> Osman Doğru ve Atilla Nalbant- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar sayfa 390 Pozitif Matbaası 2013

<sup>37</sup> İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 06.02.2003 tarihli Zeynep Avcı – Türkiye kararı, başvuru no:37021/97, hudoc.echr.coe.int/tu

## 2. Tutuklama Talebinde Gerekçe

CMK 101/1 Maddesindeki “*bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir.*” düzenlemesi gereğince, tutuklama talebinde bulunan Cumhuriyet Savcısının, kuvvetli suç şüphesi ile tutuklama nedenlerini ve adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağını dosya içeriğine uygun somut olay ve olgularla açıklaması gerekir.

Tutuklama talebinde gerekçe gösterme zorunluluğu keyfiliği önler ve hukuk güvenliğinin en önemli garantilerinden birini oluşturur.

Tutuklama isteminin gerekçesiz olması, sulh ceza hakimi önünde şüphelinin savunmasını zaafa uğratar. Hangi nedenlerle tutuklanmasının istendiğini bilmeyen şüpheli savunmasını etkili şekilde yapamaz.

Tutuklama talebi üzerine açılan duruşmada, somut olayda kuvvetli suç şüphesi olup olmadığı ve tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının tartışılması gerekmektedir. Tutuklama taleplerinde yeterli gerekçe gösterilmediğinden, aslında ortada henüz bir iddianame olmadığı halde genellikle suçun sanık tarafından işlenmediği ve suçun unsurlarının oluşmadığı yönünde savunma yapıldığı görülmektedir.

## 3. Tutuklama Kararında Gerekçe

CMK'nın 101. maddesinin 2. fıkrasında “*tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;*

*a) kuvvetli suç şüphesini,*

*b) tutuklama nedeninin varlığını,*

*c) tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,*

*gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.”* hükmüne yer verilmiştir.

Anayasamızın 141. maddesindeki “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” düzenlemesine rağmen CMK'nın tutuklamaya ilişkin hükümlerinde tutuklama talebi ve tutuklama kararında gerekçe hususuna ayrıca yer verilmesinden bu hususa özel bir önem verildiği anlaşılmaktadır.

İç hukukumuzdaki düzenleme incelendiğinde, tutuklama kararı verilebilmesi için ilk önce kuvvetli suç şüphesinin bulunması gerekmektedir. Bu sebeple tutuklama kararında ilk önce kuvvetli suç şüphesinin varlığı somut olaya uygun delilleri gösterilerek ortaya konulmalıdır<sup>38</sup>.

Kanun koyucu gözaltı kararı için somut delillere dayalı suç şüphesini yeterli görmüşken, tutuklama için kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeninin

---

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesinin 12.04.2018 tarihli Erdal Tercan kararı, başvuru no: 2016/15637, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

varlığını gerekli görmüştür. Amaç Gözaltı ve tutuklamayı gerektiren somut şüpheleri doğrularak ya da ortadan kaldırarak ceza soruşturmasını tamamlamaktır. Gözaltı veya tutuklama gerekçesi olarak gösterilen delillerin mahkûmiyet kararına götüreceği nitelikte olması beklenmemektedir<sup>39</sup>.

Kuvvetli suç şüphesinin mevcut olması tutuklama kararı verilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Tutuklama kararında, kuvvetli suç şüphesi yanında bir tutuklama nedeninin bulunması gerekir. Hakim tutuklama kararında dayandığı tutuklama nedenini somut olaya uygun gerekçeleri ile ortaya koymalıdır. Tutuklama kararında kaçma şüphesi ya da delillerin toplanmamış olması gibi kanuni terimlerin tekrarı yeterli görülmemekte, bu nedenlerin mutlaka dosya içindeki delillerle somutlaştırılması istenmektedir.

Örneğin; suçun vasfı ve mahiyeti, mevcut delil durumu, öngörülen ceza miktarı, kaçma şüphesinin bulunması, delilleri ortadan kaldırma ve değiştirme hususunda kuvvetli şüphenin bulunması şeklindeki gerekçe ile verilecek tutuklama kararında, tutuklama talep edilen dosya ile ilgili hiçbir somut olay ve delile dayanılmadığından CMK 101. maddesine uygun bir gerekçe olarak görülemez.

Kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeninin bulunup bulunmadığı hususu, tutuklama talebinde bulunulan her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmeyi yapma konusunda dosyayı inceleyen ve delillere doğrudan temas eden ilk derece hakimi daha avantajlı durumdadır. Ancak tutuklama kararı verecek hakim bu kararı verme hususundaki takdir hakkı sınırsız değildir. Takdir hakkını doğru kullandığının kabulü için kuvvetli suç şüphesi ile tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama kararının ölçülü olduğunu somut delillerle açıkça ortaya koymalıdır<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Mahkeme Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinin, yakalanması sırasında kişiye suçlamalar yönelmek için soruşturma makamları tarafından yeterli delillerin toplanmasını gerektirmediğini hatırlatmaktadır. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi uyarınca, tutukluluk süresince yürütülen soruşturmanın konusu, yakalamanın temelini oluşturan somut şüpheleri doğrularak ya da ortadan kaldırarak ceza soruşturmasını tamamlamaktır. Böylelikle, şüphelere yol açan olay ve olgular, mahkûmiyet kararını haklı göstermek ya da ceza soruşturması sürecinin bir sonraki aşamasında suçlama yönelmek amacıyla gerekli olan ve ceza soruşturması sürecinin bir sonraki aşamasına konu olan olay ve olgular ile aynı düzeyde olmamalıdır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 31.05.2016 tarihli Mergen ve diğerleri – Türkiye kararı, başvuru no:55844/09, hudoc.echr.coe.int/tu

<sup>40</sup> Her somut olayda tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtirinin olup olmadığının, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının ve tutuklama tedbirinin ölçülülüğünün takdiri öncelikle anılan tedbiri uygulayan yargı mercilerine aittir. Zira bu konuda taraflarla ve delillerle doğrudan temas halinde olan yargı mercileri Anayasa Mahkemesine kıyasla daha iyi konumdadır. Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşmış olmadığı Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki denetimi, somut olayın koşulları dikkate alınarak özellikle tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır.

Bir tutuklama kararında, öncelikle kuvvetli suç şüphesi oluşturan doktor raporu, otopsi tutanağı, ekspertiz raporu ve tanık beyanı gibi deliller ortaya konulmalıdır. Suç şüphesi ortaya konulduktan sonra, tutuklamaya esas alınacak tutuklama nedenine ilişkin dosyaya yansıyan hususlar belirtilmelidir.

Tutuklama nedeni olarak belirlenecek sebeplerin dosya içeriği ile uyumlu olması gerekir. Örneğin kendiliğinden gelip teslim olan bir şüpheli ile ilgili kaçma şüphesinin tutuklama nedeni olarak gösterilmemesi ya da teslim olduktan sonraki hangi davranışının kaçma şüphesi oluşturduğunun dosyaya yansıyan davranışları ile ortaya konması gerekir.

Benzer şekilde delillerin değiştirilmesi ya da yok edilmesi nedeniyle tutuklama kararı verilmiş ise, hangi delillerin değiştirilmesinden şüphe duyulduğu sebepleri ile ortaya konulmalı, dosyaya henüz girmemiş olan tanık beyanı, doktor raporu ya da ekspertiz raporu gibi delilin ne olduğu belirtilmelidir. .

Tutuklama nedeninin gösterilmesinden sonra tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu açıklanmalıdır. Burada kişi özgürlüğünü kısıtlamayı gerektiren ve şüphelinin özgürlük ve güvenlik hakkından daha ağır basan kamu yararı ortaya konmalıdır. Tutuklama ile ulaşılmak istenen meşru amaca daha hafif bir tedbir ile ulaşılabiliyorsa tutuklama kararı ölçüsüz demektir. Bu sebeple tutuklama kararında adli kontrol tedbirinin neden yetersiz kalacağı açıklanmalıdır<sup>41</sup>.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük hususunu şu şekilde açıklamaktadır. *“Ölçülülük ilkesi “elverişlilik”, “gereklilik”, ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.”*<sup>42</sup>

İlk derece mahkemesince yapılan tutukluluk incelemesinde sanıklardan birkaçının kaçma girişiminde bulunması ve bazı sanıkların delilleri karartma girişiminde bulunması gerekçe gösterilerek diğer sanıkların tutukluluk halinin devamına dair karara yönelik özgürlük ve güvenlik hakkı ihlali iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi, bir kısım sanıkların kaçma girişiminde bulunması bir kısmının ise delilleri karartma girişiminde bulunmasının diğer

---

Anayasa Mahkemesinin 12.04.2018 tarihli Erdal Tercan kararı, başvuru no: 2016/15637, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesinin 16.02.2017 tarihli Halas Aslan kararı, başvuru no: 2014/4994, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesinin 19.12.2013 tarihli Mehmet Akdoğan ve diğerleri kararı, başvuru no: 2013/817, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

sanıkların da bunları yapacağına dair karine olarak kabul edilemeyeceğini, bu kabulün masumiyet karinesi ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin ilkeleri zedeleyebileceğini, bu şekilde genelleme yapılarak varsayıma dayalı olarak tutukluluk halinin devamına karar vermenin tutukluluk gerekçelerinin somutlaştırılmasını engelleyeceğini, bu çerçevede tutukluluğun devamına ilişkin ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunun söylenemeyeceğini belirterek özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>43</sup>.

Tutuklama için somut gerekçe gösterilmesi halinde, CMK'nın 22 ve devamı maddelerinde düzenlenen hakim reddi veya çekilmesi sebebi olup olmayacağı konusunda ciddi çekinceler yaşandığı görülmektedir.

Tutuklama kararında ve tutuklamaya itirazın incelemelerinde, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenlerinin mevcut olup olmadığı tartışılmakta, suçun sübutu ve vasıflandırılması ile ilgili bir değerlendirme yapılmamaktadır. Tutuklama kararında ve tutuklamaya itiraz incelemelerinde kesin yargılardan kaçınıp şüphe halinin korunması durumunda, hakim reddi ya da çekilmesini gerektirir bir durum olmadığını düşünmekteyim.

Tutuklama, ceza yargılamasının daha güvenli yürütülmesini amaçlayan bir tedbir niteliğindedir. Hüküm sırasında verilecek kararı etkileyen bir unsur değildir. Zaten kanun koyucu da tutuklama sonrasında beraat kararları çıkabileceğini öngörerek bu şekilde doğabilecek mağduriyetleri önlemek ve zararları gidermek için CMK 141 ve devamı maddelerindeki haksız tutuklama tazminatı ve TCK 63. maddesindeki mahsup gibi düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve İHAM'a yapılan başvurular ve ihlal kararları incelendiğinde, gerekçesiz ya da matbu gerekçelerle tutuklama ve tutukluluk halinin devamı kararları sebebiyle çok sayıda ihlal kararı verilmesine rağmen, gösterilen gerekçelerin hakim reddi veya çekilmesini gerektirdiği yönünde ihlal kararı verilmediği görülmektedir.

#### **4. Tutuklamaya İtiraz ve Tahliye Talebi Halinde Gerekçe**

Tutuklama kararlarında gerekçe yazma yükümlülüğü, sadece ilk tutuklama kararları için aranan bir husus değildir. Tahliye taleplerinin incelenmesinde ve tutuklamaya itiraz halinde yapılacak incelemede de gerekçe yazma yükümlülüğü devam etmektedir.

Tutukluluk uzadıkça ilgili ve yeterli gerekçe yazma yükümlülüğü daha da önem kazanmakta ve şüphelinin ileri sürdüğü tahliye taleplerinin daha ciddi olarak ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir.

---

<sup>43</sup> Anayasa Mahkemesinin 04.12.2013 tarihli Mustafa Ali Balbay kararı, başvuru no: 2012/1272, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

İç hukukumuzda tutuklamaya itiraz öngörölmüş, hatta bu konuda bir süre ve sayı sınırı konulmaksızın her zaman itiraz edilebilmesinin önu açık tutulmuştur. Ancak tutuklamaya itirazın tam anlamıyla etkili bir yol olduğunu söylemek her zaman mümkün olmamaktadır. Tutuklama kararına ya da tutukluluğun devamı kararlarına yönelik itirazlarda, iş yoğunluğu yada dosyanın kapsamlı olması gibi sebeplerle matbu gerekçeler yazılarak red kararı verilmekte ve tahliye hususu esas incelemeyi yapan mahkemeye bırakılmaktadır.

İHAM, tahliye talebi ya da tutukluluğa itirazın değerlendirildiği yerel mahkeme kararlarında, kanuni terimlerin tekrar edilmesi ya da matbu gerekçelerin soyut olarak yazılması suretiyle, tutukluluk halinin devamı kararları verilmesi halinde, tahliye talebinde bulunan kişinin başarı şansı bulunmadığını belirtip, iç hukuk yolunu tüketilmesi gereken etkili bir yol olarak görmemekte ve başvuruları esastan incelemektedir<sup>44</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir çok kararında, kuvvetli suç şüphesini gösteren somut deliller ile tutuklama nedenlerinin bulunması halinde tutuklamanın belli bir süreye kadar makul kabul edilebileceğini, ancak bir süre sonra tutukluluğun devamına karar verebilmek için davanın genel durumunun yanında serbest bırakılmayı isteyen kişinin kişisel durumunun da göz önüne alınması ve tahliye taleplerinin karşılanması gerektiğini, matbu ifadelerle tahliye taleplerinin ya da tutukluluk halinin devamı kararlarına yapılan itirazların reddedilmesi halinde Anayasanın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edilmiş olacağını belirtmiştir<sup>45</sup>.

Birşüphelinin işlediği iddia edilen suç ile ilgili kuvvetli suç şüphesi bulunmasına ve tutuklama sebeplerinin mevcut olmasına rağmen, tutukluluk makul süreyi aştığında, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir.

CMK'nın 102. maddesinde “ *Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir*

---

<sup>44</sup> İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 03.05.2007 tarihli Koşti ve diğeri – Türkiye kararı, başvuru no:74321/01, hudoc.echr.coe.int/tu

<sup>45</sup> Tutuklama tedbirine, kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütölüp yürütölmediği de incelenmelidir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınır. Tüm bu unsurların birlikte değerlendirilmesiyle sürenin makul olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılabilir. Anayasa Mahkemesinin 04.12.2013 tarihli Mehmet Haberal kararı, başvuru no: 2012/849 ve Anayasa Mahkemesinin 04.04.2019 tarihli Enver Beyaztaş kararı, başvuru no: 2014/9772, www.anayasa.gov.tr

*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı geçemez” düzenlemesi ile tutuklama için üst sınırları belirtmiştir.*

Burada dikkat edilmesi gereken husus, yukarıda belirtilen süreler dolana kadar tutukluluk kararları verilebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Tutuklamanın Anayasamızın 38. maddesinde düzenlenen ve 15. maddesi ile de olağanüstü hallerde dahi sınırlanamayan çekirdek haklar arasında gösterilen masumiyet karinesi ile çatışan niteliği göz önüne alındığında tutukluluk makul süreyi aşmamalıdır.

Tutukluluğun makul olup olmadığı incelenirken, öncelikle suç ve sanık sayısı ile davanın karmaşıklığı, yargılamanın uzamasına personel ya da ekipman yetersizliğinin sebep olup olmadığı, şüphelinin tutumu, cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi hususlar göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi bu hususu şu şekilde açıklamaktadır: Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Anayasanın 38. maddesinde “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” şeklinde ifade edilen masumiyet karinesi, yargılama süresince kişinin hürriyetinin esas, tutukluluğun ise istisna olmasını gerektirmektedir. Masumiyet karinesine rağmen tutukluluğun devamı, ancak kişi hürriyetine nazaran daha ağır bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir. Bu nedenle bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını gözetmek, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi ile serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir<sup>46</sup>.

Birden çok suçun birlikte görüldüğü davalarda CMK 102. maddesinde tutukluluk için belirlenen azami süreler ne şekilde belirlenmelidir ?

Bazı mahkemelerce, CMK 102. maddesinde belirtilen 5 yıllık azami süre aşıldığı halde, her bir suç için tutukluluk süresinin bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği ve sanığın Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevine giren birden çok suçtan tutuklanmış olduğu gibi gerekçelerle tutukluluk halinin devamına karar verildiği görülmüştür.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı asıl, bu hakkın sınırlaması ise istisnadır. Kişi özgürlüğünün kısıtlanması söz konusu olduğunda kişi özgürlüğü lehine yorum

---

<sup>46</sup> Anayasa Mahkemesinin 02.07.2013 tarihli Murat Narman kararı, başvuru no: 2012/1137, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)



yapılması gerekmektedir. Kişi hakkındaki birden fazla suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların bir dosya üzerinden yürütülmesi veya bir dosyada birleştirilmiş olması halinde bu soruşturma ve kovuşturmaların belli bir bütünlük içinde yürütüleceği göz önüne alındığında, uygulanan bir tutuklama tedbirinin soruşturma ve kovuşturmaların tamamı açısından sonuç doğuracağı açıktır. Bu nedenle azami tutukluluk süresinin kişinin yargılandığı dosya kapsamındaki tüm suçlar açısından en fazla beş yıl olması gerektiği anlaşılmaktadır<sup>47</sup>.

#### **D. SIK KULLANILAN TUTUKLAMA GEREKÇELERİ**

Tutuklama ve tutukluluk halinin devamı kararları ile bu kararlara yönelik itirazların reddine ilişkin kararlar incelendiğinde en sık kullanılan gerekçelerin; mevcut delil durumu, suçun vasıf ve mahiyeti, öngörülen cezanın yüksekliği, delillerin henüz toplanmamış olması ve suçun CMK 100. maddesinde sayılan katalog suçlardan olması sebeplerine yer verildiği görülmektedir.

##### **1. Mevcut Delil Durumu**

Tutuklama kararı verilebilmesinin ilk koşulu, atılı suçun işlendiği yönünde kuvvetli suç şüphesini oluşturan somut delillerin bulunmasıdır. Hakim tarafından tutuklama gerekçesi olarak mevcut delil durumu yazılması halinde, bunun dosyada mevcut delillerin kuvvetli suç şüphesini oluşturduğunun kabul edildiği şekilde yorumlamak mümkündür. Ancak böyle bir durumda tutuklama kararında kuvvetli suç şüphesini oluşturan mevcut delillerin ne olduğu yazılmalıdır. Aksi taktirde itiraz halinde ya da bireysel başvuru yapılması durumunda, itiraz merci ya da Anayasa Mahkemesince dosya incelenmekte ve kendi tespitlerine göre mevcut delil durumunun kuvvetli suç şüphesi oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmektedir. Kuvvetli suç şüphesinin varlığı sadece ilk tutuklama anında değil tüm tutuklamaya itiraz ve tahliye taleplerinin incelendiği hallerde mevcut delillerle ilişkilendirilerek ortaya konmalıdır.

##### **2. Suçun Vasıf ve Mahiyeti Öngörülen Cezanın Yüksekliği**

İşlendiği yönünde kuvvetli şüphe mevcut olan suçla ilgili, tutuklama kararında, suçun vasıf ve mahiyeti, öngörülen cezanın yüksekliği yazılması halinde, bunun öngörülen cezanın yüksekliği sebebiyle şüphelinin kaçma şüphesinin bulunduğu kabul edildiği şekilde yorumlamak mümkündür. Şüphelinin işlediği iddia edilen suç için kanunda öngörülen cezanın yüksek olması, şüphelinin kaçabileceği şüphesini haklı gösterebilir. Ancak bu sebep bir süre sonra ilgili ve yeterli gerekçe olma özelliğini kaybetmeye başlar ve tutukluluk ilerledikçe tek başına bu sebebe dayanılması halinde Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak incelemede, gerekçesizlik sebebiyle özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurabilir.

---

<sup>47</sup> Anayasa Mahkemesinin 02.07.2013 tarihli Murat Narman kararı, başvuru no: 2012/1137, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

Örneğin 10 yıl ceza alması beklenen biri için şartla tahliye ve denetimli serbestlik süresi düştüğünde cezaevinde kalacağı süre yaklaşık 3 yıldır. Bu şahsın tutukluluğu yaklaşık bir yıla vardığında artık kaçması için bir sebep kalmamış olmaktadır. Bu durumda hala kaçma şüphesine dayanabilmek için şahsın yurt dışı bağlantıları, pasaport çıkartma ya da sahte pasaport edinme, mallarını nakde çevirme gibi somut olgulara dayanılması gerekir.

Soruşturmanın başından beri tutuksuz yargılanan kişinin bir süre sonra kaçacağı ya da delillere müdahale edebileceği gerekçesi ile tutuklanması için ikna edici somut gerekçeler ortaya konmalıdır.

Hakkındaki soruşturmayı bildiği halde yurt dışından gelen kişinin tutuklanması sonrasında, tahliye talepleri incelenirken somut herhangi bir gerekçe gösterilmeden soyut olarak kaçma şüphesi bulunduğu ve mevcut delil durumundan bahisle tutukluluk halinin devamına karar verilmesi durumunda bu gerekçenin ilgili ve yeterli olmadığına karar verilmiştir<sup>48</sup>.

### **3. Delillerin Henüz Toplanmamış olması**

Suçun işlendiğinin öğrenilmesinden sonra delillerin toplanmasına başlanacaktır. Bu sebeple ilk aşamada, kuvvetli suç şüphesinin mevcut olması koşuluyla şüphelinin delillere müdahale etmemesi için tutuklanması ciddi bir gereklilik olarak kabul edilebilir. Aynı şekilde henüz dinlenmeyen tanık veya mağdur üzerinde baskı yapılması ihtimali yüksek kabul edilerek tutuklama kararı verilebilir. Ancak bir süre sonra deliller toplanacak, tanık ve mağdur beyanı alınacaktır. Bu durumda dosya kapsamına göre toplanmayan ve müdahale edilmesi muhtemel delilin ne olduğu ve ne şekilde müdahale edilebileceği ortaya konmalıdır. Örneğin henüz gelmemiş otopsi raporuna ya da kriminal daireden beklenen ekspertiz raporuna şüphelinin müdahale edebilmesi beklenen bir durum değildir.

### **4. Suçun Katalog Suçlardan Oluşu**

Kanun koyucu CMK 100. maddesinin 3. fıkrasında ağır kabul ettiği suçları sayarak bu suçların işlendiği hususunda kuvvetli suç şüphesi bulunması halinde bir tutuklama nedeninin var sayılabileceğini karine olarak kabul etmiştir.

---

<sup>48</sup> Mahkeme, bir sanığın kaçmasına ilişkin tehlikenin sadece söz konusu hükmün ciddiyeti bazında değerlendirilmeyeceğine işaret etmektedir. Bu aynı zamanda, bir kaçma tehlikesinin mevcudiyetini veya kaçma ihtimalinin yargılanmak üzere gözaltında tutulmayı haklı çıkarmayacak şekilde düşük olduğunu teyit eden başka ilgili etkenlere göre değerlendirilmelidir. Bay Yağcı ve Bay Sargın kendi inisiyatiflerine dayanarak, Türkiye Birleşik Komünist Partisini kurmak üzere dönmüş olup, bu nedenle yargılanacaklarının bilincinde olmamaları imkansızdır. Devlet Güvenlik Mahkemesinin gözaltı durumunu onaylayan emirlerinde, basmakalıp denmese de, hiç bir şekilde kaçmanın bir tehlike oluşturduğunu açıklamaksızın, hemen her zaman aynı ifadeler kullanılmıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 08.06.1995 tarihli Yağcı ve Sargın – Türkiye kararı, başvuru no:16419/90, hudoc.echr.coe.int/tu

Bu karineye dayanarak ilk tutuklama kararı verilebilirse de tutukluluk durumunun uzatılması kararlarında bu sebep de bir süre sonra tek başına yeterli olmaz. Çünkü zaman geçtikçe kaçma şüphesi azalacak, deliller toplandığı için delilleri karartma yada tanıklar dinlendiği için üzerlerinde baskı yapma imkanı ortadan kalkacaktır. Bu durumda kaçma ve delilleri karartma ya da tanıklar üzerinde baskı yapma şüphesi somut olgularla ortaya konmalıdır.

## SONUÇ

Mahkemeler kararlarını hangi temele dayandırdıklarını yeterince açık olarak belirtme yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, tarafların istinaf ve temyiz hakkını kullanabilmeleri için gerekli olmasının yanı sıra, tarafların, muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddiaların kurallara uygun bir biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, toplumun kendi adına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması için de gereklidir. Gerekçe yükümlülüğü keyifliliği önlemenin ve hukuk güvenliğini sağlamanın en önemli yollarından biridir.

Tutuklama kararı, özgürlük ve güvenlik hakkına en ağır müdahale niteliğinde olduğundan, tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarında kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeninin varlığı söz konusu dosyadaki somut delillerle ilişkilendirilerek ortaya konulmalı, dosya ile ilgisiz, yetersiz ve soyut gerekçeler ile tutuklama kararı verilmesinden kaçınılmalıdır.

Bu nedenlerle, yargılama sırasında, açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması halinde, davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekmektedir.

### Yararlanılan kaynaklar:

- 1- Anayasa Mahkemesi internet sitesi. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)
- 2- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları Türkiye Barolar Birliği yayını Şen Matbaası Ankara 2008
- 3- Avrupa Konseyi- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler. Ankara 2007
- 4- Av. Sabire Sanem Yılmaz- Tutuklama Kararlarında Gerekçe. Yüksek Lisans Tezi
- 5- D.J. Harris, M.O'Boyle, E.P Bates, C.M Buckley Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku. Avrupa Konseyi Yayını Şen Matbaası Ankara 2013
- 6- Erol Çiçek- AİHS M. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması.TBB dergisi sayı 72. 2007

- 7- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi internet sitesi. [hudoc.echr.coe.int/tu](http://hudoc.echr.coe.int/tu)
- 8- Osman Doğru ve Atilla Nalbant- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Pozitif Matbaası 2013
- 9-Sibel İnceoğlu- Adil Yargılanma Hakkı. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4 [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)
- 10- Sibel İnceoğlu- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa. Beta Yayınları İstanbul 2013
- 11- Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Turhan kitabevi Ankara 2013
- 12- Yargıtay Başkanlığı internet sitesi [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)



# ENGELLİLERİN HÂKİMLİK YAPMASI TARTIŞMALARINA OSMANLI HUKUKUNDAN BİR BAKIŞ

*An Overview from the Ottoman Law on Discussions about the Disabled Judge*

**Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT\***

Geliş Tarihi: 31.10.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Hâkimlik mesleği, tarih boyunca önemli görülen bir meslek olmuştur. Hâkimler, hukukun uygulanmasında ve adaletin sağlanmasında, görev almışlardır. Bu sebeple hâkimlik mesleğini yapacak kişilerin seçilmesine önem verilmiştir. Hâkim olmak için aranan nitelikler arasında sağlam ve sağlıklı olma şartı genellikle yer almıştır. Hangi engellerin hâkimlik mesleğinin icrasını etkileyeceği, hangi engellerin ise sıkıntı oluşturmayacağı, günümüzde tartışma konusu olmaktadır. Çalışmamız konuya geçmişten bir pencereden bakmayı amaçlamıştır. Osmanlı uygulamasında engellerin, kadılık mesleğinin icrasına etkileri tespit edilmeye çalışılmıştır.

İslam hukukunu en uzun süre uygulamış devletlerden olan Osmanlı Devleti, kadınların duyu organlarının sağlam ve sağlıklı olması gerektiğini kabul etmiştir. Mesleğe engel olmayacak düzeyde işitme ve görme kaybı olan kişilerin kadılık yapabileceğini kabul eden görüşler vardır. Fiziksel engeller, kadılık yapmaya engel görülmemiştir. Fiziksel engelli kadılara ilişkin uygulama örneklerine rastlanmıştır. Zihinsel engelliler ise kadılık yapamamıştır.

Fiziksel engellerin genellikle hâkimlik mesleğine ilişkin işleri yürütmeye engel olmadığı görülmektedir. Osmanlılar bu düşünceyle fiziksel engelli ve görünüş farklılıklarına sahip kişilerin kadılık yapmalarına engel olmamışlardır. Osmanlıdan bugüne, hâkimlik mesleğini icra bakımından, engellilerin haklarında ilerleme kaydedilmemiştir.

**Anahtar Sözcükler:** Osmanlı kadısı, hâkimin nitelikleri, engelli hâkim, engelli istihdamı, fiziksel engeller, zihinsel engeller, duysal engeller

## ABSTRACT

Judgeship has been an important profession throughout history. The judges enforced the rule of law and ensured justice. For this reason, the determination of judges has been given importance. Among the criteria for judgement, it is generally conditional on being well and healthy. It is currently being debated which obstacles will prevent the judgeship profession and which will not. This study aims to reveal how the issue was handled in the Ottoman Empire. How obstacles have affected the profession of judgement in the Ottoman Empire?

The Ottoman Empire is one of the states that has practiced Islamic law for the longest time. In the Ottoman Empire, it was accepted that the sensory organs of judges should be healthy. Some scholars have admitted that people could be judge with low hearing and vision loss. People with physical disabilities could be judge. In the Ottoman practice, there were judges with physical disabilities. Mentally disabled people have not been admitted to the judicial profession.

Physical disabilities generally do not prevent judges. With this in mind, Ottomans did not prevent people with physical disabilities being judges. The right of the disabled to be a judge has not been extended since the Ottoman Empire.

**Keywords:** Ottoman qadi, criteria for judgment, disabled judge, disability employment, physical disability, mental disability, sensory disability

\* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, e-posta: mehmetaykanat@hotmail.com, ORCID ID:0000-0003-0968-4165.

## GİRİŞ

Hâkimlik mesleği, ilk çağlardan itibaren varlığı bilinen ve tarih boyunca önem verilen bir meslek olmuştur.<sup>1</sup> İslam hukuku açısından Hz. Muhammed'in bir sünneti, bir farz-ı kifayedir.<sup>2</sup> Önemli görülmesi sebebiyle hâkimlik mesleğini yapabilmek için aranılan şartlar üzerinde, pek çok mesleğin giriş şartlarına nazaran daha fazla durulmuştur. Hâkimlik mesleğine girişte ve mesleğin devamında, diğer mesleklerden daha ağır şartların arandığı görülmüştür.

Mesleklere girişte aranan şartlardan bir tanesi de sağlam ve sağlıklı olma şartıdır. Engellilik, genellikle bir mesleğe girişte olumsuz bir etkiye sahip olmuştur. Bu olumsuzluğu azaltmak ve ortadan kaldırmak amacıyla hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler, 49. maddesinde “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*” diyen Anayasamız ile normlar hiyerarşisinin tepe noktasından başlamıştır. Anayasanın 50. maddesi de engelli istihdamı ile ilgilidir. Bu madde kimsenin gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını, bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağını düzenlemiştir.

2802 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un istihdama ilişkin 14. maddesinde “...istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.” ibaresi yer almaktadır.<sup>3</sup> Bu genel hükme karşın Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda özel bir hükme yer verilmiştir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 8/g hükmünde “*görevlerini yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya engelliliği, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi engeli bulunmamak*” şartı yer almaktadır.<sup>4</sup> Bu hüküm üzerinde, zaman zaman tartışmalar olsa da mevcut haliyle uygulanmaya devam edilmektedir. 2802 sayılı Kanun'un 12/b hükmü, atanma niteliklerinden herhangi birini adaylığı sırasında kaybedenlerin görevine son verileceğini düzenlemiştir. Ayrıca 53/c bendinde, yukarıda bahsi geçen 8/g bendindeki niteliği kaybeden hâkim ve savcılarının görevlerinin sona ereceği düzenlenmiştir. Özetlersek engellilerin mesleğe kabul edilmeyecekleri, adaylıklarının sona erdirileceği ve hâkimlik ve savcılık görevlerinin sona ereceği şeklinde hükümler kanunda yer bulmuştur.

<sup>1</sup> Melikşah Aydın, “Hakimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2 (2017), s. 5 vd, doi:10.15337/suhfd.363910.

<sup>2</sup> İzmirlil İsmail Hakkı, *Kitabü'l İfta ve'l Kaza*, Evkaf Matbaası, 1336, s. 17. *Fetâvâyi Hindiyeye*, Haz. Komisyon, Çev. Mustafa Efe, İstanbul: Huzur, 2004, s. 6/217-218. Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1967, s. 8/210-211.

<sup>3</sup> “Engelliler Hakkında Kanun”, *Resmî Gazete, Sayı 25868*, (07.07.2005). Engellilerle ilgili yasal düzenlemeler için bkz. Yener Şişman, “Türkiye’de Özürlülere Yönelik Yasal Düzenlemeler”, *Sosyal Siyaset Konferansları*, S. 60 (2011), s. 169–221.

<sup>4</sup> “Hakimler ve Savcılar Kanunu”, *Resmî Gazete, Sayı 17971*, (26.02.1983).

2802 sayılı Kanun'da yer verilen hükümler yeni değildir. 1926 tarihli Hâkimler Kanunu'nda ve sonraki tarihlerde yürürlüğe giren hâkimlere ilişkin diğer kanunlarda, hâkimlerin nitelikleri arasında görevini yapmaya mani engelliliği olmamak hükmüne yer verilmiştir. Hukuk tarihimizin daha eski dönemlerinde de hâkimlerin nitelikleri arasında duyu organlarının sağlam ve sağlıklı olması ölçütü yer almış olmakla birlikte, konunun ayrıntıları açıklanmaya muhtaçtır. Çeşitli engellerin hâkimlik mesleğine kabule ve mesleğin sürdürülmesine etkisi hakkındaki tartışmalara, geçmişten bir katkı yapmak amacıyla, Osmanlı uygulamasında hâkimlik mesleğine giriş ve mesleğin sürdürülmesi bakımından engellerin etkisinin araştırılması düşünülmüştür.

Hâkimlik mesleği, İslamiyet'in ilk dönemlerinden itibaren zor mesleklerden kabul edilmiştir. İzmirli İsmail Hakkı, hâkimlik mesleğinin dini açıdan büyük karşılığı olan ama tehlikeli bulunan bir meslek olduğunu belirtmektedir. Maliki hukukçu Sahnun'dan "müfti ile hâkim ne bedbaht kimselerdir" rivayetini aktarmış, Ebu Hanife'nin hâkimlikten kaçındığını hatırlatmıştır. Kadılık ile müftülük görevlerini karşılaştırdığında, kadılık görevinin daha ağır şartlar gerektirdiğinden bahsetmiştir.<sup>5</sup> Bu şartlar arasında engelliliğe ilişkin hükümler de vardır.

Osmanlı uygulaması, hukuk tarihimizin önemli bir bölümünü teşkil etmesi ve İslam hukuku anlayışını yansıtmaya bakımından önemlidir. Osmanlı Devleti'nde padişahlar, sahip oldukları yargı yetkisini, ilk dönemlerden itibaren kadılar aracılığıyla yürütmüşlerdir.<sup>6</sup> Osman Bey tarafından ilk atanan görevlinin kadı olduğu rivayet edilmektedir.<sup>7</sup> Kadının ilk atanan görevliler arasında olması, kadılık mesleğine önem verildiğini göstermektedir. Bu kadılar arasında çeşitli engellere sahip olanların bulunup bulunmadığı, hangi engellerin kadılık mesleğine girmeye ve mesleği icraya etki ettiği hususu ise araştırılmaya muhtaç kalmıştır.

Osmanlı hukukunda, çeşitli engellerin hâkimlik mesleğini icra etmeye etkileri konusunda, hukuki düzenlemeler ve fetvalar yer aldığı görülmektedir. Konuya değinen bazı fıkıh kitapları da vardır. Arşiv belgeleri ve kadılara ait siciller, konumuz bakımından önemlidir. Mülâzemet kayıtlarının tutulduğu kazasker ruznamçeleri ve mülâzemet öze defterlerde adayların eşkâl bilgileri yer aldığı için, fiziksel özelliklerine dair bilgiler bulunmaktadır.<sup>8</sup> Kadı beratlarından

---

<sup>5</sup> İsmail Hakkı, *Kitabü'l İfta ve'l Kaza*. Aynı yönde bkz. Fahrettin Atar, İslam Adliye Teşkilatı, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1991, s. 99. Ali Himmet Berki, İslam Şeriatinde Kaza Tarihi ve İfta Müessesesi, Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962, s. 17–18.

<sup>6</sup> Fethi Gedikli, "Kazâ", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 2002, C. 25, s. 117–19.

<sup>7</sup> Osman Nuri Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediyye*, İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür İşleri Daire Başkanlığı Yayınları, 1995, s. 257.

<sup>8</sup> Ölen adayların yerine geçerek mülâzemet sırasına kaydolup usulsüzlük yapanlar ortaya çıktığı için III. Mehmet'in fermanıyla mülâzımların fiziki görünüşleri defterlere kaydedilmiştir.



benzer bilgilere ulaşmak mümkündür. Tarih ve hukuk tarihi alanlarından araştırmacıların konuya dair verdikleri dolaylı bilgiler de bulunmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle engelli kavramı ve Osmanlı anlayışı ele alınmıştır. Osmanlılarda genel olarak engellilere bakış açısı ve engelli istihdamına kısaca değinilmiştir. Daha sonra hâkimlik mesleğine giriş ve mesleği icra bakımından sağlıklı ve sağlam olma şartı üzerinde durulmuştur. Son olarak zihinsel, fiziksel ve duyuşsal engellerin kadılık mesleğini icra bakımından nasıl değerlendirildiği incelenmiştir. Duyuşsal engeller işitme, görme ve konuşma engeli olarak ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.

### 1. Engelli kavramı ve Osmanlı terminolojisi

Engelli kavramı, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre engelli, bazı yetilerindeki kayıplardan dolayı diğer bireylerle eşit koşullarda topluma katılımı kısıtlanmış olan bireydir.<sup>9</sup> Engelli Amerikalılar Yasası ise fiziksel veya zihinsel bozukluklar sebebiyle bir veya daha fazla yaşamsal faaliyeti sınırlanan bireyi engelli kabul etmiştir. Geçmişte engellilik yaşayanlar ve toplum tarafından engelli kabul edilenler de kanunun kapsamında engelli sayılmıştır.<sup>10</sup>

Osmanlıda engellilere ilişkin zengin bir terminoloji kullanılmıştır. Bu terminoloji elbette günümüz anlayışı ile farklılıklara sahiptir. Günümüzde dahi on yıl öncesi kullanılan terminoloji ile farklılıklar ortaya çıkmıştır. Engelliler Hakkında Kanun'da daha önce kullanılan "özürlü" ifadeleri 2013 yılında yapılan değişik ile kaldırılmıştır. Başlık ve içerikteki "özürlü" ifadeleri yerine "engelli" ifadeleri kullanılmaya başlanmıştır. Bu sebeple Osmanlı terminolojisinde yer alan ifadeleri, Osmanlı Devleti'nin engellilere yaklaşımı ve verdiği değer ile ilişkilendirmemek gerekir.

Yakın geçmişte engelliler için önce "sakat" sonra "özürlü" kelimeleri kullanılmıştır. Bu kelimeler incitici, aşağılayıcı bulunduğu için engelli kelimesi bunların yerini almıştır. Erdoğan, kelimenin Arapça karşılıklarının da güncel olduğunu, Arapların "özel gereksinimleri olan kimseler" anlamına gelen bir

---

Mehmet Aykanat, "Klasik Dönemde Osmanlı Devletinde Hakim Adaylığı: Mülazemet", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 34 (2018), s. 169. Rûznâmçe defterleri hakkında bilgi için bkz. İsmail Gündoğdu, "Osmanlı Tarihi Kaynaklarından Kazaskerlik Rûznâmçe Defterleri ve Önemi", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C. 6, S. 2 (2009), s. 697–722. Ruznamçelerin üç tip olduğundan bahseden Beyazıt, atama ruznamçeleri içerisinde azil kayıtlarının bulunduğu bahsetmektedir. Yasemin Beyazıt, "Kadiasker Ruznamçelerinde Tipoloji ve Yeterlik", *Prof. Dr. Özer Ergenç Armağanı*, 2013, s. 102.

<sup>9</sup> "Engelliler Hakkında Kanun".

<sup>10</sup> Kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Münci N. Çakmak, "Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Engelli Tanımı Hakkında Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 2 (2008), s. 51–62.

tabir de kullandıklarını aktarmıştır. <sup>11</sup> Esasen özür kelimesi İslam hukukunda, dinen veya hukuken meşru sayılan mazeret anlamına gelmektedir. Özürlü ise mazereti olan kimse anlamındadır.<sup>12</sup>

Osmanlıların engelliler için kullandığı lakaplar ve sıfatlar üzerine yaptığı çalışmada Şimşek, Osmanlı terminolojisini önemli ölçüde ortaya koymuştur.<sup>13</sup> Pakalın sözlüğünde sakat, alîl, amelmande, mariz, âmâ, kör, ahres sıfatlarına rastlamak mümkündür.<sup>14</sup> Arşiv kayıtlarında da muhtemelen kişilerin tanınabilmeleri amacıyla isimlerinin önünde bu tür lakaplara çokça yer verildiği görülmektedir.

Sakat kelimesinin hem Arapça hem Türkçe kökeni olmakla birlikte, konumuzla ilgili anlamı Türkçe kökenden gelmektedir. *Kamûs-ı Türkî'ye göre sakat, beden azalarından biri eksik ve malul olan demektir. Sakatlık ise bir adamın bir uzvu veya uzvun kendisi işlemez olmak şeklinde tanımlanmıştır. Alîl kelimesi ise sözlükte sakat, bedenin bir uzvu kusurlu veya noksan şeklinde aktarılmıştır.*<sup>15</sup> Fiziksel rahatsızlığı sebebiyle azledilen Şeyhülislam Ebü'l-Hayr Ahmed Efendi'den alîl-mizâc idi şeklinde bahsedilmiştir.<sup>16</sup> Kullanımlarına baktığımızda sakat, alîl ve malûl<sup>17</sup> kelimelerinin fiziksel ve duysal engellerin tümü için tercih edilebildiği görülmektedir. Askerlerin illet ve sakatlıklarını konu alan bir hukuki düzenlemede, *"amelden kalıp madum hükmünde bulunmak" ibaresi, engellilik kriteri olarak sıklıkla kullanılmıştır.*<sup>18</sup>

Zihinsel engelliler için mecnun, meczub, muhtel-i dimağ, münhal-i akl gibi sıfatlar tercih edilmiştir.<sup>19</sup> Günümüzde akıl zayıfı anlamı verilen matuh ise anlayışı kit, sözü müşevveş ve tedbiri bozuk kimse olarak tanımlanmıştır.<sup>20</sup> Arşivdeki bir mühimme kaydında, meczub olan kişinin aklını ve anlayışını kaybettiği vurgulanmıştır.<sup>21</sup>

<sup>11</sup> Mehmet Erdoğan, "İslam Hukukunda Engelliler: Engelliliğin Fikhi ve Hukuki Sorunları", *Din, Felsefe ve Bilim Işığında Engelli Olmak ve Sorunları Sempozyumu*, İstanbul, 2012, s. 166.

<sup>12</sup> H. İbrahim Acar, "Özür", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 2007, C. 34, s. 134–35.

<sup>13</sup> Kamuran Şimşek, "Osmanlı Devleti'nde Engelliler İçin Kullanılan Tabir, Lakap ve Sıfatlar", *Belgi*, S. 15 (2018), s. 728–40.

<sup>14</sup> Mehmet Zeki Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1983.

<sup>15</sup> Şemseddin Sami, *Kâmus-ı Türkî*, Dersaadet: İkdâm Matbaası, 1317, s. 727, 939.

<sup>16</sup> Es-Seyyid Murtaza Efendi hakkında da alîl ifadesi kullanılmış, bu sebeple azledildiği belirtilmiştir. İlimiyye Salnamesi, İşaret Yayınları, 2006, s. 415, 426.

<sup>17</sup> Malûllük, bir kişinin faaliyet kudretini kısmen veya tamamen kaybetmesi şeklinde tanımlanmıştır. *Türk Hukuk Lugati*, Ankara: Türk Hukuk Kurumu, 1991, s. 218.

<sup>18</sup> Düstur 1/5, "Küçük Zabitan ve Neferatın Tekaüde İstihkak Veren İlet ve Sakatlıklarını Mübeyyin Talimat", (1886), s. 437–38.

<sup>19</sup> Şimşek, "Osmanlı Devleti'nde Engelliler İçin Kullanılan Tabir, Lakap ve Sıfatlar", s. 733.

<sup>20</sup> *Türk Hukuk Lugati*, s. 220.

<sup>21</sup> COA, A.DVNS.MHM.d, 25/1457, H.20.1.982.

Tespitlerimize göre Osmanlıda fiziksel engelliler için amelmande,<sup>22</sup> total, aksak, çolak gibi tabirler kullanılmıştır. Felçli anlamına gelen meflûç sıfatına da rastlanmaktadır. Arşivde tüm bu sıfatlara ilişkin çok sayıda kayıt bulmak mümkündür.<sup>23</sup>

İşitme engelliler için sağır sıfatı ağırlıklı olarak tercih edilmiştir. Görme engelliler için kör, âmâ, birgöz gibi ifadeler kullanıldığı görülmektedir.<sup>24</sup> Konuşma engellilere dilsiz denilmiştir. Farsça bîzeban ve Arapça lâl kelimeleri de sıklıkla kullanılmıştır. Konuşamayacak derecede kekeme olanlar için rekik tabiri tercih edilmiştir.<sup>25</sup> Pepe kelimesi de dili tutuk, kelimeleri söyleyemeyip ilk harflerini tekrarlayan kişiler için kullanılan bir tabirdir.<sup>26</sup> Dilsizler için ahres<sup>27</sup> kelimesine de kullanımlar arasında rastlanmaktadır.

## 2. Osmanlıda engellilere yaklaşım ve engelli istihdamı

Osmanlı Devleti'nin engellilere yaklaşımının, çağdaşı batılı devletlerin oldukça ilerisinde olduğu, bu alanda çalışan hemen bütün araştırmacılar tarafından dile getirilmiştir. Selçuklular döneminden itibaren, engellilerin pozitif ayrımcılıklara sahip oldukları, tedavilerine önem verildiği, özel eğitimlere tabi tutuldukları belirtilmiştir.<sup>28</sup> Osmanlılar, engellilerin hayatını kolaylaştırmaya yönelik çok sayıda vakıf kurmuşlardır.<sup>29</sup>

Osmanlıların engellilere yaklaşımında, şüphesiz ki dini etki de bulunmaktadır. Engelliler konusunda İslam'ın temel kaynakları Kuran ve sünnette bilgiler yer almıştır. Abese Suresi'nin ilk on ayeti, İslam'ın engellilere yaklaşımını ortaya koymaktadır. Hz. Peygamber'in müşriklerin ileri gelenlerine tebliğ yaptığı sırada yanlarına gelen görme engelli sahabe Abdullah İbn Ümmi Mektum'a ilgi göstermemesi üzerine, Hz. Peygamber'i uyaran bu ayetler indirilmiştir.<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Amelmânde, ihtiyarlıktan veya bir sakatlıktan artık hiçbir iş göremez hale gelmiş kişi anlamındadır. Şemseddin Sami, *Kâmus-ı Türkî*, s. 951.

<sup>23</sup> Topal ve çolak örnekleri için bkz. COA, AE.SAMD.III, 115/11299, H.10.2.1139.

<sup>24</sup> Arşivde özellikle kör ve a'ma sıfatlarına ilişkin çok sayıda kayıt bulmak mümkündür. Maarif kayıtlarında a'ma, dilsiz ve sağır okullarına ilişkin çokça belge vardır. Bir örnek için bkz. COA, MF.MKT, 819/27, H.9.10.1322.

<sup>25</sup> Şimşek, "Osmanlı Devleti'nde Engelliler İçin Kullanılan Tabir, Lakap ve Sıfatlar", s. 735–36.

<sup>26</sup> Şemseddin Sami, *Kâmus-ı Türkî*, s. 349.

<sup>27</sup> Muallim Nâci, *Lugat-ı Nâci*, İstanbul: Asır Matbaası, 1317, s. 22. Kelime Türkçe'de ahras, ahraz şeklinde de kullanılmaktadır. Salim Öğüt, "Dilsiz", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1994, C. 9, s. 303.

<sup>28</sup> Cevdet Erdöl, "Osmanlı'nın Es. engellilere Verdiği Önem Arşiv Belgelerinde", <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/prof-dr-cevdet-erdol-osmanlinin-engellilere-verdigi-onem-arsiv-belgelerinde/1327912>, E.T.15.10.2019. Hürü Sağlam Tekir, "Toplumsal Hayatta Karşılaştıkları Zorluklarla Osmanlı Devleti'nde Sağır, Dilsiz ve Âmâlar", *Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 7 (2016), s. 59–60, doi:10.17822/omad.2016.43.

<sup>29</sup> Yavuz Bahadıroğlu, "Engellilere Osmanlı Yaklaşımı", *Yeni Akit*, (12.2013).

<sup>30</sup> Hayreddin Karaman vd., *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2014, s. 5/552. Kuran'da engelli konusu için bkz. Münir Tezcan, "Kur'an'ın Bedensel

H. Peygamber'in yaşadığı dönemde çok sayıda engelli sahabe olduğu tespit edilmiştir. H. Peygamber'in bu sahabeler ile olan ilişkileri, İslam'ın engellilere yaklaşımını ortaya koymaktadır.<sup>31</sup> H. Peygamber, engellilere çeşitli kamu görevleri vermiş, böylece topluma yük olarak görülmeden, toplumla bütünleşmelerini sağlamıştır.<sup>32</sup> Müslüman tarihçilerden Muhibüddin İbn Fehd'in, 1543 yılında ağır hastalık geçirmiş veya duyuşsal ve fiziksel engelli önemli şahsiyetlerle ilgili yazmış olduğu bir kitap bulunmaktadır.<sup>33</sup>

İslam anlayışına uygun davranmak isteyen Osmanlılar, engellilerin istihdamında kolaylıklar sağlamışlardır.<sup>34</sup> Engellileri, engel durumlarına uygun mesleklerde istihdam etmeye çalışmışlardır. Görme engelliler, kendilerine uygun olan hafızlık eğitimine yönlendirilmişler ve müezzin olarak istihdam edilmişlerdir. İştme engelliler, sarayda ve mahkemelerde, gizli konuşmaların dinlenilmemesi amacıyla görevlendirilmiştir. Cüceler, fiziksel güç gerektirmeyen hizmetlerde çalıştırılmıştır.<sup>35</sup>

Sağır ve dilsizlerin sarayda çalışmaya başlamaları II. Mehmed veya I. Bayezid dönemlerine rastlamaktadır.<sup>36</sup> Günümüzde Bakanlar Kurulu'nda sağır ve dilsizlerin istihdam edilmesinin kökeni Osmanlıya dayanmaktadır.<sup>37</sup>

Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmani adli eserinde, kişilerin tanındığı sıfatlar olan sağır, topal, çolak, kör, şehla gibi ifadelerle yer vermiştir. Bu kişiler arasında vezir, vali, nişancı, sadaret kethüdası ve kadı gibi önemli görevliler olduğu görülmektedir.*<sup>38</sup> Sadrazamlar arasında Mehmed Paşa ve Abdullah Paşa fiziksel engelleri sebebiyle boynueğri lakabıyla anılmışlardır. III. Ahmed dönemi sadrazamı Ahmed Paşa ise şehla lakabıyla bilinmektedir. Sadrazam

---

Engellilere Yaklaşımı", *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 10 (2007), s. 137–86. Erdoğan, "İslam Hukukunda Engelliler: Engelliliğin Fıkhi ve Hukuki Sorunları", s. 67–69.

<sup>31</sup> Eser, çalışmasında İslam ve engelliler üzerine yapılan çalışmalara değinmiş ve sahabelerin engel türleri ve H. Peygamber ile ilişkileri üzerine kıymetli bir çalışma yapmıştır. Mithat Eser, *Engelli Sahabiler*, İstanbul: Nesil, 2013.

<sup>32</sup> H. İbrahim Sarıkaya, İslam'ın Engelliye Bakışı, İstanbul: Bilge Kültür Sanat, 2011, s. 60 vd. Reşat Ahmet Ağaoğlu, "Hadisler Işığında İstihdam Anlamında Engellilere Yönelik Tutum", *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 10 (2019), s. 273–89. Saffet Sancaklı, "H. Peygamber'in Engellilere Karşı Bakış Açısının Tespiti", *Dinbilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 2 (2006), s. 53.

<sup>33</sup> Sami es-Sakkar, "İbn Fehd, Muhibüddin", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1999, C. 19, s. 486–487.

<sup>34</sup> Erdöl, "Osmanlı'nın Engellilere Verdiği Önem Arşiv Belgelerinde". Belemir Erken, *Dil Sükûtta Eller İcraatta: Osmanlı Sarayında ve Toplumunda Dilsizler*, Ordu Üniversitesi, 2015, s. 34. Nejla Günay, "Osmanlı Devleti'nde Engellilerin İstihdamı ve Saray Teşkilatında Dilsizler", *International Journal of Cultural and Social Studies*, C. 2, S. 1 (2016), s. 62–73.

<sup>35</sup> Bahadıröğlü genellikle zeki ve kültürlü olan cücelerin, daha üst görevlere yükseldiklerini belirtmiştir. Bahadıröğlü, "Engellilere Osmanlı Yaklaşımı".

<sup>36</sup> Abdülkadir Özcan, "Dilsiz", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1994, C. 9, s. 304. Erken, *Dil Sükûtta*.

<sup>37</sup> Ekrem Buğra Ekinci, "Osmanlı Sarayı'nda Engelliler ve Dilsiz Dili", *Türkiye Gazetesi*, (08.2017).

<sup>38</sup> Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmani*, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt, 1996.

Osman Paşa ayağından yaralandıktan sonra, Recep Paşa ise geçirdiği hastalık sonrası total lakabını almışlardır. Üst düzey görevlilerin engelleri ile ilişkili lakaplarla anıldıklarına dair bilgilere ulaşılabilmektedir. Ancak diğer görevliler için kullanılan sıfatların engelleri ile ilgisi bulunup bulunmadığı hakkında ayrıntılı bilgiler bulmak her zaman mümkün değildir. Ancak engelleri sebebiyle bu sıfatlarla anılmış olmaları kuvvetle muhtemeldir.<sup>39</sup> Ahmed Cevdet Paşa, nakibü'l-eşraf Tahsin Bey'in hem çolak, hem tek gözlü, hem de düztaban olduğundan bahsetmektedir.<sup>40</sup> Kişilerin sahip oldukları engellere bakılmadığı, görevlerini yapıp yapamadıklarına önem verildiği anlaşılmaktadır.

Tanzimat döneminde engellilere yönelik sosyal politikalar sürdürülmüştür. Bu dönemde engellilere yönelik yeni eğitim ve sosyal hizmet kurumları kurulmuştur. Kanunlaştırma çalışmalarında da engellilere yönelik hükümler yer bulmuştur. Çalışanların engelli olması, emeklilikleri gibi durumlar, kanunlar ile düzenlenmiştir. Örneğin 1886 yılında hazırlanan "Küçük Zabitan ve Neferatın Tekaüde İstihkak Veren İlet ve Sakatlıklarını Mübeyyin Talimat"<sup>41</sup> ile bir çalışan grubuna emeklilik hakkı veren engeller düzenlenmiştir. Bu talimatın farklı kısımlarında, engeller ayrıntılı olarak tasvir edilmiştir.

### 3. İslam-Osmanlı hukukunda hâkimde aranan sağlıklı ve sağlam olma niteliği

İslam-Osmanlı hukukunda, hâkimlerde günümüzde aranan niteliklere benzer nitelikler arandığı gibi İslam hukuku tarafından aranan özel niteliklerin bulunduğu görülmektedir. İslam hukukunda yer alan günümüze benzer niteliklerden biri de sağlam ve sağlıklı olma ölçütüdür. Hâkimin, önüne gelen uyuşmazlıkları çözebilmesi için bir takım engellerin olmaması gerektiği düşünülmüştür.<sup>42</sup>

Engellilik hak ehliyetini etkilemeyen, fiil ehliyetine etkisi olan bir durumdur. Bütün engelliler hak ehliyetine sahiptir. Fiil ehliyeti bakımından ise engel türlerini ayrı ayrı değerlendirmek gereklidir.<sup>43</sup> Osmanlıda kadıların, yargı görevlerinin dışında, mülki, mali ve diğer bazı alanlarda görevleri olduğu bilinmektedir.<sup>44</sup> Hâkimlik mesleğinin icrası bakımından fiil ehliyetini ortadan

<sup>39</sup> Konu hakkında bkz. Şimşek, "Osmanlı Devleti'nde Engelliler İçin Kullanılan Tabir, Lakap ve Sıfatlar", s. 728–40.

<sup>40</sup> Ahmed Cevdet Paşa, *Tezâkir-i Cevdet*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1960, c.2, s.153.

<sup>41</sup> Düstur 1/5, Küçük Zabitan ve Neferatın Tekaüde İstihkak Veren İlet ve Sakatlıklarını Mübeyyin Talimat, s. 437.

<sup>42</sup> Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu*, s. 8/210 vd. Berki, İslam Şeriatinde Kaza Tarihi ve İfta Müessesesi, s. 19.

<sup>43</sup> Erdoğan, "İslam Hukukunda Engelliler: Engelliliğin Fıkhi ve Hukuki Sorunları", s. 170 vd.

<sup>44</sup> Ergin, *Mecelle-i Umur-ı Belediye*, s. 252. Pakalın, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, c.2, s. 120-121. İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1994. Mustafa Şentop, "Kadı", *Encyclopedia of the Ottoman Empire*, Facts on File, 2009, s. 304. Feda Şamil Arık, "Osmanlılarda Kadılık Müessesesi 1", *OTAM*, S. 8 (1997), s. 25 vd.

kaldıran veya azaltan engellerin olmaması gereklidir. Zihinsel engeller genellikle fiil ehliyetini azaltan veya ortadan kaldıran engellerdir. Fiziksel engellerin ise fiil ehliyeti üzerinde etkisi yoktur. Duyusal engeller, fiil ehliyeti için birer ön şart kabul edilmiştir. Bilgin, selahiyet kavramı ile ifade ettiği bu ön şartı, kişinin maddi ve cismani olarak elverişli olması şeklinde tanımlamıştır. Doğuştan sağır, dilsiz, ebleh ve akıl hastası olanlar selahiyete sahip olmadıklarından fiil ehliyetli hale gelmeleri mümkün görülmemiştir.<sup>45</sup>

Atar, konuya ilişkin Maverdi, Ferrā, Gazālī, Kasānī ve Serāhşī gibi âlimlerin eserlerinden hâkimlerde aranan vasıfları özetlemiş ve yedi madde halinde saymıştır. Bu yedi maddeden ikisi engelliliğe ilişkindir. Vasıflar arasındaki akıl vasfı zihinsel engellilik ile duyu organlarının sağlam ve sağlıklı olması ise duyusal engellilik ile ilgilidir.<sup>46</sup> Kaynakların genel olarak fiziksel engellilik ile ilgili bir şarta yer vermediği görülmektedir.

1838 yılında çıkarılan Tarik-i İlmiye'ye Dair Ceza Kanunnamesine yapılan zeyilde kanunname öncesi atanmaların sınava tabi tutulmaları gerekli ise de hâkimler arasında pek çok alil ve ihtiyar var denilerek bundan vazgeçildiği ifade edilmiştir. Alil ve ihtiyar olanların geçim kaynaklarının kalmayacağı gerekçe olarak ileri sürülmüştür.<sup>47</sup> Zeylden anlaşılan hâkimler arasında hasta ve yaşlıların bulunduğu. Hastalığın ve yaşlılığın, hâkimlik için bir engel görülmediği veya görevlerini yapmaya engel derecede olmadığı anlaşılmaktadır.

Mecelle'nin 1794. maddesinde hâkimin temyiz-i tamme muktedir olması gerektiği düzenlenmiştir. Hükümde, küçük ve matuh kişilerin hâkimlik yapmalarının caiz olmadığı belirtilmiştir.<sup>48</sup> Kanun koyucu, bu engellerin iyiyi kötüden tam olarak ayırmaya engel olduğunu kabul etmiştir.

Hâkimlik için tanıklık ehliyetine sahip olmak gerektiği klasik kaynaklarda ifade edilmiştir. Tanıklığa ehil olmayanların, hâkimliğe ehil olmadığı belirtilmiştir.<sup>49</sup> Bu görüş İbn Abidin tarafından, İbn Kemal'e dayandırılarak aktarılmıştır.<sup>50</sup> Mecelle'nin 1686. maddesinde konuşma ve işitme engelli

---

<sup>45</sup> Ahmet Bilgin, *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, Dicle Üniversitesi, 1989, s. 72.

<sup>46</sup> Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, s. 102.

<sup>47</sup> Kanunname ve zeylinin tam metni için bkz. Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmiye'ye Dair Ceza Kanunnamesi", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. XIV, S. 25 (1981), s. 139–61.

<sup>48</sup> Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet, 1982, s. 407. Bilmen, hâkime ilişkin şartlarda Mecelle'nin bu hükmünü tekrar etmiştir. Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, s. 8/210 vd.

<sup>49</sup> Abdullah b. Mahmud Mevsilî, *el-İhtiyar*, çev. Mehmed Keskin, İstanbul: Şamil, 1968, s. 2/98 vd. Hocaeminefendizade Ali Haydar, *Dürrü'l Hükkâm Şerh-i Mecelletü'l Ahkâm*, İstanbul: Hukuk Matbaası, 1330, s. 4/672. "Şahadete ehil olmayan Zeyd kazaya ehil olmaz" fetvası için bkz. Menteshâde Abdürrahim, *Fetâvâ-yi Abdürrahim*, İstanbul: Darü't Tibaatü'l Amire, 1243, s. 414.

<sup>50</sup> İbn-i Abidin, *Reddül Muhtar Ale'd Dürri'l Muhtar*, çev. Mehmet Savaş, İstanbul: Şamil, 1985,

kişilerin tanıklıklarının geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Yani tanıklığı geçersiz olan konuşma ve işitme engelliler, Ali Haydar Efendi'nin kıstasına göre hâkimliğe de ehil değildir.

Hâkimin atanmasında etkili olan niteliklerin kaybedilmesi azil sebebidir.<sup>51</sup> Ali Haydar, hâkimlik mesleğine başlarken sağlıklı olan bir kişinin, görevi sırasında engelli hale gelmesi durumunda, görevinin sona ereceğini belirtmiştir.<sup>52</sup> *Fetâvâyi Hindiyîye'de yer alan görüş de aynı yöndedir. Ayırt etme gücünü veya duyu organlarını kaybeden hâkimin azledileceği belirtilmiştir.*<sup>53</sup> Osmanlı uygulamasında sağlıklı olma şartını kaybetmesi sebebiyle kadıların azledilmesinin nadir görülen bir durum olduğu anlaşılmaktadır. Arşivde konuya ilişkin rastladığımız örnek sayısı oldukça az olduğu gibi, konuya ilişkin çalışmalarda da çok fazla örnek bulunmamaktadır. 16. yüzyılda ilmiye mensuplarını inceleyen Beyazıt, kadıların azil sebepleri arasında sağlık şartının kaybedilmesine yer vermemiştir.<sup>54</sup> 17. yüzyılda Rumeli'yi inceleyen Alan, konuya ilişkin örnekler bulunduğu bahsetmiş ve bir örnek vermiştir.<sup>55</sup> 16. yüzyıl sonlarına ilişkin bir diğer örnekte, görme yetisini kaybettiği iddia edilen kadı hakkında tahkikat yapılması; evrak okumaya engel seviyede olup olmadığının bildirilmesi istenmektedir.<sup>56</sup>

Mecelle'nin 1794. maddesinde sayılan görme ve işitme engelleri ile akıl zayıflığı meydana gelen hâkimin artık hüküm veremeyeceği ifade edilmiştir. Ancak hâkim görevinden alınmadan engeli ortadan kalkarsa, tekrar görevine devam edebilir denmiştir.<sup>57</sup> Şafii görüşü bir defa azledilen hâkimin görev yapabilmesi için tekrar atanması gerektiği yönündedir.<sup>58</sup> Hâkimin niteliklerini kaybetmesi durumunda görevinin kendiliğinden mi sona ereceği yoksa azledilmesi mi gerektiği tartışılmıştır. Bir diğer tartışmalı husus, görevden alınmadan engeli ortadan kalkan hâkimin görevine devam edip edemeyeceğidir. Tartışmalarda her iki yönde görüşler ileri sürülmüştür.

---

s. 12/102.

<sup>51</sup> Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, s. 10.

<sup>52</sup> Hocaeminefendizade Ali Haydar, *Mirkatü'l Mecelle Kitab-ı Sadis-i Aşar*, İstanbul: Mekteb-i Sanayi-i Şahane Matbaası, 1299, s. 7.

<sup>53</sup> *Fetâvâyi Hindiyîye*, Haz. Komisyon, s. 6/245.

<sup>54</sup> Beyazıt, kadıların azil sebeplerine ilişkin istatistiki bilgilere yer vermiş ve % 2,06 gibi küçük oranlara dahi değinmiştir. Yasemin Beyazıt, *Osmanlı İlmiyye Mesleğinde İstihdam (XVI. Yüzyıl)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2014, s. 153-164.

<sup>55</sup> Ercan Alan, *Kadıasker Ruznamçelerine Göre XVII. Yüzyılda Rumeli'de Kadılık Müessesesi, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü*, 2015, s.132.

<sup>56</sup> COA, A.DVNS.MHM.d, 48/425, H.6.10.990.

<sup>57</sup> Ali Haydar, *Mirkatü'l Mecelle Kitab-ı Sadis-i Aşar*, s. 7.

<sup>58</sup> Mustafa El-Hin, Mustafa El-Buğa, Ali Eş-Şerbeci, *Büyük Şafii Fıkhi*, çev. Ali Arslan, Huzur Yayınevi, 1994, s. 243 vd.

30 Temmuz 1914 tarihli Hükkam-ı Şer'inin Evsaf ve İmtiyazatı Hakkında Kanun'un 1. maddesinde kadı olabilmek için aranan nitelikler sayılmıştır. Bu nitelikler arasında doğrudan sağlıklı ve sağlam olmak niteliği yer almamıştır. Ancak Mecelle'nin 1792. ve 1794. maddelerindeki şartları taşımak hükmü vardır.<sup>59</sup>

Hâkimin sağlam ve sağlıklı olması şartını genel olarak değerlendirdiğimizde, kaynakların daha çok duyuşsal engeller üzerinde durdukları görülmektedir. Zihinsel engellerden ise kısaca bahsedilmiş ve tartışılmadan hâkimlik mesleğine engel olduğu belirtilmiştir. Fiziksel engellerin hâkimlik mesleğine engel olduğuna ilişkin bir düşünceye ise kaynaklar yer vermemiştir.

#### 4. Çeşitli engeller ve hâkimlik görevinde etkisi

Engelli kavramını tanımlayan Engelliler Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerdeki kayıplar engellilik sebebi olarak kabul edilmiştir. Yani Kanun, dört engellilik türünden bahsetmektedir. Çalışmamızda zihinsel ve ruhsal engeller aynı başlık altında, duyuşsal engeller ise işitme, görme ve konuşma engelleri olarak alt başlıklar altında ele alınmıştır.

Engellilik, bir veya birden fazla engelin bulunması şeklinde olabilir. Engellilik türleri, hâkimlik mesleğini icra için aranan sağlam ve sağlıklı olma şartı bakımından değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme yapılırken elbette hâkimlik mesleğinin özellikleri dikkate alınmalıdır. Hâkimlik mesleği icra edilirken engellerin, muhakeme gücü, dinleme, soru sorma, keşif yapma ve temsil kabiliyeti gibi kullanılması gereken hususlara etkisi üzerinde durulmalıdır.

##### a. Zihinsel engeller

Zihinsel engeller, hakimlik mesleğine ilişkin en az tartışılan engel türüdür. Hâkimin niteliklerine ilişkin kaynaklar, hâkimin akıl sahibi olması yanında zeki ve feraset sahibi olması gibi ek niteliklerden de bahsetmişlerdir.<sup>60</sup> Bu sebeple zihinsel engelli kimselerin hâkimlik yapması konusu tartışmaya kapalı olmuştur.

*Fetâvâyi Hindiyeye'de, görevi sırasında aklını kaybeden hâkimin azledileceği belirtilmiştir.*<sup>61</sup> Zihinsel engelin, hâkimlik görevine başlanmasına engel olacağı evleviyetle kabul edilmelidir. Zihinsel engel, hâkimlik mesleğinin icrasına doğrudan etki edeceğinden, hangi aşamada olursa olsun göreve engel olacaktır.

Tanıklık ehliyeti şartlarının, hâkim olmak için de gerekli olduğu kaynaklarda yer almıştır. İbn Abidin, bu bilgiyi ifade ettikten sonra, akıllı olmak şartını,

---

<sup>59</sup> Düstur 2/6, "Hükkam-ı Şer'inin Evsaf ve İmtiyazatı Hakkında Kanun", (1914), s. 1028.

<sup>60</sup> Maverdi, 53. İbn Kayyim, Turuk, 4.

<sup>61</sup> *Fetâvâyi Hindiyeye*, Haz. Komisyon, s. 6/245.



tanıklık şartları arasında saymıştır.<sup>62</sup> Akıl hastalığı, Alzheimer gibi bazı zihinsel engeller, temyiz kudretini tamamen ortadan kaldırdığı için,<sup>63</sup> bu tür engellilerin hâkimlik yapması mümkün değildir.

Mecelle, 1794. maddesinde hâkimin temyiz-i tamme; yani iyiyi kötüden tam olarak ayırma gücüne sahip olması gerektiğini düzenlemiştir.<sup>64</sup> Mecelle'nin 1794. maddesinde, matuh kişilerin hâkimlik yapmasının caiz olmadığı düzenlenmiştir. Matuh, bunak<sup>65</sup>, akıl zayıfı<sup>66</sup> gibi anlamlarda yorumlanmıştır. Mecelle'nin bu düzenlemesinden anlaşılan, temyiz kudretini tamamen ortadan kaldırmaya da azalmasına sebep olan engeller, hâkimlik mesleğinin icrasına etki etmektedir.

Yaşlılık ve hastalık sebebiyle sağlıklı düşünemeyen kişilerin hâkimlikten azledilmesi gerektiğini dile getiren İslam hukukçuları vardır.<sup>67</sup> Yargılama görevi de bulunan kazaskerler arasında hastalık, sakatlık ve bunama gerekçeleriyle azledilenler vardır. Müeyyedzade Abdurrahman Efendi'nin Rumeli Kazaskeri iken bunama gerekçesiyle görevden alındığı aktarılmıştır.<sup>68</sup> Şeyhülislam Sadık Mehmed Efendi, işleri yürütecek akıl ve zihin gücü azaldığı için azledilmiştir.<sup>69</sup> Dimağında halel arız olması, dimağ ihtilali ve dimağında fesat olması gibi ifadeler zihinsel engelleri belirten ifadeler olarak kullanılmıştır. İsmailgeçidi kadısı Hüseyin, dimağında halel arız olması sebebiyle değiştirilmiştir.<sup>70</sup>

Mecelle'nin 944. maddesinde akıl hastalarını sürekli ayırt etme gücünden yoksun olanlar ve bazen ayırt etme gücünden yoksun olanlar şeklinde ayırmıştır. Ayırt etme gücünden sürekli yoksun olmayanların, sağlıklı dönemlerindeki tasarruflarının tam fiil ehliyetine sahip kişilerin tasarrufları gibi olacağı 980. maddede düzenlenmiştir. Sadece nöbetleri sırasında ehliyetlerini kaybeden, diğer zamanlarda ise tam fiil ehliyetine sahip olan epilepsi hastalarını, temyiz kudretinde azalma olan diğer hastalardan ayrı değerlendirmek gereklidir. Nöbet sıklığına göre bir değerlendirme yapmak gerekli olmakla birlikte kanaatimiz epilepsinin hâkimlik mesleğini icra bakımından bir engel oluşturmadığı yönündedir.

<sup>62</sup> İbn-i Abidin, *Reddül Muhtar*, s. 12/99.

<sup>63</sup> Erdoğan, "İslam Hukukunda Engelliler: Engelliliğin Fikhi ve Hukuki Sorunları", s. 170.

<sup>64</sup> Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 407.

<sup>65</sup> Berki, *Açıklamalı Mecelle*, s. 407. Bilgin, aptallık, delilik ve budalalık gibi durumların akıl zayıflığı olduğunu ifade etmiştir. İdiot, embesil ve debilin budalalık kapsamında olduğunu belirtmiştir. Sağır, dilsiz ve körlerin ise akıl zayıfı olmadıkları vurgulanmıştır. Bilgin, *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, s. 128–29.

<sup>66</sup> Ali Haydar, *Dürrü'l Hükkâm Şerh-i Mecelletü'l Ahkâm*, s. 4/672.

<sup>67</sup> El-Hin, El-Buğa, Eş-Şerbeci, *Büyük Şafii Fıkhi*, s. 243 vd.

<sup>68</sup> Mustafa Şentop, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2005, s. 77–78.

<sup>69</sup> İlmiyye Salnamesi, s. 401.

<sup>70</sup> MA, RKR, 210/33, s.6'dan aktaran Alan, *Kadiasker Ruznamçelerine Göre XVII. Yüzyılda Rumeli'de Kadılık Müessesesi*, s.132.

## b. Fiziksel engeller

Kaynaklarda hâkimlerin vasıfları arasında fiziksel engelli olmamak şartına yer verilmediği için, fiziksel engelliler İslam ve Osmanlı hukukunda hâkimlik yapabilmesi en olası engelli sınıfı olarak görünmektedir. Fiziksel engelli bir kişi, hâkimlerin nitelikleri arasında sayılan akıl sahibi olma ve duyuşal engeli olmama şartlarına sahip olduğunda, teorik olarak hâkimlik niteliğini haiz olmaktadır.

Nebhan, hâkimlik görevi için duyuların sağlam olması gerektiğini; ancak azaların sağlam ve sağlıklı olmasının şart olmadığını belirtmiştir.<sup>71</sup> Osmanlı uygulamasında bazı kadınların fiziksel engelli olarak görev yaptıklarına ilişkin bilgilere rastlanmaktadır. Örneğin İzari Çelebi hakkında total olduğu ve 1523 yılında kadı iken vefat ettiği bilgisi verilmiştir.<sup>72</sup> Daha çok şairlik yönü ön plana çıkan Filibeli Abdurrahman Vecdi'nin, "total kadı" lakabıyla tanındığı kaynaklarda yer almaktadır. 1599 yılında vefat eden Vecdi, çeşitli şehirlerde müderrislik ve kadılık görevleri yapmıştır.<sup>73</sup> Vecdi'nin dâü'l-fil; yani cüzzam hastalığı sebebiyle bu lakabı aldığı düşünülmektedir.

Şeyhülislamıardan Hanefi Mehmed Efendi, yaşı ilerlediği ve vücudu zayıf kaldığı gerekçesiyle azledilmiştir.<sup>74</sup> Altunsu, azil sebeplerini sayarken sağır olmasını da bu sebeplere eklemiştir.<sup>75</sup> İlmiye mensubu olması sebebiyle yer verdiğimiz Hanefi Mehmed Efendi örneğinde, görevi yapmaya engel derecede bir engellilik hali yanında duyuşal engelinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Yani şeyhülislamın azli sadece fiziksel engeli ile ilgili görünmemektedir. Benzer şekilde Anadolu Kazaskeri Şaban Efendi, yaşı ve malul olduğu gerekçesiyle görevden alınmış, yerine bir başkası atanmıştır.<sup>76</sup>

Ruznamçelerde ve mülâzemet defterlerinde, hâkim adaylarının fiziksel görünüşlerine dair bilgiler yer almıştır. Adayların ellerinde ve yüzlerinde bulunan yaralardan kayıtlarda bahsedilmiştir.<sup>77</sup> Elde veya yüzde yara izi gibi fiziksel görünüşe ilişkin durumların hâkimlik mesleğine kabul için engel oluşturmadığı anlaşılmaktadır.

---

<sup>71</sup> Muhammed Faruk Nebhan, İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları, çev. Servet Armağan, Sönmez Neşriyat, 1980, s. 567.

<sup>72</sup> Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, s. 3/733.

<sup>73</sup> Hasan Kavruk, Bahir Selçuk, *Filibeli Vecdî ve Dîvân'ı*, Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2017.

<sup>74</sup> İlmiyye Salnamesi, s. 385. Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, s. 605.

<sup>75</sup> Abdülkadir Altunsu, *Osmanlı Şeyhülislamı*, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1972, s. 86.

<sup>76</sup> COA, C.ADL, 75/4532, H.25.06.1140.

<sup>77</sup> Zeynep Ayhün Özbek, *1-2 Nolu Mülazemet Defteri (Tahlil ve Değerlendirme)*, Marmara Üniversitesi, 2006, s. 64–65. Esra Evsen, *Osmanlı İlmiye Teşkilatında Mülazemet Sistemi (18. Yüzyıl Örneği)*, Marmara Üniversitesi, 2009, s. 37. Hacer Yetim, *1217-1224 Tarihli Mülazemet Defterleri ve Mülazemet Sistemi*, Marmara Üniversitesi, 2009, s. 31.

Osmanlılara ilişkin çeşitli kaynaklarda, kadıların da lakaplarıyla anıldıkları örnekler vardır. III. Murad dönemi kadılarından Bezmi Abdullah Çelebi, “topal kadı” lakabıyla tanınmıştır.<sup>78</sup> Aynı zamanda divan şairi olan Abdullah Çelebi, ilim ve irfan sahibi, yetenekli bir kişi olarak tasvir edilmiştir.<sup>79</sup> Uzunçarşılı, 17. yüzyıl ortalarında kadılıktan müderrisliğe geçen Mustafa Efendi’nin Kadı Topal Mustafa olarak tanındığından bahsetmektedir.<sup>80</sup> Aksaklığı sebebiyle topal lakabıyla tanınan şeyhülislam Ataullah Mehmed Efendi, Galata, Mekke ve İstanbul kadılıkları yapmıştır.<sup>81</sup>

Günümüzde fiziksel engellilerin hâkimlik yapması konusundaki düzenleme yoruma açıktır. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu 9/A hükmünde, mülakatta ilgilinin genel ve fiziki görünümünün mesleğe uygunluğunun da değerlendirileceği düzenlenmiştir. Bu değerlendirmede yüzde veya vücudun sair yerlerinde yer alan sabit izlerin nasıl değerlendirileceği, Mülakat Kurulu’nun takdirine bırakılmıştır. Kurulun bu gerekçelerle adaylara düşük puanlar vermeleri yetkileri dâhilindedir.

Osmanlı Devleti’nde, fiziksel engellerin kadılık mesleğini yapmaya engel olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Yine günümüzde Mülakat Kurulu’nun takdirine bırakılan fiziksel görünüş konusunda rastlanılan örnekler, Osmanlıların günümüzü aşan bir genişlikle konuya yaklaştıklarını ve vücutlarında kalıcı iz bulunan kişilerin de kadılık yapabildiği anlaşılmaktadır.

### c. Duyusal engeller

#### Genel olarak

İslam hukukunda mesleğin icrası için hâkimin duyu organlarının sağlam ve sıhhatli olması şartı yer almaktadır.<sup>82</sup> İzmirli İsmail Hakkı da “*kadıda selameti havas şarttır*” diyerek, hâkimin duyu organlarında eksiklik olmaması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>83</sup> Maverdi, yargılama sırasında, haklı ve haksız tarafın, doğru ile yalanın, ikrarın ve inkârın, görme ve işitme duyu organları ile anlaşılabilirliğini söylemektedir.<sup>84</sup> Berki de görme, konuşma ve işitme yeteneğinden yoksun olanların hâkim olamayacaklarını tekrar etmiştir.<sup>85</sup>

---

<sup>78</sup> Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, s. 372.

<sup>79</sup> İsmail Hakkı Aksoyak, “Bezmi, Dervişzade Kadı Bezmi Abdullah Çelebi”, *Türk Edebiyatı İsimler Sözlüğü*, 2015, <http://www.turkedebiyatisimlersozlugu.com/index.php?sayfa=detay&detay=7223>.

<sup>80</sup> İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi*, Ankara: *Türk Tarih Kurumu*, 1988, c.3, s.540.

<sup>81</sup> Mehmet İpşirli, “Atâullah Mehmed Efendi, Topal”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1991, C. 4, s.47.

<sup>82</sup> Aydın, “Hâkimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, s. 39–150.

<sup>83</sup> İsmail Hakkı, *Kitabü'l İfta ve'l Kaza*, s. 8.

<sup>84</sup> Ebu'l-Hasan Maverdi, *El Ahkamü's Sultaniyye*, İstanbul: Bedir Yayınevi, 1976, s. 75.

<sup>85</sup> Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku 1*, Ankara: Diyanet İşleri Reisliği, 1955, s. 39.

Şafiler ve Hanbeliler, hâkimin işitme, görme ve konuşma engeli olmaması gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>86</sup> Yani Hanefi hukukçular gibi Şafii ve Hanbeli hukukçuların çoğunluğu, hâkimin duyularının sağlam ve sağlıklı olması gerektiğinde hemfikirdir.

#### **d. İşitme engeli**

İşitme engelinin hâkimlik mesleği için bir mani teşkil edip etmediği ve kısmi işitme engelinin hâkimlik mesleğine etkisi hakkında, olumlu ve olumsuz görüşler ortaya atılmıştır. İşitme engelli kişinin hâkimlik yapamayacağını savunan görüşler ağırlıktadır. Hanefi okulunun klasik kaynaklarından *el-İhtiyar'da işitme engelli bir kişinin tarafları ayırt edebileceğinden bahisle kadılık yapabileceğini kabul edenler olduğunu belirtmektedir. Ancak kişinin ikrarını duyamaması durumunda hak kaybına sebep olacağı düşüncesiyle kadılık yapamayacağını düşünenler olduğu da aktarılmıştır.*<sup>87</sup>

İşitme duyusu, hâkimlik için önemli şartlardan biri olarak kabul edilmiştir. Diğer organlarının ve duyularının sağlam olması durumunda dahi, işitme engelli kişinin hâkimlik yapamayacağı kabul edilmiştir.<sup>88</sup> Davacı ve davalıyı hiçbir şekilde duyamayacak olanlara, hâkimlik görevinin verilmesinin caiz olmadığı, fetvalarda yer almıştır.<sup>89</sup>

İşitme engelli bir kişinin hâkimlik yapıp yapamayacağı konusunda, işitme kaybı seviyesine göre farklı görüşler olduğu görülmektedir. İbn Abidin, işitme yeteneği hiç olmayan kişilerin hâkimlik yapamayacağını; kısmi işitme kaybı olan kişilerin durumunun ise tartışmalı olduğunu belirtmiştir. İşitme engelli kişinin, davanın taraflarını ayırt edebileceği belirtilmiş; bu sebeple hâkimlik yapmasının mümkün olduğu dile getirilmiştir.<sup>90</sup>

Berki, hâkimlik mesleğine engel arızaları sayarken, yüksek sesi işitemeyecek bir seviyeden bahsetmiştir.<sup>91</sup> Bu görüş Mecelle hükmü ile uyumludur. Mecelle'nin 1794. maddesinde, tarafların yüksek sesli konuşmalarını duyamayan kişilerin hâkimlik yapmasının caiz olmadığı hükmü yer almıştır. İşitme engelinin derecesine göre farklı görüşler ortaya çıktığı görülmektedir. Kısmi bir işitme engeline sahip olanların hâkimlik mesleğini icra etmesine, daha olumlu yaklaşmıştır.

---

<sup>86</sup> Bilmen, *Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu*, s. 8/216-217.

<sup>87</sup> İşitme engelinin kadılığının caiz olmadığını düşünenler, ilk ikrarın duyulmaması sonrası ikrar edenin ikrarından dönmesi durumunda hak kaybı olacağını belirtmişlerdir. Mevsîfî, *el-İhtiyar*, s. 2/98 vd. Konuya ilişkin Şafii okulunun görüşü de Hanefi okulu ile benzerdir. El-Hin, El-Buğa, Eş-Şerbeci, *Büyük Şafii Fıkhi*, s. 243 vd.

<sup>88</sup> Maverdi, *El Ahkamu's Sultaniyye*, s. 75.

<sup>89</sup> Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, ed. Süleyman Kaya vd., İstanbul: Klasik, 2011, s. 435.

<sup>90</sup> İbn-i Abidin, *Reddül Muhtar*.

<sup>91</sup> Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku 1*, s. 39.

Fetvalarda sağır olarak ifade edilen, tam duymayan kişiye nazaran, kısmi duyma yeteneği olan atraşlardan bahsedilmiştir. Yüksek sesle konuşulanları duyabilen atraşın, hâkim olabileceği kabul edilmiştir.<sup>92</sup>

18. yüzyıl ortasında vefat etmiş olan Sıdkî Abdullah Efendi'nin meşhur bir kadı olup, işitme engelli olduğu bilgisi aktarılmıştır.<sup>93</sup> Sıdkî Efendi'ye ilişkin tasavvuf kaynaklarında bir derviş hikâyesi ile divan şairi olması hasebiyle edebiyat kaynaklarında bilgilere rastlanmaktadır. İşitme engelli olduğu fakat geniş bilgili, dürüst, basiretli bir kişi olduğu bilgileri verilmiştir.<sup>94</sup>

#### e. Görme engeli

Görme engelinin hâkimlik mesleğini yapmaya engel olacağı, ağırlıklı olarak tercih edilen görüştür. Görme engelli kişinin hâkimlik yapamayacağı, fetvalarda yer almıştır.<sup>95</sup> Abdürrahim Efendi, âmâ olan bir kişinin kadılık yapmasının caiz olmayacağını belirtmiştir.<sup>96</sup> Görme engeli, tanıklık ehliyetinin de şartlarındandır. Dolayısıyla hâkimlik mesleğini yapabilmek için görüyor olmak şarttır.<sup>97</sup>

*Fetâvâyi Hindiyîye'de hâkimlik yapacak kişilerde bulunması gereken şartlar sayılırken, "iki gözü kör olmamak" ifadesi kullanılmıştır.*<sup>98</sup> Bu ifadenin mefhumu muhalifinden anlaşılan, tek gözü görenlerin hâkim olmalarının mümkün olduğudur. Görme engelinin kadılık yapamayacağı görüşü, tarafları ayırt edememesi ve sesleri karıştırma ihtimali olması savlarıyla ileri sürülmüştür.<sup>99</sup> Tek gözü gören bir kişinin tarafları ayırt etmesi mümkün olduğundan, kadılık için aranan şartı bu açıdan taşıdığı söylenebilir. Osmanlı uygulamasında "Kör Tahsin" lakabıyla tanınan, çeşitli şehirlerde kadılık yapmış ve Rumeli kazaskerliğine kadar yükselmiş olan Tahsin Hasan Bey'in bir gözü görmediği için bu lakapla anıldığı ifade edilmiştir.<sup>100</sup>

Şuayb Peygamberin görme bozuklukları olmasından yola çıkarak, görme engelli kişilerin hâkimlik yapabileceğini kabul eden bazı Şafii âlimler vardır. Ancak çoğunluk görme engellilerin hâkimlik yapamayacağını savunmuştur.<sup>101</sup>

<sup>92</sup> *Fetâvâyi Hindiyîye*, Haz. Komisyon, s. 6/219. Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, s. 435.

<sup>93</sup> Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, s. 1505.

<sup>94</sup> Mehmet Akçara, "Abdullah Sıdkî Efendi", *Türk Edebiyatı İsimler Sözlüğü*, 2015, <http://www.turkedebiyatisimlersoziugu.com/index.php?sayfa=detay&detay=6688>.

<sup>95</sup> Çatalcalı Ali Efendi, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, ed. H. Necati Demirtaş, İstanbul: Kubbealtı, 2014, s. 1/564.

<sup>96</sup> Menteşzâde Abdürrahim, *Fetâvâ-yi Abdürrahim*, s. 414.

<sup>97</sup> Mevsilî, *el-İhtiyar*, s. 2/98 vd. İbn-i Abidin, *Reddül Muhtar*, s. 12/99.

<sup>98</sup> *Fetâvâyi Hindiyîye*, Haz. Komisyon, s. 6/219.

<sup>99</sup> Mevsilî, *el-İhtiyar*, s. 2/98 vd. El-Hin, El-Buğa, Eş-Şerbeci, *Büyük Şafii Fıkhı*, s. 243 vd.

<sup>100</sup> Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, s. 1619.

<sup>101</sup> Adnan Koşum, *İslam Hukuk Doktrininde Yargı Hataları*, Isparta: Fakülte Kitabevi, 2004, s. 42.

İmam Malik de görme engelli bir kişinin hâkimlik yapabileceği görüşünü savunan az sayıda âlim arasındadır.<sup>102</sup>

Osmanlı Devleti'nde yargı yetkisi bulunan bir kurum olan Meclis-i Vâlâ'da<sup>103</sup> üyelik yapmış Şerif Mehmed Paşa'nın gözlerinin görmediği bilgisi *Sicill-i Osmanî'de yer almıştır*.<sup>104</sup> Bu kişinin görevi sırasında da görme engelli olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Elmalı Kadısı iken vefat eden Nami Cafer'in de a'ma olduğu kayıtlarda yer almıştır.<sup>105</sup>

Görevi sırasında görme yetisini kaybeden hâkim, azledilmiş sayılır. Görme yetisini kaybeden hâkimin gözleri iyileşirse, bu durumda görevine devam edebilir.<sup>106</sup> Bir fetva örneğinde, naip atamaya yetkili kadının, görme engeli oluştuktan sonra naibi tarafından verilen hükmün durumu değerlendirilmiştir. Aleyhine karar verilen taraf, "görme engelli bir kişi hâkimlik yapamayacağından, onun naibinin verdiği karar geçersizdir" iddiasında bulunmuştur. Ancak bu iddianın yerinde olmadığı ve kararın uygulanacağı, fetvada belirtilmiştir.<sup>107</sup> Bu örnekte, görme engelli kişinin hâkimlik yapamayacağını gerekçe olarak ileri sürmesi dikkate şayandır. Halkın bu konudaki görüşü bildiği ve bunu iddiasına delil olarak kullandığı anlaşılmaktadır. Yani görme engelli bir kişinin hâkimlik yapamayacağı bilgisi, halka inmiş yaygın bir bilgidir.

Osmanlı uygulamasından 16. yüzyıl sonlarına ait bir örnekte, gözlerinin görmediği iddia edilen Konya kadısı Kuddusi hakkında, Divan'dan yerel yöneticilere bir yazı gönderilmiştir. Yazıda yöneticilerin bir camide toplanıp gönderilen belgeyi kadiya okutmaları, okuyup okuyamadığı bilgisinin merkeze bildirilmesi talebi yer almıştır.<sup>108</sup> Yazının cevabına ve yapılan muameleye ilişkin başka bir bilgiye rastlanmamıştır. Ancak yazıları okuyamayacak seviyede gözleri görmeyen kadıların azledildiği anlaşılmaktadır. Bir başka örnekte müderrislik ve kadılık görevli yapmış olan Yenişehirli Hasan Efendi'nin kör olması sebebiyle emekli edildiğinden bahsedilmektedir.<sup>109</sup>

<sup>102</sup> Maverdi, *El Ahkamu's Sultaniyye*, s. 75.

<sup>103</sup> Ayhan Ceylan, "Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye'de Yargı", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1–2 (2004), s. 23–48. Şerif Mehmed Paşa'nın vezirlikle Meclis-i Vala üyeliğine atandığına dair kayıt için bkz. COA, A.DVN.MHM, 8/53, H.20.7.1266. Bursa Valiliği sonrası ikinci kez Meclis-i Vala üyeliğine atanma kaydı için bkz. COA, A.DVN.MHM, 9/68, H.20.6.1268.

<sup>104</sup> Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, s. 1590.

<sup>105</sup> Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, s. 1228.

<sup>106</sup> *Fetâvâyi Hindiyeye*, Haz. Komisyon, s. 6/245.

<sup>107</sup> Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, *Behcetü'l-Fetâvâ*, s. 435.

<sup>108</sup> COA, A.DVNS.MHM.d, 48/425, H.6.10.990.

<sup>109</sup> Mehmed Süreyya, *Sicill-i Osmanî*, s. 616.

Görme engellilerin hâkimlik yapamayacağı yönündeki baskın görüşe karşın, hâkimlik yapabileceklerini düşünen İslam hukukçuları da olmuştur. Osmanlı uygulamasında tek gözü gören veya görme yetisini kısmen kaybedenlerin hâkimlik yapabildikleri anlaşılmaktadır.

#### f. Konuşma engeli

Konuşma engeli olanların hâkimlik mesleğini yapamayacaklarını ileri sürenler olmuştur. Berki, dilsizlik olarak ifade ettiği konuşamamayı, hâkimlik için bir engel kabul etmiştir.<sup>110</sup> Ali Haydar Efendi, Mecelle düzenlemesinde yer almayan konuşma engelli kimseleri, hâkimliği caiz olmayan kişiler arasına eklemiştir.<sup>111</sup> *Fetâvâyi Hindîyye’de doğuştan işitme engelli olduğu için konuşamayan ahrasın hâkim olamayacağı belirtilmiştir.*<sup>112</sup>

İbn Abidin, konuşma engelinin fetva vermeye engel olmadığını; ancak yargılamaya engel olduğunu belirtmiştir. Buna sebep olarak, müftinin işaretlerinin yeterli olabileceğini; ama hâkimin işaretle yetinmesinin mümkün olmadığını göstermiştir. Hâkim hüküm verirken, belirli zaman kalıpları kullanmak zorundadır. Bunu yapabilmesi için konuşma yeteneğine sahip olması şarttır.<sup>113</sup> İzmirli İsmail Hakkı da kadı olma şartlarının müfti olma şartlarından daha ağır olduğunu, dilsizin müfti olabileceğini ancak kadı olamayacağını belirtmiştir.<sup>114</sup>

Konuşma engeli konusundaki hükümler, tam konuşma kaybı olanlar hakkındadır. Konuşma engeli olmayıp konuşma bozukluğu olanlar konusunda bir hüküm bulunmadığından, göreve engel olup olmayacağını değerlendirmek gerekecektir.

### SONUÇ

Yeryüzünün kadim mesleklerinden olan hâkimlik mesleği, insanların genellikle rağbet ettiği bir meslek olmuştur. Bu nedenle hâkimler, belirli niteliklere sahip insanlar arasından tercih edilmiştir. Aranan niteliklerden bazıları hâkimlik için elzem görülürken, bazı nitelikler üzerinde fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Hâkimlerin özellikle fiziksel açıdan sağlam ve sağlıklı olmaları, günümüzde tartışmalara konu olan niteliklerden bir tanesidir.

Türk hukukunda hâkim ve savcılarının mesleğe kabulünde, adaylık süreçlerinde ve mesleğin devamı sırasında, görevlerini yapmasına engel olacak engelliliği bulunmamak hükmü yer almaktadır. Bazı engellerin değerlendirilmesi, Mülakat Kurulu’nun takdirine bırakılmıştır. Engellilerin hâkimlik mesleğine

<sup>110</sup> Berki, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku 1*, s. 39.

<sup>111</sup> Ali Haydar, *Dürrü’l Hükkâm Şerh-i Mecelletü’l Ahkâm*, s. 4/672.

<sup>112</sup> *Fetâvâyi Hindîyye*, Haz. Komisyon, s. 6/219.

<sup>113</sup> İbn-i Abidin, *Reddül Muhtar*, s. 12/113.

<sup>114</sup> İzmirli İsmail Hakkı, *Kitabü’l İfta ve’l Kaza*, s. 8.

girişi önünde yer alan yasal engellerin kaldırılması tartışmalara konu olmuş ve bu konuda bir takım girişimler yapılmıştır.<sup>115</sup>

Engellilerin hâkimlik mesleğine girişi önündeki bu engel ne kadar eskidir? Bu çalışma Osmanlı hukukunda engellilerin hâkimlik mesleğini icra etmelerine ilişkin yaklaşımı ortaya koymaya çalışmıştır. Bu yaklaşım, Osmanlıdan günümüze ne kadar ilerleme kaydettiğimizi göstermektedir.

Hâkimlik mesleğinin özelliği gereği, bazı engellerle bu mesleğin yürütülmesi mümkün görülmemiştir. Osmanlı teorisinde ve uygulamasında engel türleri ayrı ayrı ele alınıp değerlendirilmiştir. İslam-Osmanlı hukuku kaynaklarında, hâkimlerin nitelikleri konusu değerlendirilirken, engellilik bakımından duysal engeller hususuna yoğun olarak temas edilmiş, fiziksel ve zihinsel engeller üzerinde çok fazla durulmamıştır. Bu yaklaşımın sebebi, duysal engelleri değerlendirmenin daha önemli görülmesidir.

Osmanlı teorisinde zihinsel engelli bir bireyin hâkimlik mesleğini yapması tartışma konusu dahi yapılmamış, bu konudaki hükmün açık olduğu düşünülmüştür. Ayırt etme gücünü tamamen ortadan kaldırmayan, kısa süreli bilinç kayıplarına sebep olan epilepsi gibi hastalıkların hâkimlik mesleğine engel olup olmayacağı hususunda analizler yapılması gereklidir.

Fiziksel engeller hâkimlik mesleğine engel görülmediğinden, İslam hukuku doktrininde bu konuya da az temas edilmiştir. Bazı kısa temaslarda fiziksel engelli kişilerin hâkimlik yapabileceği belirtilmiştir. Fiziksel engeli olduğu halde hâkimlik görevine kabul edilmiş örneklere Osmanlı uygulamasında rastlanmaktadır.

İslam hukuku kaynakları ve Osmanlıda fetva mecmuaları en çok hâkimin duyu organlarının sağlam ve sağlıklı olması üzerinde durmuştur. Hâkimin görme, işitme ve konuşma duyularının sağlam ve sağlıklı olması gerektiği kaynaklarda sürekli tekrar edilmiştir. Yine de bu engellerin, hâkimin görevini icrasına etki edip etmediği üzerinde durulmuştur. Kişinin görevini yapmasına engel olmayacak derecedeki görme ve işitme kayıpları ile mesleğe kabul edilebileceği üzerinde durulmuştur.

Sonuç olarak Osmanlılar, engellileri hâkimlik mesleğine kabul konusunda daha az engel çıkarmışlardır. Engellilerin hâkimlik yapabileceğine ilişkin görüşler teoride kalmamış, uygulamaya da yansımıştır. Osmanlılar bu yaklaşım ile günümüzü aşan bir uygulamaya sahip olmuşlardır.

---

<sup>115</sup> Milletvekilliği de yapmış olan Türkiye Beyazay Derneği Genel Başkanı Lokman Ayva, dünyada görme engellilerin hâkimlik yapabildiklerini, bu konudaki yasağın kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir. Kendisi de görme engelli olan Ayva, iki dönem hâkimlerin uygulayacağı kanunu yaptığini; görme engellilerin doğru ile yanlış ayırt edebileceğini belirterek, engellerin kaldırılmasını savunmuştur. "Görme engellilerden 'hâkim' tepkisi", <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/gorme-engellilerden-hakim-tepkisi-40702293>, 07.01.2018.



Günümüzde engellilerin hâkimlik mesleğine girişinden önce, meslekte engelli olanlara ilişkin kanun değişikliklerine ihtiyaç vardır. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda özellikle adayların görevine son verilmesine ilişkin 12/b ve hâkim ve savcılarının görevlerinin sona ermesine ilişkin 53/c bentlerinde değişiklikler yapılmalıdır. Her sağlıklı insanın bir engelli adayı olduğu düşünüldüğünde, engelli duruma gelen adayın veya hâkim ve savcının görevinin son bulması, hukuki, ahlaki, sosyal pek çok açıdan uygun değildir. Engellerin muhakeme gücüne etkisi değerlendirilerek karar alınmalıdır.

2802 sayılı Kanunda, adaylara ve meslektekilere yönelik değişikliklerden sonra, mesleğe kabule ilişkin aranan niteliklerde değişiklik yapılması mümkündür. Özellikle fiziksel engeller ve farklı görünüş hususlarında, insan onuruna yaraşır bir bakış açısı yakalanmalıdır.

#### KAYNAKLAR

- ACAR H. İbrahim, "Özür", *TDV İslam Ansiklopedisi*, 2007, C. 34, s. 134–35.
- AĞAOĞLU Reşat Ahmet, "Hadisler Işığında İstihdam Anlamında Engellilere Yönelik Tutum", *Kilis 7 Aralık Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 10 (2019), s. 273–89.
- AHMED CEVDET PAŞA, *Tezakir-i Cevdet*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1960.
- AKÇARA Mehmet, "Abdullah Sıdkî Efendi", *Türk Edebiyatı İsimler Sözlüğü*, 2015, <http://www.turkedebiyatisimlersozlugu.com/index.php?sayfa=detay&detay=6688>.
- AKSOYAK İsmail Hakkı, "Bezmi, Dervişzade Kadı Bezmi Abdullah Çelebi", *Türk Edebiyatı İsimler Sözlüğü*, 2015, <http://www.turkedebiyatisimlersozlugu.com/index.php?sayfa=detay&detay=7223>.
- ALAN Ercan, *Kadıasker Ruznamçelerine Göre XVII. Yüzyılda Rumeli'de Kadılık Müessesesi, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, 2015.*
- ALİ HAYDAR Hocaeminefendizade, *Dürerü'l Hükkâm Şerh-i Mecelletü'l Ahkâm*, İstanbul: Hukuk Matbaası, 1330.
- — —, *Mirkatü'l Mecelle Kitab-ı Sadis-i Aşar*, İstanbul: Mekteb-i Sanayi-i Şahane Matbaası, 1299.
- ALTUNSU Abdülkadir, *Osmanlı Şeyhülislamı*, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1972.
- ARIK Feda Şamil, "Osmanlılarda Kadılık Müessesesi 1", *OTAM*, S. 8 (1997), s. 1–71.
- ATAR Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1991.

AYDIN Melikşah, “Hakimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, *Selcuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2 (2017), s. 139–70, doi:10.15337/suhfd.363910.

AYHÜN ÖZBEK Zeynep, *1-2 Nolu Mülazemet Defteri (Tahlil ve Değerlendirme)*, Marmara Üniversitesi, 2006.

AYKANAT Mehmet, “Klasik Dönemde Osmanlı Devletinde Hakim Adaylığı: Mülazemet”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 34 (2018), s. 165–88.

BAHADIROĞLU Yavuz, “Engellilere Osmanlı Yaklaşımı”, *Yeni Akit*, (12.2013).

BEYAZIT Yasemin, “Kadiasker Ruznamçelerinde Tipoloji ve Yeterlik”, *Prof. Dr. Özer Ergenç Armağanı*, 2013, s. 97-112.

— — —, *Osmanlı İlimiye Mesleğinde İstihdam(XVI. Yüzyıl)*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2014.

*Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi (COA), Ali Emiri Ahmed III (AE.SAMD.III), 115/11299, H.10.2.1139.*

*Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi (COA), Cevdet Adliye (C.ADL), 75/4532, H.25.06.1140.*

*Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi (COA), Maarif Nezareti Mektubi Kalemi (MF.MKT), 819/27, H.9.10.1322.*

*Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi (COA), Mühimme Defterleri (A.DVNS.MHM.d), 25/1457, H.20.1.982.*

*Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi (COA), Mühimme Defterleri (A.DVNS.MHM.d), 48/425, H.6.10.990.*

*Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi (COA), Mühimme Kalemi Belgeleri (A.DVN.MHM), 8/53, H.20.7.1266.*

*Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi (COA), Mühimme Kalemi Belgeleri (A.DVN.MHM), 9/68, H.20.6.1268.*

BERKİ Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet, 1982.

— — —, *Hukuk Tarihinden İslam Hukuku 1*, Ankara: Diyanet İşleri Reisliği, 1955.

— — —, *İslam Şariatinde Kaza Tarihi ve İfta Müessesesi*, Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1962.

BİLGİN Ahmet, *İslam Hukukunda Gerçek Kişilerin Ehliyeti*, Dicle Üniversitesi, 1989.

BİLMEN Ömer Nasuhi, *Hukukî İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1967.

ÇADIRCI Musa, “Tanzimat’ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmiyye’ye Dair Ceza Kanunnamesi”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C. XIV, S. 25 (1981), s. 139–61.

ÇAKMAK Münci N., “Amerika Birleşik Devletleri’ndeki Engelli Tanımı Hakkında Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 2 (2008), s. 51–62.

ÇATALCALI ALİ EFENDİ, *Fetâvâ-yı Ali Efendi*, ed. H. Necati Demirtaş, İstanbul: Kubbealtı, 2014.

CEYLAN Ayhan, “Meclis-i Vala-yı Ahkam-ı Adliye’de Yargı”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, S. 1–2 (2004), s. 23–48.

DÜSTUR 1/5, Küçük Zabitan ve Neferatın Tekâüde İstihkak Veren İlet ve Sakatlıklarını Mübeyyin Talimat (1886).

DÜSTUR 2/6, Hükkam-ı Şer’inin Evsaf ve İmtiyazatı Hakkında Kanun (1914).

EKİNCİ Ekrem Buğra, “Osmanlı Sarayı’nda Engelliler ve Dilsiz Dili”, *Türkiye Gazetesi*, (08.2017).

EL-HIN Mustafa, Mustafa EL-BUĞA, Ali EŞ-ŞERBECİ, *Büyük Şafii Fıkhı*, çev. Ali Arslan, Huzur Yayınevi, 1994.

“Engelliler Hakkında Kanun”, *Resmi Gazete*, Sayı 25868, (07.07.2005).

ERDOĞAN Mehmet, “İslam Hukukunda Engelliler: Engelliliğin Fıkhî ve Hukukî Sorunları”, *Din, Felsefe ve Bilim Işığında Engelli Olmak ve Sorunları Sempozyumu*, İstanbul, 2012.

ERDÖL Cevdet, “Osmanlı’nın Engellilere Verdiği Önem Arşiv Belgelerinde”, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/prof-dr-cevdet-erdol-osmanlinin-engellilere-verdigi-onem-arsiv-belgelerinde/1327912>, E.T. 15.10.2019.

ERGİN Osman Nuri, *Mecelle-i Umur-ı Belediyye*, İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür İşleri Daire Başkanlığı Yayınları, 1995.

ERKEN Belemir, *Dil Sükûтта Eller İcraatta: Osmanlı Sarayında ve Toplumunda Dilsizler*, Ordu Üniversitesi, 2015.

ESER Mithat, *Engelli Sahabiler*, İstanbul: Nesil, 2013.

EVSEN Esra, *Osmanlı İlmiye Teşkilatında Mülazemet Sistemi (18. Yüzyıl Örneği)*, Marmara Üniversitesi, 2009.

*Fetâvâyı Hindiyeye*, Haz. Komisyon, çev. Mustafa Efe, İstanbul: Huzur, 2004.

GEDİKLİ Fethi, “Kazâ”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 2002, C. 25, s. 117–19.

“Görme engellilerden ‘hâkim’ tepkisi”, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/gorme-engellilerden-hakim-tepkisi-40702293>, 07.01.2018.

GÜNAY Nejla, “Osmanlı Devleti’nde Engellilerin İstihdamı ve Saray Teşkilatında Dilsizler”, *International Journal of Cultural and Social Studies*, C. 2, S. 1 (2016), s. 62–73.

GÜNDOĞDU İsmail, “Osmanlı Tarihi Kaynaklarından Kazaskerlik Rûznâmçe Defterleri ve Önemi”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C. 6, S. 2 (2009), s. 697–722.

“Hakimler ve Savcılar Kanunu”, *Resmi Gazete*, Sayı 17971, (26.02.1983).

İBN-İ ABİDİN, *Reddül Muhtar Ale'd Dürri'l Muhtar*, çev. Mehmet Savaş, İstanbul: Şamil, 1985.

*İlmiyye Salnamesi*, İşaret Yayınları, 2006.

İPŞİRLİ Mehmet, “Atâullah Mehmed Efendi, Topal”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1991, C.4.

İSMAİL HAKKI İzmirli, *Kitabü'l İfta ve'l Kaza*, Evkaf Matbaası, 1336.

KARAMAN Hayreddin vd., *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2014.

KAVRUK Hasan, Bahir SELÇUK, *Filibeli Vecdî ve Dîvân'ı*, Ankara: T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2017.

KOŞUM Adnan, *İslam Hukuk Doktrininde Yargı Hataları*, Isparta: Fakülte Kitabevi, 2004.

MAVERDİ Ebu'l-Hasan, *El Ahkamu's Sultaniyye*, İstanbul: Bedir Yayınevi, 1976.

MEHMED SÜREYYA, *Sicill-i Osmanî*, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt, 1996.

MENTEŞZÂDE ABDÜRRAHİM, *Fetâvâ-yı Abdürrahim*, İstanbul: Darü't Tıbaatü'l Amire, 1243.

MEVSİLÎ Abdullah b. Mahmud, *el-İhtiyar*, çev. Mehmed Keskin, İstanbul: Şamil, 1968.

MUALLİM NÂCİ, *Lugat-ı Nâci*, İstanbul: Asır Matbaası, 1317.

NEBHAN Muhammed Faruk, *İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları*, çev. Servet Armağan, Sönmez Neşriyat, 1980.

ÖĞÜT Salim, “Dilsiz”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1994, C. 9, s. 303–4.

ORTAYLI İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1994.

ÖZCAN Abdülkadir, “Dilsiz”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1994, C. 9, s. 304–5.

PAKALIN Mehmet Zeki, *Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Millî Eğitim Basımevi, 1983.

SAĞLAM TEKİR Hürü, “Toplumsal Hayatta Karşılaştıkları Zorluklarla Osmanlı Devleti'nde Sağır, Dilsiz ve Âmâlar”, *Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 7 (2016), s. 59–71, doi:10.17822/omad.2016.43.

es-SAKKÂR Sâmi, “İbn Fehd, Muhibüddin”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, 1999, C.19.

SANCAKLI Saffet, “Hz. Peygamber’in Engellilere Karşı Bakış Açısının Tespiti”, *Dinbilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi*, C. 6, S. 2 (2006), s. 37–72.

SARIKAYA H. İbrahim, *İslam’ın Engelliye Bakışı*, İstanbul: Bilge Kültür Sanat, 2011.

ŞEMSEDDİN SAMİ, *Kâmus-ı Türkî*, Dersaadet: İkdâm Matbaası, 1317.

ŞENTOP Mustafa, “Kadı”, *Encyclopedia of the Ottoman Empire*, Facts on File, 2009, s. 304–5.

— — —, *Osmanlı Yargı Sistemi ve Kazaskerlik*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2005.

ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, *Behcetü’l-Fetâvâ*, ed. Süleyman Kaya vd., İstanbul: Klasik, 2011.

ŞİMŞEK Kamuran, “Osmanlı Devleti’nde Engelliler İçin Kullanılan Tabir, Lakap ve Sıfatlar”, *Belgi*, S. 15 (2018), s. 728–40.

ŞİŞMAN Yener, “Türkiye’de Özürlülere Yönelik Yasal Düzenlemeler”, *Sosyal Siyaset Konferansları*, S. 60 (2011), s. 169–221.

TEZCAN Münir, “Kur’an’ın Bedensel Engellilere Yaklaşımı”, *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 10 (2007), s. 137–86.

*Türk Hukuk Lugati*, Ankara: Türk Hukuk Kurumu, 1991.

UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1988.

YETİM Hacer, *1217-1224 Tarihli Mülazemet Defterleri ve Mülazemet Sistemi*, Marmara Üniversitesi, 2009.

# SON DÜZENLEMELER ÖZELİNDE İDDİANAMENİN İADESİ KURUMU

*Return of the Indictment within Recent Special Regulations*

**Erkan YILDIRIM\***

Geliş Tarihi: 25.11.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Bu çalışmada, iddianamenin iadesi müessesesi son dönemde kabul edilen değişiklikler çerçevesinde incelenmektedir. Bu inceleme yapılırken, çağdaş devletlerin hukuk sistemlerinde insan onurunun korunması amacıyla kişilerin adil yargılanma hakkı öncelikli olarak korunan haklar arasında yer alması dikkate alınarak kurum ele alınmaktadır. Son düzenlemeler bağlamında ceza yargılamasının esaslı kurumu olan iddianamenin iadesi; şartları, yasak olduğu haller, usulü ve sonuçları belirtilen değişiklikler çerçevesinde ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** adil yargılanma hakkı, iddianamenin iadesi, iadede süre, iadeye itiraz.

## ABSTRACT

In this study, the return of indictment is examined within the framework of the amendments adopted recently. For the purposes of this study, this facility is considered with a view to the fact that it is included among the primarily protected rights, where the rights of persons against self-incrimination are located, in order to guarantee the protection of right to a fair trial in the legal systems of contemporary states. The recent special regulations return of indictment which is an essential facility of criminal procedure, is being dealt within the framework of the amendments; the terms, unpermitted circumstances, procedure and conclusions of which are defined.

**Key words:** right to fair trial, the return of indictment, period for the return, objection to the return.

---

\* Hâkim, Adalet Bakanlığı İzmir Adliyesi, e-posta:erkan.yildirim@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0003-0949-9242.

## GİRİŞ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen iddianamenin iadesi kurumu, uzun süren yargılama süreçlerinin önüne geçilebilmesi ve davaların “tek oturum” da bitirilebilmesini temin amacıyla getirilen düzenlemelerden biridir. Bu yönüyle İHAS 6 ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince, makul sürede yargılanmanın temini açısından soruşturma safhasında tüm delillerin toplanmış olması önem arz etmektedir. Makul sürede yargılanma ilkesine ise öğretide, “hızlılık ilkesi’ denilmektedir<sup>1</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanununun 2 nci maddesinin (e) bendine göre; “kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre” olarak tanımlanan soruşturma safhasında asıl görevli ve yetkili makam Cumhuriyet savcısıdır.

Soruşturma evresinin asıl yetkilisi Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturmaya başlayacaktır.

Soruşturma safhasında ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için tüm süjelerin sürece dahil edilmesi gerekmektedir. Her sanığın dardını anlatabilmesini, ne istediğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilememesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini ifade eden ilke hukuki dinlenilme hakkı (meram anlatma ilkesidir)<sup>2</sup>.

Çağdaş ceza muhakemesinde sanık, hiç bir hakkı olmayan bir soruşturma konusu, objesi değil, belli hakları ve yükümlülükleri bulunan ve muhakemenin gidişine etki edebilen bir muhakeme süjesidir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 170 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre; “iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür” hükmüne yer verilmiştir. Emredici nitelikte bulunan bu kuralın yerine getirilmesi çoğu zaman şüphelinin savunmasının alınmasıyla işlerlik kazanacaktır.

Anayasamızın 90 inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca; iç hukukumuzun bir parçası olan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmenin yorumunu yapan bağlayıcı nitelikteki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin adil yargılanma hakkına ilişkin kararlarında etkili, yeterli ve adil bir soruşturmanın yürütülebilmesi için, şüphelinin suçlamalardan haberdar edilip, savunma hakkının tanınması hususları temel prensipler olmasına rağmen, şüphelinin

---

<sup>1</sup> ÖZBEK, Veli Özer, **DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, *Seçkin Hukuk*, Ankara, 2019, s. 62.

<sup>2</sup> ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, age, s. 56.

firarda olması, hakkında yakalama kararı bulunması ve makul süre aranıp bulunamaması durumları değerlendirildiğinde (kaçaklık ve gaiplik halleri ve benzeri istisnai durumlarda); şüphelinin ifadesi alınmadan da dava açılacağı kabul edilmektedir.

İddianamenin iadesi müessesinin CMK'da yer almasının öncelikli nedenlerden biri Cumhuriyet savcısı topladığı delillere göre şüphelinin mahkum olacağını düşünüyorsa dava açmasıdır. Çalışmamızda, ceza yargılamasının önemli kurumlarından birinin 7188 sayılı Kanununun 20 nci maddesi ile değişikliğe uğrayan 5271 sayılı CMK'nın 174 üncü maddesinin birinci fıkrasının son değişikliklerinin hukuk alanında yaratacağı etkiye ilişkin değerlendirmelerimize yer verilecektir.

Makalemizde, iddianamenin iadesi kurumu hakkında genel bilgilere, iddianamenin iadesi kurumunun şartlarına, Yargıtay kararları ve bu hususta ilgili olarak öğreti görüşlerine öncelikle kısaca yer verilecektir. Ardından bu hususta son dönemde yukarıda ifade edilen düzenleme ele alınacak ve iddianamenin iadesinin koşulları, yasaklı olduğu haller, süresi ve sonuçları açıklanmaya çalışılarak eleştirel bir bakış açısıyla kurum değerlendirilecektir.

## 1. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İDDİANAMENİN İADESİ

### 1. 1. Genel Olarak

İddianame, isminin sonundaki "name" sözcüğünde de belirtildiği üzere yazılı olmak zorunluluğu olan belgedir<sup>3</sup>. Şüphelinin cezalandırılmasının istenildiği yetkili ve görevli mahkemeye hitaben düzenlenmesi gereken ve kamu davasının açılmasını belgeleyen yazılı bir belge olarak "iddianame" tanımlanabilir.

Kamu davasının mecburiliği ilkesi ise, suçun işlendiğine ilişkin ciddi belirtilerin mevcudiyeti durumunda yeterli şüphe mevcut ve kanıtlar yeterli ise kamu davası açılmak zorunluluğunu ifade eder<sup>4</sup>.

Delillerin takdir ve soruşturma aşamasında değerlendirmede yasal yetkili kurum da Cumhuriyet savcısıdır<sup>5</sup>. Bu yetkinin kullanması hususunda kanuni düzenlemede Cumhuriyet savcısına CMK 171 inci maddesinin birinci fıkrasında, bazı durumlarda cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık hallerinin mevcut olup olmadığına ilişkin takdir yetkisi tanınmış, belirtilen hallerde kamu davası açmayacağı de belirtilmiştir.

---

<sup>3</sup> YURTCAN, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı, *Türkiye Barolar Birliği Yayını*. İstanbul 2002, s. 38.

<sup>4</sup> GÜLTEKİN, Özkan, İddianamenin İadesi, *Terazi Hukuku Dergisi*. Cilt 1. Sayı 3. Kasım 2006. s. 49 -60.

<sup>5</sup> SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, *Yetkin Yayınları*. Ankara 2006, s. 345.



Yeterli ve yapılması zorunlu araştırmalar yapılmaksızın kamu davasının açılması halinde, mahkemelerin delilleri araştırmakla zaman kaybetmelerinin önlenmesi ve bu şekilde adil yargılanma hakkı çerçevesinde en kısa sürede kovuşturmanın sonuçlanmasını sağlamak amacıyla mahkeme tarafından iddianamenin değerlendirilmesi ve eksik ve hatalı görülen yasada belirtilen hususlar mevcut ise iadesi öngörülmüştür<sup>6</sup>.

Bir bilimsel makalede “iddianamenin iadesi” biçiminde kanuni tanımlanmanın doğru olmadığı ileri sürmüştür. İddianamenin “iadesi” kavramı yerine “reddi” ibaresinin tercih edilmesinin daha uygun olacağını savunularak iade için öncelikle bir “kabul” gerektiğine ve kabul edilmemiş bir şeyin iade olunamayacağını ifadesiyle kabul etmemek anlamına gelen “ret” kelimesinin kullanımının daha uygun düşeceği belirtmiştir. İddianamenin iadesi üzerine iddianameye kaldığı yerden devam edilmemesi, soruşturma defterine yeniden kayıt yapılması, sonraki iddianameye yeni numara verilmesi gibi pratik sonuçlarda işlemin “ret” işlemi olduğunu doğruladığı ifade edilmiştir<sup>7</sup>.

Önceki yıllarda bir Hükümet Tasarısı’nda, soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında iddianamenin değerlendirildiği orta aşamaya ilişkin hükümler düzenlenmişti. İddianamenin değerlendirildiği orta aşamada, mahkemenin, iddianamenin iadesi (H.T. m.178) veya iddianamenin reddi (H.T. m.179) şeklinde iki farklı karar verebilmesi öngörülmüştü<sup>8</sup>. İddianamedeki tamamlanabilir eksiklikler veya düzeltilebilir hataların saptanması halinde iddianamenin iadesi kararı; mahkemenin adeta yeniden soruşturma yapmasını zorunlu kılacak asli eksikliklerin ve hataların olması halinde ise, iddianamenin reddi kararı öngörülmüştü. İddianamenin reddi müessesesi belirttiğimiz üzere kabul görmemiş bir müessesedir.

Yeniden soruşturma yapılmasını gerektiren zorunlu eksiklikler halinde iadenin mümkün olması ve iddianamenin iadesi kavramının kabul gören bir kurum olmasına binaen kavram olarak değişiklik yapılmasının hukuk alanında değişiklik sağlamayacağı görüşündeyiz.

Diğer yandan öğretilerde iddianamenin değerlendirilmesi sürecinin kovuşturma evresine mi soruşturma aşamasına mı dahil olduğu da tartışılmıştır. Öğretilerde çoğunluk görüşü, iddianamenin iadesinin kovuşturma ya da soruşturma evresi içerisinde olmadığını, kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da ancak ara bir muhakeme olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> İddianamenin iadesi hususunda bkz. **YENİDÜNYA A.Caner/ İÇER Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, *Adalet Yayınevi*. Ankara, 2016, s. 260; **KARAKURT, Ahu**, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi”, *TBB*. S.82, 2009, s.1 vd.

<sup>7</sup> **ÖZAR, Süleyman**, “İddianamenin İadesi Tespitler, Sorunlar ve Öneriler”, [http://www.yayin-adalet.gov.tr/28\\_sayi/icerik/Suleyman ÖZAR.htm](http://www.yayin-adalet.gov.tr/28_sayi/icerik/Suleyman_OZAR.htm), (12.11.2019).

<sup>8</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>.

<sup>9</sup> **ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara

Aksi yönde görüş ise, iddianamenin iadesi soruşturma aşamasına dahil olduğunu, CMK'nın 2. maddesine göre soruşturma evresinin, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreç olduğunu ve iddianamenin kabulü kararının, mahkemece iddianamenin değerlendirilmesi süreci sonrasında verilen bir karar olduğundan söz konusu süreç soruşturma evresinin içerisinde yer aldığını, kanunun sistematığının bu yönde düzenlendiğini ileri sürmüştür<sup>10</sup>.

Öğretide aksi yönde diğer bir görüş ise, iddianamenin iadesinin ayrı bir evre olarak kabul edilmeyeceğini belirtmektedir<sup>11</sup>.

İddianamenin iadesi müessesesi ile yetkili mahkemenin dava açan makamdan bağımsız bir merci olarak kamuya açık olmayan evre ile kovuşturma aşamasına geçilmesi için somut, yeterli suç şüphesinin mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Mahkemenin "yeterli şüphe" yönünden bir değerlendirme yapmakla önyargılı olabileceği itirazında da bulunabileceği hususu öğretilmektedir<sup>12</sup>.

Öğretide bir görüş, Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasında 1985 yılından önceki düzenlemede (iddianamenin sanığa tebliğine müteakip üç gün içinde diyeceklerini söyleme imkanı, sorgu hakimliğinin lüzum-u muhakeme kararı vermesi) ve karşılaştırmalı hukukta özellikle Alman Ceza Muhakemesi Yasasında iddianamenin iadesi müessesesine iddianamenin iadesi - kabulü aşamasında sanığın görüşünü belirtme hakkının mevcut olduğunu, bu nedenle ara muhakemenin ayrı bir yargılama makamı tarafından yapılmasını ve bu makama delil araştırma yetkisinin tanınmasının, savunmanın da ara

---

2007, s.640., **CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Eylül 2019, s.593., **KESKİN**, İbrahim, "İddianamenin İadesi", *Adalet Dergisi*. Y.97, S.25, Mayıs-2006, s.144., **GÜLTEKİN**, Özkan, "İddianamenin İadesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, S:3, Kasım 2006, s.57., **YENİDÜNYA, A. Caner**, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi", *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*. S.60, Subat- 2007, <http://www.e-akademi.org/makaleler/acyenidunya-1.htm>, (12.11.2019), **TURHAN, Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 329, **ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, *Seçkin Hukuk*, Ankara, 2019, s. 490; **ÖZEN, Mustafa**, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, Ocak 2009, s.17-28; **GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim**, Ceza Muhakemesi Hukuku, *Adalet Yayınevi*, Ankara 2020, s. 560; **YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s.578; **ÖZTÜRK Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Ruhan/ GEZER, Özge/SIRMA, Kırıt/ YASEMİN, F. Saygılar, ÖZAYDIN, ÖZDEM/ AKCAN, Esra Alan/ TÜTÜNCÜ, Efser Erden/ VİLEMİN, Derya Altınok/ TOK, Mustafa CAN**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2019, s.619.

<sup>10</sup> ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara 2007, s. 21-22; **KARAKURT**, agm., s.81.

<sup>11</sup> **FEYZİOĞLU, Metin**, Meclis Soruşturması, Ankara 2006, s. 135.

<sup>12</sup> **ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar**, age., s.490.

muhakemeye dahil edilmesinin daha yerinde olduğunu, savunmanın dahil edilmemesinin çelişmeli muhakeme ilkesini ihlal edecek nitelik arz ettiğini belirtmektedir<sup>13</sup>.

Farklı yönde görüşe göre ise, sanık hakkında haksız dava açılmasını önleyebileceği de göz önüne alındığında iddianamenin iadesine yönelik değerlendirme yapması başlı başına mahkemenin önyargılı olduğunu ortaya koymayacaktır. Ancak, bazı durumlarda sanığın isteği halinde bağımsız bir hakim nezdinde ek soruşturmalar yapılabilme imkanı tanınması gerekmektedir<sup>14</sup>.

Diğer yandan, özellikle kamuoyunu ilgilendiren konularda şüpheli olanlar hakkındaki iddianamede yer alan iddiaların, iddianamenin mahkemeye sunulmasıyla birlikte henüz iddianamenin kabulü karar verilmeden, basın yoluyla alenileştirilmesi lekelenmeme hakkının ciddi biçimde ihlali anlamını taşıyacaktır. Soruşturmanın gizliliği prensibi bu ara muhakeme evresinde de geçerlidir<sup>15</sup>. Lekelenmeme hakkı çerçevesinde ihlallerin önüne geçilmesi iddianamenin iadesi kurumunun temel düzenleniş amacıdır. Bu açıdan bakıldığında da soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen TCK'nın 285 inci maddesinin birinci fıkrasının, iddianamenin mahkemeye incelendiği aşamada gerçekleşen gizlilik ihlallerine uygulanması mümkün olmasından dolayı kanunun sistematığına uygundur.

## 2. 2. Soruşturma Evresinin İşlevlerini Yerine Getirmemesinin Nedenleri ve Sonuçları

Ceza muhakemesinde iddianamenin özenli ve yeterli delillerle düzenlemesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle suçun sübutuna doğrudan etki eden deliller toplanmak suretiyle iddianame tanzim edilmesi halinde savunma makamı iddiayı doğru anlayabilecek ve savunma hakkı adil yargılanma hakkı çerçevesinde etkili bir şekilde kullanabilecektir<sup>16</sup>.

Bu yönde öğretilerde bir görüş, iddianamenin iadesi kurumunun amacını, kişilerin lekelenmeme hakkının zedelenmemesi, mahkemelerin delil araştırarak zaman kaybetmesi, davaların uzamasının engellenmesi olarak ifade etmektedir<sup>17</sup>.

Bu çerçevede iddianame daha özenli hazırlandığı, delil araştırmasının eksiksiz yapılması durumunda yargılama makamı yönünden de "ortaya konulan

---

<sup>13</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, age., s.592.

<sup>14</sup> ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, age., s.500.

<sup>15</sup> GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, age., s. 560.

<sup>16</sup> "Savunma hakkı öğretilerde, dar ve geniş anlamda olarak ikili bir ayırım çerçevesinde izah edilmektedir. Dar anlamda savunma hakkı, isnada cevap verebilme hakkı olarak anlaşılırken geniş anlamda ise iddia ve isnatta bulunmak, iddia ve isnadı karşılamak hakkı olarak kabul edilmektedir" b.kz. KOCAOĞLU, Serhat Sinan, Müdafii, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 54.

<sup>17</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, age., s.592.

iddia çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmak” amacına yönelik adil bir yargılama gerçekleştirecek, sanık ve sanıklara yönelik doğru bir yargıya varabilecektir. Bu yönleriyle iddianamenin iadesi şartlarının mevcut olup olmadığı hususunda yargılama makamı kadar iddia makamına “adil yargılanma hakkının” temini bakımından sorumluluk yüklendiğini belirtmek gerekir.

## **2. İDDİANAMENİN İADESİNİN ŞARTLARI, YASAK OLDUĞU HALLER, USULÜ ve SONUÇLARI**

### **2.1. İddianamenin İadesinin Şartları**

İddianamenin iadesiyle kamu davası açılmamış olur. Yani, iddianamenin iadesi kamu davasının açılmasına engeldir. Kamu davasının başlaması ancak iddianamenin kabulüyle mümkündür. Mahkemelerin iddianamenin iadesi nedenlerini genişletici bir takdir hakkı söz konusu değildir. Ceza Muhakemesi Kanunu iade nedenlerini sınırlı bir şekilde saymıştır, belirtilen nedenler dışında iddianame iade edilemez<sup>18</sup>.

#### **2.1.1. Ön şart: Bir İddianamenin Varlığı**

Kamu davasının mümkünse tek oturumda veya zorunlu hallerde birden fazla oturumda sonuçlandırılmasını gerçekleştirmek amacıyla, iddianamenin, geçerli ve yeterli tüm deliller toplandıktan sonra ve dava açma koşullarının gerçekleşmesinden sonra, tüm yönleriyle doğru ve eksiksiz bir şekilde mahkemeye verilmesi gerekir<sup>19</sup>.

#### **2.2.2. İddianamenin İadesi Nedenlerinden En Az Birinin Mevcut Olması**

CMK'nın 174. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde iade nedenleri düzenlenmiştir. CMK 174 üncü maddesinin birinci fıkrası son değişiklik öncesinde; “iddianamenin 170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenmesi, iddianamenin suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan bir delil toplanmadan düzenlenmesi, iddianamenin ön ödemeye veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılan işlerde ön ödeme veya uzlaştırma usulü uygulanmaksızın düzenlenmesi” iade nedenleri olarak yer almakta idi.

24/10/2019 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci maddesiyle yapılan değişiklikle, maddenin (a) bendi aynen muhafaza edilmiş, (b) ve (c) bendi değişikliğe uğramış ve maddeye (d) bendi eklenmiştir<sup>20</sup>. Son düzenleme sonucunda, suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenmesi, seri muhakeme usulüne

---

<sup>18</sup> **ARTUÇ, Mustafa**, Açıklamalı Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu, *Adalet Yayınevi*. Ankara 2017, s. 553.

<sup>19</sup> **ŞAHİN, age**, s. 115

<sup>20</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/10/20191024-25.htm>.

tâbi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenmesi, soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenmesi halleri iade nedenleri arasına alınmıştır.

Son düzenleme ile CMK 174 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, “suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen” iddianamelerin iadesi öngörülerek değişikliğe uğramıştır. Suçun sübutuna etki edecek mutlak delillerin belirlenmesinde tatbikatta tartışılabilir hususlar bulunması ve farklı uygulamaların bulunması gerekçesiyle suçun sübutuna doğrudan etki edecek delil” olarak kavram değişikliğine uğramıştır. Öğretide bir görüş tarafından ifade edildiği üzere iddianamenin iadesi ile sağlanmak istenen de, soruşturma evresinin iyi bir şekilde yapılması ve iyi hazırlanmış bir dosya ile kovuşturma evresinin kısa sürede sonuçlanmasıdır<sup>21</sup>.

Getirilen son düzenlemenin gerekli olup olmadığı elbette tartışılabilir. İddianamenin iadesi sebeplerinin sınırlandırıldığı iddia edilebilir. Lakin düzenleme ile bu bendin daha açık olması ve uygulayıcıya yol göstermek amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. Maddenin gerekçesinde, ceza muhakemesi hukukuna hakim olan ilkelerden “kesintisizlik” ilkesine vurgu yapılmaktadır. Bu yönleriyle son düzenlemenin, uygulamadan kaynaklanan sorunlar nedeniyle soruşturma tam olarak neticelendirilmeden dava açılmasına engel olunması amacı taşıdığı düşüncesindeyiz<sup>22</sup>.

Yargılamanın makul sürede bitirilmesi için mevcut delillerin duruşma başlamadan önce toplanmış olması gerekliliği hususu önem arz etmektedir. Bu bağlamda, yargılama aşamasına başlanılmadan yargıçların önüne gelen iddianameleri suçun sübutuna doğrudan etki eden deliller bakımından süzgeç görevi görmesi ve iddianamenin iadesi kurumunun işlevsel kullanılması adil yargılanma hakkının tesisi bakımından da son derece mühim olduğunu belirtmeliyiz.

Diğer bir değişiklik ise, CMK 174 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi “önödeme veya uzlaştırmaya ya da seri muhakeme usulüne tâbi soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde önödeme veya uzlaştırma ya da seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen” iddianamelerin iadesine yönelik olarak değiştirilmiştir. Seri muhakeme usulü, ceza yargılamasında yeni ihdas edilen bir kurum olarak hukukumuzda girmesi hasebiyle belirtilen usul uygulanmaksızın düzenlenen iddianamelerin de iade edilmesi gerekecektir.

---

<sup>21</sup> ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/ BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncel Yargıtay Kararları. AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruya İlişkin Kararları, 7. Baskı, Ekim 2015, s.558.

<sup>22</sup> 7188 sayılı Kanun madde ve gerekçeleri için bkz.” <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>.”

Maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde ise, “Soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin almaksızın veya talep almaksızın düzenlenen” kısmı eklenerek iddianamenin iadesi nedenleri arasına Yargıtay’ın kararlarında yer alan izne ve talebe bağlı suçlarla ilgili usulün uygulanmaması alınmıştır.

5271 sayılı CMK’da iddianame bir veya iki kez de iade olunur biçiminde bir sınırlama söz konusu olmadığı için eksiklikler ve yanlışlıklar sürdüğü sürece iddianamenin iade edilebilecektir<sup>23</sup>. Diğer yandan, CMK’nın 172 inci maddesi uyarınca kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi durumunda, verilen bu karara itiraz üzerine itiraz merciinin (25/05/2005 tarih ve 5353 sayılı yasanın 26 ncı maddesi ile değişik CMK’nın 173 üncü maddesinin dördüncü fıkrası gereğince “Sulh ceza hâkimliği” istemi yerinde bulursa Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir) itirazı yerinde bulması kararına müteakip cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyerek mahkemeye açması halinde de iddianamenin iadesi mümkündür<sup>24</sup>.

### **2.2.2.1. İddianamenin Ceza Muhakemesi Kanununun 170. Maddesine Aykırı Olarak Düzenlenmesi**

İddianamenin iadesi sebeplerinden ilki, CMK’nın 170 inci maddesine aykırı olarak iddianamenin düzenlenmesidir. İddianamede yer alması zorunlu unsurlar ise, CMK’nın 170 inci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlemiştir.

Zorunlu unsurları kısaca belirtmek gerekir ise; şüphelinin kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği<sup>25</sup>, mağdur veya suçtan zarar görenin vekili veya kanuni temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikayette bulunan kişinin kimliği,

---

<sup>23</sup> **GÜLTEKİN, Özkan**, Öğreti ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin iadesi. 1. Baskı, Nisan 2011, s.358.

<sup>24</sup> “Anayasa’nın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Bu düzenleme gereği, savcı yeni bir iddianame düzenlemeye mecburdur, ancak bu suretle düzenlenen iddianameyi mahkeme kabul etmek zorunda değildir”, **ÖZTÜRK, Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, s.721; **GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim**, age., s. 564.

<sup>25</sup> Mağdur ve müşteki kimlik bilgilerinin iddianameye yazılmadığı, şüphelinin, hangi mağdur ve müştekilere karşı, hangi olay sebebiyle, ne zaman, ne şekilde, nerede, isnat olunan suç işlediğinin delillerle ilişkilendirilerek iddianamede açıkça anlatılmadan kamu davası açılmıştır. Belirtilen nedenlerle iddianamenin iadesi kararına karşı yapılan itirazı inceleyen merciin verdiği ret kararı hukuka uygundur. Yargıtay 18. CD’sinin 01/10/2019 T. 2019/5151 E. - 2019/13461 K. UYAP (02/01/2020).

şikayetin yapıldığı tarih, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı, tutuklanmış ise tutuklanma ve gözaltına alma tarihleri ile bunların süreleridir. Belirtilen hususların tümü iddianamenin unsurlarıdır ve bu unsurların birinin eksik olması iade nedendir. Ancak uygulamada, mahkeme tarafından dosyadan anlaşılacak veya suçun ispatı bakımından önemsiz görülen hususlar iddianamenin iadesi nedeni olarak görülmemektedir<sup>26</sup>.

Uygulamada, iddianamede şüphelinin kimlik bilgilerinin belirtilmesi (soruşturmadaki kimlik belgeleri ile örtüşen açık kimlik bilgileri<sup>27</sup>) durumunda, nüfus kayıt örneği gibi resmi belgenin dosyada bulunması zorunlu olmadığı ve kendisinin beyanına göre kimlik bilgilerinin tespit edilebildiği ve parmak izi ve fotoğraflarının da dosyada mevcut olduğu durumlarda iddianamenin iadesi yoluna gitmek mümkün görülmemektedir. Kişilerin nüfus ve adli sicil kayıtlarının dosyada yer almaması iade nedenleri arasında kabul görmemektedir<sup>28</sup>.

Uygulamada bazı hallerde şüphelinin yabancı şahıs olması durumu da göz önüne alınarak yasada (TC. kimlik numarası, nüfus kaydı- adli sicil kaydı gibi hususların) fiili imkansızlık durumu dikkate alınarak iade nedenleri arasında düzenleme altına alınmamıştır<sup>29</sup>.

İddianamede yer alması gereken diğer husus, uygulamada sevk maddesi olarak ifade edilen kanun maddeleridir. Fakat iddianameyi hazırlayan savcının, uygulanması gereken kanun maddesini hatalı veya eksik gösterilmesi durumunda CMK 226 ncı maddesi uyarınca ek savunma hakkı verilerek bu husus çözümlenebileceğinden iddianamenin iadesi sebebi değildir<sup>30</sup>. Ancak, bu husus yargılamanın uzamasına sebebiyet verebileceğinden isabetli gösterilmesi ehemmiyetlidir.

Diğer taraftan şüphelinin tutuklu olup olmadığı, tutuklanmış ise gözaltına alma ve tutuklama tarihleri de TCK'nın 63 üncü maddesi uyarınca mahsup

---

<sup>26</sup> CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, age., s.595.

<sup>27</sup> EPÖZDEMİR, Rezan, İddianamenin İadesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S.138, Şubat 2018 s. 14-26.

<sup>28</sup> Bu hususta bkznz. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 21/10/2019 T. 2019/9590 E. - 2019/12609 K. sayılı ilamı. UYAP (01/01/2020).

<sup>29</sup> "Nihayetinde resmi mercilerce yabancı kimlik numarası verilmiş şahıslar hakkında, Cumhuriyet savcısının 5271 sayılı Kanun'un 170/2. maddesi gereğince kamu davasını açmak zorunda olduğu anlaşıldığından, benzer bir olay sebebiyle Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.04.2015 tarihli ve 2014/10-623 Esas, 2015/117 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere iddianamenin iade edilemeyeceği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine dair karar verilmesinde isabet görülmediğinden kanun yararına bozulmasına", Yargıtay 3. CD'nin 25/11/2019 T. 2019/16853 E., 2019/21490 K. UYAP (02/01/2020).

<sup>30</sup> GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, age., s. 593.

hesabında ve CMK'nın 141 inci maddesi uyarınca tazminat hesabında dikkate alınacak olması nedeniyle iddianamede yer alması önem arz eden hususlardandır<sup>31</sup>.

Yine, suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi dava zamanlaşımı, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi hususlar suç tarihine göre belirlenecek olmasına göre, suç tarihinin iddianamede yer alması mühimdir. İddianamede yer alması esaslı olan diğer husus ise, suçun delilleridir.

CMK'nın 170 inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, iddianamede yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanması iddianamenin iade nedenleri arasında yer almaktadır. İddianamenin anlatımında hangi delillerin ve hangi fiillerle ilişkilendirildiği tüm yönleriyle açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konu 5353 sayılı Kanunun gerekçe bölümünde "olaylar ile deliller arasında ilişki kurulmaksızın, sadece olaylara ve sadece delillere ard arda yer verilmesi ve takdirin mahkemeye bırakılması durumunda iddianamenin iadesi söz konusu olabileceği" biçiminde yer bulmuştur.

Delillerin hukuka aykırı elde edildiği, örneğin aramanın hukuka aykırı olarak yapılarak delillerin elde edildiği iddiasıyla iddianamenin iadesi söz konusu olmayacaktır<sup>32</sup>. Öğretide bir görüş<sup>33</sup>, hukuka aykırı delillere dayanılarak yeterli şüpheye ulaşılmaması durumunda düzenlenen ve hukuka aykırı delillerin açıkça gösterilmediği iddianamelerin iadesine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.

CMK'nın 170 inci maddesi bağlamında iddianame iade nedenleri, iddianamede yüklenen suçu oluşturan olaylar ile mevcut delillerin ilişkilendirilmemesi<sup>34</sup> iddianamenin sonuç kısmında işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerinin hükmedilmesinin istendiğine yer verilmemesi, suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde iddianamenin sonuç kısmında ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbirlerine yer verilmemesi, şüphelinin lehine olan hususlarında iddianamenin sonuç kısmında yer verilmemesi iddianamede gösterilmemesi<sup>35</sup> öğretide genel olarak iade sebebi olarak kabul edilen hususlardır.

---

<sup>31</sup> **EPÖZDEMİR, Rezan**, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Kasım 2017, s.2.

<sup>32</sup> Yargıtay 10. CD'nin 10/03/2014 T. 2014/1574 E., 2014/1596 K. sayılı ilamı. UYAP (01/1/2020).

<sup>33</sup> **EPÖZDEMİR**, İddianamenin İadesi, s.19.

<sup>34</sup> (Yargıtay 11. CD'nin, 26/06/2015 T., 21917/24294 E-K.) Bknz. **ELMAS, Birsen**, Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi. *TAAD.*, Y.7, S. 28, 2016, s.217.

<sup>35</sup> **ÖZTÜRK Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Ruhan/ GEZER, Özge/SIRMA, Kırıt/ YASEMİN, F. Saygılar, ÖZAYDIN, ÖZDEM/ AKCAN, Esra Alan/ TÜTÜNCÜ, Efser Erden/ VİLEMİN, Derya Altınok/ TOK, Mustafa CAN**, age., s.619.



### **2.2.2.2. Önödeme veya Uzlaştırmaya, Seri Muhakeme Usulüne Tabi Olduğu Soruşturma Dosyasından Açıkça Anlaşılan İşlerde İddianamenin Belirtilen Usuller Uygulanmaksızın Düzenlenmiş Olması**

Yukarıda belirttiğimiz son yargı paketi ile getirilen bir diğer bir düzenleme, CMK'nın 174 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendine ekleme ile seri muhakemesi usulü uygulanmaması durumunun iddianamenin iadesi nedenleri arasında alınmasıdır<sup>36</sup>. Belirtilen usul uygulanmaksızın iddianame tanzim edilmesi durumunda iade sebebi olacaktır. Maddenin önceki halinde sadece önödeme veya uzlaştırma usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianameler iade edilebilecek idi. Öğretide, dava engelleri olması rağmen uzlaştırma ve önödeme ile sınırlı iddianamenin iadesinin öngörülmesi öğretide eleştirilmektedir. Bu yönüyle, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suç bakımından şikayetin gerçekleşmemiş olması da bir iddianamenin reddi sebebi olarak öngörülebilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>37</sup>.

Seri yargılama usulüne kısaca değinmek gerekirse; kamu davası açılması için “yeterli şüphe” olmasına rağmen kamu davası açmak yerine başvurulmuş özel bir yargılama usulüdür. Ceza Muhakemesi Kanununun 250 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Seri yargılama usulü, savcılık soruşturması sonunda kamu davası açılması yerine, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak öngörülmüştür. Seri yargılama usulünün uygulanabilmesi için bazı şartlar aranmaktadır:

Öncelikle soruşturmanın yapılarak tamamlanmış olması gerekir (CMK m.250/1). Savcılık soruşturma yaparak şüphelinin lehine veya aleyhine olan tüm delilleri toplmalıdır. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecek hallerde, seri yargılama usulü uygulanamaz. Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan seri muhakeme usulünün uygulanması teklifinin şüpheli tarafından müdafii huzurunda kabul edilmesi gerekir (CMK m.250/3). Suçun iştirak halinde (birden fazla kişiyle birlikte) işlenmesi halinde tüm şüphelilerin seri yargılama usulünü kabul etmesi gerekir. Şüphelilerden herhangi bir bu usulü kabul etmediği takdirde, normal soruşturma ve kovuşturma usulleri uygulanacaktır. Suçun, seri yargılama usulünün uygulanabileceği katalog halinde düzenlenen suçlardan biri olması gerekir.

Savcı tarafından “Yaptırım” ve “Kişiselleştirme” kurumlarının belirlenmesi öngörülmektedir. Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep etmelidir (CMK m.250/11). Talep yazısı, ana hatalarıyla bir iddianamede bulunması gereken unsurları içermelidir. Talep yazısı isnat olunan suç, olay ve yaptırım ile uygulanması talep edilen kişiselleştirme kurumlarını içermelidir.

<sup>36</sup> Kanunmetni için bkz. <http://mgm.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/121120191546597188%20sayılı%20Kanun.pdf>.

<sup>37</sup> ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, age., s.501.

Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra şüphelinin özgür iradesiyle seri yargılama usulünü kabul ettiğini ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa savcılığın talep yazısında belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; seri yargılama usulünün şartları oluşmamışsa talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mahkeme denetim görevi yaparak hüküm kurarken savcılık tarafından belirlenen suç vasfının olaya uygun olup olmadığını da değerlendirecektir. Savcılık tarafından belirlenen suç vasfı olaya uygun değilse, mahkeme hakimi, kendisinin tespit ettiği suç vasfıyla hüküm kuramaz, bu durumda talebi reddederek dosyayı savcılığa iade etmek zorundadır.

Getirilen düzenlemenin iddianamenin iadesi kurumuna yansımalarının sonucu, seri yargılama usulüne tabi katalog suçlardan birine girmesine rağmen savcılık tarafından belirtilen usul uygulanmadan kamu davası açılması durumunda artık iddianamenin iadesi söz konusu olabilecektir.

### **2.2.2.3. Soruşturma veya Kovuşturma Yapılması İzne veya Talebe Bağlı Olan Suçlarda İzin Alınmaksızın veya Talep Olmaksızın Düzenlenen İddianamenin İadesi**

Yukarıda belirttiğimiz son değişiklikle CMK'nın 174 üncü maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendine eklemeye yapılmak suretiyle "soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin almaksızın veya talep almaksızın düzenlenen iddianamenin iadesi» imkanı getirilmiştir.

Değişikliğin gerekçesinde özellikle kamu görevlisi hakkında izin alınmaksızın soruşturma yapılması veya vergi suçlarında yetkili organın mütalaası alınmadan dava açılması bu tür nedenlerin başında geldiğine vurgu yapılmıştır. Özellikle soruşturma makamları bakımından izne ve talebe bağlı olan suçların her somut olayda tespiti önemlidir.

İzin ve talep, kamu görevliliğinin devamlılığı açısından özellikle kamu görevlilerinin haksız şikayete tabi kılınmaması gibi durumlar yönüyle bir gereklilik niteliği taşımaktadır. Son düzenleme ile örneğin, Yargıtay kararlarında geçen şüpheli şahıs hakkında komisyon mütalaası düzenlenmeden kamu davası açılması durumunda özellikle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca komisyon mütalaasının dava şartı olması ve iade nedeni olduğunun uygulamada kabul gören bir husus olması hasebiyle uygulamada iade sebebi olarak kabul edilen bir sebeplerin yasaya yansımalarının amaçlandığı görülmektedir<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 13/03/2019 tarihli ve 2016/6214 esas, 2019/2615 karar sayılı ilâmında "...213 VUK'nin 367. maddesi gereğince kovuşturma şartı olan mütalaanın verilip verilmeyeceğinin Vergi Dairesi Başkanlığından sorulması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..." şeklinde belirtilmiş olması karşısında, şüpheli hakkında komisyon mütalaası düzenlenmediği, 213

Ancak son düzenleme tatbikatta farklı uygulamaları ve tartışmaları ortadan kaldırmak açısından yerinde ise de, mevzuatta özellikle izne tabi suçların farklı kanunlarda düzenlemelerin bulunması karşısında tek bir mevzuat altına alınmasının da bir gereklilik olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin, Yargıtay'ın bir çok kararında belirtilen hususlardan, suç tarihinde doktor olarak görev yapan şüphelinin adli bir soruşturma kapsamında genel adli muayene raporu düzenlemesi eyleminin "adliye ile ilgili görev" kapsamında olması ve genel adli muayene raporunun sahte düzenlendiği iddiasından dolayı soruşturma yapılması için yetkili merciin iznine gereklilik bulunması ancak diğer hususlarda aynı görevlinin işlemlerinde izne gerek bulunmaması ve yine istisnai bazı farklı kurumlarda iznin geniş kapsamlı oluşu gibi hususların kamu görevliler arasında farklılık taşımasının çelişkiler içerdiğini ifade etmeliyiz<sup>39</sup>.

Diğer yandan, CMK'nın 161 inci maddesinin beşinci fıkrasında ise, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır hükmü mevcuttur. Bu hüküm ve 4483 sayılı Yasanın 2 inci maddesinde yer alan "bu kanun, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında da uygulanır" amir hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, özellikle soruşturma izni alınmasının hangi hallerde uygulanması gerekliliğinin tespiti noktasında uygulamada karışıklık bulunduğu görülmektedir<sup>40</sup>.

#### **2.2.2.4. İddianamenin Suçun Sübutuna Doğrudan Etki Eden Mevcut Bir Delil Toplanmadan Düzenlenmiş Olması**

CMK'nın en temel amacı, Devletin asli işi, hatta varlık sebeplerinden biri olan adil yargılanma hakkının temindir. Kanun bu amaç çerçevesinde yazılmıştır<sup>41</sup>. Ceza Muhakemesi Kanunuyla benimsenen yargılama sistemine göre; kamu davasının mevcut tüm delillerin toplandıktan sonra açılması, hazır olan iddia ve savunma makamının duruşmada dinlenmesi, ikame olunan

---

sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367/1. maddesi uyarınca komisyon mütalaasının dava şartı olduğu anlaşılmalı; iddianamenin iadesi kararına karşı yapılan itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden İddianame değerlendirme sayılı kararına vaki itirazın kabulüne dair Bursa 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 08.02.2019 tarihli ve 2019/71 Değişik İş sayılı kararının, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca bozulmasına, Yargıtay 11. CD'si 12.09.2019 T. 2019/4409 - 2019/6176 E-K. sayılı kararı. UYAP (05/11/2019).

<sup>39</sup> Yargıtay 11. CD'si 16/02/2015 T., 2014/17833 E. - 2015/16180 K. sayılı kararı. UYAP (05/11/2019).

<sup>40</sup> Yargıtay 11. CD'si 30/09/2015 T., 2013/14425 E. - 2015/28932 K. sayılı kararı. UYAP (05/11/2019).

<sup>41</sup> ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Yükümlülüğü, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi. Sayı 1-2, Ocak -Şubat 2016, s.413-426.

delillerin tartışılması suretiyle yargılamanın kural olarak ara vermeden tek celsede bitirilmesi bir zorunluluktur (CMK madde 190/1).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesi isteme hakkını haizdir” denilmek suretiyle makul sürede yargılanma hakkını işaret etmektedir. AİHM davaların yıllarca sürdüğünü belirterek “makul sürede yargılanma hakkının” ihlal edildiğini belirtir ülkemiz aleyhine bir takım kararlar vermiştir. AİHM sözleşmecı devletlerin hukuk sistemlerini, mahkemelerin bu zorunluluğa uymalarını sağlayacak biçimde düzenlemeler gerektirdiğini vurgu yapmaktadır<sup>42</sup>.

Bu yönüyle, kamu davasının temelini teşkil eden iddianame ile muhakeme faaliyetinin iddia ayağının tam ve eksiksiz olması, savunma makamı ve yargılama makamı için önem arz etmektedir. Bu yönleriyle iddianamenin iadesi kurumu ceza muhakemesinin önemli bir kurumudur.

Diğer yandan, mahkeme kararıyla kesinleşmedikçe kişilerin suçlu sayılamaması şeklinde de ifade edilen ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde 6 ncı maddenin ikinci fıkrasında “presumed innocent” olarak yer bulan, Türk hukuk literatüründe “suçsuzluk karinesi, masumluk karinesi ya da masumiyet karinesi<sup>43</sup>” olarak kullanılan önemli bir müessese mevcuttur<sup>44</sup>.

Suçsuzluk karinesi, Anayasamızın temel haklar ve ödevleri düzenleyen ikinci kısmının “kişinin hakları ve ödevleri” başlığını taşıyan ikinci bölümünde suç ve cezalara ilişkin bir esas olarak 38 inci maddenin dördüncü fıkrasında; “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.” şeklinde ifade edilmiştir. Anayasamızın “Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15 inci maddesinin ikinci fıkrasının son kısmında ise “...suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” şeklinde korunmaktadır.

Keza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasında da “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır” denmektedir<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Türkiye ile ilgili olarak AİHM’in Yağcı-Sargın, 23/03/1995 tarihli Mansur,25/03/1996 tarihli Mitap-Müftüoğlu ve 27/11/1997 tarihli Zana Kararlarında, davaların yıllarca sürdüğünü belirterek makul sürede yargılanma hakkının ihlal ettiğini belirtmiştir. ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Yükümlülüğü, s. 415.

<sup>43</sup> **ATLIHAN, Özen**, (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsur Olarak Masumiyet Karinesi. *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(3-4). s.391.

<sup>44</sup> **FEYZİOĞLU, Metin**, (1999). Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 48 (1-4). s.135 vd.

<sup>45</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi. <<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>> (Erişim tarihi: 31.12.2019)

Devlet bireyi bir suçla itham ettiğinde, kesinleşmiş bir mahkeme hükmü verilinceye kadar, bu kişinin maddi ve manevi varlığını her türlü haksız saldırıdan korumakla yükümlüdür. Bu nedenle çağdaş devletlerin hukuk sistemlerinde insan onurunun korunması amacıyla kişilerin “lekelenmeme hakkı” öncelikli olarak korunan haklar arasında yer almaktadır<sup>46</sup>.

Suçsuzluk karinesi, ilke şeklinde kabul edilen bir karine olmanın ötesinde bir haktr. Keza, suçsuzluk karinesi ile şüpheli veya sanığın toplum nezdinde önyargılı olarak suçlu sayılması önlenir ve böylece kişilerin lekelenmeme hakkı korunur.

Bu bağlamda yukarıda ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz son yargı paketiyle, CMK'nın 174 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenmesi iddianamenin iadesi nedenleri arasına alınmaktadır. Maddenin önceki halinde ise, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan ifadesi yer almakta idi<sup>47</sup>.

Düzenlemenin madde gerekçesi, önceki halde mevcut < >mutlak sayılan bir delil ibaresinin” mahkemelerin iade yetkisinin çok sınırladığına ve mutlak olmamakla birlikte suçun sübutuna etki edebilecek delillerin toplanmasını sağlama amacı taşıdığını ortaya koymaktadır. Belirtilen değişiklikten önce, hangi delillerin suçun sübutuna mutlak edeceği hususunun tespiti noktasında uygulamada farklı kararlar söz konusu idi.

Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delilin tespiti noktasında, suçun işlendiği hususunda “yeterli şüphe” oluşturacak delillerin toplanmış olması CMK 170/2 den yola çıkılarak Yargıtay tarafından iddianame düzenlenmesi için yeterli kabul edilmekte ve suçun niteliğine etki edecek ya da şüpheyi bütünüyle ortadan kaldırmaya yönelik delillerin toplanmamış olması iade nedeni olarak kabul edilmemekte idi<sup>48</sup>. Yeterli şüphe, kişinin mahkum olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha fazla olması olarak öğretide ifade edilmektedir<sup>49</sup>. Şüphenin derecesinin takdiri ise savcıya aittir. Bu konuda mahkemenin değerlendirme yapması öğretide “ihsası rey” olarak görülmekte ve eleştirilmektedir. Bu şekliyle düzenlemenin davaya bakacak mahkemede baştan bir kanaat oluşmasına yol açtığı, iddianamenin reddi müessesesi getirilmesi veya farklı bir mahkemece iddianamenin iadesinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>50</sup>.

Yeterli delil hususunda örnek vermek gerekir ise, sahte oluşturulduğu belirlenen çekin, şüpheli tarafından ticari alış-veriş sebebiyle borçlu olduğu

---

<sup>46</sup> **GÜLSÜN, Ramazan**, İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı, International Journal Of Legal Progress, Volume 1, 2015, Number 2, <http://dx.doi.org/10.20978/ijlp.56121>.

<sup>47</sup> <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>.

<sup>48</sup> Yargıtay 12. CD'si 08/10/2019 tarih ve 2019/12724 E., 2019/9923 K. UYAP (06/11/2019).

<sup>49</sup> **CENTEL/ZAFER**, age., s. 98; **ÖZTÜRK, ERDEM**, s.495, **ARTUÇ**, s. 553.

<sup>50</sup> **ÖZBEK**, Veli Özer, **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar, age., s.497.

mağdura verildiği hususunda tereddüt olmadığı durumlarda çeki kendisine verenin kendisi ile ticaret yaptığı üçüncü bir kişi olduğunu beyan etmesine karşılık, adı geçen kişinin açık kimlik bilgisi ve telefon numarası hakkında bilgi vermediği durumlarda Cumhuriyet savcısı tarafından toplanan delillerin kamu davası açılması için “yeterli şüphe” oluştuğunun kabulü gerekir ve dava açmaya yeter şüphenin varlığı hâlinde Cumhuriyet savcısının dava açması zorunluluğu mevcuttur<sup>51</sup>.

Ancak Yargıtay kararlarına baktığımız da iade nedeni olarak bu fıkranın önceki halinin sınırlı uygulandığını da belirtmeliyiz. Misal olarak, sahtecilikte imza incelemesi yapılmadan kamu davasının açılması iade sebebi<sup>52</sup> olarak görülmekte iken, keşif yapılmaması<sup>53</sup>, akıl hastalığı ile ilgili rapor aldırılmaması,<sup>54</sup> mağdurun kati raporunun alınmaması<sup>55</sup> yeterli şüphe bulunduğu hallerde iade sebebi olarak kabul edilmemektedir.

Bu tartışmalar çerçevesinde yeni düzenlemede yer verilen “suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delilin” kapsamının her somut olaya göre belirleneceğini belirtmek gerekir.

Cumhuriyet Savcılarının etkili bir soruşturma yapmaması durumunda bireyin uzun süren yargılamalarla toplumda suçlu olarak algılanmaları, dolayısıyla onur ve saygınlıklarının örselenmesi adil yargılanma hakkının ihlaline yol açacaktır. Bu sayede basit şüphelerle, beraat etme ihtimali yüksek olan kişiler hakkında kamu davası açılmasının engellenmesi amaçlanır. Bu yönüyle suçun sübutuna etki edecek bir delilin yer almaması, iade sebepleri arasında yer bulmuştur. Suçun sübutuna doğrudan etki eden delil, savcının bilgisi ve toplama imkanı dahilinde olan, suçun fail tarafından işlenip işlenmediği şüphenin derecesine etki edecek delillerdir<sup>56</sup>. Örnek vermek gerekir ise, soruşturma dosyasında mevcut olan önemli bir tanığın dinlenilmemiş olmasıdır<sup>57</sup>.

Bu hususta AİHM Salduz/Türkiye kararında, adil yargılama ilkesinin sadece kovuşturma evresiyle sınırlandırılmayacağını, ilkenin soruşturma evresinde uygulanamayacağı yönünde bir engel bulunmadığı, ilkenin sağladığı güvencenin kovuşturma evresi öncesinden başladığını kabul etmek gerektiğini işaret

---

<sup>51</sup> Yargıtay 11. CD’si 2019/8597 E., 2019/8565 K. UYAP (06/01/2020).

<sup>52</sup> Yargıtay 11. CD’si 02/12/2012 T. 2005/6429 E., 10112 K. UYAP (06/01/2020).

<sup>53</sup> Yargıtay 01/06/2006 T. 2006/5835 E., 4982 K. UYAP (06/01/2020).

<sup>54</sup> Yargıtay 2. CD’nin 20.09.2007 T. 2007/12915 E., 2007/11684 K. UYAP (06/01/2020).

<sup>55</sup> “İddianamenin iadesi sebepleri arasında mağdurun kesin raporunun aldırılmamasının yer almadığı”, Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 30/09/2019 T. 2019/13780 E., 2019/17233 K. UYAP (08/01/2020).

<sup>56</sup> **ELMAS**, agm., s. 222; **GÖKÇEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim**, age., s. 593.

<sup>57</sup> **YENİSEY/NUHOĞLU**, age., s. 700.

etmiştir<sup>58</sup>. Kararda soruşturma evresinde elde edilen delillerin yargılamayı şekillendirdiği, sonuç olarak mevcut olayın hangi suçu oluşturacağı yönüyle tüm belirlemelerin büyük oranda soruşturma evresinde yapılan faaliyetler ve elde edilen delillere göre şekillenmekte olduğu vurgulanmaktadır.

Bu bağlamda örnek vermek gerekir ise, şüpheli hakkında imar kirliliğine neden olma suçundan mahkumiyet kararı verildiği ve imara aykırı inşaatı devam ettiği gerekçesiyle imar kirliliğine neden olma ve mühür bozma suçlarından suç duyurusunda bulunulması ve iddianame tanzim edilmesi durumunda, mahkemenin düzenlenen iddianamenin yapı kayıt belgesi alınıp alınmadığının araştırılmaması nedeni ile iadesine karar vermesi durumunda Cumhuriyet Savcısı tarafından iddianamenin iadesine ilişkin karara süresi içerisinde itiraz edilmesi halinde artık bu belge “suçun sübutuna doğrudan etki edecek delil” olarak kabul edilerek iddianamenin iadesi söz konusu olabilecektir. Ancak, bu konuya ilişkin Yargıtay’ın aksi yönde bir kararı mevcuttur<sup>59</sup>.

Belirtilen kararın muhalefet gerekçesinde de “somut olayda failin imar kirliliğine neden olma suçunu işlemesinden sonra 3192 sayılı Yasa’ya eklenen geçici 16 ncı madde ile imar barışı ve faile bir etkin pişmanlık olanağı getirilmiştir. Cumhuriyet Savcısı tarafından öncelikle şüphelinin etkin pişmanlıktan yararlanıp yararlanmadığı araştırılması gereklidir. Etkin pişmanlıktan yararlanmış ise TCK’nın 184 üncü maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermesi gerekir, şüphelinin lekelenmeme hakkı mevcut olup, olumsuz yargılama şartı olan etkin pişmanlığın bulunmaması koşulu araştırılması gerekir ve doğrudan kamu davası açılması bu yönüyle hukuka uygun değildir.” denilmektedir.

Yine benzer biçimde Yargıtay’ın emsal kararlarında, “Karşılıksız yararlanma suçu bakımından özel bir etkin pişmanlık düzenlemesi olduğundan yola çıkarak TCK’nın 168 inci maddesinin beşinci fıkrası gereğince, şikâyetçi kurumun uğradığı zararı, vergisi dahil suç tutanağı ile belirlenmiş veya belirlenecek olan cezasız tutarının ödenmesi halinde şüpheli hakkında kamu davası açılmayacağını belirtilmektedir”<sup>60</sup>.

Yargıtay başka bir kararında ise, “kaçak elektrik kullanım bedelini hükümden önce ödemesi halinde TCK’nın 168 inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca etkin pişmanlıktan yararlanabileceğine ilişkin düzenlemenin aksine iddianamenin iadesi sebebi olarak görmediğini” belirtmeliyiz<sup>61</sup>. Bu

---

<sup>58</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/salduz-karari>.

<sup>59</sup> Yargıtay 18. CD’si 19/06/2019 tarih ve 2019/1547 E., 2019/10878 K. UYAP (06/11/2019).

<sup>60</sup> Yargıtay 13. CD’si 16/09/2019 tarih ve 2019/8480 E., 2019/12557 K. UYAP (06/11/2019).

<sup>61</sup> “Sanık hakkında 22.02.2017 tarihinde aboneliksiz enerji kullandığı gerekçesi ile tutanak düzenlendiği, karşılıksız yararlanma suçu bakımından özel bir etkin pişmanlık düzenlemesi olan TCK’nun 168/5. maddesi gereğince ve kanun koyucunun amacı doğrultusunda katılan

düzenlemenin özel bir etkin pişmanlık maddesi olması nedeniyle kişinin sanık sıfatını almadan kamu davasının açılmamasını öngördüğünden iade sebebi kabul görmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu hususta Yargıtay'ın iade sebebi kabul edilmesi gerektiğine ilişkin farklı yönde kararlarının da mevcut olduğunu belirtmek gerekir<sup>62</sup>.

Diğer yandan, yeterli şüphenin bulunmadığından bahisle iddianame iade edilemez<sup>63</sup>. Şüphenin derecesinin takdiri cumhuriyet savcısına aittir. Kanun uygulayıcılarının düzenlemenin işlevselliğini sağlamak amacıyla, iade nedeni olarak kabul edilen halleri titizlikle değerlendirmeleri önem arz etmektedir<sup>64</sup>.

kurumun uğradığı zararı, vergisi dahil suç tutanağı ile belirlenmiş veya belirlenecek olan cezasız tutarı, ödemesi halinde hakkında kamu davası açılmayacağından, ödeme süresi ve yerinin soruşturma merciiince sanığa bildirilmesi gerektiği, sanığa bu hususa ilişkin bildirimde bulunulmuş ise de, ödeme süresi ve yerinin belirtilmediği ve sanığa hakkında dava açılmasını engelleme imkanı tanınmadan, bunun da iddianamenin iadesi sebebi olduğu gözetilmeyerek görülen kamu davasında, katılan kurumun normal tarifeye göre bilirkişiye hesaplatılan vergili ve cezasız gerçek zararının sanığa ödeme yeri ve süresi de belirtilir şekilde ihtar edilerek, sanığın ödemesi halinde 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca kovuşturma şartının gerçekleşmemesi nedeniyle sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi, zarar karşılanmıyor ise sanığa kaçak elektrik kullanım bedelini hükümden önce ödemesi halinde TCK'nın 168/5. maddesi uyarınca etkin pişmanlıktan yararlanabileceği hususu hatırlatılıp, talep etmesi halinde zararı gidermesi için kendisine süre verilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde iddianamenin iadesi kararına yönelik itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi" Yargıtay 17. CD'si 16/06/2017, 2015/18830 E. - 2016/9113 K. sayılı kararı. UYAP (07/11/2019).

<sup>62</sup> "Cumhuriyet Başsavcılığınca anılan Yargıtay ilâmında belirtilen şekilde normal tarifeye göre vergisiz ve cezasız gerçek zarar miktarı tespit edilip, şüphelinin bu miktarı şikâyetçi kuruma ödemesi halinde hakkında dava açılmayacağına dair bir bildirimde bulunulmadan iddianame tanzim edildiği gözetilmeden, iddianamenin iadesi kararına karşı yapılan itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden, mahkemesince verilen iddianamenin iadesine ilişkin kararın yerinde olduğu gözetilmeden, verilen iade kararına yönelik itirazın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 04/07/2019 T., 2019/10696 E., 2019/12364 K. sayılı ilâmı; Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin 16.06.2017, 2015/18830 E. ve 2016/9113 K. sayılı ilâm Yargıtayımızın istikrar bulmuş içtihatları da bu yönde olup, gecikme faizi ve benzeri zararlar 168. madde kapsamında değerlendirilemez; Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 07/11/2019 T., 2019/12430 E., 2019/16229 K. sayılı ilâmı maddeye göre, ödenmesi halinde şüpheli hakkında takipsizlik kararı verilmesi sonucunu doğuracak olan vergili ve cezalı zarar miktarı tespit ettirilmiş ise de, şüphelinin bu miktarı şikâyetçi kuruma ödemesi halinde hakkında dava açılmayacağına dair bir bildirimde bulunulmamıştır. Bu sebeple iddianamenin iadesi kararı usul ve yasaya uygundur. UYAP (07/11/2019).

<sup>63</sup> Bu husustaki eleştirilere ilişkin bkz: **BALCI, Murat**, Delillerin Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturması. *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 7, S.72, 2012, s. 5.

<sup>64</sup> "Aracın sigortalı olup olmadığı, araçta meydana gelen hazine zararının ayrıca sigorta şirketi tarafından karşılanıp karşılanmadığı, karşılanmış ise bunun hazineye ek bir külfet getiren getirmedeği araştırılmadan...." şeklinde belirtildiği üzere, hazine zararının yargılama



Bu düzenlemenin esas mahkemesine iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında sübuta ilişkin değerlendirme hakkı tanıyor olması ve hangi delilin suçun sübutuna doğrudan etki edeceğine ilişkin tespit ve esasa etki edecek bir sorun hakkında önceden karar verilmesi sonucunu doğurabilecek nitelik taşımadığını da belirtmek gerekir.

Şöyle ki, uyuşmazlığın esası hakkında karar verecek hâkimin bu yönde bir inceleme yapması adil yargılanma hakkı kapsamında zorunluluktur. Mahkemenin özellikle kişilerin lekelenmeme hakkı çerçevesinde bir süzgeç görevi görmesi, suçun sübutuna doğrudan etki eden delil toplanılmadan açılan iddianamenin iadesine karar vermelidir. Aksi durumda ise iddianamenin kabulüne karar verilebilecek olması imkan dahilinde ve suçun sübutu açısından unsurlarının oluşmaması durumunda mahkemenin her aşamada sanığın atılı suçtan beraatına da karar verebilme imkanı karşısında artık iddianamenin iadesi ile tarafsız mahkemede yargılanma hakkı ve masumiyet karinesinin ihlaline sebebiyet verebileceğini ifade etmekte mümkün değildir.

Yargıtay bir kararında, “şüphelinin bu telefonu müştekidenden onu kandırarak aldığı dair beyandan başka delil olmadığı, bu sebeple baz istasyonu ve telefon sinyalleri tespiti ile ve teşhis işlemi yaptırılarak gerekli araştırmalar yapılmaksızın eksik delil araştırması ile dava açıldığı hususlarında iddianame iade edilmiş ve merci tarafından iadeye yapılan itiraz ret edilmesi halinde; dolandırıcılık suçlarında ayrıca şüpheli hakkında belirtilen delil araştırmalarının kuvvetli şüphenin varlığının belirlenmesi için yargılama aşamasında da yapılabileceği” nazara alındığında iddianamenin iadesine ilişkin yasal ve haklı sebepler bulunmadığını ifade ettiği görülmektedir<sup>65</sup>.

Diğer yandan Yargıtay aksi uygulama ile bir başka kararında, “Adli Tıp Şube Müdürlüğünden işlediği iddia edilen kardeşe karşı cinsel istismar suçu yönünden *filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmediği kanaatini bildirir rapor aldırılmasını yeterli görmediğini* ve yargılama aşamasında davayı gören

---

aşamasında Mahkeme tarafından da belirlenebileceği anlaşılmakla, bahse konu hususların iddianamenin iadesi sebepleri arasında sayılmadığı gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla gereği görüşülüp düşünüldü; Yukarıda sözü edilen kanuni düzenlemeler karşısında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Van 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 11/06/2018 tarihli ve 2018/681 değişik iş sayılı kararının CMK'nin 309/4. maddesi uyarınca bozulmasına, Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 12/06/2019, 2019/29876 E., 2019/9403 K. UYAP (15/11/2019).

<sup>65</sup> Yargıtay 15. CD'sinin 04/11/2019 T. 2019/6161 E., 2019/10626 K. sayılı kararı. UYAP (02/01/2020).

mahkeme tarafından raporun yeterli bulunmaması halinde yetkili kurumdan tekrar rapor aldirilabileceğine, bu bakımdan iade gerekçesi yapılan eksikliğin suçun sübutuna etki edecek ve toplanması gereken mutlak delillerden olmadığına ilişkin” kanun yararına bozma talebini reddettiğini belirtelim<sup>66</sup>.

Yukarıda ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere, mahkeme aşamasında delil araştırması mümkün olmasına karşın adil yargılanma hakkı ve ceza yargılamasının tek celsede yargılamanın bitirilmesi amacı bağlamında iddianamenin iadesi kurumunu işlevsiz hale getirebilecek uygulamalara katılmak mümkün görülmemektedir.

Bu yönleriyle Cumhuriyet savcılarının tanzim ettikleri iddianamelerin neticesinde çıkan mahkumiyet ve beraat kararları ile yargıçların vermiş olduğu kararlarına ilişkin isabet oranlarına ilişkin istatistiki verilerin Cumhuriyet savcılarının ve hakimlerin terfi incelemelerinde hususiyetle değerlendirilmesinin, ceza yargılamasının önemli kurumunun işlevselliğinin sağlayabileceğini de bir kanun uygulayıcısı olarak belirtmek gerekmiştir.

### **3. 7188 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde İddianamenin İadesinin Yasak Olduğu Haller**

İadenin yasaklılığı CMK 174 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, suçun hukuki nitelendirmesi nedeniyle iddianamenin iade edilemeyeceği biçiminde ifade bulmuştur<sup>67</sup>.

Örneğin, iddianamede hukuki nitelendirme ile silahlı terör örgütü üyeliği olarak vasıflandırılarak açılan kamu davasının silahlı terör örgütüne yardım olarak nitelendirme yapılması gerektiğinden bahisle ve sırf bu nedenle

---

<sup>66</sup> Yargıtay 14. CD’sinin 05.11.2019 T. 2019/5334 E., 2019/12179 K. UYAP (08/01/2020). Aynı yönde “iddianamenin CMK.nın 174/2. madde ve fıkrasına aykırı olarak suçun hukuki nitelendirmesinin değişebileceğinden bahisle yasal olmayan gerekçeyle iadesine dair kararına karşı yapılan itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi”, Yargıtay 8. CD’sinin 14/10/2019 T. 2019/6843 E., 2019/12191 K. UYAP (08/01/2020).

<sup>67</sup> Şüphelinin eylemi Cumhuriyet savcısı tarafından, 15 yaşından küçük olan ve hukuken geçerli bir rızası bulunmayan mağduru, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın cinsel amaçlı olarak yanında tutmak biçiminde kabul edilmiş ve eylemin kişiye hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu değerlendirilerek sanığın TCK.nın 109/1, 3-f ve 5. maddeleri uyarınca cezalandırılması talep edilmiştir. Yargılama sırasında eylemin TCK.nın 234. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alkonulması suçunu oluşturduğu kanaatine varılırsa uzlaştırma işlemleri mahkeme tarafından CMK.nın 254. maddesi uyarınca yerine getirilebilecektir. CMK.nın 174/2. madde ve fıkrasına aykırı olarak suçun hukuki nitelendirmesinin değişebileceğinden bahisle yasal olmayan gerekçeyle iadesine dair Samsun 4. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 11.01.2018 tarihli ve 2018/21 iddianame değerlendirme sayılı kararına karşı yapılan itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi, yasaya aykırı ve Adalet Bakanlığı’nın kanun yararına bozma istemine dayılı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın ihbarname içeriği bu itibarla yerinde görülmüştür. Yargıtay 8. CD’nin 14/10/2019 T. 2019/6843 - 2019/12191 K. UYAP (02/01/2020).

iddianame iade edilemez. Çünkü, suçun unsurlarını tartışmak yetkisi mahkemeye aittir.

Öte yandan öğretide bir görüş, hukuki nitelendirmenin doğru yapılmasına rağmen iddianamenin görevli olmayan mahkemeye açılmış olmasının iade sebebi olarak mahkemece ele alınması gerektiğini ve hukuki nitelendirme ile ilgili bir sorun olmadığından iade yasağı çerçevesinde değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>68</sup>. Ancak, ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere iddianamenin iadesi nedenleri yasada sınırlı düzenlenmiş ve genişletme hususunda yargıçlara takdir hakkı da tanınmamıştır. Bu bağlamda bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Temel olarak iddianamenin iadesi sebepleri arasında şüphelilerin ifadesinin alınmamış olması sebebinin sayılmadığından iddianamenin iadesi mümkün olmadığı Yargıtay tarafından kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Ancak ifade alınması dosya kapsamı itibarıyla zorunluluk arz eden hallerde iddianamenin iadesi yoluna gitmek uygun düşeceği düşüncesindeyiz. Zira, bu hususta belirttiğimiz yönde Yargıtay kararları bulunduğunu da belirtmeliyiz<sup>70</sup>.

Diğer yandan, hakkında yakalama kararı bulunan şüpheli hakkında kamu davası açılmış olması durumunda davanın sonuçlandırılma imkanı bulunmadığından soruşturma evrakı Cumhuriyet Başsavcılığında değil mahkemede beklemiş olacak olup, “yargılamanın makul sürede bitirilmesi” ilkesi de ihlal edilme durumu ortaya çıkacaktır.

Bu bağlamda kaçakların yargılanmasına kısaca değinmek gerekir. 02/01/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK'nın 12 nci maddesinde ise, kaçaklık kararı verebilme koşullarını düzenleyen CMK'nın 247 inci maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmış ve 01/02/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. CMK'nın 247 ve devamı maddelerinde düzenlenen kurumda, 24/11/2016 tarihinde 6763 sayılı Kanunun 32 nci maddesiyle yapılan değişikliğe göre; hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye “kaçak” denmektedir.

Ayrıca, sorgusu yapılmamış sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulamaz. (CMK 193/2 ve 247/3). Saniğin savunmasının alınması istisnaları mevcut olmakla, davanın bitirilmesi için zorunluluk niteliğindedir.

---

<sup>68</sup> ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar, age., s.493.

<sup>69</sup> Bu hususta bkzn. Yargıtay 12. CD'si 08/10/2019 T. 2019/12724 E., 2019/9923 K. sayılı kararı. UYAP (08/01/2020).

<sup>70</sup> Yargıtay 1. CD'nin 09/02/2007 T. 2007/985 E., 2007/287 K. sayılı kararı. Aksi yönde görüş için bkzn. **DİRİM, Vuslat**, İddianamenin İadesi ve Yargıtay Uygulamaları. *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 4, S.32, Temmuz 2012, s.13-17.

Dolayısıyla yakalamalı dosyalarda ve özellikle şüpheli sayısı fazla olan dosyalarda, ifade alınmadan kamu davası açılmış olması durumunda davanın sonuçlandırılma imkanı bulunmadığından soruşturma evrakı Cumhuriyet Başsavcılığı yerine mahkemede beklemiş olacaktır. Bu durumda davanın makul sürede bitirilmesi ilkesinin ihlal edilme ihtimali oluşacaktır. Mütemadi suçlarda ise iddianame düzenlemekle hukuki kesintinin gerçekleştirilmesi halinde dava zamanaşımı süresi de işlemeye başlayacaktır. Bir taraftan suç işlemeye devam ederken iddianameyle kamu davası açılması nedeniyle bu suçun dava zamanaşımına uğrama tehlikesi de ortaya çıkacaktır.

Bu nedenlerle, kamu davası açılması için “yeterli şüphe” bulunan hallerde savunma alınmaksızın dava açılmasına engeli bulunmamakta ise de, mütemadi suçlarda (örneğin, örgüt üyeliği suçunda) yakalamanın gerçekleşmediği durumda dava açılması bir yarar sağlamayacaktır. Diğer taraftan eksik soruşturma nedeniyle yeterince delil toplamadan açılan davalar beraat ile sonuçlanabilecektir. Kovuşturmayla yer olmadığına ilişkin kararlarda yeni delil ortaya çıkması halinde dava açma olanağı mevcut ise de, kesin hüküm halinde CMK 314 üncü maddesindeki sınırlı nedenlerle yargılamanın yenilenmesi mümkün olması maddi gerçeğe ulaşmaya da engel oluşturacaktır<sup>71</sup>.

Özellikle şüphelisi sayıca çok olan suçlarda, birden çok sanığın suça iştirak etmeleri nedeniyle CMK'nın 8 inci maddesi gereğince birlikte görülmesi gereken bağlantılı davalarda, dava zamanaşımı gibi durumların söz konusu olduğu hallerde, bir kısım şüpheliler hakkında, şüphelilerin bir kısmı yakalanmamış veya kaçak olsalar da kamu davası açıldığı görülmektedir.

Son tahlilde, Yargıtay'ın şüphelinin ifadesi alınmadan dava açılma durumunda makul sürede yargılama ilkesi ve lekelenmeme hakkı çerçevesinde iddianamenin iadesine konu edilebileceğine değinen kararlarının da bulunduğunu belirtmek gerekir<sup>72</sup>.

#### **4. Son Gelişmeler Işığında İddianamenin İadesinin Süresi, Sonuçları ve Yasa Yolu**

##### **4.1. İddianamenin İadesi Süresi**

İddianame Cumhuriyet savcısı tarafından tanzim edilip soruşturma dosyası iddianame ile birlikte görevli ve yetkili mahkemeye tevdi olunur<sup>73</sup>. Mahkemece CMK 174/1 gereğince, mahkeme iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içerisinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra dosyayı inceleyerek hatalı ve eksik

---

<sup>71</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2016/7218 E., 2018/3954 K. sayılı kararı. UYAP (04/11/2019).

<sup>72</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2018/2973 E., 2018/3935 K. sayılı kararı. UYAP (04/11/2019).

<sup>73</sup> **SOYASLAN, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2007, s. 356.

gördüğü hususlar belirtmek suretiyle dosyayı cumhuriyet savcılığına iadesini gerçekleştirebilir.

Yasada iddianame iade süresinin kesinlik arz eden bir süre olduğunu da ifade etmeliyiz<sup>74</sup>.

Bu çerçevede bu sürede, zamanaşımından farklı olarak kesilme ve durmalarla uzamayacak olmasına ve hak düşürücü süreden farklı olarak eski hale getirme isteminde bulunamayacak olmasına da değinmek gerekir<sup>75</sup>. Süresinde iadesi gerçekleştirilmeyen iddianamenin örtülü kabulü halinde ise CMK'nın 175 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere kovuşturma evresi başlayacaktır.

Yargıtay eski tarihli bir kısım kararlarında, iade için fiilen teslim tarihine vurgu yaptığını görmekteyiz<sup>76</sup>. Yargıtay'ın son kararlarında ise, uypap kayıtları üzerinden değerlendirme yapılarak iade süresi hesaplanmaktadır<sup>77</sup>.

Uygulamada ender de olsa onbeş günlük sürede dosyaların soruşturma makamından uyaptan gönderilmesine rağmen fiziken mahkemelere ulaştırılamaması söz konusudur. Bu duruma münhasır olmak üzere, mahkemece böyle bir tespit söz konusu ise CMK'nın 174/1 hükmünün "soruşturma evrakının verildiği tarih" belirlenmesine istinaden fiilen teslim tarihinin de dikkate alınmasına cevaz verdiği ve iddianamenin iadesi süresinde bu tarih dikkate alınarak da hesaplama yapılabileceği düşüncesindeyiz.

#### 4.2. İddianamenin İadesinin Sonuçları ve Yasa Yolu

İddianamenin iadesi durumunda cumhuriyet savcısı kararda gösterilen eksiklikleri tamamlar ve hatalı gördüğü noktaları düzeltir ve yeniden iddianame tanzim ederek mahkemeye gönderir. Belirtilen aşamada, savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilmesi de mümkündür. Bu durumda artık iddianame tanzim edilmeyecektir. Mahkeme ikinci iddianameyi de iade konusu yapabilecektir. Ancak, bu durumda yeni sebepler ileri sürülemez. Yalnızca ilk iadede belirtilen nedenlerdeki eksikliklerin giderilmemesi gerekçesiyle ikinci kez iade mümkündür.

---

<sup>74</sup> ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I. Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 118.

<sup>75</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, age., s. 647.

<sup>76</sup> İnceleme konusu olayda 15 günlük iade süresinin, soruşturma evrakının fizikî olarak Mahkemeye teslim edildiği tarihten başladığının kabul edilmesi gerektiği, bu duruma göre iddianamenin 15 günlük süre içinde iade edildiği ve iade kararının yasaya uygun olduğu, anlaşılabilir olup, bu nedenle iade kararına yönelik itirazın reddine karar verilmesi de yasaya uygun olduğundan, kanun yararına bozma talebi yerinde görülmemiştir. Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 14/10/2019 T. 2019/2449 -6341 E-K. sayılı kararı. UYAP (02/01/2020).

<sup>77</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 15.12.2017 tarihli ve 2017/19261 Esas, 2017/28180 karar sayılı ilâmı; Yargıtay 3. CD'nin 14/10/2019 T. 2019/13937 E., 2019/18341 K. sayılı kararı. UYAP (02/01/2020).

Mahkeme tarafından işaret edilen hususların eksik veya yanlışlara rağmen, iddianame kendisine iade edilen savcılık eksikleri ve hatalı noktaları düzeltmemesi durumunda ise, yeniden tanzim edilen iddianamenin iade olanağı bulunmakta olup ancak bunun müteaddit kez iadeye sebebiyet verebileceğine de dikkat çekmek isteriz. Mahkemenin ilk iddianame iadesi kararında belirtilmeyen bir sebeple iddianameyi yeniden iade edemeyeceğini de belirtmeliyiz.

Diğer yandan, iddianamenin iade edilmesine müteakip savcılığın yaptığı yeni araştırmayla çok farklı hususları tespit etmesi durumunda, bu halde eylem ve (iade konusu edilen) iddianameden farklı bir iddianame tanzim edilmesi söz konusu olacağından belirtilen halde de yeniden iddianamenin iade edilebileceğini de belirtmek gerekir.

İddianamenin iadesi durumunda ceza muhakemesi sùjelerinin iadeye karşı koyma imkanı yasada düzenlenmiştir. CMK'nın 175 inci maddesi uyarınca iddianamenin kabulü ile kamu davası açılmış olur ve kovuşturma aşaması başlar. Duruşmada hazır olması gereken kişilerin çağırılması ve duruşma günü belirlenmesi ise iddianamenin kabulünden sonra olur.

İddianamenin iadesine itiraz imkanı cumhuriyet savcısına tanınmaktadır. (CMK 174/5) Cumhuriyet savcısı dışındaki tarafların ise bu türden bir itiraz hakkı öngörülmemiştir. Belirttiğimiz üzere, savcılık makamına bu hususta dosyayı takip eden ilgililerin iddianamenin kabulü gerektiğine inanıyorlarsa iade kararına itiraz noktasında çaba sarf etmesine, savcılığa talep ve delil ibraz etmesine engel bir düzenleme de söz konusu değildir. İlgililer bu aşamada da savcılık makamına itiraz etmesi yönünde hukuksal açıklamaları içeren dilekçe verebilirler ve bu şekilde savcılık makamını itiraz etmeye tahrik de edebilirler.

İddianamenin düzenlenişine veya iddianamenin mahkemeye verilmiş veyahut mahkemenin iddianame kabul kararı vermesine savcı dışındaki taraflara özel bir kanun yolu belirttiğimiz üzere mevcut değildir. Bu süreçte ilgililerin yer almaları, haberdar edilmemeleri sebebiyle de fiilen olanaksızdır<sup>78</sup>. Diğer yandan bu süreçte soruşturma evresinde dosyayı sürekli inceleyen ve takip eden bir avukatın, şüphelinin, mağdurun çoğu zaman vereceği bir dilekçe ile iddianamenin düzenlenişine müdahale imkanı, yönlendirmesi veya mahkemece kabul aşamasında değerlendirilmek üzere dilekçe sunması, açıklama yapması, delil ibrazı ile süreçle ilişkin dışarıdan bir katkı sunması imkanı mevcuttur. Bu imkanı yasal olarak engelleyen bir düzenleme de söz konusu değildir.

Diğer yandan, delil toplanmaksızın, deliller şüpheliye isnat edilen fülle (veya şüpheliyle) ilişkilendirilmeden hazırlanan bir iddianame şüphelinin

---

<sup>78</sup> CENTEL/ZAFER, age., s.598, 599.

adil yargılanma hakkını ihlal eder. Hiç şüphesiz adil yargılanma hakkı sadece kovuşturma evresiyle ilişkili bir hak da değildir. Bu yönüyle, haksız dava açmamak (iddianame düzenlememek) bir Cumhuriyet Savcısının endişesi olması gerekmektedir<sup>79</sup>.

## SONUÇ

Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 02.02.2012 tarihli ve 2011/27923 esas, 2012/2008 karar sayılı kararı ile Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 25.03.2015 tarihli ve 2015/7099 esas, 2015/10801 karar sayılı emsal kararında ve ayrıntılarıyla belirtildiği üzere, “Yeni Türk Ceza Adalet Sistemi”nde benimsenen, “Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma” prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev’i filtre görevi yapmaları gerekmektedir.

Belirtilen prensiplerin hayata geçirilebilmesi için mevzuatımızda CMK’nın 160 ıncı maddesinin ikinci fıkrası hükmü ile düzenleme altına alınan; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılarında şüphelinin lehine olan delilleri (de) toplama ve şüphelinin haklarını koruma yükümlülüğü getirilmiş ve ayrıca; 170 ve 174 üncü madde hükümleri ile de, iddianamenin iadesi kurumuna yer verilmiştir.

7188 sayılı Kanunla getirilen “suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamelerin iadesi” her somut olaya özgü değerlendirilmesi gerekecek ve değişiklik gösterecek bir sebep olarak uygulamada şekillenecek bir düzenlemedir. Bununla birlikte iade nedenlerinin çok sınırlı değerlendirildiği Türk hukuk uygulamamızda adil yargılanma hakkı çerçevesinde getirilen düzenlenmenin uygulayıcılar tarafından özümsemekle tatbik edilmesi önemlidir.

Ayrıca seri muhakemesi usulünün ceza muhakemesinde yeni bir usul olarak getirilmesi çerçevesinde, belirtilen usul uygulanmadan düzenlenen iddianameler ile soruşturulması izne ve talebe bağlı suçlarda izin ve talep olmaksızın düzenlenen iddianamelerin iade edilmesine imkan sağlanmıştır. Bu hususlar da iddianamenin iadesi kurumunu geliştirici niteliktedir. Ancak, özellikle izne tabi suçların genişliği ve uygulamacılar açısından tespitinde zorluk söz konusudur. Bu yönüyle, iddianamenin iadesi çerçevesine alınan bu hususun sağlıklı tatbik edilmesi için bu kurumun da yeniden ele alınarak düzenlenmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

---

<sup>79</sup> **BİRTEK, Fatih**, Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı*, C. 19, S.2, 2013, s. 959-960.

Son tahlilde, Cumhuriyet savcılarının tanzim ettikleri iddianamelerin neticesinde çıkan mahkumiyet ve beraat kararları ile yargıçların vermiş olduğu kararlara ilişkin isabet oranlarına ilişkin istatistiki verilerin Cumhuriyet savcılarının ve hakimlerin terfi incelemelerinde değerlendirilmesinin, ceza yargılamasının önemli kurumunun işlevselliğine katkı sağlayabileceğini belirtmek gerekir.

#### KAYNAKLAR

- ARTUÇ, Mustafa, Açıklamalı Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu, *Adalet Yayınevi*, Ankara 2017
- ATLIHAN, Özen, (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsur Olarak Masumiyet Karinesi. *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8(3-4). s.391.
- BALCI, Murat, Delillerin Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturması. *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 7, S.72, 2012, s. 5.
- BİRTEK, Fatih, Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı. C. 19, S.2, 2013.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Eylül 2019. DİRİM, Vuslat, İddianamenin İadesi ve Yargıtay Uygulamaları. *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 4, S.32, Temmuz 2012, s.13-17.
- ELMAS, Birsen, Yargıtay Kararları Işığında İddianamenin İadesi. *TAAD*, Y.7, S. 28, 2016, s.217.
- EPÖZDEMİR, Rezan, İddianamenin İadesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S.138, Şubat 2018 s. 14-26.
- FEYZİOĞLU, Metin, Meclis Soruşturması, Ankara, 2006.
- FEYZİOĞLU, Metin, (1999). Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 48 (1-4). s.135 vd.
- GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, *Adalet Yayınevi*, Ankara 2020.
- GÜLSÜN, Ramazan, İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı. *International Journal Of Legal Progress*, Volume 1, 2015, Number 2, <http://dx.doi.org/10.20978/ijlp.56121>.
- GÜLTEKİN, Özkan, İddianamenin İadesi. *Terazi Hukuku Dergisi*, Cilt 1. Sayı 3. Kasım 2006.
- KARAKURT, Ahu, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi. *TBBD*. S.82, 2009.



- KESKİN, İbrahim, İddianamenin İadesi. *Adalet Dergisi*, Y.97, S.25, Mayıs-2006.
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan, Müdafii, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 54.
- ORMANOĞLU, Hatice Derya, Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi, <<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22286.pdf>> (Erişim Tarihi: 08.11.2019)
- ÖZAR, Süleyman, İddianamenin İadesi Tespitler, Sorunlar ve Öneriler, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/28\\_sayi/içerik/Süleyman\\_ÖZAR.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi/içerik/Süleyman_ÖZAR.htm), (12.11.2019).
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, *Seçkin Hukuk*, Ankara, 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncel Yargıtay Kararları, AIHM ve Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruya İlişkin Kararları, 7. Baskı, Ekim 2015.
- ÖZEN, Mustafa, Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi. *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, Ocak 2009.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Yükümlülüğü. *İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi*, Sayı 1-2, Ocak -Şubat 2016.
- ÖZTÜRK Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Ruhan/ GEZER, Özge/SIRMA, Kırıt/ YASEMİN, F. Saygılar, ÖZAYDIN, ÖZDEM/ AKCAN, Esra Alan/ TÜTÜNCÜ, Efser Erden/ VİLEMİN, Derya Altınok/ TOK, Mustafa CAN, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2019.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2007.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, *Yetkin Yayınları*, Ankara 2006.
- ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, *Seçkin Yayınları*, Ankara 2007.
- TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- YURTCAN, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı. Türkiye Barolar Birliği Yayını, İstanbul 2002.
- YENİDÜNYA A.Caner/ İÇER Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku. *Adalet Yayınevi*, Ankara, 2016.

- YENİDÜNYA A. Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.60, Subat- 2007, <http://www.e-akademi.org/makaleler/acyenidunya-1.htm>, (12.11.2019).
- YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.

<http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/salduz-karari>.

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22286.pdf>

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>.



# HUKUKİ ÇOĞULLUK KAVRAMININ OSMANLI MİLLET SİSTEMİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSRAİL UYGULAMASI

*Evaluation of the Legal Plurality Concept in the Context of the Ottoman Millet System and Israel Practice*

**Öğr. Gör. Dr. Hasan Serdar HOŞ\***

Geliş Tarihi: 20.12.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Hukuki çoğulluk anlayışı merkeziyetçi hukuk anlayışına muhalif bir zeminde kendini konumlandırmaktadır. Çoğulcu toplumlarda özellikle son dönemde hukuki tartışmaların da merkezinde yer almaktadır. Hukuki çoğulluk anlayışı postmodern olarak adlandırılan dönemin de kilit kavramlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihsel süreçte hukuki çoğulluğun hangi kökenlerden nasıl ortaya çıktığını ortaya koymak söz konusu anlayışın günümüze nasıl yansıdığı ve tanımlanması noktasında önem taşımaktadır. Hukukun tarihsel olarak ele alınışına baktığımızda insanların, sosyal grupların hareket ve davranışlarını yönlendirerek düzenlemek yönünde devletin kullandığı bir araç olarak karşımıza çıktığı söylenebilecektir. Böylelikle hukuku meydana getiren ve uygulayan olarak da devlet söz sahibi konumdadır. Ancak hukuki çoğulluk anlayışın devletten bağımsız bir hukuki anlayışın da var olduğunu ileri sürerek kendini bu noktadan tanımlamaya çalışmaktadır. Tarihsel süreçte çeşitli görünüş biçimlerine haiz olan hukuki çoğulluk anlayışının coğrafyamızdaki görünüşünü Osmanlı Millet sistemi üzerinden incelemek mümkündür. Hukuki çoğulluk kavramını Osmanlı Millet sistemine benzer şekilde ve fakat kendi politik kaygılarına göre şekillendiren İsrail uygulaması örneği üzerinde durmak kavramın günümüzde hukuki uygulamaya nasıl yansıdığı konusunda bize bilgi verebilecektir.

## ABSTRACT

Legal plurality concept positions itself on the ground that opposes the centralist law concept. In pluralist societies, especially in the recent period, it is at the center of the legal debates. The concept of legal plurality is also one of the key concepts in the postmodern period. It is important to reveal, how the legal majority emerged from which origins in the historical process, to understand how it's reflected and defined in the present day. When we look at the historical consideration of the law, it can be said that people come across with it as a tool used by the state to direct and regulate the movements and behaviors of individuals and social groups. Thus, the state has the power to create and enforce the law. However, the concept of legal plurality tries to define itself by suggesting that there is also a concept of law independent of the state. It is possible to examine the appearance of the legal plurality which includes various forms of appearance in the historical process, in our geography through the Ottoman Millet system. Standing on the example of Israeli practice who shapes the legal plurality concept similar to the Ottoman National system but according to their own political concerns, will give us information about how the concept is reflected in the law practice today. What makes the study original is that Israel practice claims to have expanded its field based on legal values and democracy in a different way than the historical context of the legal plurality, but Israel as a political argument for managing minorities, the dimension of being used in a conscious way is dominant.

\* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: serdar.hos@atilim.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9899-6886.

Çalışmayı özgün kılan husus İsrail uygulamasında hukuki çoğulluğun tarihsel bağlamından farklı bir biçimde hukuki değerlere ve demokrasiye dayalı olarak alanının genişletildiği iddia edilse de İsrail tarafından azınlıkların yönetilmesi hususunda siyasi bir argüman olarak bilinçli bir şekilde kullanılma boyutunun baskın olarak devam ettiğinin ortaya koyulmasıdır. Çalışma sonucunda İsrail'in diğer halkları veya inançları birbirinden ayırarak farklı hukuki rejimlere tabi kılma politikasının altında insani değerleri ve demokrasiyi göz önünde bulundurmaktan ziyade azınlıklara karşı politik avantaj elde etmek amacı taşıdığı söylenebilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuki oğulluk, oğulculuk, Millet Sistemi, Postmodernizm, Sömürgecilik

As a result of the study, it may be said that Israel aims to gain a political advantage against minorities rather than considering human values and democracy under its policy of distinguishing between other peoples or beliefs and subjecting them to different legal regimes.

**Keywords:** Legal Plurality, Pluralism, Millet System, Postmodernism, Colonialism

## GİRİŞ

Günümüzde hukuk kavramının algılanışı açısından hukuki çoğulluk\* anlayışı bize önemli bir bakış açısı kazandırmaktadır. Hukuki çoğulluk Batı toplumlarının iç dinamikleri açısından yeni tartışılmaya açılan bir olgu olarak kabul edilse de özellikle Batı dışında kalan toplumlar açısından yüzyıllardır var olan sosyal bir olguya işaret etmektedir. Günümüzde hukuki çoğulluk üzerine yapılan tartışmalar, pozitivist anlayışın egemen olduğu toplumlarda gelişen tekçi hukuk anlayışına eleştiri olarak tanımlanabilecek bir akım etrafında cereyan etmektedir. Batı toplumlarının özellikle küreselleşme sürecinde yaşadığı değişimle birlikte hukuki çoğulluğun Batılı toplumlar açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı araştırmalara konu olmuştur<sup>1</sup>. Avrupa’da henüz güçlü olan ulus devletlerde bile hukuki çoğulluk anlayışının ele alınmaya başlanması söz konusu anlayışın meşruiyet zemini yoklaması olarak da değerlendirilebilir. Fakat bu tartışmalar hukuki çoğulluk anlayışının tarihi kökenleri ele alınarak yapılsa daha gerçekçi bir alana taşınabilecektir.

Çalışmada öncelikle hukuki çoğulluk tartışmasının ortaya çıkışı tarihsel kökenleri açısından kısaca ele alınacaktır. Daha sonra da bu olgunun coğrafyamıza yansımaları incelemek yararlı olacaktır. Hukuki çoğulluk tartışmasının coğrafyamızdaki tarihsel kökeni olarak Osmanlı pratiği ele alınacaktır. Hukuki çoğulluğun politik bir uygulaması açısından Osmanlı Millet Sistemi’ne değindikten sonra günümüzde Osmanlı Millet Sistemi’nde ufak değişiklikler yapmakla birlikte devam ettirdiği iddia edilen İsrail örneği incelenerek konumuzla bağlantısı kurulmaya çalışılacaktır. İsrail’in hukuki çoğulluk anlayışını nasıl algıladığı ve uygulamada bunu politik bir araç olarak nasıl kullandığı açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

## I. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ VE TANIMI

Batı’nın tarihine baktığımızda hukukun bir olgu olarak, tarihsel süreç boyunca insanların, sosyal grupların ve kurumların davranışlarını yönlendirmek ve düzenlemek için devletin başvurduğu bir araç olarak kabul edildiği söylenebilir. Bu anlayış nedeniyle de hukukun yapıcısı ve meydana getiricisi olarak sadece devletin söz sahibi olduğu görüşü hakimdir<sup>2</sup>. Hukuki çoğulluğun bu kabule

\* “Legal Pluralizm” genelde Türkçe’ye çevrilirken “Hukuki Çoğulculuk” olarak çevrilmiştir. “Çoğulculuk” kavramına baktığımızda bir kavram hakkında olumlu bir tarafgirlik belirtmektedir. Bu nedenle çalışmada belirleyici bir nitelik taşıyan ve tarafgirlik belirtmeyen “Çoğulluk” kavramını kullanmayı tercih edilecektir. Kavramın İngilizcesi de bu bağlamda “legal pluralism” olarak değil de “legal plurality” olarak kullanılmıştır.

<sup>1</sup> Saim Üye, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 26-27.

<sup>2</sup> Yüksel Sezgin, “A New Theory of Legal Pluralism: The Case of Israeli Religious Courts”, *Association for Israel Studies*, 19th Annual Meeting, April 27-29 2003, San Diego, California,

yönelik tartışmalara dahil oluşunuysa sömürgecilik olgusuyla birlikte ele alan görüşler mevcuttur<sup>3</sup>. Söz konusu olgunun sömürgelede gerçekleşen olaylar sonrasında hukuk literatürüne girişini tespit etmek mümkün görünmektedir. Bu duruma örnek olarak Doğu Hindistan Şirketi(East India Company)'nin uygulamalarına bakıldığında Müslümanlara İslam Hukuku'nun uygulanması Hindularaysa Hindu hukukunun uygulanma durumunun öngörülmesi verilebilir<sup>4</sup>.

Hukuki oğulluk, postmodernizm akımı ve bu çerçevede doğan tartışmaların hukuk alanına yansması olarak değerlendirilebilir. Hukuki oğulluk düşüncesi yukarıda belirttiğimiz gibi Batı açısından gündeme sömürgecilik ile birlikte gelmiştir. Batılılara teorik ve hukuk dogmatığı açısından yabancı olan bu durum, sosyo-politik alanda birden fazla hukuk sisteminin aynı anda uygulanması olgusudur. Sosyal bir gerçeklik olarak hukuki oğulluk Batılı devletler tarafından sömürge devletleri üzerinde uygulanmıştır. Örneğin Malezya yarımadası 1400lü yıllarda İslamiyeti kabul ettikten sonra tarihsel süreçte Hollanda, Portekiz daha sonra da İngiltere sömürgesi olmuş ancak 1957 yılında bağımsızlığını ilan edebilmiştir. Bu süreçte gerçekleşen siyasi durumlar nedeniyle İslami kökenli hukuk kurallarının kadifikasyonu da gecikmiştir<sup>5</sup>. Hukuki oğulluk kavramı Avrupa devletlerinin sömürge kurduğu ülkelerdeki toplumsal düzeni incelemeleriyle üretilmiştir. Sömürge devlet mevcut kurallar bütününü yerel-yerli-geleneksel-merkezi hukuk olarak isimlendirerek sosyo-politik alanda birden çok hukuklu bir yapının varlığını ortaya çıkmıştır<sup>6</sup>. Söz konusu çok hukukluluk durumunda sömüren devletin getirdiği sistemde, genelde iktidar ilişkileriyle ilgili olarak kamu hukuku düzenlemeleri ile ilgili olduğu, sömürülen devletin hukukunun ise özel hukuk bağlamında düzenlemeler içerdiği söylenebilir. Bu bağlamda hukuki oğulluk düşüncesi daha çok özel hukuk alanıyla sınırlı olarak, bir toplumda birbirinden farklı ve birden fazla hukuk sisteminin aynı anda bulunması olarak tanımlanabilecektir. Dolayısıyla ortaya çıkacak hukuki uyuşmazlığın birden farklı şekilde çözümüne

---

Panel IV-C Religion, Ethnicity, and the Courts in Israel, s. 4.'den aktaran, Mehmet Salih Kumaş, "Çok Hukuklu Sistem ve İslam Hukuku'ndaki Yeri", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, Bursa, 2007, s. 96.

<sup>3</sup> Ahmet Kılınç, "İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984'ün Mukayesesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2019,s. 631. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/issue/50231/647832> (Erişim T. 27. 01.2020)

<sup>4</sup> Nadire Özdemir, Hukuki oğulluk Kavramı Ve Görünümleri: "Roman Hukuku" Ve "Aborjin Hukuku", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, (Erişim T. 20.10.2019) <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/01/HFSA26-0%CC%88zdemir.pdf>

<sup>5</sup> Kılınç, a.g.e., s. 626.

<sup>6</sup> Murat Yüksel, Hukuki Plüralizm, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2003, s.76-77.

imkan verilmiş olacaktır. Tarihsel süreçte ve günümüzde birçok örneğine rastladığımız hukuki çoğulluk anlayışının farklı sebeplerden dolayı uygulama alanı bulduğunu görmekteyiz. Söz konusu durumun doğal sonucu olarak da hukuki çoğulluğun farklı yapıları ve biçimleri olduğu söylenebilir<sup>7</sup>.

Sosyal bir olgu olarak hukuki alana yansıyan bir düşünceyi idealize eden hukuki çoğulluk kavramı yeni sayılabilecek bir tartışma alanı oluşturmaktadır. Bu anlamıyla hukuki çoğulluk düşüncesinin tartışılmaya açılması John Griffiths'in 1986'da yazdığı ve hukuki çoğulluğu açıklama çabasına giriştiği "*What is Legal Pluralism*" (*Hukuki Çoğulluk nedir?*) yazısıyla olmuştur. Griffiths'in bu yazısıyla birlikte hukuki çoğulluk üzerine tartışmalar ivme kazanarak günümüze kadar gelmiştir. Griffiths söz konusu yazısında hukuki çoğulluğu "*ampirik bir olgu*" ve "*politik bir şart*" olarak ikiye ayırmıştır. Griffiths ampirik bir olgu olarak hukuki çoğulluğu incelerken daha çok sömürgecilik sürecinde görülen Batı'nın dışında kalan toplumlardaki hukuki yapıları işaret etmektedir. Politik bir şart olarak hukuki çoğulluk ise Batı toplumları için idealize edilen hukuki yapıya işaret etmektedir<sup>8</sup>. Aynı şekilde Sally Engle Merry de 1988'de yazdığı "*Legal Pluralism*" (*Hukuki Çoğulluk*) adlı eserinde hukuki çoğulluğu ikiye ayırmaktadır; "*klasik hukuki çoğulluk*" ve "*yeni hukuki çoğulluk*". Merry'nin bu ayrımında da Griffiths'in yaptığı ayrıma benzer şekilde, klasik hukuki çoğulluk sömürgecilik sürecinde görülen çok hukukluluğu kapsarken yeni hukuki çoğulluk anlayışı Batı'nın değerleri üzerinden tanımlamalar içermektedir<sup>9</sup>.

On sekizinci yüzyılda sömürgeleştirmenin hız kazanmasıyla birlikte başta dönemin başat gücü İngiltere'yle birlikte birçok Batılı sömürgeci ülkede Griffiths'in ampirik bir olgu olarak tanımladığı hukuki çoğulluk kavramı gündeme gelmiştir. 1772 yılında Doğu Hindistan Şirketi (East India Company)'nin yönlendirmeleriyle hazırlanan yeni hukuk sistemi Hindistan'daki toplum katmanları tarafından benimsenmemiştir. Böyle bir durumla karşılaşılınca miras ve aile hukuku gibi özel hukuku ilgilendiren alanlarla sınırlı kalmak koşuluyla, toplumun çoğulcu bir sistem içerisinde uyguladıkları kast sisteminin de ve Şeriat Hukuku'nun da merkezi hukuk sistemiyle birlikte yürürlükte kalması kabul edilmiştir<sup>10</sup>. Sömürgeci devletler bölgede hakim durumdayken daha çok uluslararası ticaret, sözleşmeler ve ceza hukuku alanlarında kodifikasyon girişimleri ve bu konularda tekil hukuku hakim kılma

<sup>7</sup> Mehmet Salih Kumaş, "Hukuki Çoğulculuk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış", s.3, [http://home.uludag.edu.tr/users/ucmaz/PDF/ilh/2006-15\(2\)/M13.pdf](http://home.uludag.edu.tr/users/ucmaz/PDF/ilh/2006-15(2)/M13.pdf)(18.11.2019)

<sup>8</sup> John Griffiths,, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Sayı. 24, 1986, s. 5-6

<sup>9</sup> Sally Engle Merry, "Legal Pluralism", *Law and Society Review*, cilt. 22, sayı. 5. , 1988, s. 872-874.

<sup>10</sup> Griffiths, a.g.e., s. 6-7.



girişimleri söz konusudur. Bu konularda sömürgeci devletlerin ilgisi öncelikli görünmekteyken aile ve miras hukuku gibi toplumu ilgilendiren konularda çok hukukluluğa yakın bir çizgi izlenmektedir<sup>11</sup>. Bu süreç ile ortaya çıkan ikili hukuk yapısı geniş coğrafyalara taşınmış ve sömürge ülkelerinde hızla yayılma alanı bulmuştur. Aslında bu ülkelerin hukuki çoğulluğu bünyelerinde taşıdıklarını savunan görüşler de vardır fakat tarihsel sürece biraz daha gerçekçi bir yaklaşımla bakılacak olunursa buradaki hukuki çoğulluk kavramının Batı'nın anladığı, değerlendirdiği ve ortaya koyduğu kavramlar üzerinden tanımlandığını görebiliriz. Söz konusu gelişmeler ve hukuki çoğulluk üzerine yapılan tartışmalar sonucu sosyal bilimciler, özellikle de hukuk antropologları hukukun, artık devletin farklı organları tarafından yapılan belirli uygulamalar, kurallar, emirler, mahkeme kararları vb. gibi çeşitli argümanlarla sınırlı olmadığını ileri sürmüşlerdir. Hukuk geniş olarak bir köy, etnik grup, kurum veya bir devlet gibi sosyal alanda toplumsal düzeni sağlayacak normatif kuralların oluşması ve devam etmesi olarak anlaşılabilir bir yapıya bürünmüştür<sup>12</sup>. Bu bağlamda “yarı bağımsız sosyal alan”, “hukuki çok merkezlilik” ve “azınlıklar” kavramları hukuki çoğulluk bağlamında ön plana çıkmıştır.

Yukarıdaki kavramlara kısaca bakacak olursak; Sally Engle Merry devletin dışında kalan yani merkezin dışında kalan hukuku karşılayacak bir kavramın olmadığını belirtmektedir. Sosyal hayatın içinde var olan kurallara da hukuk denilip denilmeyeceği konusunda tartışmalar olsa da söz konusu kuralların toplumsal yapıdan bağımsız düşünülmemeyeceğini ileri sürülmektedir. Bu kavrama karşılık olarak Sally Moore yarı bağımsız sosyal alan belirlemesini yapmaktadır. Moore'a göre hukuk koyucu ile halk arasında sosyal alan normatif bir boşluk içermez. Kuralların iletildiği ve toplumsal alanda uygulandığı sosyal ortam, farklı kaynaklardan beslenen kurallar ve kurumlardır<sup>13</sup>. Bu hukuki yapılar, devlet hukukunun düzenlediği alanların tamamen içinde de olabilir, tamamen dışında da kalabilir, kısmi olarak uygunluk da gösterebilir. Bu düşüncesine örnek olarak da Tanzanya'daki Chagga bölgesindeki uygulamayı göstermiştir. Buna göre Chagga yarı bağımsız bir sosyal alan olarak devlet hukukuna ve yargısına gerek duymaksızın, toplumsal düzenini sağlamış ve bu düzenin devamlılığı için kurallar üretmiştir<sup>14</sup>.

Hukuki çok-merkezlilik olgusuysa daha çok Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde kullanılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki çok merkezlilik kavramı bir sosyal yapı içerisindeki farklı hukuk sistemlerine

---

<sup>11</sup> Kılınç, a.g.e., s. 630.

<sup>12</sup> S.F. Sally Moore., “Law and Social Change: The Semi-autonomous Field as An Appropriate Field of Study”, *Law and Society Review*, Cilt: 7, Sayı: 4 1973,s. 719-730.

<sup>13</sup> Moore, a.g.e.,s 722

<sup>14</sup> Griffiths, a.g.e., 31-31, Moore, a.g.e.,s. 745.

gönderme yapan, yalnızca formel farklılıkları değil, aynı zamanda değer felsefesine ait kavramların farklılıklarını da açıklamak için başvurulan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>15</sup>. Bu düşünceye göre devlet etrafında oluşan hukuki merkezîyetçilik ideolojik bir yapıya sahiptir ve kabul edilemez. Hukuki çok merkezîlik hukuki formları yaratmak amacıyla normatif düzenin devlete ait olmayan biçimleri ile devlet arasındaki ilişkilere gönderme yapar<sup>16</sup>.

Son olarak azınlıklar kavramına değinecek olursak, Batılı toplumlarda küreselleşme süreciyle bir değişimin gözlemlendiğini söyleyebiliriz. Bu gözlemlenen olgu çerçevesinde hukuki çoğulluk düşüncesi önem kazanmıştır. Geçmiş dönemde sömürgelerle kurulan bağlar sonucu Batılı devletlerde toplumun bazı kesimlerinde sömürge devletten gelen vatandaşlar bulunmaktadır. Bu bağlamda azınlık statüsü kazanabilecek topluluklar merkezi yönetimden kendi haklarını uygulamak üzere taleplerde bulunmaktadır. Tanınmadıkları ölçüde de kendi toplulukları açısından kendi kurallarıyla toplumsal ilişkileri düzenlemeye devam etmektedirler. Batılı toplumların artık ayrılmaz bir parçası haline gelen azınlıklar, hem hukukun bölgesel farklılıklar göstermesine hem de bölgesel hukukî mekanizmaların gelişmesine yol açmışlardır. Bu hukukî yapılar zamanla iş ilişkileri, sosyal alan, aile ilişkileri, eğitim gibi konularda toplumun tüm kesimlerini de içine alacak şekilde çoğulcu bir anlayışın yerleşmesini sağlamıştır<sup>17</sup>. Bu bağlamda İngiltere örneği önem arz etmektedir. İngiltere’de kurulan Şeriat Mahkemeleri<sup>18</sup> ve bunlarda uygulanan Şeriat prensipleri bu duruma örnek verilebilir<sup>19</sup>. Günümüzde Londra’da bulunan Şeriat Mahkemesi aile hukukuyla ilgili davalara da bakabilmektedir. Kurumdan alınacak ya da internet sitesinden indirilecek boşanma formlarını doldurulmak suretiyle işlemler gerçekleştirilebilmektedir. Burada kadının durumunun adaletin gerektirdiği ölçüde korunmadığına dair görüşler ileri sürülme ve bu bağlamda şeriat mahkemelerinin verdiği kararların bağlayıcı olmaması gerektiği savunulmaktadır.<sup>20</sup> İngiltere’de şeriat kurallarının belirli bir kesim açısından hukuki çoğulluk bağlamında değerlendirilmesi çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Bu tartışmalarda ön plana çıkan konular; “İngiliz Hukuku ile şeriatın öngördüğü kurallar çatıştığı zaman ortaya çıkacak problemler”, “şeriat

---

<sup>15</sup> Petersen, Hanne, “Reclaiming ‘Juridical Tact’? Observations and Reflections on Customs and Informal Law as (Pluralist) Sources of Polycentric Law” *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law*, Darmouth Publishing, USA, 1995, s. 174.’den aktaran Kumaş, a.g.e., s. 113.

<sup>16</sup> Yüksel, a.g.e., s. 77.

<sup>17</sup> Kumaş, a.g.e., s. 105.

<sup>18</sup> <http://www.islamic-sharia.org/> (23.11.2019)

<sup>19</sup> Maria Reiss, “The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari’a Council Decisions Should be Non-Binding”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, cilt 26, sayı,3 2009, s. 739-740

<sup>20</sup> Reiss, a.g.e., s.761-763

hukuku Allah'ın kurallarını uygulayan insanları mı yoksa terörizmi mi koruyor” vb. gibidir<sup>21</sup>.

Hukuki çoğulluk kavramının açık bir biçimde anlaşılmasının önündeki en büyük engel araştırmacıların üzerinde oydaşım sağladığı bir hukuk tanımı yapılamamasıdır. Hukuki çoğulluk üzerine araştırma yapanların çeşitli hukuk tanımları mevcuttur ve genel olarak bu tanımlamalar pozitivist hukuk anlayışının devleti merkeze alan klasik hukuk tanımlamalarından farklılıklar arz etmektedir. Hukuki çoğulluk düşüncesi üzerine fikirler ortaya koyan araştırmacıların hareket ettiği, en çok üzerinde anlaşıkları tespitlerden biri hukukun devletle sınırlandırılmayacak sosyal bir gerçeklik olduğu düşüncesidir. Bu düşünce bağlamında hukukun devlet merkezli olarak algılanması hukuki merkezîyetçilik anlayışının bir uzantısıdır ve hukuki çoğullular bu anlayışı reddetmektedirler<sup>22</sup>.

Hukuki çoğulluk tartışmalarını göz önünde bulundurduğumuzda karşımıza aşmak zorunda olduğu iki temel problem çıkmaktadır; bunlardan ilki hukukun tanımı, ikinci olarak da yapılacak bu hukuk tanımıyla sosyal hayat kurallarının arasındaki farkın ne olduğudur. Brian Tamahana'nın üzerinde durduğu şekliyle, hukuki çoğulluk düşüncesinin olumlu bir hukuk anlayışı olduğunu düşünenler hukukun devlete ihtiyaç duymadan, hatta ona rağmen de var olan ve varlığını sürdüren sosyal bir gerçeklik olduğu düşüncesinde birleşirler. Hukuki çoğulluk düşüncesini olumlu bulanlara göre hukuk, din, etnik adetler, ahlaki kurallar, örf ve adetler gibi belirli bir davranış modeli belirleyen her türlü kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Söz konusu tanımın doğal sonucu olarak devlet merkezli hukuk anlayışı hukuku tanımlamada yetersiz kalmaktadır<sup>23</sup>.

Değinilen tanımlamalara da baktığımızda hukuki çoğulluk düşüncesinin görünüş biçimlerinin çeşitli olduğu ortaya çıkmaktadır. Hukuki çoğulluk düşüncesinin çeşitli görünüş biçimlerini değerlendirmek bize daha net bir bakış açısı kazandırmak açısından önem arz etmektedir.

## II. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Hukuki çoğulluğu günümüzde en çok ortaya çıkartan yapılar; federal örgütlenmeye, bölgesel yönetimlere ya da özerk bölgelere göre şekillenmiş toplumlardır. Bu tip hukuki çoğulluk örneklerine baktığımızda, ülkedeki farklı etnik ve dini topluluklar için farklı hükümlerin kabul edildiği görülmektedir. Devletin resmi hukuk sisteminin yanında bu toplulukların kendi kişisel hal, aile hukuku ve miras gibi alanlarda düzenlemeleri bulunmaktadır. Söz konusu toplumlarda genellikle kamu hukukunu ve ticaret hukukunu ilgilendiren

---

<sup>21</sup> Tartışmalar ve haberler için bkzn. <http://www.youtube.com/sharialawinUK> (28.11.2019)

<sup>22</sup> Griffiths, a.g.e., s. 10.

<sup>23</sup> Brian Z. Tamanaha., “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, cilt 27, sayı. 2, 2000, s. 298-300.

alanlar da ise herkese uygulanan kurallar söz konusudur . Devletin tanınması yoluyla ortaya çıkan hukuki çoğulluk daha çok Orta Doğu, Afrika, Güney ve Güneydoğu Asya ülkelerinde karşımıza çıkmaktadır. Devlet hukukunun bu türden bir çoğulluğa izin verdiği ülkelerde, yargı yetkilerinin paylaşımı veya bireylerin farklı hukuki yolları seçim olanaklarının varlığı bakımından değişik uygulamalarla karşılaşılabilir<sup>24</sup>.

Yukarıda belirtilen Malezya örneğine benzer olarak günümüzde hukuki çoğulluğun görünümüne örnek olarak İngiltere’de 1996 yılında yürürlüğe giren Tahkim Yasası(Arbitration Act) verilebilir. İngiltere’de yaşayan Müslümanlar söz konusu bu yasaya dayanarak şeriat mahkemelerinin verdiği kararların bir nevi tahkim mahkemesi gibi değerlendirilerek hukuken bağlayıcı olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. İngiltere’de şer’i tahkim camilerde imamlar tarafından yürütülmüş ve süreç içerisinde kurumsal bir yapıya evrilmeye başlamıştır. 2007 yılından itibaren de şer’i tahkimde görülen davalarda verilen kararlar devletin yetkili mahkemelerinde gerçekleştirilmemiş olsalar bile resmi olarak hukuki statü tanınmaya başlanmıştır. 2008 yılı itibarıyla İngiltere’nin beş şehrinde (Manchester, Londra, Birmingham, Nuneaton, Bradford) şeriat mahkemelerinin faal olarak bulunduğu görülmektedir<sup>25</sup>.

Çoğu toplumda görülen bir sosyal gerçeklik olsa da hukuki çoğulluk yukarıda da görüldüğü gibi farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Hukuki çoğulluk düşüncesinde olumlu görüşlere sahip olanların tanım ve sınıflamalarına baktığımızda bu farklılıkların en önemli sebebi hukuki sistemi oluşturan unsurların farklılıklar taşımasıdır. John Griffiths, devlet dışı hukuki yapıların bir hukuki yapı olarak görülemeyeceğini ve buna göre hukuki çoğulluğu oluşturan unsurların devlet hukukuyla birlikte var olan toplumsal hukuk kuralları veya kurallar grubu şeklinde görülebileceğini belirtmektedir<sup>26</sup>. Tamanaha’nın da belirttiği üzere yapılan çeşitli hukuki çoğulluk tanımlarına bakıldığında genellikle hukuki çoğulluk normatif çoğullukla eşit olarak kabul edilmektedir. Yapılan tanımlardan yola çıkarsak hukuki çoğulluğu, hukuki veya normatif kuralların bir sosyo-politik yapı içerisinde çoğulcu ve sistemli bir şekilde bulunması olarak kabul etmek mümkün görünmektedir<sup>27</sup>.

Hukuki çoğulluğun tarihsel süreci de göz önünde bulundurarak farklı açılardan sınıflandırılmasını yapacak olursak; ilk olarak “yerli hukuk” ve “transfer hukuk” ayrımına değinmek yerinde olacaktır. Bu ayrım kaynak ve hukuki yapı bakımından en eski ve en belirgin sınıflandırma olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi Griffiths’in makalesinde verdiği

---

<sup>24</sup> Saim Üye, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 135-137.

<sup>25</sup> Üye, a.g.e., s. 349.

<sup>26</sup> Griffiths, a.g.e., 13.

<sup>27</sup> Tamanaha, a.g.e., s 315-318

örnek bu sınıflandırmaya uymaktadır. 1772 yılında Doğu Hindistan Şirketi'nin İngiliz Hukuku'nu temel alarak hazırlanan transfer hukukuyla birlikte özel hukuka giren konularda halkın uyguladığı geleneksel kast sistemine veya Şeriat hukukuna dayalı olarak var olan kuralların da yürürlükte kalmasına izin verilmesi bu sınıflandırmanın temelini oluşturmaktadır<sup>28</sup>. Bu sınıflandırmada asıl olan yerel hukuk ile transfer hukuk arasındaki ilişkidir. Sömürge devlet bünyesinde aynı sosyo-politik alanda gerçekleşen çok hukukluluk genelde sömürgeci devletin dayattığı hukuk ile izin verdiği hukuk arasında belirgin hale gelmektedir. Dayattığı hukukla izin verdiği hukuk arasındaki ilişkinin muhtevasına da bakıldığında nihai karar merciinde sömürgeci devletin ve bu devletin görevlendirdiği yetkililerin olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle de yerli hukuk olarak belirlenen hukukun ne kadar yerli olduğu da tartışmaya açık kalmaktadır.

İkinci olarak değinebileceğimiz sınıflandırma “*devlet hukuku*” ve “*azınlık hukuku*” sınıflandırması olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada söz konusu olan durum resmi hukuk ile azınlık hukukunun birlikte uygulanmasıyla karşımıza çıkmaktadır. Bu sınıflandırmadaki hukuki çoğulluk düşüncesinde devletin azınlık olarak kabul ettiği gruplara bazı konularda resmen ayrı hukuk kurallarının uygulanmasını veya azınlık gruplarının kendi içerisinde oluşturduğu hukuki yapıların uygulama alanı bulmasına göz yumulması söz konusudur. Genellikle Uzakdoğu ülkelerinde bu sınıflandırmaya örnek teşkil edebilecek durumlarla karşılaşmaktadır. Örneğin Hindistan'da azınlıkta olan Müslümanlara Şeriat hukukunun uygulanmasında bu tarz müsamahalar gösterildiği görülmektedir<sup>29</sup>.

Üçüncü tür olarak adlandırabileceğimiz sınıflandırma “*geleneksel hukuk*” ve “*modern hukuk*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada da söz konusu olan modern devlet yapılarında devletin bir başka devletin baskısı olmaksızın, kendi isteğiyle kabul ettiği ve modern bir hukuk sistemine kavuşmayı amaçlayarak yürürlüğe koyduğu hukuk ile yerleşik geleneksel hukuki yapının bir arada var olması durumudur. Söz konusu sınıflandırmada daha çok Batı dışındaki toplumlarda Batı'nın hukuk sistemlerini modern olarak kabul etme ve uygulamaya geçirmek istemesiyle ortaya çıkmaktadır

Son olarak küreselleşme süreciyle birlikte ortaya çıkan “*geleneksel hukuk*”, “*ulusal hukuk*” ve “*uluslarüstü hukuk*” sınıflandırmasıdır. Bu sınıflandırmaya göre ulusal hukuk sistemlerinin karşısına iki ayrı hukuki yapı çıkar. Sosyo-politik alan ile ilgili olarak ulusal hukuka dışarıdan bakan uluslar üstü hukuk söz konusuysen, içeriden geleneksel hukukun varlığı söz

---

<sup>28</sup> Griffiths, a.g.e., s. 6.

<sup>29</sup> Yüksel Sezgin, “Legal Unification and Nation Building in the Post-Colonial World: A Comparison of Israel and India”, *The Journal of Comparative Asian Development*, Cilt:8, Sayı:2, Sonbahar 2009, s. 276-277

konusudur. Küreselleşmeyle birlikte gittikçe birbirine bağlı hale gelen hukuki yapılar birbirleriyle devamlı bir etkileşim içindedirler. Masaji Chiba bu üçlü yapıyı “yerel hukuk”, “devlet hukuku” ve “dünya hukuku” olarak adlandırıp incelemektedir<sup>30</sup>. Bu üçlü ayırmada bulunan hukuki yapılar aynı anda uygulanma fırsatı bulabilirken birbirleriyle zaman zaman çatışık durumda olmaları da söz konusu olmaktadır. Bu sınıflandırmaya en uygun örnek kişilerin iki ayrı hukuka da tabi olduğu Avrupa Birliği hukuku verilebilmektedir.

Yukarıda yaptığımız sınıflandırmaların temelini hukuki yapıyı oluşturan unsurların farklılıkları oluşturmaktadır. Bir başka sınıflandırma ise hukuki unsurların devlet hukuku karşısında aldığı konum ve devlet hukukuyla olan ilişkisi bağlamında yapılabilir. Devletin diğer hukuk anlayışlarını resmen tanıması söz konusu olduğu durumlarda “dahili hukuki çoğulluk”tan bahsedebilirken<sup>31</sup>, devlet dışında yürür halde bulunan hukuk anlayışları da mevcuttur ki bunlara da “harici hukuki çoğulluk” denilmektedir<sup>32</sup>.

Devlet hukukuyla ilişkilendirerek yaptığımız bir sınıflandırma da “zayıf yapılı” ve “devlet merkezli” hukuki çoğulluk olarak belirtebiliriz. Söz konusu ayırım Griffiths’in yaptığı ve temellendirdiği bir ayırmadır. Buna ayırma göre devletin dışında kalan hukuki yapıları resmen tanıyarak kendi hukuk sistemine dahi etmesiyle ortaya çıkan bir yapı söz konusudur. Devletin hangi hukuki yapıları dışarıda bırakmayı tercih ettiği ya da hangilerini bünyesine aldığı tartışmasına göre zayıf yapılı veya devlet merkezli hukuki çoğulluğun ortaya çıkacağı şekillenmektedir. Bu tür bir ayırmada mevcut sistem dışında kalan geleneksel kurallardan bazıları hukuki sisteme dahil edilir ve devletin mevcut hukuki sistemiyle uyumlu hale getirilir. Devletin merkezizetçi anlayışı dışında kalan hukuki yapıların tamamını bünyesine alması durumu da, kendi hukuku ile uyumlu kısımları bünyesine katıp diğer kalan bölümleri dışarıda bırakması durumu da söz konusu olabilir. Bu bağlamda devletin yeterli tanıma veya yetersiz tanıma durumu ortaya çıkmaktadır. Eğer devlet toplumda var olan normların büyük bir kısmını resmi bir tanımayla bünyesine katarsa yeterli tanımadan bahsedebiliriz. Fakat bazı toplumsal kuralları bünyesine katıp homojenleştiriyorsa büyük çoğunluğu hukuki sistem dışında bırakıyorsa yetersiz tanımadan bahsedebiliriz. Bu duruma İsrail’de evlenme ve boşanma gibi daha çok aile hukukunu ilgilendiren alanlarda gerçekleştirilen uygulamalar örnek gösterilebilir. İsrail’de genel olarak Şeriat hukuku resmi olarak kabul görülürken Şeriat hukukuna göre çok eşlilik kurumu caiz olmasına rağmen

<sup>30</sup> Masaji Chiba, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*. cilt 11, sayı. 3, Şubat 1998), s. 232-233.

<sup>31</sup> Kumaş, a.g.e., s. 225

<sup>32</sup> Üye, a.g.e., s. 323.

yasaklanmıştır<sup>33</sup>. Griffiths'e göre devletin belli bir sosyal yapının ürettiği ve yaşattığı normatif değerleri tanıyarak, bu değerleri süreç içerisinde kültürel bir kökeni karşılamaktan yoksun olacağını savunarak bu tarz hukuki çoğulluk düşüncesini zayıf yapılı olarak tanımlamaktadır<sup>34</sup>. Güçlü yapılı hukuki çoğulluk düşüncesindeyse devlet, toplumda görülen ve hukuki yapı olarak kabul edilebilecek yapıları hiçbir şekilde tanımaz ve bu hukuki yapılarla mücadele içindedir. Buna rağmen söz konusu hukuki yapılar toplumda kendi kökenlerine sadık kalarak gereksinmeleri karşılamaya devam eder.

Sonuç olarak hukuki çoğulluk düşüncesinin tarihsel gelişim sürecinde sömürgecilik, uluslaşma ve küreselleşme evreleri büyük önem taşımaktadır. Bu süreçte devletin yerli- geleneksel hukuku tamamen veya kısmen tanımasının bazı sebepleri vardır. Hukuki çoğulluk anlayışı bazı durumlarda politik avantaj için de kullanılmaktadır. Bu bağlamda hukuki çoğulluk zayıf siyasi merkezi yapının gücünü ve otoritesini meşrulaştırmak için kullanılan bir araç halini almaktadır. Bu bağlamda geleneksel hukuk, merkezi hükümet ya da sosyo-politik çevrede güç kazanmak isteyen iktidar iddiası bulunan gruplar tarafından etkili bir araca dönüşmektedir.

Siyasi gücün ulaşamadığı kırsal kesimlerde daha güçlü bir yapı tesis etmek istemesi sonucu güçlü bir yargı hakimiyeti kurmak istemesi doğaldır. Böylelikle merkezi yapıya ağırlık teşkil eden yargı sisteminin getirdiği yükü de dengeli bir şekilde kendi lehine dağıtmış olmaktadır. Çok parçalı yapıya sahip toplumlarda (etnik ve dini vb. gruplar açısından) bloklar arası hoşgörü ve tahammülü arttırmakla birlikte istikrarlı bir barış ortamı yaratarak birlikte yaşama pratiği kazanmak açısından hukuki çoğulluğu çare olarak gören görüşler de bulunmaktadır<sup>35</sup>. Bunlara karşıt olarak hukuki çoğulluğun merkezi yönetimi zayıflatacağı ve çatışmaları arttıracacağı görüşünü de belirtenler bulunmaktadır. Özellikle tarihsel süreç içinde Batı, kendi dışındaki toplumları sömürgecilik anlayışının da bir yansıması olarak kendi değerlerine göre şekillendirmek istemiştir. Fakat günümüzde ortaya çıkan gelişmeler ile birlikte Batılı devletlerde de parçalı bir toplum yapısının oluştuğu görülmektedir. Bu parçalı toplum yapısının çatışmaları, postmodernizmin çözmesi ve aşması gereken en büyük problemlerden birisi olarak karşılarında durmaktadır. Bu bağlamda hukuki çoğulluğu kendi açılarından bir çare olarak gören düşünürlerin yanında bu çarenin işleri daha da işin içinden çıkılmaz hale sokacağını savunan düşünürler de vardır. Griffiths ise devlet hukuku içinde bir bölünme anlamına gelen bu tarz bir hukuki çoğulluğun hukuk ideolojisi meselesi olduğunu ileri sürerek, bu hukuki çoğulluk düşüncesinin sosyal bir gerçekliği yansıtmadığını

---

<sup>33</sup> Yüksel Sezgin, a.g.m, s. 275.

<sup>34</sup> Griffiths, a.g.e., s. 8-9.

<sup>35</sup> Saim Üye, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 212-213.

ileri sürmektedir. Hatta bu tür uygulamaların gerçek anlamda hukuki çoğulluk kavramını karşılamadığını belirtmektedir<sup>36</sup>. Fakat Griffith'in aksini düşünen çok sayıda araştırmacı da vardır ve bu tarz bir hukuki çoğulluk anlayışının da dikkatle üzerinde durulması gerektiğini belirtmektedirler. Bu bağlamda tarihsel süreç içerisinde çeşitli yönleriyle ele aldığımız hukuki çoğulluk anlayışını Osmanlı Millet Sistemi açısından da ele almakta yarar bulunmaktadır.

### III. DAHİLİ HUKUKİ ÇOĞULLUK BAĞLAMINDA OSMANLI MİLLET SİSTEMİ

Hukuki çoğulluk örnekleri yukarıda da görüldüğü üzere geniş bir tartışma alanı sunmaktadır ve bu alan çok çeşitli farklılıkları ve görüşleri bünyesinde barındırmaktadır. Dünya genelindeki hukuki çoğulluk örneklerinin tümünün incelenmesi pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle tarihsel ve coğrafi pratik bakımından Osmanlı'daki "*millet sistemi*"ne daha sonra ise söz konusu sistemin ardılı olan İsrail örneğine değinmekte yarar görmekteyim. Bu örnekleri incelemeye geçmeden önce belirtilmelidir ki bu iki örnek de dahili hukuki çoğulluk anlayışının bir yansıması olarak incelenecektir. Dahili hukuki çoğulluk, herhangi bir hukuk düzeninin (devlet veya değil) iç yapısının çoğul olmasını nitelendirmektedir.

Osmanlı Devleti'ndeki düzenin de hukuken çoğul bir yapıya sahip oluşu, onu önemli bir referans haline getirmektedir. Osmanlı Devleti'nde devletin diğer hukuk biçimlerini resmen tanıması söz konusudur. Bu resmen tanıma durumu millet sistemini dahili hukuki çoğulluk modeli bağlamında değerlendirmemizi sağlamaktadır<sup>37</sup>. Osmanlıların, egemenliklerine kattığı bölgelerde kendi resmi hukuk düzenlerini dayatmadıkları ileri sürülmekte ve kendi hukuk sistemini dayatma yerine söz konusu bölgede büyük oranda hüküm süren düzenin devamlılığını sağlamayı tercih ettikleri görülmektedir<sup>38</sup>. İslam devletlerinde ve dolayısıyla da Osmanlı devletinde din esasına dayalı hukuki çoğulluk anlayışı söz konusudur. Bu anlayışın da kökeninde genel olarak İslam Hukuk'undaki "*zimmət akdi*" kavramı yatmaktadır. Hukuki çoğulluk uygulamasının Osmanlı'daki örneği olarak nitelendirebileceğimiz "*millet sistemi*" de İslam kültürünün geliştirdiği değerlerin bir uzantısı ve zimmət akdi kavramına dayalı bir yapının ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>39</sup>. Özetle İslam devletlerinde ve Osmanlı topraklarında da hukuki çoğulluk anlayışının var olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Osmanlı devletinde gayrimüslim tebaann yönetimi hususunda bir diğer görüş Macit Kenanoğlu'nun ileri sürdüğü "ruhani iltizam sistemi"ne de

<sup>36</sup> Griffiths, a.g.e., s. 11-14.

<sup>37</sup> Kumaş, a.g.e., s. 225; Üye, a.g.e., s. 34.

<sup>38</sup> İlber Ortaylı, Türkiye İdare Tarihi, Todaie Yayınları, Sayı: 180, Ankara, 1979, s. 28-29

<sup>39</sup> Bilal Eryılmaz, Osmanlı Devletinde Millet Sistemi, Alternatif Üniversite, İstanbul, 1995, s. 13.



değınmekte yarar vardır. Kenanoğlu'na göre iki sistem arasında ciddi farklar mevcuttur. Bu görüŖe göre dini liderlerin toplulukları üzerinde tasarrufları devlet denetiminden tamamen bağımsız değildi. Ruhani reisler, devlet denetimi altında devletin kuralları çerçevesinde yönetsel ve ekonomik alanlarda faaliyet gösteren mültezimlerin dinsel alandaki eşitleri konumundaydılar. Devlet, iltizam yöntemini gayrimüslimlerin yönetimine yaygınlaştırmış olup, otonomiden, dolayısıyla çok hukuklu Millet Sistemi'nden çok "ruhani iltizam sistemi"nden söz edilebilirdi<sup>40</sup>. Görülmektedir ki Osmanlı yönetim sisteminde ortaçağ yönetim geleneklerine uygun olarak bireysel mensubiyet değil cemaatsel mensubiyet esas alınmıştı. Bu görüş açısından bakıldığında hukuki çoğulluk müessesinin kabul edilmediği görülmektedir<sup>41</sup>. Bu bağlamda devlet bireyi değil, bireye toplumsal statü kazandıran grupları/cemaatleri muhatap kabul etmiştir. Bu yönetim sistemi farklı unsurlardan oluşan imparatorluk yapılanmasında işlevsel bir değere sahipti. Devlet, egemenliğini tanıyan grupları birbirinden izole ederek tanıdığı/atadığı dini liderler aracılığıyla çıkarlarıyla daha kolay örtüŖtörebiliyordu.

İslam devletlerinde ve bir İslam devleti olan Osmanlı'da da hukuki çoğulluk olgusunun toplumsal şartlar içinde olduğu görülmektedir. Nitekim gayri müslimlerin davalarına bakma veya onları kendi mahkemeleri ve hukuklarıyla başbaŖa bırakma teamülü Medine Vesikası<sup>42\*</sup>'ndan beri Zimmi Hukuku'nun bir parçası olmuştur. Fakat İslam devletleri gayri müslimlerin kendi mahkeme ve davalarına bakma yetkisinde bazı kısıtlamalar getirmekteydi. Osmanlı devletinden önceki dönemde İslam devletinin sınırlarının genişlemesine paralel olarak, uyuşmazlıkların çözümü için devlet başkanları tarafından kadılar tayin edilmektedir. Kadılar gerek özel hukuk gerek ceza hukuku davalarına bakmaya yetkili yargıç durumundadır. Sınırların genişlemesiyle birlikte Sunni İslam doktrinine itiraz eden farklı yorumlar gelişmiştir. Asli yargı yetkisi halifede sayılmakla birlikte, Abbasiler döneminde oluşturulan kadiyülkudatlık makamına, halifenin yargı yetkisini onun adına kullanma ve eyaletlere kadıları tayin etme yetkisi verilmiştir<sup>43</sup>. Fakat bu kadıların da yargı yetkisinin sınırları bulunmaktadır. Bu sınır da diğer topluluklara tanınan hukuki özerklik bağlamında çizilmektedir. Farklı dinden olan toplulukların kabul

---

<sup>40</sup> Üye, a.g.e., s. 320-321.

<sup>41</sup> Macit Kenanoğlu, Osmanlı Millet Sistemi-Mit ve Gerçek, Klasik Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2017, s. 82-90.

<sup>42</sup> \*Medine Vesikası ile ilgili tartışmalar için bkz. Ahmet İnel, "Totalitarizm, Medine Vesikası ve Özgürlük", Birikim 37, Mayıs 1992, s. 29-31; Ali Bulaç, Medine Vesikası Hakkında Genel Bilgiler", Birikim 38-39, Haziran/Temmuz 1992, s. 102-111. Ahmet İnel ve Ali Bulaç'ın yazdığı yazı üzerine yapılan tartışmalar Medine Vesikası'nın toplumsal bir barış projesi ya da iktidar ilişkilerini tekrar tesis eden bir anlaşma olup olmadığı eksindedir.

<sup>43</sup> Coşkun Üçok- Ahmet Mumcu- Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınevi, Ankara, 1999, s. 82.

ettikleri hukuku veri olarak kabul eden İslamiyet, bu hukuki özerkliğin gereği bu toplulukların kendilerine özgü mahkemeler kurmasını ve bu mahkemelerin yargı bağımsızlığını kabul etmekte ve bu durum Osmanlı'nın son dönemlerine kadar böyle sürmektedir<sup>44</sup>. Osmanlı'da anayapı İslam Hukuku olduğu için İslam Hukuku'nun kuralları Osmanlı için aynen geçerlidir. “*Zimmet statüsü, zimmet anlaşmaları, emannameler, ahitnameler...*” Osmanlı uygulaması açısından da geçerlidir. Zimmilerin tabi olduğu sistem, zimmet hukuku dediğimiz İslam hukukunda belirli karşılıklı yükümlülükler içeren anlaşmadır<sup>45</sup>. Süresi olmayan karşılıklı tarafların “ahdi”dir. Gayrimüslimlerin belirli bir cizye ödemek suretiyle hukuki koruma elde etmeleridir. Bu korumanın boyutu anlaşmanın içeriğine göre, fethedilen yerin nasıl fethedildiğine göre (sulh yoluyla mı, savaş yoluyla mı) değişebilmektedir<sup>46</sup>.

İslam hukukunda çoğulluğu belirleyen esas husus “zimmet” statüsüdür. Müslümanların egemen olmadığı bir ülke (Dar-ül Harb) İslam devletinin egemenliğine (dar-ül İslam) geçince, orayı terk etmeyip kalanların durumunu belirleyen bu statü, Müslüman olmamakla birlikte ehl-i kitap sayılan(kendisine kitap gönderilmiş dinlerden birine mensup olan) ve İslam Devleti'nin egemenliğinde yaşamayı kabul eden kişileri kapsamına alır. Bunlar yani zimmiler devlete özel vergi(cizye) ödemek karşılığında devletin korumasından yararlanırlar. Günlük yaşamalarında kendi dinlerine uygun yaşamayı sürdürürler. Evlilik, boşanma, miras, ticaret gibi özel hukuk işlemlerini kendi dini hukuk kurallarına göre yürütürler ve kendi aralarındaki uyuşmazlıkları kendi dini mahkemelerinde çözmekte özgürdürler; ancak dilerlerse şer-i mahkemelere de gidebilirler. Ceza ve vergi hukuku bakımından İslam hukukuna tabidirler. Bunlarla Müslümanlar arasındaki uyuşmazlıklara ise kadılar tarafından bakılır<sup>47</sup>. Zimmet statüsünün, bazı kaynaklarda Halife Ömer döneminde, bazı kaynaklarda II. Ömer döneminde yapılmış olduğu belirtilen bir erken dönem anlaşma metnine referansla açıklandığı görülmektedir. Sonradan azınlık politikalarına yön verdiği belirtilen ve Batı kaynaklarında “Ömer Paktı”, doğu kaynaklarında ise “ahd ü Umar” olarak geçen bu metin, zimmilere İslam Hukuku dışına çıkma hakkı tanımaktaydı ve böyle bir anlayışın doğması da Osmanlı'da gerçekleşecek millet sistemine kapı aralamış oluyordu<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Üye, a.g.e., s. 291-292.

<sup>45</sup> Gülnihal Bozkurt, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara. 1996, s. 63-67.

<sup>46</sup> Kenanoğlu, a.g.e., s. 123-125.

<sup>47</sup> Üye, a.g.e., s. 294-295.

<sup>48</sup> Timur Kuran, “*The Economic Ascent Of The Middle East’s Religios Minoritie: The Role Of Islamic Legal Pluralism*”, Journal of Legal Studies, sayı 33, 2004, s. 484'den aktaran; Üye, a.g.e., s. 295.

İmparatorluk örgütlenmeleri farklı dinsel ve etnik toplulukların örüntüsel birlikteliklerinin siyasal görünümüdür. Bu çerçevede Osmanlı toplum yapısı da Osmanlı yönetim şeklini ve anlayışını belirlemiştir. Döneminin geleneğine uygun olarak Osmanlı toplumu dinsel alt bütünlükleri ifade eden milletlerin gevşek örüntüsel yapılanmasından oluşuyordu. Farklı milletlerin sosyal, siyasal ve yasal konumları dinsel ve mezhepsel bağlılıklarına göre şekillenmişti. Millet, klasik İslam literatüründe şeriat, din, mezhep ve bunlara bağlı topluluğu ifade etmekte olup, ırk/soydan çok din/mezhep mensubiyetini vurgulamaktadır. Osmanlıda ise, dini toplulukların dini/yönetimsel yapılanmasını belirtmede kullanılmıştır<sup>49</sup>. Yine Kuran-ı Kerim’de millet kavramı, bir inanç sistemi olarak din anlamından çok, inanç dinamiklerinin belirleyiciliğinde şekillenmiş toplulukları ifade etmektedir<sup>50</sup>. Bu bağlamda millet kavramı Osmanlı’da modern millet (ulus) kavramından farklı, dinsel içerikli bir rejimi ifade etmekteydi<sup>51</sup>. İslam ümmet anlayışının izlerini taşıyan bu sistemde, din temelinde belirginleşen topluluklara göreceli bir özerklik imkanı veriliyordu. Sünni Müslümanlar etnik kökenlerinden bağımsız olarak ümmetin asli unsuru kabul ediliyor ve yönetim işlerini üstleniyorlardı. Hıristiyan ve Yahudiler, zimmet ehli konumunda, din ve vicdan özgürlüğüne sahip olarak özel hukuk ve eğitim faaliyetlerinde devletten bağımsız hareket edebiliyorlardı. Bu anlamda Osmanlılar, mirasçısı oldukları Türk-İslam medeniyeti değerlerinin etkisiyle, inanç ve kültür bağlamında “öteki” olan ile yaşam alanını paylaşmada o dönem dünyası açısından önemli örnekler sunmuşlardır. Farklılıklara karşı Osmanlı Devleti’nin temel politikası, zimmet sözleşmesiyle kazandıkları statü çerçevesinde devlet otoritesinin tanınması ve bu tanınmanın gereklerinin yerine getirilmesi ilkesine dayanan “coğrafi entegrasyon” politikası olmuştur<sup>52</sup>.

Osmanlı devleti gayrimüslimlere devlet egemenliğini kabul etme ve yönetme erkine ortak olmama karşılığında din/mezhep yaşamında geniş özgürlük alanları tanımıştır<sup>53</sup>. Osmanlı cihat anlayışı karşı tarafın talanı düşüncesine değil, hükmedilip korunması aracılığı ile din ve devletin devamlılığını amaçlamıştır. Devlet kontrolünde işleyen bir millet sistemi

---

<sup>49</sup> Bilal Eryılmaz, “Osmanlı Devleti’nde Farklılıklara ve Hoşgörüyü Kavramsal Bir Yaklaşım”, Osmanlı, (Ed. Güler Eren), c: 4, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999. s. 236-241’den aktaran; Gürsoy Akça, “Osmanlı Millet Sistemi’nin Dönüşümü”, Doğu Anadolu Bölgesi Araştırma Dergisi, 2007, s. 57.

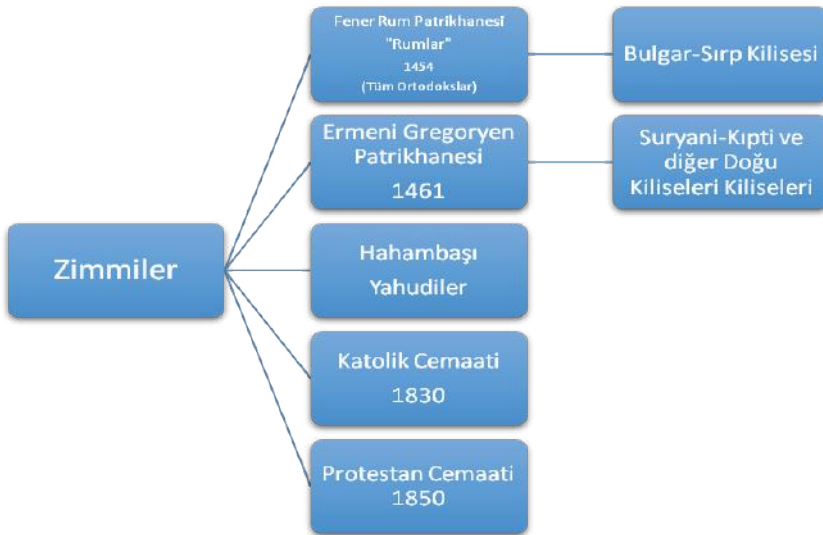
<sup>50</sup> İsmail Yakıt, “Millet kavramı ve İslamiyet”, Türk Dünyası Tarih Kültür Dergisi, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, sayı: 225, İstanbul, 2005, s. 58-64.’den aktaran; Akça, a.g.e., s. 58.

<sup>51</sup> İlber Ortaylı, , Son İmparatorluk Osmanlı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2006, s. 86–90.

<sup>52</sup> Akça, a.g.e., s. 59-61.

<sup>53</sup> Nurdan İpek, “Millet Sistemi İçinde Ermeniler”, Hoşgörü Toplumunda Ermeniler, (Yay. Haz. Metin Hülagü, Gülbadı Alan, Süleyman Demirci, Şakir Batmaz), Erciyes Üniversitesi Yayını, cilt III, 2. Baskı, Kayseri, 2007, s. 421-422.

ancak İstanbul'un fethinden sonra kilise örgütlenmelerinin devlet tarafından yapılandırılmasıyla oluşturulmuştur . Bu dönemde "Gayri Müslim cemaatler için imparatorluğun yönetsel olarak ikincil ve hukuki olarak birincil yapısı" şekillendirilmiş, devlet tarafından tanınan her milletin ekonomik, hukuksal, dinsel, dilsel ve kültürel gelişimleri desteklenerek özgün kimlikleri korunmuştur<sup>54</sup>. Millet sisteminin şekillenmesinde gayrimüslimlerin devlete bağılıklarının sağlanması düşüncesi, ekonomik amaçlar (vergi gelirleri) ve dış politik şartlar da etkili olmuştur. Osmanlı Devleti, toplulukların yönetiminde yetkilerini "genel yönetim, güvenlik, maliye ve askerlik" alanlarıyla sınırlandırmış, "eğitim, haberleşme, sosyal güvenlik, adalet, nüfus, dini işler ve vakıf hizmetleri" alanlarını millet örgütlenmelerine bırakmıştır<sup>55</sup>. Klasik dönemde Rumlar, Ermeniler<sup>56</sup> ve Yahudiler devlet tarafından tanınmış üç millettir. Siyaseten önemsenmeyen mezhepler ve topluluklar millet statüsüne dahil edilmemiştir<sup>57</sup>. Bazı kaynaklarda millet sisteminin Fatih'ten önce de var olduğunu, bazılarında ise Fatih'ten sonra ortaya çıktığı ileri sürülmektedir. Zimmiler Fatih tarafından üç büyük gruba ayrılmıştır<sup>58</sup>.



<sup>54</sup> İlber Ortaylı, "Osmanlı Barışı-Pax Ottomana", <http://www.os-ar.com> (Erişim Tarihi 11.12.2019)

<sup>55</sup> Bozkurt, a.g.e., s. 76-79.

<sup>56</sup> Ermeniler'in Zimmi kategorisine ne zaman dahil olduklarıyla ilgili tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalarla ilgili olarak ayrıca bkzn. "17. Yüzyıl Kadı Sicillerine Göre Patrikler Bağlamında Ermenilerin Hukuki Statüsü", Yargıtay Dergisi, Cilt 45, Sayı 1, Ocak 2019, s. 181-230.

<sup>57</sup> Üye, a.g.e., s. 299-300.

<sup>58</sup> Gazi Erdem, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Hristiyanların Sosyal ve Dini Hayatları", (Dan: Seyfettin Erşahin), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005, s. 8-13.

Diğer yandan hukuk seçme hakkının Müslümanlara tanınmadığını unutmamak gerekmektedir. Bu durum bazı örneklerde görüleceği gibi Müslümanlar açısından ekonomik ve politik olumsuz sonuçlara yol açmıştır. Özellikle ekonomik sonuçlar açısından değerlendirildiğinde bu süreç zimmilerin ekonomik faaliyetleri açısından Müslümanlara kıyasla oldukça geniş bir manevra alanı sunmuştur. Örneğin ölen bir Müslüman'ın ticari hisseleri feraize göre ticari kaygılardan uzak biçimde paylaşılırken, Zimmiler de bu durum daha çok aileler elinde toplanan devamlı ortaklık ve firmalar şeklinde daha bütünlüklü bir yapı içinde kaldığı görülmektedir<sup>59</sup>. Ancak İslam miras hukuku ve Osmanlı uygulamasına bakıldığında bir mülkün veya hakkın, malikin veya hak sahibinin ölümü sonrasında belirli kişilerin mülkiyet veya tasarrufuna geçmesine “intikal” denmektedir Osmanlı hukukunda intikal “şer’i intikal” ve “adi intikal” olarak ikiye ayrılmaktadır. İki çeşit intikal hakkına mutasarrıfın hısımlarından kimlerin sahip olacağını, kamu yararı ve memleketin iktisadi yapısı göz önüne alınarak devlet tesbit ettiği için tarih boyunca kimlerin intikal hakkı sahibi olacağı devamlı değişikliğe uğramış bulunmaktadır<sup>60</sup>. Bu durumun da tarihsel süreçte Müslümanların ekonomik faaliyetleri açısından olumsuz sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Zamanla kapitülasyonların da sağladığı ayrıcalıkla yapılan ticaret anlaşmaları, Batılı tüccarların yerli gayrimüslimlerle ilişki kurmalarını kolaylaştırarak, onların sosyal ve ekonomik alanda güçlenmelerini sağlamış; kimliksel uyanışlarını destekleyerek hak ve özgürlük arayışına girmelerine hizmet etmiştir. Bu çabaların ilk adımını “zimmi” statüsünden kurtularak eşit vatandaşlık hakkı talebi oluşturmuştur<sup>61</sup>. Batılı devletlerin gayrimüslim Osmanlı azınlıklarının korunması hakkını elde etme çabaları onlar hakkındaki endişelerine dayandığını söylemek çok iyimser bir yorum olacaktır. Batılı devletler için Gayrimüslim Osmanlı azınlıkları yayılcı emellerinin gerçekleşmesi yolunda, iktidarlarını daha da güçlendirmek için dönemin şartlarının sunduğu kıymetli bir araç olarak değerlendirilmiştir. Bu kıymetli araca Osmanlı merkezi yönetiminin siyasi olarak zayıfladığı dönemlerde, İngiltere ve Rusya gibi ülkelerin Osmanlı'nın iç düzenine müdahale sürecinde de rastlanmaktadır. İngiltere, Rusya vb. ülkeler cemaatlerin haklarını dolayısıyla bireylerin haklarının korunması gerekliliğini ileri sürerek, Osmanlı içindeki azınlıklar ile söylemi farklı olsa da amacı egemenliklerini mikro iktidarlara kabul ettirmek üzere tesis edilen benzer bir zimmet anlaşması yapma yoluna gitmiştir. Müstakbel egemenler cemaatler ile ilişkilerini bu bağlamda düzenleme çabasına girişmiştir. Doğal olarak bu çabalar ile birlikte millet sistemindeki azınlıklar klasik egemenlik anlayışını tartışmaya

---

<sup>59</sup> Üye, a.g.e., s. 327-331.

<sup>60</sup> “İntikal” kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bknz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/intikal> (Erişim T. 30.01.2020)

<sup>61</sup> Üye, a.g.e., s. 303-304.

açarak taleplerini; “zimmi” statüsünden kurtulmak ve eşit vatandaşlık hakkı kazanmak yönünde oluşturmuşlardır<sup>62</sup>.

Osmanlı Millet sistemini genel olarak değerlendirdiğimizde siyasi bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmış olduğunu söyleyebiliriz. Osmanlı'nın Batı Trakya ve Anadolu bölgesine hakimiyeti ile birlikte çok milletli bir yapıyı yönetmek durumunda kalması Osmanlı millet sisteminin oluşmasında büyük rol oynamıştır. Bu ihtiyacın türevleri olarak milletler anlayışı benimsenmiş ve merkez idarenin tanıdığı milletlere kendi hukuklarını (özel hukuk ile sınırlı olmak kaydıyla) uygulama hakkı verilmiştir<sup>63</sup>. Fakat bu hakkın tanınmasını salt adalet ve hoşgörü duygularının tatmini olarak açıklamak fazla iyi niyetli bir yaklaşım olacaktır. Gerçekçi bir bakış açısıyla yaklaşılacak olursa Osmanlı'da hukuki çoğulluk anlayışı mikro iktidarlar oluşturup bu mikro iktidarları da büyük iktidara bağımlı kılmak amacı gütmektedir. Bu bağlamda bir hukuki çoğulluk anlayışı merkezi egemenliğin pekişmesi açısından önemlidir. Bilindiği üzere millet sistemi de zimmet anlaşmasına dayanmaktadır ve bu anlaşma da iki tarafın rızasıyla yapılan bir sözleşme olmamakla birlikte fethedenin koşullarını dayattığı bir anlaşmadır. Bu sözleşmede hukuki çoğulluk teminat altına alınmaktadır fakat bunun karşılığında topluluklar klasik bağlamda bir egemenlik talebinde bulunmamaktadırlar, böylelikle merkezi idare siyasi gücü orantısında daha güçlü hale gelmektedir.

#### IV. İSRAİL UYGULAMASI

Günümüzde millet sistemine benzer nitelikte hukuki sistemlerin Osmanlı mirası topraklarda da varlığını sürdürdüğünü görmekteyiz. Bu ülkeler arasında Irak, Suriye, Lübnan, Ürdün, Mısır, Filistin ve İsrail gibi ülkeler yer almaktadır. Bunlar arasında hukuki çoğulluk bağlamında izlediği politika açısından Osmanlı Millet sisteminin devamı olma özelliğini taşıyan İsrail örneği konumuz bağlamında daha fazla ön plana çıkmaktadır. Yukarıda da görülmektedir ki bazı hukuki çoğulluk anlayışlarının ekonomik ve politik kaygıların güdümünde şekillendiğini ve bu doğrultuda işlev üstlendiğini görmekteyiz. Devletlerin kendi politik çıkarları öyle gerektirdiği için hukuki çoğulluk düzenlerine yönelebildiklerine dair örnekler mevcut. Bunlar arasında en belirgin örnek olarak İsrail devleti gösterilebilir.

Eski dönemlerde İsrail devletinin kurulacağı topraklarda Osmanlı hukukunun bir parçası olan millet sistemi geçerliydi. 16. yy Kudüs'ünde

<sup>62</sup> Günay Göksu Özdoğan- Füsün Üstel- Karin Karakaşlı- Ferhat Kentel, Türkiye'de Ermeniler/ Cemaat- Birey, Yurttaş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Haziran 2009, s. 129-131.

<sup>63</sup> Gülnihal Bozkurt, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s. 1-2.

Yahudiler isterse hahamlık mahkemesine isterlerse Şeriat mahkemelerine gitmek konusunda seçim hakkına sahiplerdi. Yüzyıllar içinde korunan çoğul hukuk yapısı İngiliz manda yönetimi döneminde de sürdürüldü<sup>64</sup>. 1939 yılı itibariyle ülkede evlilik, boşanma, miras, çocukların bakım yükümlülüğü ve nafaka konularında hukuki özerklikleri resmen tanınmış on bir ayrı etnik-dini cemaat bulunmaktaydı. 1948'de İsrail'in bağımsızlığının tanınmasıyla birlikte bu durumda bazı değişiklikler meydana gelmekle birlikte genel olarak bu yapı varlığını korudu. Bugün ülkede devletin resmi mahkemeleri dışında, hahamlık mahkemeleri, kilise mahkemeleri, Şer'i mahkemeler ve sonradan bunlara eklenen Durzi mahkemeleri bulunmaktadır<sup>65</sup>. Günümüz İsrail'inde hahamlık mahkemelerinin evlilik ve boşanma konularında münhasıran yetkileri bulunmaktadır. Yargıçlık yapan hahamlar devletin resmi görevlileri konumundadır; seçimleri ve atamaları Yüksek Hahamlık Konseyi ve Cumhurbaşkanı tarafından yapılmaktadır. Söz konusu mahkemeler hukuki statü belirleme kurumları olarak da işlev görmektedirler. Yahudi vatandaşların haklarını, ehliyetlerini veya ehliyetsizliklerini saptamak bakımından resmen tanınmış bir yetkiye sahiptirler<sup>66</sup>. Bu bağlamda İsrail'de de dahili hukuki çoğulluk yapısının varlığı görülmektedir.

Hahamlık mahkemelerinin dışında Şeriat mahkemelerinin de varlığı söz konusudur. Şeriat mahkemelerinin durumuna bakacak olursak; kurulan yeni devlet Şeriat mahkemelerini doğrudan tanımıştır. Resmen tanınmış 11 cemaate ek olarak da 3 yeni cemaat tanınmış ve de bunlara da hukuki özerklik getirilmiştir. 1998 yılı itibariyle Yeşil Hat bölgesinde yaşayan Arapların nüfusu İsrail nüfusunun yaklaşık %17'sini oluşturmaktadır. Arap nüfusunun da kendi içinde Müslümanlar, Hristiyanlar ve Dürziler olarak üç gruba ayrıldığını söyleyebiliriz. Dürzi cemaatin durumu diğerlerinden biraz daha farklı bir konumdadır. Dürzilerin kendi aile hukuku alanındaki kuralları gösteren bir yasa, Dürzilerin bu yönde bir talepleri olmamasına rağmen Lübnan örneği esas alınarak İsrail Parlamentosu tarafından yasalaştırılmıştır<sup>67</sup>.

Şeriat mahkemelerinde görev yapan kadılar 1990'lara kadar ilgili bakanlık tarafından atanırken daha sonraki dönemde Müslümanların da bulunduğu bir konsey tarafından İsrail vatandaşı olanlar arasından atanmaktadır; atanan kadılar maaşlarını da devletten almaktadırlar. İsrail'de Şeriat mahkemeleri, Osmanlı'dan kalma Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni ve Mecelle'yi de kararlarında dayanak olarak kullanmaktadırlar<sup>68</sup>. Şer'i mahkemelerin kendi icra

---

<sup>64</sup> Kumaş, a.g.e., s. 135-136.

<sup>65</sup> Üye, a.g.e., s. 183.

<sup>66</sup> Üye, a.g.e., s. 184.

<sup>67</sup> Başıoğlu, a.g.e., s. 106-107.

<sup>68</sup> Tuncay Başıoğlu, Filistin Hukuk Sistemi, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2010, s. 102-107.

organları bulunmamakta, kararlar İsrail devletinin resmi organları tarafından icra edilmektedir<sup>69</sup>. Bugün itibariyle İsrail’de devlet tarafından tanınmış olan on dört cemaat bulunmakta ve bunların her biri kendi mahkemelerine sahipler. Cemaat üyelerinin yargıçlık yaptığı ve her cemaate kendi dini kurallarının uygulandığı bu mahkemelere evliliğe ve boşanmaya ilişkin hususlarda münhasır yetki tanınmış durumda; nafaka ve miras konularında ise devlet mahkemeleriyle paylaşılmış bazı yetkileri kullanabilmektedir<sup>70</sup>. Her özerk sistem kendi ilk derece mahkemelerine ve istinaf veya temyiz mahkemelerine sahip; belli koşullar altında dini mahkemelerden devletin bölge mahkemelerine ve Yüksek Mahkeme’ye temyiz olanağı sağlanmış durumdadır.

İsrail devleti kuruluş aşamasında aile hukukuna dair alana müdahil olmamıştır. Bunu yapma saiki açısından tarihsel mirasın bir ürünü olmasından çok devlet kurulurken karar mekanizmasında bulunanlarının bir politik tercihi olduğu söylenebilir. Kurucular tüm sosyal kurumlara erişebilen, güçlü ve merkezin güçlü olduğu bir devlet yapısı oluşturmak istemişlerdi. Ancak, Medine Vesikası’ndaki şartların varlığı yani politik olarak henüz güçlenmeden görece eşit güçlere karşı bir denge politikası izlenmek istenmiş ve ortaya çıkabilecek dini temeldeki mücadelenin önü alınmak istenmiştir. Dönemin politik koşulları daha çok savunma ve dış politika konularını öncelikli hale getirdiğinden, dini mahkemeler ve aile hukuku gibi konular ikincil konuma düşmüş, iç destek uğruna muhafazakar Yahudi kesimin taleplerine karşılık tavizler vermek gerekmiştir<sup>71</sup>.

Hukuki çoğulluğun politik bir çıkar için kullanılması bağlamında Müslüman Araplar için şer’i kuralların İsrail devletinin resmi hukuk sisteminin bir parçası halinde korunması örnek olarak verilebilir ve bu tercihin bilinçli olduğu söylenebilir. Şeriat hükümlerinin devlet tarafından resmen tanınması dini cemaatler açısından koyulan kuralların etkinliği artırmakta ve düzeni sağlamaktaydı. Diğer yandan din adamlarına sağlanan resmi yaptırım desteği söz konusu makamlara büyük bir itibar sağlıyordu. Böylelikle Arap azınlığın yeni devlete itaati sorunu çözülmüş oluyordu. Dolayısıyla, İslam hukukunun resmen tanınması İsrail devletinin meşruiyet kazanmasına ve güçlenmesine önemli ölçüde katkı sağladı<sup>72</sup>. Diğer açıdan bakılacak olunursa eski çoğulluk sisteminin devam ettirilmesi ve bu sistemin kullanılması İsrail’in dışlayıcı politikasının bir uzantısı olarak görülebilir. Bu politikada vatandaşın

---

<sup>69</sup> Üye, a.g.e., s. 185.

<sup>70</sup> Üye, a.g.e., s. 186.

<sup>71</sup> Yüksel Sezgin, “A New Theory of Legal Pluralism: The Case of Israeli Religious Courts”, *Association for Israel Studies*, 19th Annual Meeting, April 27-29 2003, San Diego, California, Panel IV-C Religion, Ethnicity, and the Courts in Israel, s. 32’den aktaran; Üye, a.g.e., s. 231-232.

<sup>72</sup> Üye, a.g.e., s. 232.



devlet karşısındaki haklarının ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde dinin önemli bir rol oynamasına olanak sağlamaktadır. İsrail'in kuruluş ideolojine baktığımızda İsrail'in Yahudi halkına ait bir devlet olarak kurulduğunu görmekteyiz. Yahudi halkı dışında kalan diğer kişiler ise ikinci sınıf vatandaş konumunda yer almaktadır. Sistemin resmen kabul ettiği Ortodoks kurallar ise sıkı iç evlilik kuralları öngörmekteydi. Söz konusu Yahudiliğin Ortodoks inancın ait dini kuralları İsraili liderler tarafından İsrail-Yahudi kimliğinin oluşması açısından ayrı bir öneme sahipti. Bu dini kurallar Yahudi kimliğinin güçlenmesi ve türdeşleştirilmesi için elverişli bir zemin sağlıyordu. Aynı zamanda bu yapıya göre Yahudi olmayan cemaat kimlikleri hiyerarşik bir yapı içerisinde konumlanmaktaydı. Bu konumlanma da Yahudi olmayan cemaat kimliklerinin farklılaşarak birbirinden irtibatının koparak uzaklaşması için kullanışlı bir araç sağlıyordu. İsrail'deki hukuki çoğulluk anlayışı zaman içerisinde bu hedefler doğrultusunda yorumlandı ve bazı değişikliklere tabi tutuldu. Temel hedefe baktığımızda da İsrail'deki Yahudi yerleşimcilere, aralarında başka ne türden farklılıklar olursa olsun, tek bir ortak kimlik kazandırmak ve böylece yekpare bir İsrail-Yahudi ulusal kimliği yaratmaktı<sup>73</sup>. Buna paralel olarak 1949 yılında İsrail Hükümeti *"evliliğe ve boşanmaya dair genel bir medeni kanun çıkarmak ve böylece Yahudi kimliğinin dejenere olmasının yolunu açmak niyetinde olmadığını"* resmen ilan ediyordu. Bunu takip eden dönemde 1953 yılındaysa hükümetin Yahudi hukukunu ve mahkemelerini ülkedeki tüm Yahudiler için zorunlu hale getiren bir yasayı kabul ettiğini görüyoruz<sup>74</sup>. Söz konusu durumun Osmanlı Millet sistemindeki Müslümanlara hukuk seçme hakkının verilmemesiyle benzerliği açıktır. Çünkü burada da Yahudi olanlara bir hukuk seçme hakkı tanınmamaktadır ve tek tip anlayış ile Yahudiler bağlanmaktadır. Bu gelişmeleri müteakip Yahudiler ile dünyanın başka yerlerinden göç eden farklı etnik ya da mezhepsel aidiyetlere sahip olanlar arasında evliliğin yolunu açan İsrail, bununla birlikte Yahudilerin içsel farklılıklarını ortadan kaldırmak istemektedir. İsrail tarafından tek bir hukuki yapı içerisinde birleşik bir Yahudi kimliği oluşumuna olanak sağlamak hedeflenmektedir. Söz konusu süreçte baştan beri amaçlanan bir ulus inşa etmek olmuştur ve bu bağlamda hukuki çoğulluk avantajlı bir konum sağlamaktadır<sup>75</sup>.

İsraili Yahudiler arasında bir ulus inşa etme projesi Yahudi olmayan kimliklerin de kendi aralarında ve sınırları belli biçimde muhafaza edilmelerini gerektiriyordu. Bu bağlamda İsrail örneğinde hukuki çoğulluk bir dışlama ve ötekileştirme aracı olarak kullanıldı. İsrail'e göre, Yahudi olmayan kimliklerin birbirinden ayrıştırılması gerekiyordu. Bir taraftan İsraili-Yahudi kimliğinin

<sup>73</sup> Üye, a.g.e., s. 233.

<sup>74</sup> Başoğlu, a.g.e., s. 109.

<sup>75</sup> Üye, a.g.e., s. 234.

saflığının korunması için çabalar sarfediliyor, diğer taraftan Arap milletini mezhep ve etnisite temelinde daha da bölmek için yapılar oluşturuluyordu. Böylelikle etkin bir denetim ve tahakküm rejimi sağlayabilmek için hukuki çoğulluk oldukça işe yarar bir konumdaydı. Bu politikanın bir gereği olarak Araplardan cemaat sayısının azaltılması yönünde talepler bulunmasına rağmen, tanınan cemaat sayısı 11'den 14'e yükseltilmiştir. Böylelikle yetkilendirilmiş mahkeme sayısı da 14'e yükselmiştir. Yeni tanınan cemaatler açısından Dürzi cemaatinin yeri önemlidir çünkü Dürzi dini mahkemelerinin yaratılmasındaki temel amaç, Dürziler arasında, onların diğerlerinden farklı bir cemaat oluşturduklarına dair bir farkındalık oluşturmaktır. İsrail devleti diğer cemaatler hakkında çoğullukçu bir çizgi izlerken, Yahudi kimliği açısından sadece Ortodoks anlayışı bağlamında bir çizgi izlemiştir. Yahudilik inancı da birden çok unsuru bünyesinde barındırırken bunları görmezden gelerek kendi yetkilendirdikleri Yahudi mahkemelerini 1'den fazla olabileceken 1'de sabitlemiştir. İsrail yaptığı değişikliklerle Ortodoks olan olmayan, farklı görüşte olan olmayan tüm Yahudiler Ortodoks anlayışıyla teşekkül edilmiş mahkemelere tabi kılmıştır. Bu tutum çeşitli sorunlara yol açmakla birlikte devletin bunla ilgili aldığı tavır değişiklik göstermemektedir<sup>76</sup>. Hukuki çoğulluk İsrail devleti tarafından Yahudi kimliğinin türdeşliğini teminat altına almak için kullanılmak ile birlikte Dürzi, Sünni, Müslüman ve Hıristiyan Arapların ortak bir Arap veya Filistin kimliği altında birleşmesini engellemek için de kullanılmıştır<sup>77</sup>. İsrail'in bu politikası bağlamında kendi nüfusunu arttıracak düzenlemeler yaparken yani diğer ülkelerdeki Yahudilerin İsrail'e göç etmelerini teşvik ederken, söz konusu olanağın Araplara sunulmadığı görülmektedir. Yahudi kimliğini genişletmek için düzenlemeler yapan İsrail benzer durumda olan bir Arap'a böyle bir hakkı tanımamaktadır. Örneğin İsrail, Filistinli bir Arap'la evli olan İsrail vatandaşı bir Arap'ın, eşini İsrail'e getirmesini engelleyici önlemler almaktadır<sup>78</sup>.

Son dönemde Yahudiler arasında da bu uygulamaya tepkiler olduğu görülmektedir. Özellikle Ortodoks olmayan çoğunluğun haklarının ve özgürlüklerinin dini mahkemeler tarafından sıklıkla ihlal edildiği belirlenmektedir. Bu durumsa toplum ile devlet arasında çeşitli krizlere yol açmaktadır. Yahudiler arasında evlenme ve boşanma işlemleri yetkili haham huzurunda Yahudi şeriatına uygun biçimde resmi olarak yapılmak zorundadır. Aksi taktirde bunların resmi olarak kabulü mümkün olmamaktadır. Bunların yanında bir kişinin dini ölçütlere göre gerçek bir Yahudi olup olmadığı, gayri

---

<sup>76</sup> Üye, a.g.e., s. 234-235.

<sup>77</sup> Sezgin, a.g.m., s. 281.

<sup>78</sup> Gila Stopler, "Contextualizing Multiculturalism: A Three Dimensional Examination of Multicultural Claims", *Law & Ethics of Human Rights* 1/1, 2007, s. 330'dan aktaran; Üye, a.g.e., s. 235.

meşru sayılıp sayılmayacağı veya uygun biçimde boşandığının kabul edilip edilmeyeceğine dair nihai karar verme yetkisi hahamlık mahkemesindedir. Söz konusu durumda olan ve evlenme-aile kurma hakkından yoksun Yahudi sayısının 400.000'den fazla olduğu belirtilmektedir. Bu belirlemeler de göstermektedir ki aslında Yahudilik içinde de bir sürü mezhep veya anlayış bulunmakta ama İsrail devleti bu ayrışmaları görmezden gelerek İsrail-Yahudi kimliğinin inşasını düşünerek, azınlıkta olmasına rağmen tek bir Yahudilik anlayışını yani Ortodoks Yahudi anlayışını egemen kılmakta ısrar etmektedir. Söz konusu yaklaşım ile yoğrulan hukuki oğulluk anlayışının Yahudiler arasında da (ortodoks olan-olmayan-protestan-kadın-erkek vb.) ayrımcılık ürettiğini söyleyebiliriz.

## SONUÇ

İncelemenin geneline bakıldığında hukuki oğulluk düşüncesiyle ilgili olarak bazı saptamalar yapılabilir. Hukuki oğulluk Batılı devletler açısından tarihsel süreç içerisinde sömürgecilik anlayışıyla birlikte ortaya çıkan sosyal bir gerçekliktir. Tekçi hukuk anlayışının egemen olduğu hatta gelenekselleştiği toplumlar açısından birden fazla hukuk kaynağının varlığı sakıncalar teşkil edebilir. Batı dünyası sömürgeleştirme sürecinde siyasi otoritelerini tabana yaymak amaçlı olarak farklı gruplara özerklikler vermiştir. Bu gruplar arasında denge gözetmiş fakat nihai sonuç olarak devletin siyasi yönetimini kendi elinde daha rahat tutma imkanına sahip olmuştur. Hukuki oğulluk düşüncesi bu bağlamda iktidar ilişkileriyle yakından alakalı bir araç olarak kullanılmıştır. Hukuki oğulluk düşüncesi özellikle politik bir şart olarak veya yeni hukuki oğulluk olarak ele alındığında Batı toplumunun kullandığı hakimiyet aracının kendine yönelmiş olduğu gerçeğini de su yüzüne çıkarmıştır. Batı'nın dışında gerçekleşirken romantik olarak nitelendirilebilecek hukuki oğulluk anlayışı, Batılı toplumlar açısından kendi içlerinde ele alındığında bir sorun olarak karşılına çıkmaktadır. İsrail örneğinde de açıkça görüldüğü gibi bu anlamda bir hukuki oğulluk anlayışıyla, merkezîyetçi yapıyı dolayısıyla da klasik egemenlik anlayışını zedelediği ölçüde mücadele edilmektedir. Hukuki oğulluk geleneksel kuralların hukuku geliştireceği öngörüsünde bulunmaktadır fakat gerçeklik boyutuna bakıldığında, geleneksel dinamik yapıya sahip hukuk olarak kabul edebileceğimiz kuralları pozitifleştirerek sabit hale getirmekte bir nevi dondurmaktadır ki böylelikle dinamik yapı statik bir yapıya hapsedilmektedir. Yukarıda belirtilen kazanımları koruma iddiası ve dolayısıyla kültür, kimlik ve özgürlük gibi kavramlara hizmet etme durumu iyimser bir bakış açısıyla yaklaşıldığında kabul edilebilir fakat gerçekçi bir bakış açısıyla bakıldığında bu kavramların birbiriyle çatışıp kazanımların da kaybedebileceği riskini taşıdığı söylenebilir.

Sonuç olarak Osmanlı “millet sistemi” aracılığıyla inşa ettiği hukuki çoğulcu yapıyı egemenliğini genişletme ve pekiştirme aracı olarak kullanmıştır. Bu bağlamda İslam devletlerindeki zimmet hukuku anlayışı esas alınmış ve zimmiler ile ilişkiler bu bağlamda kurulmuştur. Bu ilişkilerin tesisinde hukuki çoğulluk olgusu politik bir araç olarak kullanılmıştır. Bu olgunun Osmanlı’ya yansımaları yükseliş döneminde olumlu olurken düşüş döneminde olumsuz olmuştur. Osmanlı’nın yükseliş döneminde millet sistemi egemenliği pekiştirici bir etki yaparken, düşüş döneminde egemenliği parçalayıcı bir etki yapmıştır. Millet sistemi Osmanlı tebaasının asimile olmasını engellemiş ve söz konusu milletlere modern anlamda uluslaşma olanağı tanımıştır. Osmanlı mirası olan millet sistemi İsrail topraklarında da etkiler yaratmıştır. İsrail’in kuruluş sürecinde de hukuki çoğulluk politik bir araç olarak kullanılmıştır ve bu araç bazı politik avantajları da beraberinde getirmiştir. Bu avantajların başında da İsrail-Yahudi ulusal kimliğinin inşası projesinin başarıya ulaşması gelmektedir. Fakat diğer taraftan Yahudi kimliğini Ortodoks anlayışıyla özdeşleştirmeye çalışmakta bu yönde düzenlemeler yapmakta fakat sorunlarla karşılaşmaktadır. Diğer halkları veya inançları birbirinden ayırarak farklı hukuki rejimlere tabi kılma politikasının altında insani değerleri göz önünde bulundurmaktan ziyade politik avantaj elde etmek yatmaktadır. Böylelikle İsrail ortak muhalif bir bilincin oluşmasının önüne geçmeye çalışmaktadır. Fakat günümüzde İsrail’in bu içe dönük politikası Ortodoks olmayan ve sekülerizm yanlısı kesimler tarafından da şiddetle eleştirilmektedir. Söz konusu eleştiriler gün geçtikçe daha da güçlü bir zemine oturmaktadır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde İsrail’in politik hukuki çoğulluk yaklaşımı çıkmaza girmektedir. Bu sorunların ortaya çıkmasına paralel olarak Arapların ve Filistinlilerin de ortak bir kimlik yaratma çabasına girdikleri görülmektedir.

#### KAYNAKÇA

- AKÇA, Gürsoy, “Osmanlı Millet Sistemi’nin Dönüşümü”, Doğu Anadolu Bölgesi Araştırmaları, 2007
- AKYILMAZ, Gül, “Osmanlı Devleti’nde Garimüslimlerin Hukuki Statüsü”, *Yeni Türkiye Ermeni Sorunu Özel Sayısı. C. 2*
- BOZKURT, Gülnihal, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996
- BAŞOĞLU, Tuncay, Filistin Hukuk Sistemi, Çizgi Kitabevi Yayınları, Konya, 2010
- BOZKURT, Gülnihal, Alman-İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 1996

- CHİBA, Masaji, “Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World”, *Ratio Juris*. cilt 11, sayı. 3, Şubat 1998
- ERDEM, Gazi, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Hristiyanların Sosyal ve Dini Hayatları”, (Dan: Seyfettin Erşahin), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005
- ERYILMAZ, Bilal, Osmanlı Devletinde Millet Sistemi, Alternatif Üniversite, İstanbul, 1995
- GRİFFİTHS, John “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Sayı. 24, 1986
- GÜRKAYNAK, Muharrem “Osmanlı Devleti’nde Millet Sistemi ve Yahudi Milleti”, Süleyman Demirel Üniversitesi İ.İ.B.F.D., 2003, C.9
- HÜLAGÜ, Metin- ALAN, Gülbadi-DEMİRCİ, Süleyman Şakir Batmaz, Hoşgörü Toplumunda Ermeniler, Erciyes Üniversitesi Yayını, cilt III, 2. Baskı, Kayseri, 2007
- KENANOĞLU, Macit “Osmanlı Millet Sistemi- Mit ve Gerçek”, Klasik Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul, 2017
- KILINÇ, Ahmet “İslam Hukukunun Evrenselliği Bağlamında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile Malezya İslam Aile Hukuku Kanunu 1984’ün Mukayesesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 2, 2019, s. 623-662.
- KUMAŞ, Mehmet Salih, “Çok Hukuklu Sistem ve İslam Hukuku’ndaki Yeri”, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bursa, 2007
- KUMAŞ, Mehmet Salih, “Hukuki Çoğulculuk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c. 15, sayı 2, Bursa 2006
- MERRY, Sally Engle “Legal Pluralism”, *Law and Society Review*, cilt. 22, sayı. 5. , 1988,
- MOORE, S.F. Sally, “Law and Social Change: The Semi-autonomous Field as An Appropriate Field of Study”, *Law and Society Review*, Cilt: 7, Sayı: 4, 1973
- ORTAYLI, İlber, “Osmanlı Barışı”, <http://www.os-ar.com> (E.T: 11.12.2012)
- ORTAYLI, İlber, Son İmparatorluk Osmanlı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2006
- ORTAYLI, İlber, Türkiye İdare Tarihi, Todaie Yayınları, Sayı: 180, Ankara, 1979

- ÖZDEMİR, Nadire Hukuki Çoğulluk Kavramı Ve Görünümleri: “Roman Hukuku” Ve “Aborjin Hukuku”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014
- ÖZDOĞAN, Günay Göksu – ÜSTEL, Füsun – KARAKAŞLI, Karin – KENTEL, Ferhat, Türkiye’de Ermeniler/ Cemaat- Birey, Yurttaş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Haziran 2009
- REİSS, Maria, “The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari’a Council Decisions Should be Non-Binding”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, cilt 26, sayı,3 2009
- SEZGİN, Yüksel, “Legal Unification and Nation Building in the Post-colonial World: A Comparison of Israel and India”, *The Journal of Comparative Asian Development*, cilt 8, sayı 2, 2009
- TAMANAHA. Brian Z “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, cilt 27, sayı. 2, 2000,
- ÜYE, Saim, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013
- YÜKSEL, Murat Hukuki Plüralizm, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2003



# MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

## *Positive Obligations of the State in Offenses Against Property*

**Muhammed Fatih KARABULUT\***

Geliş Tarihi: 08.01.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

Mülkiyet hakkı kural olarak devlete negatif yükümlülükler yükleyen bir haktır. AİHS'te düzenlenen hakların içeriğinden açıkça çıkarılamasa da AİHM kararlarıyla birlikte devletin pozitif yükümlülüklerinin de olduğu kabul edilmiştir. Yani devlet, sadece mülkiyet hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü altında olmayıp aynı zamanda kişilerin mülklerini koruma, bu mülklere üçüncü kişiler tarafından yapılan ihlal boyutunda müdahaleleri önleme ve soruşturma yükümlülüğü de altındadır. Üçüncü kişilerin gerçekleştirdikleri ihlallere karşı mülkiyet hakkının korunması, sözleşmenin yatay etkisi bağlamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda malvarlığına karşı işlenen suçlarda devletin, koruma ve ihlali gerçekleştiren kişilerin tespitine yönelik pozitif yükümlülükleri vardır. Bu çalışmada malvarlığına karşı suçlarda devletin pozitif yükümlülükleri, AİHM ve AYM içtihatları çerçevesinde incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** pozitif yükümlülükler, yatay etki, malvarlığına karşı suçlar, koruma, soruşturma.

### ABSTRACT

The right to property is, as a rule, a right that imposes negative obligations on the state. Although the content of the rights regulated in the ECHR cannot be clearly understood, it has been recognized that the State has positive obligations along with ECtHR judgments. In other words, the state is not only obliged to not to violate the property right, but also has the obligation to protect the property of individuals, to prevent and investigate the interferences made by third parties on the property. The protection of property rights against violations by third parties is considered in the context of the horizontal effect of convention. In this context, the state has positive obligations for the protection and the identification of the perpetrators of the crimes committed against its assets. In this study, the positive obligations of the state in offenses against property are examined within the framework of the case law of the ECtHR and the Constitutional Court.

**Keywords:** positive obligations, horizontal effect, offences against property, protection, investigaion.

---

\* T.C. Adalet Bakanlığı Hâkim Adayı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, e-posta: fatihkarabulut@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6625-1019.



## GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun 141-169. maddeleri arasında malvarlığına karşı suçlar düzenlenmiştir. Bu suçların konuları somut olarak farklı farklı olsalar da hepsinin ortak noktası, bunların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilir olmalarıdır. Çalışmanın konusu, bu suçlara yönelik AİHM ve AYM'nin devlete ne tür pozitif yükümlülükler yüklediğidir.

Mülkiyet hakkı kural olarak devletin ihlal etmeme yükümlülüğü altında olduğu bir haktır. Ancak bu hak her zaman devlet tarafından ihlal edilmemektedir. Üçüncü kişilerin de mülkiyet hakkını ihlal etmeleri söz konusu olabilmektedir. Devletin, üçüncü kişilerin gerçekleştirdikleri ihlallerden sorumlu olup olmayacakları çalışmanın birinci bölümünde ele alınmaktadır.

Mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen müdahaleler hukuk davalarına konu olabileceği gibi ceza davalarına da konu olabilmektedir. Mülkiyet hakkına yapılan bu müdahale devlet tarafından değil üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa da devletin sorumlulukları gündeme gelecektir. Devletin müdahale gerçekleştiren taraf olmamasına rağmen sorumluluğunun doğması mülkiyet hakkının yatay etkisinden kaynaklanmaktadır. Çalışma kapsamında genel olarak yatay etki ve mülkiyet hakkı bağlamında yatay etki üzerinde durulmaktadır.

Üçüncü kişilerin ceza yasalarında düzenlenen malvarlığına yönelik suçlardan birini işlemesi durumunda pozitif yükümlülüklerden olan devletin koruma ve soruşturma yükümlülükleri ayrı ayrı veya birlikte gündeme gelebilecektir. Koruma yükümlülüğünün ve ceza yargılamasının aşamalarından biri olan soruşturma evresinin koşulları AİHM ve AYM kararlarıyla şekillendirilmiştir. Çalışmanın son kısmında bu koşulların neler oldukları üzerinde durulmaktadır.

Bu çalışma kapsamında yararlanılan AİHM kararları için HUDOC isimli "<https://hudoc.echr.coe.int/>" internet adresinde yer alan ve AYM bireysel başvuru kararları içinse "Kararlar Bilgi Bankası" isimli "<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>" yer alan arama motorları kullanılmıştır.

## I. GENEL OLARAK POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

AİHM, Sözleşme ile koruma altına alınan haklara yönelik yükümlülükleri ikiye ayırmaktadır:

- a) Hakkı ihlal etmemeye yönelik negatif yükümlülükler
- b) Hakkı korumaya yönelik pozitif yükümlülükler.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> J. F. Akandji-Kombe, **İnsan Hakları El Kitapları, No.7: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Çev.: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Brüksel, Avrupa Konseyi Yay., 2008, s. 5; Cem Şenol, **Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 69.

Devletin, hakların kullanılmasına müdahale etmeme yükümlülüğü olan negatif yükümlülükler AİHS'in kendisinde mündemiçtir. Bunun nedeni AİHS'te düzenlenen hakların genel olarak birinci kuşak haklar olmasıdır<sup>2</sup>. Bununla birlikte negatif yükümlülüklerin hakkın etkin kullanımı için yetersiz kaldığı durumlar söz konusu olabilmektedir.

Devletin öngörülebilir tehlikelere karşı bireyleri koruma yükümlülüğünün olmaması durumunda hakların gerçek anlamda güvence altında oldukları söylenemez. Hakların gerçek anlamda korunabilmeleri için negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülüklerin de olması gerekir<sup>3</sup>. Bu nedenlerle pozitif yükümlülükler sözleşmede açıkça düzenlenmiş olmasalar da AİHM'in pratiğiyle ortaya çıkmışlardır. Mahkeme'nin devletin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra pozitif yükümlülüklerinin de olduğuna işaret ettiği ilk karar 1968 tarihli *Belçika Dil Hakları Davası*'dır. Bu karardan sonra mahkeme diğer kararlarında yeni unsurlar belirleyerek pozitif yükümlülüklerin gelişmesini ve sözleşmedeki hükümlerin negatif ve pozitif yükümlülükler olarak iki boyuta kavuşmasını sağlamıştır<sup>5</sup>. Dolayısıyla hak ve özgürlüklere ilişkin pozitif yükümlülükler, farklı kararlarla ortaya koyulduğu için AİHS'te genel bir tanıma sahip değildir<sup>6</sup>.

Pozitif yükümlülüklerin temeli AİHS'in 1. maddesidir. Taraflara Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü getiren madde aynı zamanda bu hak ihlallerine yol açan kişileri tespit etme ve cezalandırma yükümlülüğü de yüklemiştir<sup>7</sup>. Bununla birlikte pozitif yükümlülükler doğrudan 1. maddeden doğmamakta, 1. madde ile sözleşme ve ek protokollerde düzenlenen maddi hakların birlikte ele alınmasıyla doğmaktadır<sup>8</sup>.

Pozitif yükümlülükler, esasa ve usule ilişkin pozitif yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır:

### A. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükler

Sözleşmede düzenlenen hakların güvence altına alınması için Devletlerin önceden alması gereken tedbirler esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerdir.

---

<sup>2</sup> Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocukun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 92.

<sup>3</sup> *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu*, AYM Kararı No. 2014/8649 15/02/2017 para. 43.

<sup>4</sup> *Case "Relating To Certain Aspects Of The Laws On The Use Of Languages In Education In Belgium" v. Belgium*, App. No. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2121/64, Judgement of 23 July 1968.

<sup>5</sup> Akandji- Kombe, *a.g.e.*, s. 6.

<sup>6</sup> Batuhan Hoşgöl, *Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 21.

<sup>7</sup> Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Ankara, TBB Yayınları, 2008, s. 9-10.

<sup>8</sup> Şenol, *a.g.e.*, s. 73.

Bu tedbirler gerekli yasal düzenlemelerin (mevzuat) yapılmasıdır. Fakat bu yükümlülük sadece yeni mevzuat yapılmasından ibaret değildir. Bununla birlikte çıkarılan mevzuatın işler olması gerekir<sup>9</sup>. Ayrıca AİHS'e aykırı mevzuatın değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. AİHM *Broniowski v. Poland*<sup>10</sup> kararında Devletlerin sözleşmeye aykırı mevzuatlarını hukuk sistemlerinden çıkarmaları gerektiğini belirtmiştir.

Esasa ilişkin yükümlülükler örnek olarak şunlar verilebilir: polis müdahalesini düzenleyen uygun kurallar koyma, kötü muamele ve zorla çalıştırmayı yasaklama, Sözleşme kurallarını evlat edinme prosedürüne veya daha geniş bir aile hukukuna dahil etmek vb.<sup>11</sup>

### **B. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler**

Usule ilişkin pozitif yükümlülükler esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerin uygulanmasıdır. Usule ilişkin yükümlülüklerin neler olduğu AİHM tarafından tek tek sayılmış olmasa da kararlar incelendiğinde belli başlı usule ilişkin yükümlülüklerin benimsendiği görülmektedir: a) tazminat, b) koruma, c) soruşturma ve yargılama, d) yargı kararlarının yerine getirilmesi<sup>12</sup>.

Örneğin devletin koruma ve zarar görmesini engelleme yükümlülüğüne ilişkin bir başvuruda AİHM, doğal afet sonucu mülkleri zarar gören başvuru sahiplerinin mülkiyet hakkı ihlallerini incelerken kural olarak devletin özel mülkiyeti koruma yükümlülüğü olduğuna işaret etmiştir. Ne var ki devletin özel mülkiyeti koruma yükümlülüğünün, somut olayda olduğu gibi insan kontrolünün ötesinde gerçekleşen doğa olaylarında aynı kapsamda değerlendirilmeyeceği sonucuna varılmıştır<sup>13</sup>.

### **C. Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülükler**

Devlet, sadece insan haklarını ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü altında değildir. İnsanın haysiyetli bir yaşam sürebilmesi için yalnızca devlet-toplum dikey ilişkisinde hak ihlallerinin önlenmesi yeterli olmayacağından devlet, bireyleri diğer bireylerin gerçekleştirdikleri ihlallerden de koruma yükümlülüğü altındadır. Bu bakımdan yatay ilişkilerde meydana gelen ihlallerin engellenmesi ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için birtakım pozitif

---

<sup>9</sup> Mehmet Akif Poroy, "Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği", İstanbul Barosu Dergisi, C:80, S:3, 2006, s. 1008.

<sup>10</sup> *Broniowski v. Poland*, App. No. 31443/96, Judgement of 22 June 2004.

<sup>11</sup> Akandji- Kombe, **a.g.e.**, s. 16-17.

<sup>12</sup> Akandji- Kombe, **a.g.e.**, s. 54-56.

<sup>13</sup> *Budayeva and Others v. Russia* App. No. 15339/02, Judgement of 20 March 2008, para. 173-174.

yükümlülükler gündeme gelmektedir.<sup>14</sup> Dolayısıyla hakların yatay etkisinin, pozitif yükümlülüklerin bir sonucu olduğu sonucuna ulaşılabilecektir<sup>15</sup>.

Kural olarak insan haklarını devlet ihlal edebilir. İnsan haklarını korumakla görevli devlet, bu korumayı yalnızca hakları ihlal etmemek suretiyle gerçekleştiremez. Devlet, başka kişi ve gruplardan gelecek saldırıları caydırmak ve önlemek yükümlülüğü altındadır<sup>16</sup>. Bundan dolayıdır ki yatay ilişkide bir hakkı ihlal edenin bir birey olması halinde bile sorumluluk yine devlete ait olacaktır<sup>17</sup>. İhlalin önlenememesi ya da failerin cezalandırılmaması gibi hallerde AİHM, devleti sorumlu tutabilecektir<sup>18</sup>. Fakat bu sorumluluk mutlak değildir<sup>19</sup>. Alınması gereken tedbirler somut olayın koşullarına göre tespit edilmelidir. Devletten olağanın ötesinde tedbirler alınması beklenmemelidir. Ani ve öngörülemeyen müdahalelerde olduğu gibi devletin özel bir tedbir almasının beklenemeyeceği hallerde pozitif yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna varılamaz<sup>20</sup>.

## II. MALVARLIĞINA KARŞI SUÇLARDA POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

### A. Malvarlığına Karşı Suçlar

Türk Ceza Kanununun 141-169 maddeleri arasında düzenlenen “malvarlığına karşı suçlar”<sup>21</sup> eski TCK’da “mal aleyhine işlenen cürümler” başlığı altında düzenlenmekteydi. Mal terimi, ekonomik değeri olan somut nesnelere için kullanılmaktadır. Yeni TCK’da bu terimin yerine malvarlığı teriminin kullanılmasıyla birlikte suçların kapsamının genişlediği söylenebilir. Çünkü malvarlığı terimi mülkiyet hakkıyla örtüşür nitelikte olup fikri haklar, ticari işletmenin müşteri çevresi, alacak hakkı gibi soyut değerleri de içinde barındırır<sup>22</sup>. Malvarlığı kavramı AİHM tarafından da sayılan bu kavramları içerecek ve iç hukuktan bağımsız olacak bir şekilde geniş yorumlanmaktadır<sup>23</sup>.

<sup>14</sup> Mehmet Akif Poroy, **a.g.e.**, s. 1007.

<sup>15</sup> Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, s. 95.

<sup>16</sup> Mustafa Erdoğan, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 5. bs., Ankara, Orion Kitabevi, 2016, s. 119.

<sup>17</sup> Gemalmaz, **Bedensel Ceza**, s. 96.

<sup>18</sup> Akandji- Kombe, **a.g.e.**, s. 15.

<sup>19</sup> Mehmet Akif Poroy, **a.g.e.**, s. 1010.

<sup>20</sup> *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu*, No. 2014/8649, 15/02/2017 para. 47.

<sup>21</sup> Madde-141 *Hırsızlık*, Madde-148 *Yağma*, Madde-151 *Mala Zarar Verme*, Madde-154 *Hakkı Olmayan Yere Tecavüz*, Madde-155 *Güveni Kötüye Kullanma*, Madde-156 *Bedelsiz Senedi Kullanma*, Madde-157 *Dolandırıcılık*, Madde-160 *Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf*, Madde-161 *Hileli İflas*, Madde-162 *Taksirli İflas*, Madde 163-*Karşılıksız Yarılanma*, Madde-164 *Şirket veya Kooperatif Hakkında Yanlış Bilgi*, Madde 165-*Suç Eşyasının Alınması veya Kabul Edilmesi*, Madde-166 *Bilgi Vermeme*.

<sup>22</sup> Köksal Bayraktar, Ali Kemal Yıldız, Eylem Aksoy Retornaz vd., **Özel Ceza Hukuku – Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.1-3.

<sup>23</sup> H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s.133.

## B. Mülkiyet Hakkı Bağlamında Pozitif Yükümlülükler

Malvarlığına karşı suçların konusunu mülkiyet hakkı oluşturmaktadır. Diğer haklarda olduğu gibi devlet, mülkiyet hakkının ihlal edilmesini önlemek için uygun tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır<sup>24</sup>.

Mülkiyet hakkı, kural olarak devlete negatif yükümlülükler yükleyen bir haktr. Yani devlet, mülkiyet hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır<sup>25</sup>. Paralel olarak AİHM de eski kararlarında mülkiyet hakkı bağlamında bireyler arası uyumsuzluklarda devletin pozitif yükümlülüğünün olduğunu kabul etmemekteydi<sup>26</sup>. Mahkeme ilk olarak *Bielectric Srl v. Italy*<sup>27</sup> kararının kabul edilebilirlik kısmında bireyin devletten bekleyebileceği pozitif yükümlülüklerin mülkiyet hakkı için de söz konusu olabileceğini kabul etmiştir<sup>28</sup>.

Mülkiyet hakkı bağlamında pozitif yükümlülükler, P1-1 ile 1. maddenin birlikte ele alınmasıyla doğmaktadır<sup>29</sup>. Bununla birlikte doğrudan P1-1'in kaynak olduğu da söylenebilir. Madde metninde geçen "malvarlığına saygı gösterme"<sup>30</sup> ibaresi ilk bakışta devletin müdahale etmeme yükümlülüğüne (negatif yükümlülüğüne) işaret etse de AİHM mülkiyet hakkının korunması için devletin pozitif yükümlülüklerinin de olduğu görüşündedir. Bireylerin mülkiyet hakkından gerçek ve etkin bir şekilde yararlanabilmeleri, devletin alması gereken koruyucu tedbirlere bağlı ise devlet bu tedbirleri almalıdır<sup>31</sup>.

AYM, Anayasa'nın 35'inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının gerçek ve etkili bir şekilde korunabilmesinin yalnızca devletin müdahaleden kaçınmasına bağlı olmadığına işaret etmiştir. Bu bağlamda devlet, kişiler arasında çıkan mülkiyet hakkına dayalı uyumsuzlukların çözümü için usule ilişkin güvenceleri sunan yargısal yolları da içeren hukuksal çerçeveler oluşturup bu çerçeveler kapsamında etkili ve adil kararlar verilmesini sağlamalıdır.

<sup>24</sup> *Öneriyıldız v. Turkey*, App. No. 48939/99, Judgement of 30 November 2004, para. 134.

<sup>25</sup> H. Burak Gemalmaz, "Mülkiyet Hakkı" *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018, s. 191.

<sup>26</sup> H. Gürbüz Sarı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması*, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2010, s. 191-192.

<sup>27</sup> *Bielectric Srl v. Italy*, App. No. 36811/97, Judgement of 4 May 2000.

<sup>28</sup> Sarı, *a.g.e.*, s. 192.

<sup>29</sup> Akandji-Kombe, *a.g.e.*, s.8.

<sup>30</sup> *AİHS Ek Protokol No. 1 Madde– 1 Mülkiyetin Korunması* "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlet getirmez."

<sup>31</sup> *Kotov v. Russia*, App. No. 54522/00, GC Judgement of 03 April 2012 para. 109-115.

Taşınmazı üçüncü bir kişi tarafından işgal edilen başvurucunun başvurabileceği yargısal yollara işaret eden AYM, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 683. maddesi uyarınca açılacak "haksız el atmanın önlenmesi davası" gibi hukuk yolunun bulunmasının yanı sıra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 154. maddesinde düzenlenen "hakkı olmayan yere tecavüz" suçu gibi mülkiyet hakkını korur nitelikte ceza hukuku araçlarından da yararlanılabileceğini de mümkün görmüştür.<sup>32</sup> Bu kapsamda sağlanan usuli güvenceler uyuşmazlığın taraflarından birinin Devlet olduğu durumlarda daha sıkı sağlanmalıdır. Buna göre bu tarz uyuşmazlıklar ele alınırken söz konusu olan eksiklikler P1-1 bağlamında ihlali gündeme getirebilmektedir<sup>33</sup>.

AIHM pozitif yükümlülükleri, P1-1'in bünyesinde bulunan üç kuraldan<sup>34</sup> biri olan birinci kural (mülkiyete saygı) kapsamında değerlendirmektedir<sup>35</sup>.

AYM ise mülkiyet hakkı bağlamında pozitif yükümlülüklerin, Anayasa'nın 35. maddesinin<sup>36</sup> lafzından açıkça çıkmadığını fakat devletin, bireyleri üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumasız bırakamayacağını da belirtmektedir. Mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunması için devletin negatif yükümlülüklerin yanında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerekmektedir<sup>37</sup>. Mahkeme bu sonuca Anayasa'yı bir bütün olarak yorumlayarak varmıştır. Anayasa'nın 5. maddesinde<sup>38</sup> devletin temel amaç ve görevleri sayılmıştır. Bu görevler arasında kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve onların özgürlüklerini sınırlayan kısıtlamaları kaldırmaya çalışma ödevleri olduğu belirtilmiştir<sup>39</sup>. Sonuç olarak Anayasa'nın 5. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri olduğu ortaya çıkmaktadır.

<sup>32</sup> Mehmet Diyaeddin Serin Başvurusu, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 22-25.

<sup>33</sup> Tarnawczyk v. Poland, App. No. 27480/02, Judgement of 7 December 2010, para. 103.

<sup>34</sup> "Kural 1- mülkiyete saygı (P1-1/1, ilk cümle) Kural 2- mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları (kamu yararı ve yasallık koşulu) (P1-1/1, ikinci cümle) Kural 3- Taraf Devletlere tanınan, mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme yetkisi (P1-1/2). Kural 4- Yukarıda gösterilen üç ilke, birbirinden kopuk ve ilgisiz değildir; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına yöneltebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelere ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır." (Gemalmaz, AIHS Mülkiyet Hakkı, s. 22-23.)

<sup>35</sup> Gemalmaz, AIHS Mülkiyet Hakkı, s. 418.

<sup>36</sup> Anayasa Madde-35 Mülkiyet Hakkı "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

<sup>37</sup> Abdolvahap Taşkın Başvurusu, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 46.

<sup>38</sup> Anayasa Madde-5 Devletin temel amaç ve görevleri "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

<sup>39</sup> Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu, No. 2014/8649, 15/02/2017 para. 44.

### C. Malvarlığına Karşı Suçlarda Yatay Etki

Mülkiyet hakkı ancak devlet tarafından ihlal edilebilecek bir haktır. Bununla birlikte mülkiyet hakkının öznesi olan bireyleri üçüncü kişilere karşı koruma görevi de devlete aittir. Hakların yatay etkisinin pozitif yükümlülüklerin bir sonucu olduğu daha önce belirtilmişti<sup>40</sup>. Bu yüzden P1-1, bireylerin gerçekleştirdikleri mülkiyet hakkı ihlallerine devleti müdahil ederek üçüncü kişileri dışlamaktadır<sup>41</sup>.

AYM verdiği bir kararda başvurusunun mülkiyet hakkına müdahale edenin doğrudan kamu makamları olmamasına rağmen devletin, bireylerin üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunması için gerekli adli ve idari tedbirleri alması gerektiğine işaret etmiştir<sup>42</sup>.

Devlet üçüncü kişilerden gelecek müdahaleleri i) engelleme ve maliki koruma yükümlülüğü ile ii) ihlal sonrası telafi edici mekanizmaları ihdas etme yükümlülüğü altındadır<sup>43</sup>. Bunun için gerekli mevzuatı yapması devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüğüdür<sup>44</sup>. AİHM üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen mülkiyet hakkı ihlali ile ilgili bir davada devletin müdahaleye karşı gerekli yargısal başvuru yollarını kurma yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda görevlendirilecek mahkemeler veya yargısal yetkiye sahip diğer kamusal otoritelerin uyumsuzlukları etkili ve adil bir şekilde çözebilecek yargısal güçleri haiz olması gerekmektedir<sup>45</sup>.

Bu çalışmanın da konusu olan malvarlığına karşı suçlarda devletin pozitif yükümlülüklerine gelinecek olursa; özellikle malvarlığına karşı suçlarda etkili bir

<sup>40</sup> Bkz: C. Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülükler

<sup>41</sup> Gemalmaz, **AİHS Mülkiyet Hakkı**, s. 418.

<sup>42</sup> *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 52 “Buna göre başvurusunun mülkiyet hakkına doğrudan kamu makamlarınca yapılan herhangi bir müdahalenin söz konusu olmadığı şüphesizdir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere müdahale özel kişilerden yapılırsa dahi devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde mülkiyet hakkının korunması için gerekli idari ve adli tedbirleri alması gerekmektedir. Bu sebeple başvuruya konu olayda devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yerme getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi gerekir.”

<sup>43</sup> Gemalmaz, **AYM Bireysel Başvuru El Kitabı**, s. 195.

<sup>44</sup> *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 53 “Bu kapsamda ilk olarak mülkiyetin özel kişilerden gelen müdahaleler yönünden korunması için gerekli hukuki mekanizmaların oluşturulup oluşturulmadığı incelenmelidir. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun taşınır mülkiyetine ilişkin 762. ve devamı maddelerinde zilyetliğin ve mülkiyetin korunmasına ilişkin davalardan yararlanmasına ilişkin çeşitli hukuksal yollar düzenlenmiştir. Bunun yanında 5237 sayılı Kanun’un “Malvarlığına karşı suçlar” kenar başlıklı Onuncu Bölüm’ünde 141. ile 169. maddeleri arasında çeşitli suçlar öngörülmüştür. Bu maddelerde düzenlenen suçlar için öngörülen yaptırımlarla korunan hukuki değer ise mülkiyet hakkıdır. Diğer bir deyişle kanun koyucu bu suçların düzenlenmesiyle Anayasa’nın 35. maddesinin bir gereği olarak mülkiyet hakkının ceza hukuku araçlarıyla da korunmasına imkan sağlamıştır.”

<sup>45</sup> *Kotov v. Russia*, App. No. 54522/00, GC Judgement of 03 April 2012 para. 114.

koruma için ceza hukuku araçlarının devreye girmesine işaret eden bir içtihat bulunmasa da taraf devletlerin iç hukuklarında malvarlığını korumaya yönelik ceza hukuku araçları zaten bulunmaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemelerin pozitif yükümlülükler bağlamında etkili olmaları beklenmektedir<sup>46</sup>.

Malvarlığına karşı suçlarda devletin pozitif yükümlülükleri özellikle; koruma ve zarar görmesini engelleme yükümlülüğü ile soruşturma ve yargılama yükümlülükleri şeklinde görünmektedir.

#### **D. Koruma ve Zarar Görmesini Engelleme**

AİHM, tutuklu bulunduğu süre zarfında iki evinde hırsızlık yapılan başvurunun mülkiyet hakkı iddiasını incelerken söz konusu müdahalede devletin sorumluluğunun doğrudan olmadığını, müdahalenin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirildiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte iç hukuktaki düzenlemeye göre başvurunun tutuklu kaldığı süre boyunca kolluk görevlileri tutuklunun mülkünü koruma yükümlülüğü altında olup bu yükümlülüğü aykırı davranan kolluk görevlilerin disiplin sorumluluğu gündeme gelecektir. Dolayısıyla mülkiyet hakkını koruma ve zarar gelmesini engelleme bakımından devletin pozitif yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır<sup>47</sup>.

AİHM'in önüne gelmiş bir diğer başvuruda, yeniden kullanılabilir cam şişe ticaretiyle iştigal eden başvurunun evinin yanında içi şişe dolu vaziyette park halinde bulunan kamyonun yetkililer tarafından park izni olmadığı gerekçesiyle güvenli olmayan bir alana çekilmesi sonucunda kamyonun içindeki cam şişeler çalınmıştır. Mahkeme, park izni bulunmayan aracı çektiren otoritenin aracı zarar ve hasarlara karşı koruma yükümlülüğünün olduğunu ve yetkililerin bu yükümlülüğü yerine getirmede başarısız olduğu kanaatine varıp mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>48</sup>.

#### **E. Soruşturma ve Yargılama**

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi* başlıklı 160'ıncı maddesi "(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. (2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." hükmünü haizdir. Bu bağlamda malvarlığına karşı işlenen

---

<sup>46</sup> Gemalmaz, **AİHS Mülkiyet Hakkı**, s. 419.

<sup>47</sup> *Blumberga v. Latvia*, App. No. 70930/01, Judgement of 14 October 2008, para. 66.

<sup>48</sup> *Dzugasova v. Russia*, App. No. 44974/04, Judgement of 12 February 2013, para. 27-29.



suçlarda da Cumhuriyet savcısının maddi gerçeği araştırarak şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplama yükümlülüğü olduğu ortadadır. Dolayısıyla lehe ve aleyhe delillerin toplanmasının yanı sıra şüphelinin/ müdahalede bulunanın tespiti de gerekmektedir.

Ulusal hukuktaki bu düzenlemeye paralel olarak AİHM içtihatlarında da mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunması için ceza hukuk araçlarının kullanılmasının gerekebileceğine işaret edilmektedir. Devletin ihlal iddialarına karşı soruşturma yükümlülüğü vardır<sup>49</sup>. *Novoseletskiy v. Ukraine*<sup>50</sup> davasıyla birlikte mülkiyet hakkı ihlali iddiası üzerine ulusal makamlara bir soruşturma yükümlülüğü getirilmiştir. AİHM içtihatlarıyla bu soruşturmanın koşulları açıkça belirlenmemişse de özellikle sözleşmenin diğer maddeleriyle ilgili olarak verilen kararlarda bir soruşturmanın hangi niteliklere sahip olması gerektiği belirtilmiştir<sup>51</sup>.

AİHM üçüncü bir kişi tarafından yapılan müdahalenin cezai nitelikte olması durumunda devletin etkili bir ceza soruşturması yürütmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu soruşturma yükümlülüğü madde 2 (yaşam hakkı) ve madde 3 (işkence yasağı) kapsamındaki ihlallerde olduğu kadar mutlak değildir. Bunun sebebi malvarlığına karşı suçlarda devlet yetkililerinin makul çabalarına rağmen birçok suçun çözülememesinin görülmesidir. Ayrıca mahkeme, malvarlığına karşı işlenen suçlarda yapılan soruşturmalarda ulusal makamların karşılaştığı pratik zorlukların ve görece daha ciddi suçları araştırma eğilimlerinin de farkında olduğunu belirtmiştir. Bu sebeplerle mahkeme, şiddet içeren suçlara nazaran malvarlığına karşı suçlarda devletin soruşturma yükümlülüğünün ancak açık ve ciddi eksikliklerin olması durumunda yerine getirilmemiş sayılacağına karar vermiştir<sup>52</sup>.

AİHM, bu yaklaşımına ilaveten makul bir başarı şansı sağlaması şartıyla hukuk davası açmanın sonuç alınamamış bir ceza davasına alternatif olabileceğini de belirtmiştir. Bu durumda devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiş kabul edilebilmesi hukuk davasındaki başarısızlığın ancak ceza davasındaki açık ve ciddi eksikliklere bağlı olduğunda söz konusu olabileceğine işaret etmiştir<sup>53</sup>.

AYM ise önüne gelen bireysel başvurularda malvarlığına karşı işlenen suçlarda devletin soruşturma yükümlülüğünün olduğuna işaret etmiştir. Çünkü kimi durumlarda hakları ihlal edilen bireylerin hukuk davası açabilmeleri ceza soruşturması sonucu elde edilebilecek bilgi ve bulgulara bağlı olacaktır<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Gemalmaz, **AYM Bireysel Başvuru El Kitabı**, s. 195;

<sup>50</sup> *Novoseletskiy v. Ukraine*, App. No: 47148/99, Judgement of 22 February 2005.

<sup>51</sup> Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s.56.

<sup>52</sup> *Blumberga v. Latvia*, App. No. 70930/01, Judgement of 14 October 2008, para. 67.

<sup>53</sup> *Blumberga v. Latvia*, App. No. 70930/01, Judgement of 14 October 2008, para. 68.

<sup>54</sup> *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 49.

AYM de malvarlığına karşı işlenen suçlarda etkili ve özenli bir ceza soruşturmasının koşulları ve özellikleri konusunda AİHM ile aynı yaklaşıma sahiptir<sup>55</sup>. Ceza soruşturmasının etkililiği kamusal makamların mülkiyet hakları ihlal edilen bireylerin bildirdiği veya diğer mevcut delillerin toplanmasında gösterdikleri özen dikkate alınarak değerlendirilmelidir<sup>56</sup>. Para çektikten sonra bankamatikte unuttuğu cüzdanı ve eşyaları çalınan başvurucunun davasında mahkeme, yapılan soruşturmada bazı eksikliklerin olmasına rağmen olayın aydınlatılabilmesine yarayacak bir görgü tanığının olmaması, başvurucunun da olayın çözümüne yarar başkaca bir delil sunmamış olmasını, kamusal makamların da bu tür suçların aydınlatılmasında karşılaştıklarını güçlükleri göz önüne alarak soruşturmada açık ve ciddi bir eksikliğin bulunmadığını, dolayısıyla devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerini ihlal etmediğine karar vermiştir<sup>57</sup>.

AİHM ve AYM'nin özelliklerine ilişkin işaret ettiği madde 2 ve madde 3 bağlamında etkin soruşturma yükümlülüklerinin malvarlığına karşı suçlarda mutlak bir şekilde uygulanmayacağı belirtilmişti. Yine de AİHM'in bu maddelere ilişkin geliştirdiği içtihatlarda etkili ve özenli bir soruşturmanın hangi özelliklere sahip olacağı üzerinde durulmalıdır.

AİHM'e göre etkili ve özenli bir soruşturmada bahsedebilmek için *soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız bir organ tarafından, başvuruların katılımı sağlanarak yürütülmesi, eksiksiz ve titiz bir şekilde yapılması, kamu denetime açık olması, ihlalden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılma konularında sonuca götürebilecek nitelikte olması* gerekmektedir. Ayrıca soruşturmalarda gerekli ivedilik ve özen gösterilmelidir<sup>58</sup>. Malvarlığına karşı

<sup>55</sup> *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 50 “Dolayısıyla mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından suç işlenmesi suretiyle yapılan müdahalelerde yetkili makamların etkili ve özenli bir soruşturma yürütmesi gerekmektedir. Yetkili makamlarca gösterilecek özenin derecesi somut olayın öznel ve nesnel koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir. Ancak mal varlığı değerlerinin korunması amacını taşıyan mülkiyete karşı işlenen suçların soruşturulmasında gösterilmesi gereken özenin derecesinin yaşam hakkını korumaya yönelik olanlarla aynı olamayacağı tabiidir. Bu bağlamda özellikle işlenen suçların tamamının kamu makamlarının her türlü çabasına rağmen çözümlenmesinin mümkün olmadığı olgusunun dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla kamu makamlarından yaşam hakkının ihlali sonucunu doğuran suçlar gibi daha ciddi suçların soruşturulmasına öncelik tanınması beklenebilir. Bu nedenle mal varlığı değerlerine yönelik suçlara ilişkin bir soruşturmanın özenli yürütülmediğinin ve dolayısıyla etkili olmadığına söylenebilmesi için soruşturmada ciddi açıkların ve bariz eksikliklerin bulunması gerekmektedir.”

<sup>56</sup> *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 54.

<sup>57</sup> *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 56-57; AYM'nin benzer bir davada başvurucunun iddialarını doğrulayacak nitelikte herhangi bir delil sunmadığı gerekçesiyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunduğu karar için Bkz: *K. Ö. Başvurusu* No. 2016/3569, 18/07/2019.

<sup>58</sup> Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, a.g.e., s.10.

suçlarda bu yükümlülüklerin hangilerinin ne şekilde söz konusu olacağı somut olayın öznel ve nesnel koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir<sup>59</sup>. Örneğin *Manfred Paul v. Germany*<sup>60</sup> kararında AİHM gerekli delillerin toplanmasını P1-1'in gerekleri arasında saymıştır. Özellikle madde 2 ve madde 3 kapsamında devletlere yüklenen delillerin toplanma yükümlülüğünün mülkiyet hakkı bağlamında da pozitif yükümlülük olarak gündeme gelmesi mümkündür<sup>61</sup>.

Madde 2 ve madde 3 kapsamında gerçekleştirilmesi gereken soruşturmanın etkin sayılması için taşınması gereken koşullar, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde malvarlığına karşı işlenen suçlar kapsamında gerçekleştirilen soruşturmalarda da aranabilecektir. Örneğin soruşturmaya ivedilikle başlanmış olması<sup>62</sup> malvarlığına karşı işlenen suçlarda soruşturmanın koşullardan biri olabilecektir. Bu koşul kaybolma ihtimali bulunan delillerin ivedilikle toplanması gerekliliği ile de doğrudan ilişkilidir.

#### **F. Malvarlığına Karşı Suçlarda Pozitif Yükümlülüklerin Sınırı ve Devletin Takdir Marjı**

Yatay ilişki kapsamında bireylerin gerçekleştirdikleri mülkiyet hakkı ihlallerinde de devletlerin sorumlu oldukları yukarıda belirtilmişti<sup>63</sup>. Fakat bu sorumluluğun sınırsız olması beklenemez. Üçüncü kişilerin gerçekleştirdikleri her ihalde devletin sorumlu tutulması doğru olmayacaktır. Üçüncü kişilerin müdahalelerinin ancak devlete atfedilebilir olduğu durumlarda devlet sorumlu tutulmalıdır<sup>64</sup>.

AYM mülkiyetin korunmasına ilişkin hukuki çerçeve oluşturma konusunda hangi tedbirlerin alınacağına yönelik kamusal makamlara geniş bir takdir marjı tanımaktadır<sup>65</sup>. Kamusal makamlardan olağanın üstünde tedbirler almasını beklememek gerektiğini belirten mahkeme, önüne gelen mülkiyet hakkı ihlali iddiasını içerir başvuruda, başvuruçunun araçlarının yakılmasının kamusal makamlar tarafından önceden bilindiğine veya öngörülebildiğine dair bir bilgi ya da belgenin bulunmaması nedeniyle pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiğinin söylenemeyeceğine karar vermiştir<sup>66</sup>.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 1. maddesi "(1) Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın

<sup>59</sup> *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 50.

<sup>60</sup> *Manfred Paul v. Germany*, App. No: 35556/03, Admissibility Decision of 29 May 2007.

<sup>61</sup> Gemalmaz, **AİHS Mülkiyet Hakkı**, s. 422.

<sup>62</sup> Şenol, **a.g.e.**, s.125.

<sup>63</sup> Bkz: **C. Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülükler**

<sup>64</sup> Gemalmaz, **AYM Bireysel Başvuru El Kitabı**, s. 195.

<sup>65</sup> *Abdulvahap Taşkın Başvurusu*, No. 2015/16840, 24/05/2018, para. 49.

<sup>66</sup> *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu*, No. 2014/8649, 15/02/2017, para. 50.

*ırs, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. (2) Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve ilgili mevzuatın kendisine verdiği vazifeleri yapar.*” hükmünü haizdir. 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu’nun 3. maddesinde ise “*Bir kimsenin can, mal ve ırzına saldırma ve tehditleri önlemek, saldıranları yakalamak,*” ve “*Bölgeleri içinde bulunan dükkân, mağaza, ev, motorlu araç gibi malların korunmasında sahipleri tarafından noksan alınan tedbirleri tamamlattırmak,*” çarşı ve mahalle bekçilerinin görevleri arasında sayılmıştır. Türk hukukundaki bu düzenlemelere göre kolluk güçlerinin alacağı tedbirlerin yere ve zamana göre farklılık gösterebileceği kuşkusuzdur. Bu kanun maddeleri ışığında AYM’nin önüne gelmiş yukarıdaki başvuruda devletin koruma yükümlülüğünün sınırlarının üzerinde durulması gerekmektedir. Başvurucu, araçlarını terör örgütü mensuplarının yaktığını, güvenlik güçlerinin bu durumda büyük ihmallerinin olduğunu iddia etmiş ise de davalı idare, yangının terörist amaçlarla çıkarıldığına dair herhangi bir emare olmadığını ileri sürmüştür<sup>67</sup>. Terör olaylarının yaşandığı bölgelerde kişilerin malvarlıklarına karşı suç işlenebileceği öngörülebilirlik kapsamında değerlendirilmelidir. Mevzuat gereği kolluk güçlerine, suç işlenmesinin önlenmesi ve kişilerin malvarlıklarının korunması kapsamında pozitif yükümlülükler yüklendiği açıktır. Bununla birlikte terör olaylarının yaşandığı bölgelerde malvarlığına karşı gerçekleştirilen suçların öngörüleemeyeceğinin söylenmesi de olanaklı değildir. Bu kapsamda söz konusu bölgelerde devletten olağanın üstünde tedbirler alması beklenebilecektir. Dolayısıyla terör olaylarının yaşandığı bölgelerde gerçekleşen malvarlığına karşı suçların önlenmesinde devletin aldığı tedbirlere yönelik takdir marjı daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır.

## SONUÇ

Mülkiyet hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri, malvarlığına karşı suçlarda, genel olarak koruma ve zarar görmesini engelleme ile soruşturma ve yargılama yükümlülükleri olarak görünüm kazanmaktadır. AİHM ve AYM’nin önüne gelmiş başvurulara ilişkin sınırlı sayıda kararda bu koşulların, genel olarak somut olayın özelliklerine göre belirleneceğine işaret edilmiştir. Bununla birlikte bu koşulların özelliklerinin net bir şekilde saptanmasına yarayacak yeterli içtihat bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülüklerle ilişkin koşullar, verilecek yeni kararlarla gelişmeye açıktır.

Üçüncü kişi tarafından malvarlığına karşı gerçekleştirilen suçlarla mülkiyet hakkının ihlal edildiği kuşkusuzdur. Mülkiyet hakkının ekonomik değeri olan şeylere ilişkin olmasından dolayı tazmin suretiyle ihlalingiderilmesi mümkündür.

---

<sup>67</sup> *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri A.Ş. Başvurusu*, No. 2014/8649, 15/02/2017, para. 13-16.

Bunun için kural olarak hukuk davası açılması yeterli görülebilecektir. Fakat AİHM ve AYM'nin kararlarında da belirttiği gibi kimi durumlarda hukuk davasındaki başarı ancak ceza yargılamasına bağlı olabilmektedir. Kararlarda bu ihtimallerin neler olduğu açıkça belirtilmemişse de genel olarak delillerin araştırılması ve toplanması üzerinde durulmuştur. Bu bakımdan kaybolması muhtemel delillerin soruşturma aşamasında ivedilikle kamusal bir otorite tarafından toplanması, hukuk davasının başarısının ceza yargılamasına bağlı olduğu durumlara örnek olarak verilebilir. Ayrıca kişinin hukuk davası yoluyla giderim sağlayabilmesi için öncelikle hakkına müdahale eden üçüncü kişiyi bilmesi gerekir. Çünkü hukuk davası açabilmesi için davayı yöneltebileceği bir kişiye ihtiyaç vardır. İşte bu durumda da ceza soruşturmasının önemi kendini gösterecektir. AİHM kararlarında da belirtildiği gibi ceza yargılamasında failin cezalandırılması pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği konusunda temel husus değildir. Temel husus, delillerin toplanmasına ve failerin tespitine ilişkin etkin bir soruşturma yapılıp yapılmadığıdır. Bu sebeple malvarlığına karşı suç işleyen failin tespiti soruşturma aşamasının en temel amaçlarından biri olmalıdır. Bu sayede failin öğrenilmesiyle birlikte hukuk davası yoluna başvurulabilmenin önü açılmış olacaktır. Bu kapsamda AİHM, zarara bir kamu kurumunun sebep olduğu durumlarda Devletin, doğru sanığı/ davalıyı tespit etmesinin önemli bir yükümlülük olduğuna işaret etmektedir<sup>68</sup>.

Malvarlığına karşı suçlarda kimi durumlarda da devletin koruma ve gözetme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği de değerlendirilecek pozitif yükümlülüklerden biridir. AİHM ve AYM bu yükümlülüğü somut olayın koşullarına göre değerlendirmektedir. Kararlar ışığında malvarlığına karşı suçlarda genel olarak bu yükümlülüğün, müdahaleyi kamusal otoritelerin bildiği ya da öngörmesi gerektiğinin somut olarak belli olduğu durumlarda ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte müdahaleye konu olay bakımından kamusal otoritelerin malvarlığına ilişkin koruma yükümlülükleri olduğunu açıkça düzenleyen iç hukuktaki yasalara uygun davranılmaması durumunda pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiği söylenebilecektir.

\*\*\*\*

---

<sup>68</sup> *Sierpinsky v. Poland*, App. No. 38016/07, Judgement of 3 November 2009, para. 78.

## KISALTMALAR

<b>a.e.</b>	: Aynı eser
<b>a.g.e.</b>	: Adı geçen eser
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>ECHR</b>	: European Convention on Human Rights
<b>EctHR</b>	: European Court of Human Rights
<b>P1-1</b>	: AİHS'in mülkiyet hakkına yer veren 1 No'lu Protokolünün 1. maddesi
<b>para.</b>	: Paragraf
<b>S.</b>	: Sayı
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği

## KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe, J. F. : **İnsan Hakları El Kitapları, No. 7: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Çev.: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Brüksel, Avrupa Konseyi Yay., 2008.
- Bayraktar, Köksal; Ali Kemal Yıldız, Eylem Aksoy Retornaz vd. : **Özel Ceza Hukuku – Cilt IV: Malvarlığına Karşı Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Cengiz, Serkan; Fahrettin Demirağ; Teoman Ergül; Jeremy McBride; Durmuş Tezcan : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara, TBB Yayınları, 2008.
- Erdoğan, Mustafa : **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 5. bs., Ankara, Orion Kitabevi, 2016.
- Gemalmaz, H. Burak : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, 2. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.

- Gemalmaz, H. Burak : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.
- Gemalmaz, H. Burak : **"Mülkiyet Hakkı" Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 6**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2018.
- Hoşgöl, Batuhan : **Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Poroy, Mehmet Akif : "Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği", İstanbul **Barosu Dergisi**, C:80, S:3, 2006, s. 1005- 1011.
- Sarı, H. Gürbüz : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Nisan 2010.
- Şenol, Cem : **Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

**ELEKTRONİK KAYNAKLAR;**

<https://hudoc.echr.coe.int/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

# SU VE KANALİZASYON İDARELERİ ÜZERİNDEKİ İDARİ VESAYET YETKİSİNİN DÖNÜŞÜMÜ: TEKNİK VESAYET

*Transformation of Administrative Tutelage Authority on Water and Sewerage Administration: Technical Tutelage*

**Doç. Dr. Orhan Veli ALICI\***

Geliş Tarihi: 03.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Türkiye’de yerel yönetimler kapsamında yaşanan reform hareketleri sonucunda merkezi idareden yerele doğru önemli yetki aktarımları gerçekleşmiştir. Özellikle büyükşehir belediyelerinin artan görev, yetki ve sorumlulukları neticesinde yerelde büyükşehir belediyeleri özelinde kayda değer bir merkezleşmenin yaşandığı görülmektedir. Diğer taraftan, merkezin yerel üzerinde sahip olduğu “idari vesayet” yetkisi ise bu merkezleşme sonrasında mahiyetini değiştirmiştir. Özellikle büyükşehir belediyelerine bağlı olan su ve kanalizasyon idareleri üzerinde, merkezi idare ile bağlı kurum ve kuruluşlarının sahip olduğu vesayet yetkisi teknik bir mahiyete bürünmüş ve birçok idare tarafından tatbik edilir hale gelmiştir. Bu doğrultuda söz konusu makalede, özel amaçlı metropoliten kuruluşlar olan su ve kanalizasyon idareleri üzerinde merkezi idarenin ve bağlı kurum ve kuruluşlarının sahip olduğu denetim yetkisi “teknik vesayet” kavramı ile anlamlandırılmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Su ve Kanalizasyon İdaresi, İdari Vesayet, Teknik Vesayet, İç Vesayet, Yerel İdari Vesayet.

## ABSTRACT

In Turkey, as a result of reform movements within local governments, significant authority transfers have occurred from central administration to subnational administration. Particularly, in consequence of the increasing duties, authorities and responsibilities of metropolitan municipalities, it is observed that there is a significant centralization in metropolitan municipalities in local governments. On the other hand, the “administrative tutelage” authority of the center on the local changed its nature after this centralization. In particular, the tutelage of the central administration and its affiliated institutions and organizations on the water and sewerage administrations of the metropolitan municipalities has turn into a technical character and become to be carried out by many administrations. In line with this, in this article, the control authority of the central administration and its affiliated institutions and organizations on the water and sewerage administrations which are special purposed metropolitan organizations will be tried to be explained within the concept of “technical tutelage”.

**Key Words:** Water and Sewerage Administration, Administrative Tutelage, Technical Tutelage, Internal Tutelage, Local Administrative Tutelage.

\* Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, e-posta: orhanvelialici@tarsus.edu.tr, ORCID ID:0000-0002-8670-3879.



## GİRİŞ

Vesayet ve hiyerarşi ilkelerinin tamamlayıcısı şeklinde ele alınan İdarenin Bütünlüğü gereğince İdarenin bir bütün halinde ele alınması ve aralarında kamu yararı adına bir illiyet bağı çerçevesinde denetim ilişkisinin kurulması gerekmiştir. Bu nedenle her biri ayrı tüzel kişiliğe sahip olan yerel idarelerin hizmet sunumunda yeknesaklığın tesis edilmesi amacıyla merkezi idarenin yerel idareler üzerinde uygulayacağı “idari vesayet” yetkisine gerek duyulmuştur.

2004 yılında yürürlüğe giren 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 2005 yılında uygulamaya konulan 5393 sayılı Belediye Kanunu ile yerel yönetimlerin görev, yetki ve sorumlulukları artarken idari ve mali özerklikleri de tesis edilmeye çalışılmıştır. Ancak idari vesayet yetkisi çerçevesinde düzenleyici ve hakem olma vasfı ön plana çıkan merkezi idarenin ise bu idareler üzerindeki denetim yetkisinin mahiyeti önemli düzeyde değişikliğe uğramıştır.

Diğer taraftan büyükşehir belediyelerinin bulunduğu yerlerde birçok hizmeti sunan ve ilçe belediyeleri üzerinde çeşitli denetim yetkileri ile görevlendirilen büyükşehir belediyeleri kapsamında da yerel mahiyette bir merkezleşme eğilimi ortaya çıkmıştır. Metropolitan alanlarda ve kırsal ilçelerde cadde, bulvar, meydan ve ana-arterlerden sorumlu olan büyükşehir belediyeleri, adeta yerelde birer otorite haline getirilirken; büyükşehir ilçe belediyeleri ise genişliği sadece on beş metrenin altına olan sokaklarda görevli kılınmış, birçok görev ve yetkisi ise büyükşehir belediye meclisinin onayına ve büyükşehir belediye başkanının tasdikine bağlanmıştır.

Hal böyle iken yerelleşme ve neticesinde de yerel otoriteler arasında merkezleşme eğiliminin ortaya çıktığı bir yönetsel sistemde, merkezin yerel üzerindeki denetim yetkisinin sınırları ve kapsamının önemi de hayli artmıştır. Bilhassa özel bir amaç doğrultusunda metropoliten alanda teşekkül ettirilen su ve kanalizasyon idarelerinin de ihtisas gerektiren faaliyetlerinin denetiminde gerek büyükşehir belediyesine gerekse de merkezi idareye ve onun bağlı-İlgili-İlişkili kurum ve kuruluşlarına önemli denetim yetkileri verilmiştir. Öte yandan süregelen zaman içerisinde su ve kanalizasyon idarelerince sunulan hizmetlerin mahiyetinin çeşitlenmesi, teknolojik gelişmelere bağlı olarak hizmet süreçlerinin değişmesi, su kaynaklarının azalması ve hizmetin ifasına dair eşgüdümü tesis edici ayrıntılı usul ve esasların belirlenmesi gibi etmenlerin yanı sıra özellikle kamu kaynaklarının daha etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde kullanılması adına mezkûr idareler üzerindeki denetimin önemi giderek artmıştır. Böylece idari vesayet yetkisi, anılan idareler özelinde giderek ihtisaslaşmış birer hizmet kuruluşu olmaları sebebiyle daha teknik bir mahiyete bürünmüştür. Klasik anlamda iptal-onama-izin şeklindeki idari vesayet yetkisi genel olarak yerel yönetimlerin talebi üzerine vesayet makamınca tatbik edilmekte iken su ve kanalizasyon idareleri üzerinde özellikle DSİ, Tarım ve

Orman Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının sürekli ve teknik mahiyette bir denetim yetkisi bulunmaktadır. Süreç içerisinde söz konusu teknik nitelikli denetimlerin dayanağı olan yönetmeliklerin mahiyetinin teknik açıdan derinleştiği ve sayılarının da arttığı tespit edilmiştir. Bütün bu tespitlerden hareketle bu makalede su ve kanalizasyon idarelerinin faaliyetlerinin denetimine değinilerek söz konusu denetimin teknik içeriği sebebiyle bu denetimin “teknik vesayet” kavramı ile anamlandırılmasına çalışılacaktır.

### **1. Yerel Yönetimler Reformu ve Yerelde Merkezileşme**

1930 yılından 2005 yılına dek yürürlükte kalan 1580 sayılı Belediye Kanunu, uygulandığı süre zarfında nüfusun ve kentleşmenin artması gibi çeşitli sebepler neticesinde belediye idarelerinin gereksinimlere yeterince yanıt verememesi nedeniyle giderek uygulama kabiliyetini yitirmiştir. Özellikle kentleşmenin ve nüfusun hızla artış gösterdiği metropol kentler için alternatif yönetim sistemleri arayışları başlamıştır. Buna bağlı olarak metropoliten alanlarda iki kademeli büyükşehir yönetim modelinin uygulanması kararlaştırılmış, söz konusu yönetim modeli 1984 yılı itibarıyla İstanbul, Ankara ve İzmir kentlerinin il merkezlerini kapsayacak şekilde uygulamaya konulmuştur. Böylece metropoliten alanlarda alt kademede birçok ilçe belediyesi ile üst kademede eşgüdümü tesis edici büyükşehir belediyesi şeklinde kurgulanan iki kademeli büyükşehir yönetim modeli işler hale gelmiştir. Diğer taraftan 1933 yılında kabul edilen 2226 sayılı Kanunla İstanbul Belediyesine bağlı olarak kurulan İstanbul Sular İdaresi'nin de 1981 yılında 2560 sayılı Kanunla “İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü” hüviyetine kavuşması ile özel amaçlı metropoliten kuruluşların idari sistem içerisinde daha güncel mahiyette yer edinmesi süreci de başlamıştır. İlerleyen zaman zarfında ise ihtisas gerektiren su ve kanalizasyon hizmetlerinin büyükşehir belediyesine bağlı olmakla birlikte ayrı bir tüzel kişiliğe ve bütçeye sahip olan tek bir kamu kurumu tarafından sunulması uygulaması diğer büyükşehir belediyelerini de kapsayacak şekilde yaygınlaştırılmıştır.

Diğer taraftan 2012 yılında çıkarılan ve kimi maddeleri 2014 yılında yapılan yerel seçimlerle beraber tatbik imkânı bulan 6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediyelerinin sayısı otuz olmuş, bu yerlerde bulunan il özel idarelerinin de tüzel kişiliğine son verilmiştir. 2560 sayılı İSKİ Kanununun Ek Madde 5 “Bu Kanun diğer büyükşehir belediyelerinde de uygulanır” hükmüne istinaden su ve kanalizasyon idareleri, otuz büyükşehir belediyesinin bulunduğu illerde de teşekkül ettirilmiştir. Ayrıca, 2560 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde yer alan “Genel Müdürlüğün hizmeti, ..... Büyükşehir Belediyesinin görev alanı ile sınırlıdır” hükmüne istinaden, 6360 sayılı Kanunla 5216 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle gerek büyükşehir belediyelerinin gerekse de su ve kanalizasyon idarelerinin hizmet alanı 2014 yılı itibarıyla il mülki sınırı olarak belirlenmiştir.

Görüleceği üzere 6360 sayılı Kanun ile gerek büyükşehir belediyesi yönetimi gerekse de su ve kanalizasyon idaresi yönetimi açısından bir merkezileşmeye gidilmiş, hizmette etkinlik adına 5393 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinde yer alan "Belediye hizmetleri, vatandaşlara en yakın yerlerde ve en uygun yöntemlerle sunulur" şeklinde izah edilen subsidiarite ilkesine aykırı bir düzenleme yapılmıştır.<sup>1</sup> Buna bağlı olarak da küçük ölçekli birçok belde belediyesinin tüzel kişiliği kaldırılarak en yakın ilçe belediyelerine bağlanmış, kırsal alanda yer alan ilçe belediyelerinin de en asli mahalli müşterek nitelikli hizmetlerini ifa etme yetkisine son verilmiştir. Buna bağlı olarak yerleşme eğilimi merkezden yerele, yerelde de üst kademede olan büyükşehir belediyelerine doğru kayacak bir dönüşüme uğramıştır.<sup>2</sup>

Bu çerçevede, gerek 2004 yılında yürürlüğe giren 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu gerekse 2005 yılında uygulamaya konulan Belediye Kanunu hükümleri nazara alındığında belediyelerin idari ve mali özerklikleri giderek pekiştirilmiş, merkezi idarenin idari vesayet yetkisi özellikle meclis kararlarının kesinleşmesi<sup>3</sup> ve kadroların iptal ve ihdas edilmesi<sup>4</sup> noktasında kaldırılmış, diğer taraftan çeşitli yetkiler ise birçok alanda kısmen de olsa asgariye indirgenmiştir. Öte yandan bu yönde meydana gelen gelişmeye karşın büyükşehir belediyelerinde yaşanan hizmet yoğunlaşması sebebiyle büyükşehir ilçe belediyeleri üzerinde büyükşehir belediyesine önemli denetim yetkileri de tanınmıştır.<sup>5</sup> Akabinde de 6360 sayılı Kanun ile iki kademeli

---

<sup>1</sup> **Belli**, Aziz – **Aydın**, Abdullah (2017), 6360 Sayılı Kanun ve Yerelde Merkezileşme, **International Journal of Social Science**, Number 55, s. 410-411.

<sup>2</sup> **Taşçier**, Ali Mert (2018), Neoliberalizmde Merkezileşme-Yerelleşme Gerilimi: İl Özel İdareleri, YİKOB Örnekleri ve Yerelde Merkezileşme, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 5, Sayı 14, s. 660.

<sup>3</sup> 1580 sayılı Belediye Kanununun 71'inci maddesi uyarınca belediye meclisi kararları mülki amirin onayına müteakip kesinleşmekteydi. Ancak 5393 sayılı Belediye Kanununun 23'üncü maddesi ile bu uygulamaya son verilmiş, meclis kararlarının belediye başkanının onayı ile kesinleşmesi hususu hükme bağlanmıştır.

<sup>4</sup> 1580 sayılı Kanununun 88'inci maddesine göre belediyelerin kadro iptal ve ihdas işlemleri ile personel sayıları bütçe ile tespit ve tasdik edilmekte, aynı Kanunun 122'nci maddesi uyarınca da söz konusu bütçe, mülki amirin tasdiki akabinde İçişleri Bakanlığına gönderilmekte idi. 3030 sayılı Kanunun Geçici Madde 3/b maddesinde ise "Mevcut kadroların sınıf, unvan ve dereceleri, Devlet Personel Başkanlığı ile Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşleri alınmak kaydıyla İçişleri Bakanlığı tarafından değiştirilebilir" hükmüne yer verilmişti. Ancak 2005 yılında yürürlüğe giren 5393 sayılı Kanunun 18/1-I maddesi ile belediyelerin kadro iptali ve ihdası konularında mülki amirlerin ve İçişleri Bakanlığının sahip olduğu bu yetkilere son verilmiş, anılan hususlarda belediye meclisleri ve belediye başkanları son karar mercii olarak belirlenmiştir. Böylece daha önce de değinildiği gibi gerek meclis kararlarının kesinleşmesinde gerekse de kadro iptal ve ihdasında merkezi idarenin yetkileri yerel yönetimlere aktarılmıştır.

<sup>5</sup> 5216 sayılı Kanun ile bütçeden imara, altyapıdan ulaşımaya birçok mahalli müşterek hizmetin sunulmasında büyükşehir belediyeleri etkili birer merkez haline getirilirken anılan

büyükşehir yönetim sistemi uhdesinde barındırdığı yapısal sorunlarla beraber il mülki sınırını kapsayacak bir yönetsel sistem haline getirilmiştir. Başka bir deyişle belde belediyelerinin ve köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak mahalleye dönüştürülmesi, mahalli müşterek hizmetlerin sunumundaki görev ve yetkilerin büyük ölçüde büyükşehir belediyelerinde toplanarak, büyükşehir ilçe belediyelerinin idari ve mali özerkliğinin aşındırılması ve bu alt birimlerin ilçe mülki sınırı kapsamında belirleyici bir rol üstlenememeleri büyükşehir belediyelerini il mülki sınırı kapsamında etkili bir merkez haline getirmiştir.<sup>6</sup> Bütün bu açıklamalar nazara alındığında merkezi idarenin, idari vesayet yetkisinin eskiye göre giderek sadeleştirildiği, ancak yerel düzeyde büyükşehir belediyelerinin ise “yerelleşme” söylemi altında merkezleştirildiği anlaşılmaktadır.<sup>7</sup> Söz konusu merkezleşme hali, su ve kanalizasyon hizmetleri açısından da büyükşehir belediyesinin artan fonksiyonu ile su ve kanalizasyon idarelerini de kapsamış, anılan idarelerin il mülki sınırı kapsamında hizmet sunması ile beraber mezkûr hizmetler özelinde de bir merkezleşme süreci yaşanmıştır.

## **2. Merkezi İdarenin Yerel Yönetimler Üzerindeki Denetim Yetkisini Kullanan Bakanlıklar**

1982 Anayasasının 127’nci maddesinin 5’inci fıkrasında “Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir” şeklinde bir düzenlemeye gidilmiş, böylece “idari vesayet” yetkisi anayasal düzeyde bir dayanağa sahip kılınmıştır.

Akabinde 14.02.1985 tarihli ve 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 11’inci maddesinin b) fıkrasında İçişleri Bakanlığı’na bağlı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğüne “Bakanlığın mahalli idareler üzerinde sahip olduğu vesayet yetkisinin mevzuat hükümleri gereğince uygulanmasını sağlamak” görevi verilmiştir. Ancak 10/7/2018 tarih

---

konularda ilçe belediyeleri üzerinde belirleyici bir erk haline dönüştürülmüştür. Günümüzde büyükşehir belediye meclislerinin, ilçe belediyelerinin imar planları ile bütçelerini aynen veya değiştirerek kabul etme yetkisi bulunmaktadır. Anılan Kanunun 11’inci maddesi ile büyükşehir belediyelerine ilçe belediyelerinin imar uygulamalarını denetleme yetkisi de verilmiştir. Söz konusu denetleme yetkisi sırasında tespit edilen eksikliklerin tamamlanması için verilen üç aylık süre sonrasında giderilmeyen aksaklıkların tespiti halinde büyükşehir belediyelerinin anılan noksanlıkları bizzat yerine getirme yetkisi de mezkûr maddede düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> Taşçier, Ali Mert (2019), **Neoliberalizm Yerelleşme ve Türkiye**, Ankara: Tekin Yayınevi, s. 322.

<sup>7</sup> Öztürk, Kübra (2019), Yerel Yönetim Reformunda Yerelleşme-Merkezleşme Dikotomisi: 6360 Sayılı Yasa Örneği, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 11, No: 2, s. 145.

ve 30474 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 260'ncü maddesinin ç) fıkrası ile "Bakanlığın mahalli idareler üzerinde sahip olduğu vesayet yetkisinin mevzuat hükümleri gereğince uygulanmasını sağlamak" görevi, İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığına verilmiştir. Bu değişiklik nazara alındığında "idari vesayet" yetkisi İçişleri Bakanlığında kalmaya devam etmiştir. Diğer taraftan Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün ise "Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü" adı altında Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlanması ile idari vesayetin kullanımı noktasında tereddütler hasıl olmaya başlamıştır. Bu nedenle de 15/7/2018 tarih ve 30479 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4 Nolu Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 798'inci maddesinde; İçişleri Bakanlığının yerel yönetimler üzerinde sahip olduğu vesayet yetkisine ilişkin mevzuat hükümleri dışında Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün görevleri ile ilgili olarak İçişleri Bakanlığına yapılan atıfların Çevre ve Şehircilik Bakanlığına yapılmış sayılacağı hususu hükme bağlanmıştır. Akabinde de her iki bakanlık arasında bir protokol yapılarak idari vesayete dair konular bakanlıklar arasında dağıtılmış, anılan bu durumun da idari vesayet yetkisinin var oluş amacıyla ve yerleşik içtihatlarla<sup>8</sup> örtüşmediği kanaatine varılmıştır. Merkezi idare tarafından idari vesayet yetkisini kullanacak olan bakanlıkların saptanması ve görev dağılımının gerçekleştirilmesi noktasında yapılan çalışmalar zikredildiği üzere bir protokolle sonuçlanmış ve akabinde de Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğünün görevleri 14.08.2018 gün ve E.138375 sayılı yazısı ile 79 madde halinde ilgili kurum ve kuruluşlara bildirilmiştir. Neticede ise Anayasaya göre yasa koyucu tarafından belirlenmesi gereken "idari vesayet" yetkisinin normlar hiyerarşisine aykırı olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile, akabinde de Bakanlıklar arası bir protokol ve resmi yazışma ile nihayete erdirildiği görülmektedir.<sup>9</sup>

İdari vesayet yetkisinin bu şekilde dağıtılması hadisesi bir kenara bırakıldığında, genel olarak, 1982 Anayasası özelinde "idari vesayet" yetkisinin

---

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E.2011/11, K.2011/151 sayılı kararında; "İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnaiyet ve kanunilik idari vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir. (...) Anayasada belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşulu ile bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi yasa koyucuya aittir" açıklamasında bulunulmuştur. Yine 22.06.1988 tarih ve E.1987/18, K.1988/23 sayılı başka bir kararında ise idari vesayet yetkisinin yasal bir düzenleme gerektirdiği, bu nedenle de "yasallık" ilkesinin vazgeçilmez bir şart olduğu değerlendirilmiştir. Bu çerçevede "idari vesayet" kapsamındaki bütün düzenlemelerin yasa koyucu marifetiyle yapılmasının anayasal bir gereklilik olduğu aşikârdır.

<sup>9</sup> **Güngör**, Hayrettin (2018), Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünden Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğüne, *Türkiye Belediyeler Birliği Dergisi*, Sayı: 844-845, Ağustos-Eylül, s. 11-16.

devlet tüzel kişiliğini kullanan birçok merkezi idare teşkilatınca kullanılması noktasında Anayasal bir engel olmadığı da değerlendirilmektedir.<sup>10</sup> Bu noktada gerek mezkûr düzenlemeler uyarınca gerekse de hâlihazırdaki uygulamalar nazara alındığında “İdari vesayet” yetkisinin İçişleri Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı özelinde paylaşıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim sözü edilen iki bakanlık arasında yapılan protokol ve Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğünün 14.08.2018 gün ve E.138375 sayılı yazısı ile “Su ve Kanalizasyon İdareleri” özelinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğüne;

*“Mahalli idareleri ve bunların merkezi idare ile olan alaka ve münasebetlerini düzenlemek”,*

*“Belediye ve bağlı kuruluşlarının şirket ve bütçe içi işletme kurmalarına ilişkin iş ve işlemleri yürütmek”,*

*“Acele kamulaştırma taleplerine ilişkin iş ve işlemleri yürütmek”,*

*“Su ve Kanalizasyon İdarelerine yönetim kurulu üyesi, özel kalem müdürü ve genel müdür atama onayları iş ve işlemlerini yürütmek”,*

*“Mahalli idareler tarafından hazırlanacak faaliyet ve performans raporları hakkında standartları belirlemek”,*

*“Personel istihdamı taleplerine ilişkin iş ve işlemleri yürütmek”,*

*“Personelin performans ölçütlerini İçişleri Bakanlığı ile beraber belirlemek”,*

*“Görevde yükselme ve unvan değişikliği sınavları ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek”,*

*“Hazırlanan mevzuat metinlerinin yürürlüğe girmesinden evvel diğer kurum ve kuruluşlardan alınması gereken görüş ile ilgili koordinasyonu sağlamak”,*

*“Mahalli idareler mevzuatının uygulanması hususunda ortaya çıkacak te reddütleri gidermek üzere görüş oluşturmak”*

görev, yetki ve sorumluluğunun verildiği anlaşılmıştır.

Diğer taraftan ilgili yazıda bazı maddelerde “Mahalli idarelerin idari vesayet, denetim ve soruşturma ile İçişleri Bakanlığı görev alanında kalan hususlar hariç olmak üzere (...)” ibaresine de yer verildiği görülmüştür. Bu çerçevede idari vesayet yetkisinin baskın bir şekilde İçişleri Bakanlığında kaldığı, yukarıda yer

---

<sup>10</sup> Güngör, 2018, 16.

verilen kimi konularda da bu yetkiyi Çevre ve Şehircilik Bakanlığının kullandığı anlaşılmaktadır.

Bu bilgiler çerçevesinde idari vesayet yetkisinin anılan iki bakanlık uhdesinde olduğu açık olmakla beraber, kimi bakanlıklar ile bağlı kurum ve kuruluşlarının da özellikle dayanağını kanunlardan alan çeşitli yönetmelikler vasıtasıyla su ve kanalizasyon idareleri üzerinde teknik ağırlıklı bir vesayet yetkisi ile donatıldıkları görülmektedir. Aşağıda öncelikle büyükşehir belediyesinin ilçe belediyeleri ile su ve kanalizasyon idareleri üzerindeki denetim yetkisine, akabinde de merkezi idare ile bağlı kurum ve kuruluşlarının su ve kanalizasyon idareleri üzerindeki denetim yetkisine verilecektir.

### **3. Büyükşehir Belediyelerinin İlçe Belediyeleri Üzerindeki Denetim Yetkisi**

Kentsel alanların hızla genişlemesi ve göç ile nüfus artışı gibi çeşitli etmenlere bağlı olarak metropoliten alanların yönetim sorunlarının çözümü gayesiyle uygulamaya konulan iki kademeli büyükşehir yönetim sistemi giderek üst kademede bulunan büyükşehir belediyeleri lehine yerelin merkezileşmesine neden olmuştur. Merkezi idare, birçok idari vesayet yetkisini “yerelleşme” söylemine bağlı olarak yeni kamu yönetimi paradigmaları ile bir kenara bırakması ile eş zamanlı olarak metropoliten alanlarda büyükşehir belediyelerini eşgüdüm sağlayan birer erk haline de getirmiştir. Hatta büyükşehir belediyeleri, makro hizmetlerden ziyade birçok mikro mahiyette olan ve faydası ilçe hudutlarını aşmayan görev ve yetkilerle dahi donatılmıştır.<sup>11</sup> Buna bağlı olarak bütçeden imara, altyapıdan ulaşımaya birçok mahalli müşterek hizmetin ifasında büyükşehir belediyeleri hizmet sunan ve alt kademede belediyelerin faaliyetlerini denetleyen, meclisleri vasıtasıyla ilçe belediyelerinin çeşitli kararlarını aynen veya değiştirerek kabul eden birer “vesayet makamı” haline dönüştürmüştür. Ancak bilindiği üzere idari vesayet yetkisi, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde tatbik edebileceği bir denetim yetkisi olduğundan büyükşehir belediyelerinin ilçe belediyeleri üzerindeki denetim yetkisini karşılamamaktadır. Yine “hiyerarşi” anlamında da iki farklı tüzel kişiliğin var olması sebebiyle bu yönde bir denetim yetkisinin de bulunmadığı açıktır. Bu noktada doktrinde süregelen zaman içerisinde çeşitli kavramlarla büyükşehir belediyesinin ilçe belediyeleri üzerinde denetim yetkisi açıklanmaya çalışılmıştır.

Aynı hizmet alanı üzerinde yetkili olan ve iki ayrı tüzel kişilikten birinin diğeri üzerinde denetleyici bir fonksiyona sahip olması şeklinde kurgulanan ve “yeni bir vesayet yeri” ve “yönetmelik vasi” olarak görülen bu nevi şahsına münhasır denetim yetkisi başlangıçta “İç İdari Vesayet”, “Dış İdari Denetim” ve “Mahalli

---

<sup>11</sup> Alıcı, Orhan Veli (2012a), **Büyükşehir Belediyesi ile İlçe Belediyeleri Arasındaki İlişkiler: İstanbul Örneği**, İstanbul: Beta Yayınları, s. 90-96.

Düzeyde Vesayet” gibi çeşitli kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır.<sup>12</sup> Güran, büyükşehir belediyesinin ilçe belediyeleri üzerinde sahip olduğu bu denetim yetkilerini “İç İdari Vesayet” olarak nitelendirmiş, merkezi idarenin kullandığı bazı yetkilerin yerelde alt kademedede bulunan ilçe belediyeleri üzerinde uygulanmak üzere büyükşehir belediyelerine verildiğini, bu yetkinin genel olarak idari vesayeti, özel olarak da hiyerarşiyi karşıladığını ileri sürmüştür.<sup>13</sup> Özay ise iki farklı tüzel kişiliğin varlığı ile vesayetin merkezi idare ile yerel yönetimler arasında cereyan edeceği gerçeğinden hareketle bu denetim yetkisini “Dış İdari Denetim” şeklinde nitelendirilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür.<sup>14</sup>

Yakın zamanlara gelindiğinde ise anılan denetim yetkisinin mahiyetinin ve çeşitlerinin özellikle 2004 ve 2005 yıllarında yürürlüğe konulan 5216 ve 5393 sayılı Kanunlarla artmasına bağlı olarak büyükşehir belediyesinin ilçe belediyeleri üzerindeki denetim yetkisinin kavramsal adı ile ilgili görüş birliğine yaklaşılmıştır. Kamu yönetimi paradigmalarında yaşanan değişimle beraber devletin düzenleyici bir fonksiyon içermesi gibi çeşitli dönüşümlerden hareketle büyükşehir belediyesinin ilçe belediyeleri üzerindeki denetim yetkisini idari vesayete benzeten Yayla, “idari vesayet” yetkisinin bir ölçüde genişletilmesi gerektiğini ileri sürerek Anayasadaki bütünleyicilik amacının daha alt düzeydeki teşkilatları da kapsayacak şekilde düşünülmesi gerektiğini vurgulamış,<sup>15</sup> giderek yoğunlaşan bir şekilde anılan denetim yetkisi “bir tür idari vesayet”,<sup>16</sup> “vesayet benzeri”<sup>17</sup> bir denetim olarak da nitelendirilmiştir. Yasin ise yaygın vaziyette kullanılan idari vesayet kavramının yerel idareler arasında kanuna dayanan bir yetki olması nedeniyle kullanılmasında bir sakınca olmadığını ileri sürmüştür.<sup>18</sup> Günday ise büyükşehir belediyeleri ile ilçe

<sup>12</sup> Keleş, Ruşen (1985), Türkiye’de Anakent Yönetimi, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 2, Haziran, s. 82; Acar, Abdurrahman (1997), Büyükşehir Belediyelerinin İlçe ve Alt Kademe Belediyeleri Üzerindeki İnceleme ve Uygulamayı Denetleme Yetkisinin Sınırı, **Sayıştay Dergisi**, Temmuz-Eylül, Sayı 26, s. 55-56; Dönmez, Zuhul (1993), 3030 Sayılı Kanuna Tabi Belediyelerin İşlemleri Üzerinde İdari Vesayet, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, Cilt 2, Sayı 6, Kasım, s. 47-48.

<sup>13</sup> Güran, Sait (1983), Büyük Şehir Yönetimi Üzerine, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1-3, s. 51-58; Güran, S. (1991) İşbirliği mi Karşıtlık mı, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Cilt 12, Sayı 1-3, s. 271.

<sup>14</sup> Özay, İl Han (1986), **Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma**, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 94-95.

<sup>15</sup> Yayla, Yıldızhan (2010), **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta Yay., s. 382-383.

<sup>16</sup> Yıldırım, Ramazan (2006), 59. Hükümet Döneminde Yapılan Belediye Reformunun Kısa Bir Değerlendirmesi, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, Nisan 2006, s. 44.

<sup>17</sup> Arıkoğuş, Erbay (2012), Büyükşehir Belediye Modeli ve Reform, **Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Sayı 2, Haziran 2012, s. 5.

<sup>18</sup> Yasin, Melikşah (2011), **İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 15.



belediyeleri arasındaki ilişkiden hareketle Devlet tüzel kişiliği dışında iki farklı kamu tüzel kişiliği arasında da idari vesayet ilişkisinin kurulabileceğini, bu durumda tüzel kişiliklerden birinin merkez kabul edileceği ve merkezin diğer kamu tüzel kişiliği üzerinde denetim yetkisini kullanabileceğini zikretmiştir.<sup>19</sup> Gözler ise büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyeleri arasındaki denetim ilişkisinin vesayet yetkisine benzediğini belirtmekle birlikte, 1982 Anayasasının buna cevaz vermediğini belirtmiştir.<sup>20</sup> Ancak 1982 Anayasası, Fransız Anayasası gibi “hiçbir mahalli idare, diğerinin üzerinde vesayet yetkisi kullanamaz” şeklinde açık bir hükme de yer vermemiştir.<sup>21</sup>

Öte yandan idari vesayet yetkisinin sadece merkezi idare tarafından mahalli idareler üzerinde kullanılabileceğini hüküm altına alan 1982 Anayasası, merkezi idarenin hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde vesayet yetkisine sahip olduğu hususunu da belirtmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise 29.05.2014 tarih ve 29014 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan E: 2011/142, K: 2013/52 nolu kararında “Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisine sahip olduğu hususu belirtilmemiş; ancak, mahalli idareler üzerinde bu yetki var ise hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarında da var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan idarenin bütünlüğü ilkesi de bu hususu destekler niteliktedir.” şeklinde bir kanaate varmıştır. Bu çerçevede büyükşehir belediyelerinin yerelde giderek merkezleşmesinin yanı sıra Günday ve Yayla’nın ileri sürdüğü görüş ile Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı da dikkate alındığında, biri merkez kabul edilen iki farklı tüzel kişilik arasında cereyan eden ve kaynağını kanundan alan bir denetim yetkisinin İdarenin Bütünlüğü ilkesi uyarınca idari vesayet niteliğini kazanabileceği hususu açıklık kazanmaktadır.

Bütün bu değerlendirme, kanaat ve kararlardan hareketle İdarenin Bütünlüğü ilkesi de nazara alındığında anılan denetim yetkisi; “Yerel İdari Vesayet”<sup>22</sup> lafzı ile “İki kademeli yerel yönetim sisteminin uygulandığı

<sup>19</sup> Günday, Metin (2002), *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayıncılık, s. 75.

<sup>20</sup> Gözler, Kemal (2019), *Türkiye’nin Yönetim Yapısı*, Bursa Ekin Kitapevi Yayınları, s. 76.

<sup>21</sup> Fransız Anayasasında her ne kadar böyle bir ilke 72’nci maddede yer alsada da 28 Mart 2003 tarihli Anayasa değişikliği ile söz konusu vesayet yasağı ilkesine “lider mahalli idare” kavramı ile önemli bir istisna getirilmiş, böylece bir yetkinin kullanımı durumunda birden fazla mahalli idarenin iş birliği yapmasının gerekli olması halinde kanunun bir mahalli idareye ortak faaliyet alanlarını düzenleme konusunda yetki verebileceği hususu Anayasal bir ilke haline getirilmiştir (Bkz. Gözler, 2018, 253-254). Fransa’da yaşanan bu gelişme nazara alındığında yerel yönetim sistemlerinde yaşanan bu dönüşümün üst kademedeki yer alan büyükşehir belediyelerine alt kademedeki bulunan belediyeler üzerinde belirli konularda kanunda belirlenen usul ve esaslar dâhilinde vesayet denetimi yetkisi verebileceğini göstermektedir.

<sup>22</sup> Bkz. Alıcı, Orhan Veli (2012b), *Büyükşehir Belediyesinin İlçe Belediyeleri Üzerindeki Denetim*

*büyükşehir belediye sınırları içerisinde, kanunda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde büyükşehir ilçe belediyeleri arasında hizmetlerin yerine getirilmesi bakımından uyum ve koordinasyonun sağlanması amacıyla büyükşehir belediyesine tanınan ve büyükşehir ilçe belediyeleri üzerinde kullanılan nev'i şahsına münhasır bir denetim yetkisi”<sup>23</sup> şeklinde tanımlanmış, mezkûr denetim yetkisinin yerel mahiyette bir idari vesayet yetkisi olduğu yönündeki kanaatler<sup>24</sup> yine bu kavram ile nitelendirilmeye devam edilmiştir. Öte yandan iki kademeli büyükşehir yönetim sistemini uygulamaya koyan 3030 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra günümüze dek Danıştay’ın vermiş olduğu kararlarda da mezkûr ilişkinin niteliğinin idari vesayet olduğu değerlendirilmiştir.<sup>25</sup>*

#### **4. Büyükşehir Belediyelerinin Su ve Kanalizasyon İdareleri Üzerindeki Denetim Yetkisi**

2560 sayılı Kanun uyarınca su ve kanalizasyon idareleri “*Büyükşehir belediyesine bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluş*” olarak teşekkül ettirilmiştir. Gözler, büyükşehir belediyesi ile kendisine bağlı olan mahalli kamu kurumları arasındaki ilişkinin vesayet olduğunu ileri sürerek, bu hususa İstanbul Büyükşehir Belediyesi ile İSKİ’yi örnek olarak vermiş;<sup>26</sup> her mahalli kamu kurumunun bir mahalli idarenin vesayet denetimine tabi olduğu hususunu yinelemiştir.<sup>27</sup> Ancak söz konusu ilişki, vesayet yanısıra hiyerarşiyi de nitelendirmektedir. Nitekim Genel Kurul, Yönetim Kurulu, Denetçiler ve Genel Müdürlük şeklinde teşkilatlanmış su ve kanalizasyon idarelerinin Genel Kurulu, “Büyükşehir Belediye Meclisi”, Yönetim Kurulu ise Büyükşehir Belediye Başkanı başkanlığında Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcı ve üç üye şeklinde belirlenmiştir. Denetçiler ise Genel Kurul tarafından seçilmekte olup, Genel Müdür Büyükşehir Belediye Başkanı’nın inhası üzerinde Çevre ve Şehircilik Bakanı tarafından atanmaktadır.

Diğer taraftan su ve kanalizasyon idarelerinin yüksek disiplin kurulunun büyükşehir belediyesi encümeni olması, bu idarelerin genel müdür yardımcısının büyükşehir belediye başkanı tarafından atanması, daire başkanları, teftiş kurulu başkanı ile 1 inci hukuk müşavirinin ise yönetim kurulu kararı akabinde büyükşehir belediye başkanının onayı ile atanması gibi çeşitli hususlar nazara alındığında, büyükşehir belediyesi ile su ve kanalizasyon

---

Yetkisinin Kavramsal Açından Değerlendirilmesi, **Yerel Politikalar Dergisi**, Sayı: 2, s.38-52; **Alıcı**, 2012a, 167-176.

<sup>23</sup> **Alıcı**, 2012b, 50.

<sup>24</sup> **Özçelik**, Yusuf (2014), Büyükşehir Belediyesi İle İlçe Belediyeleri Arasındaki İlişkiler, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl:5, Sayı:19, s. 1138-1139.

<sup>25</sup> **Özçelik**, 2014, 1139.

<sup>26</sup> **Gözler**, Kemal (2018), **Mahalli İdareler Hukuku**, Bursa Ekin Kitapevi Yayınları, s. 71.

<sup>27</sup> **Gözler**, 2018, 462.

idareleri arasında hiyerarşiye kayan bir illiyet bağı bulunmaktadır. Yine büyükşehir belediye başkanına 5216 sayılı Kanununun 18/1 inci maddesinin i) fıkrası ile *“bağlı kuruluşları denetleme”* görevi ve yetkisi verilmiş olması bu tespiti pekiştirmektedir. Ancak anılan bu iç ilişkinin yanı sıra söz konusu iki yapının farklı kanunlarla yönetilmesi, ayrı tüzel kişiliklere ve bütçelere sahip olmaları, birbirlerine karşı dava açabilmeleri, aralarındaki denetim yetkisinin dayanağının da kanunla düzenlenmiş olması gibi sebeplerle söz konusu denetim yetkisi *“vesayet”* tanımına tekabül etmektedir. Bu nedenle büyükşehir belediyesinin su ve kanalizasyon idareleri üzerindeki bu istisnai denetim yetkisinin *“İç Vesayet”* kavramı ile tanımlanması giderek yaygınlık kazanmaktadır.<sup>28</sup> Nitekim büyükşehir belediyesi ile su ve kanalizasyon idareleri gibi benzer bir ilişkiye sahip olan İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmesi Genel Müdürlüğü özelinde verilen ve Danıştay tarafından onanan İstanbul 3. İdare Mahkemesince 9.3.1989 günlü, E:1987/457, K:1989/258 sayılı kararında *“Sözü geçen (3645) kanununun 2. maddesinde yazılı Belediyeye bağlılık deyimi, Genel Müdürlüğün tüzel kişiliğini ortadan kaldırıcı nitelikte değil, idarenin iç bünyesini ve kuruluşunu ilgilendiren bir bağlılık olarak nitelendirilmesi gerekir”* denilmiştir. Bu çerçevede idarenin bütünlüğü ilkesi nazara alındığında söz konusu idareler özelinde hiyerarşi ve idari vesayet yetkisinin kabil hale geldiği, *“iç”* kelimesinin hiyerarşiyi, *“vesayet”* kelimesinin de bu iki idare arasındaki farklılığı açıkladığı, bu istisnai denetim yetkisinin de *“iç vesayet”* kavramı ile nitelendirilebileceği değerlendirilmektedir.

### **5. Merkezi İdare ile Bağlı Kurum ve Kuruluşlarının Su ve Kanalizasyon İdareleri Üzerindeki Denetim Yetkisi: Teknik Vesayet**

Türkiye’de çift başlı yürütme erki ve idari örgütlenme zamanında olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde de merkezi idarenin ve bu idarelere bağlı, ilgili ve ilişkili olan kurum ve kuruluşların su ve kanalizasyon idareleri üzerinde mevzuatla kaide altına alınmış denetim yetkileri bulunmaktadır. Anılan denetim yetkisi, konusuna ve dolayısıyla da uygulayıcısına göre değişiklik göstermekle birlikte, genel olarak İçişleri Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve bu bakanlık özelinde de Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü’nün su ve kanalizasyon idareleri üzerinde idari vesayet yetkisi bulunmaktadır. Ancak anılan iki bakanlığının denetim yetkisi genel mahiyette idari iş ve işlemlerin yürütümü noktasında yoğunlaşmakta olup, genel olarak teknik bir mahiyet içermemektedir.

Diğer taraftan kentsel alanın giderek büyümesi ve karmaşıklaşması, mahalli müşterek hizmetlerin ise mahiyetinin derinleşmesi ve çeşitlenmesi gibi sebeplerle kamusal hizmetlerin sunum süreçlerinin ayrıntılı bir şekilde

---

<sup>28</sup> Alıcı, Orhan Veli (2017), *Özel Amaçlı Metropolitan Kuruluşlar*, Ankara: Orion Yayınları, s. 131-134.

düzenlenmesi, ülke genelinde eşgüdümün tesisi için de hizmetlerin sunumuna dair elzem hale gelen usul ve esasların belirlenmesi gerekmiştir. Yine bu değişikliklerle beraber çevrenin korunması gayesiyle çevre hakkı, kirleten öder, kullanan öder gibi ilkeler nazara alınarak mahalli müşterek hizmetlerin sunumunu düzenleyen mevzuat sürekli bir değişime tabi tutulmuştur.

Su ve kanalizasyon idarelerine gelince, 2560 sayılı Kanun uyarınca içme ve kullanma suyu ile atıksuların uzaklaştırılması görevini yürüten bu idareler, altyapı yatırımları yaparak içme ve kullanma suyu temini ve akabinde de atıksu haline gelen söz konusu kaynağın deşarjı ile esasında teknik yönü ağır basan bir kamusal hizmet ifa etmektedirler. Sayısı otuz olan su ve kanalizasyon idarelerinin sunmuş oldukları hizmetlerde ülke genelinde yeknesaklığın sağlanması adına söz konusu alanlarda birtakım usul ve esasların belirlenmesi de gerekmiştir. Hâlihazırda, anılan idarelerin sundukları hizmetlerin teknik bir mahiyet içermesi nedeniyle bazı bakanlıklar ve yine bu bakanlıklara bağlı ve ilgili olan kurum ve kuruluşların eşgüdümü sağlayıcı düzenlemeler yaptıkları, anılan usul ve esasların da tatbiki noktasında denetleyici bir fonksiyon üstlendikleri görülmektedir.

Çevre Şehircilik Bakanlığının yürütümü altında olan; Atıksu Toplama ve Uzaklaştırma Sistemleri Hakkında Yönetmelik<sup>29</sup> ile İçme ve Kullanma Suyu Temini ve Dağıtım Sistemleri Hakkında Yönetmelik<sup>30</sup> ile içme suyu ve atıksu tesislerinin standartları, malzemelerin niteliği, planlama aşamasından bakım ve onarım safhalarına dek uyulması gereken kaidelere yer verilmiştir. Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği<sup>31</sup> ile de alıcı ortamın kirletilmesi ve atıksu deşarjı anlamında Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüklerine su ve kanalizasyon idarelerini de kapsayacak şekilde önemli bir denetim ve 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca da cezai müeyyide

---

<sup>29</sup> 06/01/2017 tarih ve 29940 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Anılan Yönetmelik; halk sağlığı ve güvenliğini, çevrenin korunmasını, sistemin sürdürülebilir olmasını, içmesuyu kaynaklarının suyla taşınan kirliliklerden korunmasını esas alarak kanalizasyon sistemlerinin planlanması, tasarımı ve projelendirilmesi ile yapımı ve işletilmesine ilişkin usul ve esasları kapsamaktadır. Yönetmeliğin ekinde ise tasarım debileri, hidrolik tasarım, boruların hidrolik kapasiteleri gibi çeşitli hususlarda uyulması gereken teknik esaslara yer verilmiş, idarelerin anılan usul ve esaslara uyulması zorunlu kılınmıştır.

<sup>30</sup> 12/10/2017 tarih ve 30208 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Anılan Yönetmelik; içmesuyu iletim hatları, servis boruları, su depoları ve diğer üniteleri, bina haricindeki su dağıtım sistemleri ve elemanları için genel şartları, ürün standartları için genel şartları, montaj, saha testleri ve işletmeye alma şartlarını kapsamaktadır. Yönetmeliğin ekinde ise idarelerce uyulması gereken teknik esaslara yer verilmiştir.

<sup>31</sup> 31/12/2004 tarih ve 25687 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu Yönetmelik; su ortamlarının kalite sınıflandırmaları ve kullanım amaçlarını, su kalitesinin korunmasına ilişkin planlama esasları ve yasaklarını, atıksuların boşaltım ilkelerini ve boşaltım izni esaslarını, atıksu altyapı tesisleri ile ilgili esasları ve su kirliliğinin önlenmesi amacıyla yapılacak izleme ve denetleme usul ve esaslarını kapsamakta olup, idarelerce uyulması gereken teknik esaslara ve zorunlu kaideler ile sağlanması gereken parametrelere yer vermektedir.

uygulama yetkisi verilmiştir. Öte yandan Kentsel Atıksu Arıtımı Yönetmeliği<sup>32</sup> ile su ve kanalizasyon idarelerinin atıksu alanında sunacakları hizmetlerin usul ve esasları düzenlenmekle birlikte, bu idareler üzerinde tatbik edilecek önemli denetim kaideleri de belirlenerek uygulamaya konulmuştur.

Halihazırda Tarım ve Orman Bakanlığının yürütümü altında olan İçme Suyu Temin ve Dağıtım Sistemlerindeki Su Kayıplarının Kontrolü Yönetmeliği<sup>33</sup>, İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasına Dair Yönetmelik<sup>34</sup>, İçme Suyu Temin Edilen Suların Kalitesi ve Arıtılması Hakkında Yönetmelik<sup>35</sup> ile söz konusu Tarım ve Orman Bakanlığına ve onun hiyerarşisi altında bulunan Su Yönetimi Genel Müdürlüğüne eşgüdüm ve denetim görevi verilmiştir. Örneğin İçme Suyu Temin ve Dağıtım Sistemlerindeki Su Kayıplarının Kontrolü Yönetmeliğinin 9'uncu maddesinde *"Büyükşehir ve il belediyeleri su kayıplarını 2023 yılına kadar en fazla %30, 2028 yılına kadar ise en fazla %25 düzeyine; diğer belediyeler su kayıplarını 2023 yılına kadar en fazla %35, 2028 yılına kadar en fazla %30, 2033 yılına kadar ise en fazla %25 düzeyine indirmekle yükümlüdürler"* hükmüne yer verilmiştir. Aynı yönetmeliğin *"Sorumluluk"* başlıklı 11'inci maddesinde ise yönetmelikle belirlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen idarelerin ilgili mevzuat uyarınca sorumlu olacakları, su kayıpları konusunda mer'î mevzuat çerçevesinde hüküm altına alınan kaideleri tatbik etmeyen idarelerin yetkili kurum ve kuruluşlarca denetleneceği ve gerektiğinde haklarında yaptırım uygulanacağı hususları düzenlenmiştir. Yine aynı yönetmeliğin 6/e maddesi ile de nüfusu on bin kişiyi geçen yerlere ait projelerle beş yüz ve üzeri bağlantıyı içeren revize projelerde Tarım ve Orman Bakanlığının görüşünün alınması zorunlu kılınmıştır.

---

<sup>32</sup> 08/01/2006 tarih ve 26047 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Mezkûr Yönetmelik; kanalizasyon sistemlerine boşaltılan kentsel ve belirli endüstriyel atıksuların toplanması, arıtılması ve deşarjı, atıksu deşarjının izlenmesi, raporlanması ve denetlenmesi ile ilgili teknik ve idari esasları kapsamakta olup, idarelerce uyulması zorunlu deşarj limitlerine yer vermektedir.

<sup>33</sup> 08/05/2014 tarih ve 28994 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Anılan Yönetmelik; su teminine ilişkin hizmetler ile çalışmaların su kaynaklarının korunması doğrultusunda yönlendirilmesi ve yaygınlaştırılmasına, su idarelerinin su temininde, depolanmasında, iletiminde, dağıtımında ve tüketiminde su kayıplarının azaltılmasına yönelik görev ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

<sup>34</sup> 28/10/2017 tarih ve 30224 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu Yönetmelik; içme-kullanma suyu temin edilen veya edilmesi planlanan bütün yerüstü ve yeraltı suyu kaynaklarının kalitesinin ve miktarının korunmasına ve iyileştirilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

<sup>35</sup> 06/07/2019 tarih ve 30823 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Mezkûr Yönetmelik; içme suyu temin edilen veya temin edilmesi planlanan suların kalite kategorisi, suların dâhil olduğu kategoriye göre uygulanacak arıtma sınıfları, bu sularla izlenmesi gereken parametreler için numune alma ve analiz sıklıkları ile içme suyu arıtma tesislerinin arıtma veriminin tespitine ilişkin hususları düzenlemektedir.

Öte yandan 4 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>36</sup> ile DSİ'nin görev, yetki ve sorumlulukları tekrar düzenlenmiştir. Mezkûr düzenlemede su ve kanalizasyon idareleri ile ilgili olduğu değerlendirilen; “şehir ve kasabaların içme su ve kanalizasyon projelerini tetkik, tasdik ve murakabe etmek,” ve “su tahsislerini yapmak, yerüstü ve yeraltı sularını kalite yönünden izlemek, atıksular sebebiyle yerüstü ve yeraltı sularının kirlenmesinin tespiti hâlinde durumu ilgili bakanlığa bildirmek” görev ve yetkilere yer verilmiştir. Görüleceği üzere su ve kanalizasyon idarelerince gerçekleştirilen “içme su ve kanalizasyon projelerini tetkik, tasdik ve murakabe etmek” görev ve yetkisi Tarım ve Orman Bakanlığına bağlı olan DSİ Genel Müdürlüğüne verilmiş olup, anılan yetkinin teknik unsurlar barındıran bir vesayet yetkisi olduğu değerlendirilmektedir. Aynı şekilde DSİ'nin “su tahsisleri yapmak” görevi de teknik bir mahiyet içermektedir. Anılan yetkinin kullanımıyla ilgili olarak Su Tahsisleri Hakkında Yönetmelik<sup>37</sup> yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu yönetmelikle DSİ'ye tahsislerin amaca uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespiti ile çeşitli hususlarda denetim ve müeyyide uygulama yetkisi de verilmiştir.

Ancak DSİ'nin sahip olduğu bu yetki, yukarıda zikredilen bakanlıkların yetkisinden ayrılmaktadır. DSİ, Türkiye'nin idari teşkilatı içerisinde Tarım ve Orman Bakanlığına bağlı olmakla birlikte ayrı bir bütçesi ve tüzel kişiliği bulunmakta olup, hizmet yerinden yönetim kurumu şeklinde nitelendirilmektedir.<sup>38</sup> Başka bir deyişle DSİ, belirli bir alanda hizmet sunan, ihtisaslaşmış, özel bütçeli bir kamu kurumu olup bakanlıklar gibi devlet tüzel kişiliğini kullanmamakta, kendine has kamu tüzel kişiliği ile faaliyet göstermektedir. Bütün bu açıklamalardan hareketle DSİ, idarenin Bütünlüğü ilkesi gereğince ülke genelinde hizmet sunması nedeniyle Tarım ve Orman Bakanlığına bağlı bir genel müdürlük olarak teşekkül ettirilmiştir. Dolayısıyla mezkûr Bakanlığın DSİ üzerinde kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle öngörülecek derecede sınırlı bir *idari vesayet* yetkisi bulunmaktadır.<sup>39</sup> Diğer taraftan DSİ'nin yukarıda yer verilen içme suyu ve kanalizasyon şebekelerinin projelerinin tetkiki, tasdiki ve murakabesi yetkisi nazara alındığında, DSİ'nin su ve kanalizasyon idareleri üzerinde bir çeşit idari vesayet yetkisi bulunmaktadır. Devlet tüzel kişiliğini kullanmayan, ayrı bir tüzel kişiliği haiz hizmet yerinden yönetim kurumu olan DSİ'nin yer yönünden yerinden yönetim kurumu olan su ve kanalizasyon idareleri üzerinde sahip olduğu bu teknik yönü ağır basan denetim yetkisi de bir çeşit istisnai ve özel nitelikli vesayet yetkisine

---

<sup>36</sup> 15/07/2018 tarih ve 30479 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>37</sup> 10/12/2019 tarih ve 30974 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu Yönetmelik; su kaynaklarının tahsisi, kiralanması, ruhsatlandırılması gibi işlemlerde Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün görüşünün alınmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

<sup>38</sup> **Gözler**, 2019, 125.

<sup>39</sup> **Gözler**, 2019, 125.

benzemektedir. Bu çerçevede su ve kanalizasyon idarelerinin Tarım ve Orman Bakanlığının yanı sıra bu Bakanlığın vesayeti altında olan DSİ'nin de bir çeşit vesayet denetimi altında olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan DSİ'nin su tahsisleri noktasındaki yetkisi, Milli Emlak Genel Müdürlüğü ile Orman Genel Müdürlüğü'nün bu konudaki yetkileri ile de gelişmektedir. Özellikle büyükşehir belediyelerinde 2014 yılı itibarıyla il özel idarelerinin de tüzel kişiliklerine son verilmesi akabinde içme suyu ve kaynak suları noktasında yetki belirsizliği ortaya çıkmıştır. Bu belirsizlikleri gidermek amacıyla "Su Tahsis ve Kullanım İzinleri" konulu 2016/4 nolu Genelge dönemin Orman ve Su İşleri Bakanlığınca çıkarılmış olup, "içme suyu tahsislerinin 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa göre Maliye Bakanlığı (Milli Emlak Genel Müdürlüğü), doğal mineralli veya jeotermal suların, ruhsat ve izin işlemlerinin 5686 sayılı Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineraller Sular Kanunu hükmüne göre İl Özel İdareleri, Büyükşehirlerde ise Valilikler (Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı), doğal kaynak sularının kiralama işlemlerinin ise İl Özel İdareleri ve Büyükşehir Belediyeleri" tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Söz konusu genelge ile "su tahsis ve kullanımlarına ilişkin ortaya çıkan veya çıkması muhtemel problemlerin asgariye indirilmesi ve yeraltı suyunun düşüşünün önüne geçilmesi, tabii hayata, flora ve faunaya yönelik menfi etkilerin oluşmaması amacıyla" su tahsis ve kullanım izinlerinde ilgili diğer kurumlarca yapılacak işlemler akabinde DSİ'nin görüşünün alınması ve bu görüşe uyulması zorunlu kılınmıştır. Ayrıca bu görüşün alınması öncesinde eğer söz konusu yerin orman alanı içerisinde kalması halinde, Orman İdaresinden uygun görüş alınmadan izin verilmemesi kaidesi mezkûr genelge ile tüm kamu kurum ve kuruluşlarına bildirilmiştir.<sup>40</sup> Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile Milli Emlak Genel Müdürlüğü, Maliye Bakanlığı'nın hiyerarşisinden çıkarılarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın altında teşkilatlanması sağlanmıştır. Netice olarak, içme ve kullanma suyu ile kaynak sularının kiralama noktasında Orman Genel Müdürlüğü (OGM), Milli Emlak Genel Müdürlüğü gibi çeşitli kurum ve kuruluşlardan izin alınmakta olup, nihai görüşü DSİ vermektedir. Dolayısıyla su ve kanalizasyon idareleri herhangi bir içme suyu projesini hayata geçirmeden önce birçok merkezi idare ile ona bağlı olan kurum ve kuruluşlardan izin alması gerekmektedir. Hatta başka bir deyişle su ve kanalizasyon idareleri, merkezi idarenin vesayet denetimi altında olan idarelerin (DSİ-OGM) dahi vesayet denetimine tabi kılınmaktadır. Anılan teknik mahiyetli bu vesayet yetkileri, yerleşme eğiliminin yaşandığı Türkiye'de yerel idarelerin yeterince idari özerkliğe sahip olmadığını da göstermektedir.

---

<sup>40</sup> Alıcı, Orhan Veli– Özasan, Kamil (2017), **Büyükşehir Belediyeleri İçin Bir Su Yönetim Modeli Önerisi**, Aydın İktisat Fakültesi EUREFE Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Sayı 2, s. 141.

İçme suyunun kalitesine gelince, 6/5/1930 tarih ve 1489 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile 17/2/2005 tarih ve 25730 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmelik uyarınca Sağlık Bakanlığına da önemli denetim görevleri verilmiştir.

Bu çerçevede genel olarak;

- Ham suyun kalitesinin korunması ve iyileştirilmesinde Tarım ve Orman Bakanlığı ile DSİ'nin,
- Atıksu ve içme suyu tesislerinin inşası ve denetiminde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile DSİ'nin,
- Su kaynaklarının korunması ve su kayıpların asgariye indirgenmesinde Tarım ve Orman Bakanlığı'nın,
- Arıtılmış içme ve kullanma suyunun kalitesinin denetiminde Sağlık Bakanlığının,
- Atıksu deşarjı için Çevre ve Şehircilik Bakanlığının,

içme ve kullanma suyu ile atıksuların ve bunların tesis ile işletmeleri üzerinde sürekli bir denetim ve izleme görevi bulunmaktadır. Bu noktada yukarıda yer verilen merkezi idare ve ona bağlı ve ilgili olan kurum ve kuruluşların su ve kanalizasyon idarelerinin faaliyetleri üzerinde tetkik, tasdik ve murakabe ile izleme yetkisine sahip oldukları anlaşılmaktadır. Özellikle bu idareler üzerindeki denetimin projelerin hazırlanmasından onayına ve inşasına, akabinde tesislerin işletilmesi ile bu tesislerdeki ham sudan içme suyuna ve atıksu deşarjına dek teknik bir mahiyet içerdiği, bu nedenle de "idari vesayet" söyleminin kapsamı itibarıyla teknik bir muhteviyata büründüğü anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle su ve kanalizasyon idareleri üzerinde İçişleri Bakanlığı ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğünün sahip olduğu idari vesayet yetkisinin idari mahiyetteki iş ve işlemler üzerinde durağan vaziyette devam ettiği anlaşılmaktadır. Öte yandan Tarım ve Orman Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, DSİ gibi yapıların, su ve kanalizasyon idarelerinin özel ihtisas gerektiren hizmetleri üzerinde sahip olduğu idari vesayet yetkisinin ise giderek teknik bir içeriğe büründüğü, denetimin dayanakları olan mevzuatın sürekli olarak çeşitlendiği, sayısı sürekli olarak artan yönetmeliklerin ise kapsamının genişletildiği görülmektedir. Ayrıca teknik nitelikteki bu vesayet yetkisinin, idari bir karar veya işlemin tetkiki, tasdiki ve murakabesinden ziyade süreklilik arz edecek şekilde bir denetim vasfına büründüğü de anlaşılmaktadır. Bu çerçevede su ve kanalizasyon idareleri üzerindeki idari vesayet yetkisinin yukarıda zikredilen vesayet makamları



özelinde süreklilik arz edecek şekilde giderek teknik bir niteliğe büründüğü açıklık kazanmaktadır.

Diğer taraftan klasik mahiyette idari vesayet yetkisi genel olarak yerel yönetimlerin talebi üzerine işlerlik kazanmaktadır. Örneğin su ve kanalizasyon idareleri memur alımı yapabilmek için Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğünden “izin” talebinde bulunmaktadır. İzin sonrasında memur personel alımının gerçekleştirilmesi akabinde Bakanlığa sadece bilgi verilmektedir. Ancak Tarım ve Orman Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı ve DSİ gibi vesayet makamları, su ve kanalizasyon idarelerinin su tahsisi ve akabinde içme suyu ve atıksu tesisleri ile ilgili iş ve işlemlerinde sürekli bir denetim faaliyetinde bulunmaktadır. Örnek verecek olursak daha önce de değinildiği gibi DSİ, su ve kanalizasyon idarelerinin su tahsisi talebini incelemekte, bu talebi kabul veya reddetmeye yetkisi bulunmaktadır. Tahsis kararı vermesi halinde ise içme suyu projesinin hazırlanması, onaylanması, ihaleye çıkılması, yüklenicinin imalatı ile geçici ve kesin kabul safhalarının tamamında iptal-onama-izin yetkilerini kullanmakta, anılan sürecin tamamında kontrol ve denetim anlamında aktif bir rol oynamaktadır. Hatta imalat sırasında bir kontrol mühendisi görevlendirerek yapım işine dahi müdahil olabilmektedir. Sağlık Bakanlığı ise içme suyunu sürekli olarak tahlil etmekte, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı taşra teşkilatı ise alıcı ortama deşarj edilen arıtılmış suları inceleyerek teknik hususları düzenleyen mevzuata uygunluğunu denetlemekte, aykırılıkların tespiti halinde de cezai müeyyide uygulamaktadır.

Bu çerçevede, özel amaçlı birer kamu kurumu olan su ve kanalizasyon idarelerinin asli faaliyetleri üzerinde merkezi idare ile bağlı kurum ve kuruluşların sahip olduğu idari vesayet yetkisinin mahiyetinin giderek değiştiği, süreklilik arz eden ve teknik niteliği ön plana çıkan bir denetim yetkisine büründüğü anlaşılmış olup, mezkûr vesayet uygulamasının dış denetim kapsamında “teknik vesayet” gibi bir kavramla açıklanmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

## SONUÇ

Geçtiğimiz çeyrek yüzyılda yaşanan, merkezi ve yerel yönetim sistemlerini de doğrudan etkileyen çok yönlü değişimler neticesinde Türkiye’de yerel yönetimler reformu çerçevesinde 2004 yılında Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 2005 yılında da Belediye Kanunu yenilenerek yürürlüğe konulmuştur. Özellikle iki kademeli büyükşehir yönetim sistemi ile beraber yaşanan dönüşümde büyükşehir belediyelerinin görev, yetki ve sorumlulukları artırılırken büyükşehir ilçe belediyelerinin hizmet sunum süreçleri sadeleştirilmiş, üst kademedeki olan büyükşehir belediyesinin alt kademedeki ilçe belediyeleri üzerindeki

denetim yetkileri de artırılmıştır. Doktrinde anılan iki idarenin de farklı tüzel kişiliklere ve bütçeye sahip olması, denetim yetkisinin de kanuna dayanması sebebiyle bu denetim ilişkisine giderek yaygın bir şekilde “yerel idari vesayet” denilirken büyükşehir belediyelerinin su ve kanalizasyon idareleri üzerindeki denetim yetkisi de anılan iki tüzel kişiliğin aralarındaki organik bağ nedeniyle “iç vesayet” şeklinde nitelendirilmiştir.

Hal böyle iken özellikle 2004 yılı sonrasında yerelleşme şeklinde gerçekleşen eğilimin büyükşehir belediyeleri lehine bir sapma göstermesi ile “merkezi yerelleşme” söylemi de dile getirilmiştir. Diğer taraftan 2014 yılı itibariyle büyükşehir belediyelerinin bulunduğu yerlerde il özel idarelerinin tüzel kişiliklerinin kaldırılması akabinde söz konusu belediyelerin il mülki sınırı kapsamında hizmet sunması ile anılan merkezi yerelleşme söylemi önemli bir ivme kazanmıştır. Akabinde Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile beraber merkezin yerel üzerinde sahip olduğu idari vesayet yetkisini kullanan bakanlıklar ile bağlı kurum ve kuruluşlarının sayısının giderek arttığı gözlemlenmektedir. Mahalli müşterek nitelikli hizmetlerin çeşitlenmesi ile beraber mahiyetlerinin de değişmesi idari vesayet yetkisinin tek bir bakanlık eliyle yürütülmesini de güçleştirmiştir. Buna bağlı olarak özellikle merkezi idarenin su ve kanalizasyon idareleri üzerindeki vesayet yetkisi giderek daha teknik bir mahiyete bürünmüştür. Hatta bakanlıklardan ziyade merkezi idare dışında yer alan ve idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca çeşitli bakanlıklarla bağlı veya ilgili kurum veya kuruluş şeklinde teşekkül ettirilen teşkilatların da genel olarak yerel yönetimler, özel olarak da su ve kanalizasyon idareleri üzerinde teknik mahiyette vesayet yetkilerine sahip oldukları görülmektedir.

Netice itibariyle su ve kanalizasyon idareleri üzerinde, ham suyun kalitesinin korunması ve iyileştirilmesi anlamında Tarım ve Orman Bakanlığı ile DSİ, atıksu ve içme suyu tesislerinin inşası ve denetimi açısından Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile DSİ, su kaynaklarının korunması ve su kayıplarının asgariye indirgenmesi anlamında Tarım ve Orman Bakanlığı, arıtılmış içme ve kullanma suyunun kalitesinin denetimi açısından Sağlık Bakanlığı, atıksu deşarjı için ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın denetim ve izleme görevlerinin olduğu görülmektedir. Söz konusu vesayet makamlarının içme ve kullanma suyu ile atıksuların ve bunların tesis ile işletmeleri üzerindeki yetkisinin kapsamının ise tetkik, tasdik ve murakabe ile izleme yetkisi şeklinde belirlendiği anlaşılmaktadır.

Görülebileceği üzere idari vesayet yetkisinin su ve kanalizasyon idareleri üzerinde giderek teknik bir mahiyete bürünmesi de nazara alındığında anılan idarelerinin asli fonksiyonları üzerinde bakanlıklar ile yine bu bakanlıklara bağlı ve ilgili olan kurum ve kuruluşların sahip oldukları ve süreklilik arz eden mezkûr denetim yetkisinin “teknik vesayet” şeklinde nitelendirilmesi gerektiği

değerlendirilmektedir. Süreç içerisinde yaşanan teknolojik gelişmeler çerçevesinde mahalli müşterek hizmetlerin çeşitlerinin ve mahiyetlerinin derinleşmesinin yanı sıra su kaynaklarının giderek azalması ve dolayısıyla da öneminin artması neticesinde merkezi idarenin ve bağlı kurum ve kuruluşlarının bu idareler üzerindeki teknik nitelikli denetimlerinin artacağı öngörülmektedir.

#### KAYNAKÇA

- **Alıcı, O.V.** (2012a). *Büyükşehir Belediyesi ile İlçe Belediyeleri Arasındaki İlişkiler: İstanbul Örneği*, İstanbul: Beta Yayınları.
- **Alıcı, O.V.** (2012b). “Büyükşehir Belediyesinin İlçe Belediyeleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kavramsal Açından Değerlendirilmesi”, *Yerel Politikalar Dergisi*, Sayı: 2, s.38-52.
- **Alıcı, O.V.** (2017). *Özel Amaçlı Metropoliten Kuruluşlar*, Ankara: Orion Yayınları.
- **Alıcı, O.V.** ve **K. Özasan** (2017). “Büyükşehir Belediyeleri İçin Bir Su Yönetim Modeli Önerisi”, *Aydın İktisat Fakültesi EUREFE Sempozyumu Tam Metin Kitabı*, Sayı 2, s.133-146.
- **Arıkboğa, E.** (2012). “Büyükşehir Belediye Modeli ve Reform”, *Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 2, Haziran 2012, s. 1-32.
- **Belli, A.** ve **A. Abdullah** (2017). “6360 Sayılı Kanun ve Yerelde Merkezileşme”, *International Journal of Social Science*, Number 55, 401-413.
- **Gözler, K.** (2018). *Mahalli İdareler Hukuku*, Bursa Ekin Kitapevi Yayınları.
- **Gözler, K.** (2019). *Türkiye'nin Yönetim Yapısı*, Bursa Ekin Kitapevi Yayınları.
- **Günday, M.** (2002). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayıncılık.
- **Güngör, H.** (2018). “Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünden Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğüne”, *Türkiye Belediyeler Birliği Dergisi*, Sayı: 844-845, Ağustos-Eylül, s.8-16.
- **Güran, S.** (1983). “Büyük Şehir Yönetimi Üzerine”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1-3, 1983, s. 51-58.
- **Güran, S.** (1991). “İşbirliği mi Karşıtlık mı”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Cilt 12, Sayı 1-3, 1991, s. 267-275.
- **Keleş, R.** (1985). “Türkiye’de Anakent Yönetimi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 2, Haziran 1985, s. 69-82.
- **Özay, İ. H.** (1986). *Devlet İdari Rejim ve Yargısal Korunma*, İstanbul, Filiz Kitapevi.

- **Özçelik, Y.** (2014). “Büyükşehir Belediyesi İle İlçe Belediyeleri Arasındaki İlişkiler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:5, Sayı:19, s. 1117-1142.
- **Öztürk, K.** (2019). “Yerel Yönetim Reformunda Yerelleşme-Merkezileşme Dikotomisi: 6360 Sayılı Yasa Örneği”, *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 11, No: 2, 133-148.
- **Taşçier, A. M.** (2018). “Neoliberalizmde Merkezileşme-Yerelleşme Gerilimi: İl Özel İdareleri, YİKOB Örnekleri ve Yerelde Merkezileşme”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 5, Sayı 14, s. 650-662.
- **Taşçier, A. M.** (2019). *Neoliberalizm Yerelleşme ve Türkiye*, Ankara: Tekin Yayınevi.
- **Yasin, M.** (2011). İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- **Yayla, Y.** (2010). İdare Hukuku, İstanbul, Beta Yay.
- **Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü**, 14.08.2018 gün ve E.138375 sayılı yazısı.
- **Yıldırım, R.** (2006). “59. Hükümet Döneminde Yapılan Belediye Reformunun Kısa Bir Değerlendirmesi”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, Cilt 15, Sayı 2, Nisan 2006, s. 31-60.
- 6/5/1930 tarih ve 1489 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu.
- 23/11/1981 tarih ve 17523 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.
- 23/2/1985 tarihli ve 18675 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.
- 23/07/2004 tarih ve 25531 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu.
- 31/12/2004 tarih ve 25687 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği.
- 17/02/2005 tarih ve 25730 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmelik.
- 13/07/2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5393 sayılı Belediye Kanunu.
- 08/01/2006 tarih ve 26047 sayılı Resmi Gazetede Kentsel Atıksu Arıtımı Yönetmeliği.

- 06/12/2012 tarih ve 28489 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
- 08/05/2014 tarih ve 28994 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İçme Suyu Temin ve Dağıtım Sistemlerindeki Su Kayıplarının Kontrolü Yönetmeliği.
- 06/01/2017 tarih ve 29940 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Atıksu Toplama ve Uzaklaştırma Sistemleri Hakkında Yönetmelik.
- 12/10/2017 tarih ve 30208 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İçme ve Kullanma Suyu Temini ve Dağıtım Sistemleri Hakkında Yönetmelik.
- 28/10/2017 tarih ve 30224 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İçme-Kullanma Suyu Havzalarının Korunmasına Dair Yönetmelik.
- 10/7/2018 tarih ve 30474 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.
- 15/07/2018 tarih ve 30479 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4 Nolu Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.
- 06/07/2019 tarih ve 30823 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İçme Suyu Temin Edilen Suların Kalitesi ve Arıtılması Hakkında Yönetmelik.
- 10/12/2019 tarih ve 30974 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Su Tahsisleri Hakkında Yönetmelik.

# KAMU GÖREVLİLERİNE AİT MEVZUATTAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ÖZLÜK HAKKI TALEBİ

*Requests on Employee Rights in Administrative Disputes Arising from the  
Legislation about Public Servants*

**Nazım Taha KOÇAK\***

Geliş Tarihi: 17.06.2019 Kabul Tarihi: 28.01.2020

## ÖZET

Mevzuatta özlük hakkının tanımını yapan bir hüküm bulunmamaktadır. Tanımı yapılmayan bu hakkın idare mahkemelerinde dava konusu edildiği görülmektedir.

Çalışmada ilk olarak, “özlük hakkı” ibaresinin yer aldığı bazı mevzuat hükümlerine yer verilerek söz konusu hakkın kapsamı ortaya konulmuştur. Daha sonra Türk İdari Yargılama Hukukundaki idari dava türleri ile Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanununun getirdiği yargı yetkisine ilişkin sınırlamanın üzerinde durulmuş ve özlük hakkı talebinin mahkemelerce karşılanıp karşılanamayacağı hususu ortaya konulmuştur.

Çalışmanın sonunda, kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, belirsiz olması ve yargılama yetkisine ilişkin sınır ile idari davalarda benimsenen tazmin usulünden hareketle, parasal hak talebinden ayrı olarak yöneltilen bu talebin idari yargı makamlarınca karşılanmasına olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Özlük Hakkı, İdari Yargı, Parasal Hak, Tam Yargı, Memur.

## ABSTRACT

There isn't any definition of “employee rights (of public servants)” in our laws. On the other hand, there are a lot of administrative suits concerning these “employee rights”.

In this study, firstly, the scope of “employee rights” regulated in positive law, is stated. Subsequently, it's dwelled on the types of administrative suits and the limitation of judicial power that are regulated in Administrative Procedure Act, also it's discussed that, if the requests on “employee rights” can be metted by administrative courts.

At the end of the study, it's concluded that the requests on “employee rights”, presented independently from the requests of fiscal rights, can not be metted by administrative courts because of the reasons that; uncertainty of these requests, the legal limitation of judicial power and the sui generis procedure of administrative suits for damages.

**Keywords:** Employee Rights, Administrative Justice, Fiscal Rights, Full Remedy Action, Public Servant.

\* Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi Başkanı, e-posta:tahakocak@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1175-1777.

## GİRİŞ

Bir yargı makamı önüne taşınan uyuşmazlığın neden kaynakladığının ve talep edilen hususun ne olduğunun davacı tarafça açıkça ortaya konulması önem arz etmektedir. Uyuşmazlığı çözmekle görevli yargı makamının, taraflar arasındaki çekişmenin ne olduğunu ve hangi talebin karşılanmasının istenildiğini bilmesi gerekmektedir.

Kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda genel olarak işlemin iptali ile birlikte işlem nedeniyle yoksun kalınan parasal hakların tazmini talebiyle yetinilmemekte, bu taleplerin yanında bir de özlük haklarının iadesi veya telafisi istenilmektedir.

Parasal hak yanında özlük hak talebini içeren dilekçelerle açılan davalarda yapılan yargılama sonucunda, işlemin hukuka aykırılığının tespiti halinde, idari yargı makamlarınca işlemin iptaline, parasal hakların ve bunun yanında özlük haklarının davalı idare tarafından davacıya ödenmesine/verilmesine/iadesine karar verilmektedir.

Özlük hakkı, parasal hakkı da kapsayan, ancak içeriği tam olarak mevzuatta belirlenmemiş bir haktır. Genel olarak kamu görevlisinin bu statüden kaynaklanan bütün hakları özlük hakkı kapsamındadır. Hal böyle iken, parasal hak yanında özlük hakkı talebini içeren dilekçelerle açılan davalarda özlük hakkı talebi aşışından, bir dava koşulu olarak, talep net ve açık değildir.

Buradaki talebin net ve açık olmaması durumu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun<sup>1</sup> 3., 14. ve 15. maddelerinde yer alan hükümler uyarınca ittihaz olunacak “dilekçenin reddine ilişkin karar” ile aşılabilecek bir durum da değildir.<sup>2</sup>

Çalışmada söz konusu hakkın kapsamı, idari dava türleri, idari yargı yetkisinin sınırı ve idari yargılama usulünde geçerli olan tazmin usulü üzerinde durularak, parasal ve mali haklardan farklı olarak özlük hak talebini içeren dilekçelerle açılan davalarda karşılaşılan problem üzerinde durulacaktır.

### 1. ÖZLÜK HAKKI TALEBİNİN MAHİYETİ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 128. maddesinin 2. fıkrasında, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri

---

<sup>1</sup> Bundan sonra “İYUK” olarak anılacaktır.

<sup>2</sup> İYUK’un 3. maddesinin 2. fıkrasında, davanın konusu ve sebepleri ile dayandığı delillerin dava dilekçesinde gösterilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. İYUK’un 14. maddesinin 3. fıkrasının g) bendinde, dava dilekçelerinin 3. maddeye uygun olup olmadığının inceleneceği belirtilmiştir. İYUK’un 15. maddesinin 1. fıkrasının d) bendinde, 3. maddeye uygun olmayan dava dilekçelerinin reddine karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

*kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Görüldüğü üzere, Anayasada özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. İlgili personel ve teşkilat kanunlarında özlük hakları ile ilgili düzenlemeler getirilmesine karşın mevzuatta özlük hakkının tanımını yapan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Mevzuatta tanımlanmayan özlük hakkının mahiyetinin tespiti gayesiyle “özlük hakkı” ibarelerinin yer aldığı kanun hükümleri üzerinde durulacaktır.*

### **1.1. “Özlük Hakkı” İbarelerinin Yer Aldığı Kanun Hükümleri**

#### **1.1.1. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu**

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36. maddesinin F) bendinde, “*Bu kanunla tespit edilen çeşitli hizmet sınıfları mensuplarından Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatında asli ve sürekli görevlerde bulunanların kadro, ünvan, derece ile ek gösterge, makam tazminatı ve benzeri mali haklar ile intibak ve diğer özlük haklarının tespit ve kullanılması ile ilgili yetkiler Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanına aittir.*” hükmü yer almakta iken, 11/10/2011 tarihli ve 666 sayılı KHK’nın 5. maddesiyle bu fıkrada yer alan “*ek gösterge, makam tazminatı ve benzeri mali haklar ile intibak ve diğer özlük haklarının*” ibaresi “*ile intibak ve diğer haklarının*” şeklinde değiştirilmiştir.

Aynı Kanunun “Hastalık ve refakat izni” başlıklı 105. maddesinin 1. fıkrasında, “*Memura, aylık ve özlük hakları korunarak, verilecek raporda gösterilecek lüzum üzerine, kanser, verem ve akıl hastalığı gibi uzun süreli bir tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığı hâlinde onsekiz aya kadar, diğer hastalık hâllerinde ise oniki aya kadar izin verilir.*” hükmüne yer verilmiştir.

Anılan maddenin son fıkrasında da, “*Ayrıca, memurun bakmakla yükümlü olduğu veya memur refakat etmediği takdirde hayatı tehlikeye girecek ana, baba, eş ve çocukları ile kardeşlerinden birinin ağır bir kaza geçirmesi veya tedavisi uzun süren bir hastalığının bulunması hâllerinde, bu hâllerin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi şartıyla, aylık ve özlük hakları korunarak, üç aya kadar izin verilir. Gerektiğinde bu süre bir katına kadar uzatılır.*” şeklindeki hüküm yer almaktadır.

657 sayılı Kanunun 146. maddesinin son fıkrasında, “*Bu Kanun gereğince ödenecek aylık, taban aylığı, kıdem aylığı zam ve tazminatlar ile diğer ödemeler toplamının brüt tutarı, bulunulan yerde İş Kanunu gereğince işçiler için tespit olunan asgari ücretin aylık tutarından az olamaz: az olması halinde, aradaki fark memurun diğer özlük hakları ile ilgilendirilmeksizin tazminat olarak ödenir.*”



Söz konusu Kanunun “Aylığın ödeme zamanı ve esasları” başlıklı 164. maddesinin 4. fıkrasında, “Üçüncü fıkraya kapsama giren personelin her türlü özlük haklarının ve tahakkuk işlemlerinin belli merkezlerden yapılabilmesi ve ödemelerin bankacılık sistemi aracılığı ile gerçekleştirilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmaya ve gerekli tedbirleri almaya Maliye Bakanlığı yetkilidir.”; geçici 5. maddesinde, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte görevde olup da 657 sayılı Kanunun değişik 146 ncı maddesinin son fıkrası uyarınca kendilerine daha önce tazminat ödenenlerin bu tazminatları, aşağıda yer alan aylık göstergelerin hizalarındaki brüt miktarlar üzerinden ve özlük hakları ile ilgilendirilmeksizin 31/12/1982 tarihine kadar ayrıca ödenmeye devam olunur...” denilmektedir.

### **1.1.2. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu**

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 6. maddesinin (d) fıkrasında, “Yürütme Kurulu’nun Başkan ve Üyelerinin ücretleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre en yüksek Devlet memuruna ödenen aylık (ek gösterge, yan ödeme ve her çeşit tazminatlar dahil) iki katını geçmemek üzere Cumhurbaşkanınca tesbit edilir. Yürütme Kurulunda görev alanlara ayrıca kamu kurumlarının ücret ödenmez. Emekli olanların ise emekli aylıklarının ödenmesine devam olunur. Yürütme Kurulu’nda görev alan kamu personelinin her türlü özlük hakları saklı kalır ve aylıksız izinli sayılırlar...” kuralı yer almaktadır.

2547 sayılı Kanunun 41. maddesinin 3. fıkrasında, “Bu madde veya bu Kanunun 40 ıncı maddesinin (b) fıkrası hükümlerine göre yapılan görevlendirmelerde, görevlendirme kararında görev süreleri belirtilir. Bunlara özlük hakları kurumlarında devam etmek kaydıyla görev yapacağı kurumun bulunduğu yer ve özelliklerine göre o kurum kadrolarında çalışanların yararlandıkları ödenek ve diğer haklar ve 6245 sayılı Harcırah Kanununa göre geçici görev yolluğu, görev yapacağı üniversite bütçesinden ödenir.” şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.

Anılan Kanunun “Özlük hakları:” başlıklı 62. maddesi ise şu şekildedir: “Üniversite öğretim elemanları ve üst kuruluşlar ile üniversitelerdeki memur ve diğer görevlilerin özlük hakları için bu kanun, bu kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümler uygulanır.”

### **1.1.3. 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu**

2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanununun 2. maddesinde, “Bu Kanun 4/11/1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi üniversite öğretim elamanlarının aylık, ödenek ve sair özlük haklarını kapsar.” hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanunun 4. maddesinde, öğretim elemanlarının görev aylıkları, 7. maddesinde derece yükseltilmesi, 8. maddesinde kademe ilerlemesi, 11. maddesinde ek ders ücreti, 12. maddesinde üniversite ödeneği, 13. maddesinde idari görev ödeneği, 14. maddesinde geliştirme ödeneği, ek 1. maddesinde eğitim öğretim ödeneği, ek 2. maddesinde makam tazminatı, ek 3. maddesinde yükseköğretim tazminatı, ek 4. maddesinde akademik teşvik ödeneği ile ilgili kurallar ihdas edildiği görülmektedir.

Aynı Kanunun “Haklardan yararlanma” başlıklı 10. maddesinde ise öğretim elamanlarının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 187-213 üncü maddeleri ile düzenlenen sosyal hak ve yardımlardan faydalanacakları kurala bağlanmıştır.

#### **1.1.4. 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu**

Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun “Amaç” başlıklı 2. maddesinde, *“Bu kanun subayların ve astsubayların yetiştirilmelerini, sınıflandırılmalarını, görev ve yükümlülüklerini, terfi ve taltifleri ile her türlü özlük haklarını düzenler.”* hükmü yer almaktadır.

Aynı Kanunun 65. maddesinin f/2. bendindeki düzenleme ise şu şekildedir: *“Açığa alınanlara ve tutuklulara (hakim subaylar dahil), bu süreler içinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 141 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne göre aylık ödenir. Ancak, bu gibilerden haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına, muhakemenin menine, beraate, her ne sebeple olsun kamu davasının düşmesine veya ortadan kaldırılmasına karar verilenlerin ödenmeyen veya noksan ödenen her türlü özlük hakları ödenir.”*

Kanunun ek 20. maddesinin son fıkrasında ise, *“Aylıksız izin alanlara bu Kanun ve diğer kanunlarla tanınan özlük hakları verilmez.”* hükmüne yer verilmiştir.

#### **1.2. Mevzuattaki Durumun Değerlendirilmesi**

Yukarıda yer alan mevzuatta özlük hakkının tanımı yapılmayıp, bazı durumlarda bir kısım hak sıralandıktan sonra diğer özlük haklarının da ödeneceği veya verileceğinin kurala bağlandığı görülmektedir. Mevzuatın lafzi yorumundan hareketle, bazı haklar sıralandıktan sonra “diğer özlük hakları” ibarelerinin yer aldığı hükümlerin incelenmesinden, kendinden önceki haklar özlük hakkı kapsamı içinde yer aldığı gibi açıkça sayılmayan ancak mevzuatta memurlar için öngörülen diğer hakların da “özlük hakları” kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Yine üzerinde durulması gereken önemli bir mesele, “özlük hakkı” ibaresinin yer aldığı cümlenin yüklemine “ödenir” mi olduğu yoksa “verilir” mi olduğudur?

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerine bakıldığında, “özlük hak” ibaresinin yer aldığı cümlenin bazen “ödenir” ile bittiği, bazı durumlarda ise “verilir” şeklindeki yüklemle bittiği görölmektedir. “Verilir” yüklemi, mali hakları kapsayıcı nitelikte olduğu gibi konusu para olmayan diğer hakları da kapsayıcı nitelikte bir yüklemidir. Buna karşın, “ödenir” yüklemi sadece mali haklar için kullanılabilir niteliktedir.

Göröldüğu üzere mevzuatta özlük hakkın tanımı yapılmamakla birlikte özlük hakkın mahiyetinin çerçevesinin ortaya konulduğu söylenebilir.

### 1.3. Devlet Memurları Kanununda Memurlara Tanınan Haklar

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun<sup>3</sup> incelenmesinden memurlara üç başlık altında hakların tanındığı görölmektedir. Bunlar, “genel haklar”, “mali haklar” ve “sosyal haklar”dır.

Devlet memurlarının “Genel Hakları” 657 sayılı DMK’nın birinci kısmının üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre devlet memurlarının genel hakları şunlardır:

- 1- Uygulamayı isteme hakkı<sup>4</sup>: Memurlar, DMK ve bu kanuna dayanılarak yayınlanan yönetmeliklere göre düzenlenip yürürlükte olan hükümlerin kendilerine aynı şekilde uygulanmasını isteme hakkına sahiptirler.
- 2- Güvenlik hakkı<sup>5</sup>: Memurun görevini iyi bir şekilde yürütebilmesi için güven içinde olması şarttır. Bundan dolayı kanunlarda yazılı haller dışında Devlet memurunun memurluğuna son verilemez, aylık ve başka hakları elinden alınamaz.
- 3- Emeklilik hakkı: Devlet memurlarına, özel kanununda belirlenen şartlar dahilinde, emekli olma hakkı, DMK’nın 19. maddesi ile tanınmıştır.
- 4- Memurluktan çekilme hakkı<sup>6</sup>: DMK’nın 94 ila 97. maddeleri arasında düzenlenen esaslara göre memurluktan çekilme hakkı verilmiştir.
- 5- Müracaat, şikayet ve dava açma hakkı: DMK’nın 21. maddesi ile Devlet memurlarının kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat etme hakkına, amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikayet ve dava açma hakkına sahip oldukları kurala bağlanmıştır.
- 6- Sendika kurma hakkı: Devlet memurları, Anayasa ve özel kanundaki hükümler çerçevesinde sendika ve üst kuruluşlar kurabilme ve bunlara üye olabilme hakkına sahiptirler. Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve meslekî hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları

---

<sup>3</sup> Bundan sonra “DMK” olarak anılacaktır.

<sup>4</sup> DMK’nın 17. maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>5</sup> DMK’nın 18. maddesinde düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> DMK’nın 20. maddesinde düzenlenmiştir

- sendika ve konfederasyonların kuruluşu, organları, yetkileri ve faaliyetleri ile sendika ve konfederasyonlarda görev alacak kamu görevlilerinin hak ve sorumluluklarını belirlemek ve toplu sözleşme yapılmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla 25/6/2001 tarihinde 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kabul edilmiştir.<sup>7</sup>
- 7- İzin hakkı: DMK'nın 23. maddesinde, bu kanunda belirlenen süre ve şartlarda Devlet memurlarının izin hakkına sahip oldukları düzenleme altına alınmıştır.<sup>8</sup>
- 8- Özel hükümlere tabi olarak kovuşturma ve yargılanma hakkı: Memurların görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, kovuşturma ve dava açılması özel hükümlere tabidir.<sup>9</sup>
- 9- İsnat ve iftiralara karşı korunma hakkı: Bu hak Devlet Memurları Kanununun 25. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>10</sup>

DMK'nın 146-186. maddeleri arasında mali hükümler; 187-213. maddeleri arasında ise sosyal hak ve yardımlar (emeklilik hakkı, hastalık ve analık sigortası, mahrumiyet yeri ödeneği, aile yardımı ödeneği, doğum yardımı ödeneği, ölüm yardımı ödeneği, tedavi, giyecek, yiyecek ve yakacak yardımı vs.) düzenleme altına alınmıştır.

Bu haklara ilaveten Günday tarafından, terfi hakkının da memurlara tanınan haklar arasında yer aldığı belirtilmiştir.<sup>11</sup>

#### 1.4. “Özlük Hakkı” Kavramının Tanımı ve Kapsamı

Mevzuatta tanımı yapılmayan “özlük hakkı” kavramının, gerek yargı kararlarında gerekse de doktrin tarafından (Öğretide kamu görevlilerinin hakları sıralanmakla birlikte özlük hakkı kavramı üzerinde durulmamıştır.<sup>12</sup>)

<sup>7</sup> Anılan Kanun 12/7/2001 tarihli ve 24460 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>8</sup> DMK'nın 102. maddesinde “yıllık izin”, 104. maddesinde “mazeret izni”, 105. maddesinde “hastalık izni” ve 108. maddesinde de “aylıksız izin” kurala bağlanmıştır.

<sup>9</sup> Bu kapsamda, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, 2/12/1999 tarihinde kabul edilmiştir.

<sup>10</sup> Anılan mevzuat hükmü şu şekildedir: “Devlet memurları hakkındaki ihbar ve şikayetler, garaz veya mücerret hakaret için, uydurma bir suç isnadı suretiyle yapıldığı ve soruşturma veya yargılamanın tabi olduğu kanuni işlem sonucunda bu isnat sabit olmadığı takdirde, merkezde bu memurun en büyük amiri, illerde valiler, isnatta bulunanlar hakkında kamu davası açılmasını Cumhuriyet Savcılığından isterler.”

<sup>11</sup> Günday, Metin (2011), İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 608-609.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız: Günday, Metin (2011), 606-619; Tan, Turgut (2011), İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara; Sancakdar, Oğuz (2012), Memur Hukuku, 4. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayını No:2222, Eskişehir, 55-67; Gözübüyük, A. Şeref (2002), Yönetim Hukuku, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara,198-204; Avcı, Mustafa; Ersöz, A. Kürşat; Çalışkan, Ahmet Ziya; Açımız, H. Bige; Yavuzdoğan, Seçkin; Alkuş, Oktay (2014), İdare Hukuku II, Lisans

tanımının yapılmadığı görölmektedir. Bazı yargı kararlarında söz konusu hakkın kapsamı belirlenmiştir.

Danıştay ilgili dairesince tartışılan olayda, dava; Ankara İl Emniyet Müdürlüğü emrinde polis memuru olarak görev yapmakta iken davalı idarece meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılan, ancak bu işleme karşı açtığı davada idare mahkemesince verilen iptal kararı üzerine yeniden görevine başlatılan davacının, açıkta kaldığı sürelerle ilişkin olarak mahrum kaldığı tüm özlük haklarının iadesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin 11/10/2011 tarih ve 7995 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Yerel mahkemece, gerek davacının ve davalı idarelerin beyanlarından, gerekse de dosyadaki mevcut bilgi ve belgelerden davacının dava konusu ettiği açıkta kaldığı sürelerle ilişkin mahrum kaldığı parasal kayıplarının ödendiğinin anlaşılması üzerine davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.<sup>13</sup> Davacı, her ne kadar dava devam ederken davalı idare tarafından parasal hakları kendisine ödenmiş ise de, parasal haklar dışındaki kıdem, asaletin tasdiki, derecesi gibi işlerle ilgili olarak bir değişiklik yapılmadığını, talebinin yalnızca parasal haklarının tazminine yönelik olmayıp, tüm özlük haklarının iadesini içerdiğini, mahkeme kararında talebinin karşılanmadığını ve karara bağlanmadığını ileri sürerek kararın temyizden incelenerek bozulmasını istemiştir.

Danıştay Onikinci Dairesince yapılan inceleme neticesinde, “...Davacının idareye yapmış olduğu başvurusunda tüm özlük haklarının verilmesini talep ettiği, bu ‘tüm özlük hakları’ ifadesinden, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 2. maddesinde belirtildiği üzere aylık, ödenek, ilerleme ve yükselmelerin anlaşılması gerekeceği tartışmasıdır.” şeklinde bir gerekçeye yer verilerek temyiz başvurusuna konu kararın bozulduğu görölmektedir.<sup>14</sup> Görüldüğü üzere, Danıştay özlük hakkının kapsamına; aylık, ödenek, ilerleme ve yükselmelerin de dahil olduğunu belirtmiştir.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğünde özlük hakkı, “genel memur statüsü içinde kişinin, kanunların öngördüğü biçim ve koşullarla kazandığı her türlü hak”<sup>15</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Yukarıda yapılan değerlendirme ve tespitler uyarınca gelinen noktada kural olarak subjektif olmayan ve kamu görevlilerine buldukları statünün

---

Yayıncılık, İstanbul, 222-231; Yayla, Yıldızhan (2009), İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul: 299-310; Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun (2001), İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul: 486-512; Bilgin, Hüseyin (2018), İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 874-944. Diğer yazarlardan farklı olarak Bilgin, tarafından özlük hakkı kavramı kullanılmış ve parasal haklar ile özlük hakları ayrı başlıklar halinde irdelenmiştir.

<sup>13</sup> Ankara 10. İdare Mahkemesinin 29/03/2012 tarihli ve E: 2011/2628, K: 2012/621 sayılı kararı.

<sup>14</sup> Danıştay Onikinci Dairesinin 04/11/2013 tarihli ve E: 2012/7878, K: 2013/7660 sayılı kararı.

<sup>15</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

bir gereği olarak tanınan<sup>16</sup> tüm mali, sosyal ve genel haklara, özlük hakkı denilmektedir.

Özlük hakkı kavramının bu tanımından hareketle, söz konusu hakkın, kamu görevlilerinin tüm mali hakları (maaş, döner sermaye ek ödemesi vs.)<sup>17</sup> yanında, konusu para olmayan, kamu görevlilerinin bu statüsünden kaynaklanan tüm haklarını (sosyal hakları, derece, terfi, intibak, izin vs. hakları) kapsayıcı nitelikte olduğu söylenebilir.

## **2. ÖZLÜK HAKKI TALEBİNİN İDARİ YARGI MAKAMLARINCA KARŞILANIP KARŞILANAMAYACAĞI SORUNU**

Özlük hakkı talebinin idari yargı makamlarınca karşılanıp karşılanamayacağı sorununun çözümü için öncelikle idari dava türlerine değinilmesi gerekmektedir.

### **2.1. İdari Dava Türleri**

İdari işlemler, idarenin yönetim hukukuna dayanarak hukuki sonuç doğurmaya yönelik tek yanlı irade açıklamaları<sup>18</sup> olarak; idari eylemler ise idarenin işlevi sırasında hukuki sonuç doğuran davranış, hareket ve faaliyetleri<sup>19</sup> olarak tanımlanmaktadır. İdari işlemler, hukuk alanında değişiklik yapan, yenilik doğuran irade açıklamalarını yansıtmakta iken; idari eylemler, esas olarak maddi alemde değişiklik ve yenilik meydana getirmekte, sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları koşuluyla hukuki etki ve sonuç doğurabilmektedir. Taraflardan en az birisinin kamu tüzel kişisi olduğu, konusu kamu hizmetine ilişkin olan ve özel hukuku aşan koşullar içeren sözleşmeler ise idari sözleşme olarak adlandırılır.<sup>20</sup>

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları; idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan

---

<sup>16</sup> Gözler, Kemal (2003), İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa: 664.

<sup>17</sup> Danıştay Sekizinci Dairesinin 19.09.2018 tarihli ve E: 2013/10272, K: 2018/4586 sayılı kararında, "... 2547 sayılı Kanunun 58. maddesinde öğretim elemanlarının özlük haklarından sayılabilecek döner sermaye ek ödemelerinin dağıtılmasındaki usul ve esaslar ana hatları ile belirlenmiş, ödemelerin temel koşulları ile oranı açıkça ortaya konulmuştur..." denilerek, döner sermaye gelirlerinin özlük hakkının kapsamı dahilinde olduğu belirtilmiştir.

<sup>18</sup> Gözübüyük, A. Şeref (2003), Yönetmelik Yargı, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara: 74.

<sup>19</sup> Yenice, Kazım ve Esin, Yüksel (1983), Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara: 12.

<sup>20</sup> Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül ve Tekinsoy, Özge Okay (2013), İdare Hukuku, XII Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul: 463 - 464.

muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar, idari dava türleri olarak sayılmıştır. Görüldüğü üzere, idare hukuku kuralları içinde kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade beyanı ile tesis edilen idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle açılan davaların görüm ve çözümü idari yargının görev alanında bulunmaktadır.

İptal davasının konusu, idarî işlemin hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırılığı halinde işlemi ortadan kaldırmaktır, iptal davasının amacı ise idarenin hukuka aykırı kararlar almasını önlemek, böylece idarenin hukuk kurallarına riayetini sağlamak ve hukuka aykırı olduğu tesbit edilen kararları ortadan kaldırmak suretiyle hukuk düzenini korumaktır.<sup>21</sup>

Tam yargı davaları, ilgililerin sübjektif hukuki durumlarında ortaya çıkan her türlü ihlâlin giderilmesini amaçlar. Bu niteliklerinden ötürü özel hukuktaki eda davalarına benzerler. Tam yargı davalarında, idari yargı yeri uyuşmazlığa yol açan eylem, işlem veya sözleşmeyi maddi bir olay şeklinde ele alır ve bu olayın ilgilinin sübjektif hukuki durumuyla ilişkisini saptadıktan sonra, ihlâlin giderilmesine karar verir.<sup>22</sup>

İptal davaları objektif davalar olmasına karşı tam yargı davaları sübjektif ve kişisel davalardır. İptal davalarında verilen iptal kararı, hukuka aykırı idarî işlemin hukuk dünyasından uzaklaştırılmasını sağlar. Tam yargı davaları sonunda verilen karar ise davacı ile davalı idare arasında sübjektif ve kişisel bir hukukî bağın mevcudiyetinin izharı, belirtilmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. Maksat yönünden de iki dava arasında fark vardır. İptal davasının maksadı idarî işlemlerin hukuka uygunluğunu temin etmektir. Tam yargı davası açmaktan davacının maksadı ise ihlâl edilmiş hakkının tazmin ve telâfisini sağlamaktır.<sup>23</sup>

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “İptal ve tam yargı davaları” başlıklı 12. maddesinde idari işlem den kaynaklanan tam yargı davasının nasıl açılacağı kurala bağlanmıştır. Bu hüküm ile, ilgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması

---

<sup>21</sup> Gökalp, Ali Sıtkı (1968), “İdarî Dava Türleri”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara: 443.

<sup>22</sup> Yenice ve Esin, 1983: 72.

<sup>23</sup> Başpınar, Recep (1968), “Tam Yargı Davaları”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 486.

halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilecekler, bu halde dahi ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma haklarının saklı olduğu düzenleme altına alınmıştır.

Bu çerçevede ilgililerin haklarını ihlal eden bir idari işlemde dolayı dört farklı aşamada, dört ayrı şekilde ve birbirinden bağımsız olarak tam yargı davası açılması mümkündür. Buna göre ilgililer;

- 1- Haklarını ihlal eden idari işleme karşı iptal davası için öngörülen dava açma süresi içerisinde doğrudan tam yargı davası açabilirler.
- 2- Haklarını ihlal eden idari işleme karşı dava açma süresi içerisinde iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilirler.
- 3- Haklarını ihlal eden idari işleme karşı açılan iptal davasının karara bağlanması üzerine kararın tebliğinden itibaren dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.
- 4- Haklarını ihlal eden idari işlemin icrası nedeniyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava açma süresi içerisinde dava açabilirler veya bu dört ayrı tam yargı davası açma süresi içerisinde, 2577 sayılı Kanununun 11. maddesinde öngörülen başvuru yolları da kullanılmak suretiyle sözü geçen tam yargı davalarını açabilirler.

## 2.2. İdari Yargıda Geçerli Tazmin Usulü

Sorumluluk hukukunun temel amacı, bir kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmenin, yani zararın aynen veya nakden giderilmesidir.<sup>24</sup> Bir başka ifade ile uğranılan zararın giderilmesi, bir şeyin aynen ifası, bir miktar paranın ödenmesi ve yahut eski hali geri getirilmesi şeklinde olabilmektedir.<sup>25</sup> Görüldüğü üzere sorumluluk hukukunda iki tür tazmin ilkesi benimsenmiştir. Bunlar “aynen tazmin” ve “nakden tazmin” ilkeleridir. Aynen tazmin, ortaya çıkan zararın aynen, yani fiilen ve gözle görülebilir şekilde ortadan kaldırılmasıdır. Nakden tazmin ise ortaya çıkan zararın zarar gören şeyin değeri tutarında bir paranın zarar görene verilmesi demektir. Özel hukukta her iki tazmin türü de mümkündür. İdare hukukunda ise hâkimin veya mahkemenin idareyi aynen tazmine mahkum etmesi mümkün değildir.<sup>26</sup>

Tam yargı davalarında uyumsuzluk konusu miktarın dava dilekçesinde ve kararda gösterilmesi gerekmektedir. İYUK’un “İdari davaların açılması” başlıklı 3. maddesinin ikinci fıkrasında;

---

<sup>24</sup> Çağlayan, Ramazan (2007), Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, 1. Baskı, Asil Yayın, Ankara, 219.

<sup>25</sup> Gözübüyük, A. Şeref, Dinçer, Güven (2001), İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 236.

<sup>26</sup> Gözler, 2003: 1258.



- “2. Dilekçelerde; a) Tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, b) Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller,*
- c) Davaya konu olan idari işlemin yazılı bildirim tarihi,*
- d) Vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktar,*
- e) Vergi davalarında davanın ilgili bulunduğu verginin veya vergi cezasının nevi ve yılı, tebliğ edilen ihbarnamenin tarihi ve numarası ve varsa mükellef hesap numarası,*

Gösterilir.” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere, tam yargı davalarına ilişkin dava dilekçelerinde uyuşmazlık konusu miktarın gösterilmesi kanunun amir hükmüdür. İYUK’un 3. maddesine uygun olmayan dava dilekçelerinin yargı mercilerince kabulü mümkün değildir. Bu kapsamda, yargı mercileri tarafından, İYUK’un 14. maddesinin üçüncü fıkrasının (g) bendi uyarınca dava dilekçelerinin 3. maddeye uygun olup olmadığının tespitinin yapılması gerekmektedir. Dava dilekçesinin 3. maddeye uygun olmaması halinde (bir başka ifade ile tam yargı davasında dava konusu edilen miktar dava dilekçesinde gösterilmediği takdirde) yargı merci tarafından İYUK’un 15. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca, otuz gün içinde 3 üncü maddeye uygun şekilde yeniden düzenlenmek üzere dilekçelerin reddine karar verilecektir.

İYUK’un “Kararlarda bulunacak hususlar” başlıklı 24. maddesinde, kararlarda; *“kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm, tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı”* belirtilir. Bu hüküm gereğince idari yargı makamlarınca hükmedilen tazminat miktarının kararda gösterilmesi gerekmektedir.

Tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde gösterilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin İYUK’un 3. maddesindeki hüküm ile tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarının mahkeme kararında belirtilmesi gerektiğine ilişkin hüküm birlikte dikkate alındığında, Türk İdari Yargılama Hukukunda kabul edilen tazmin usulünün “nakden tazmin” olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Anayasanın 125. maddesinde, *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. ...Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez... İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”* hükmü yer almıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun “İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı” başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında da,

*“İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.”* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, gerek Anayasada gerekse de özel usul kanununda idari yargı yetkisinin sınırlarını belirleyen hükümler ile idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceğinin hüküm altına alınmış olması ve ayrıca Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında *“zararı gidermekle yükümlüdür.”* ibaresi yerine *“zararı ödemekle yükümlüdür.”* ibaresinin tercih edilmiş olması karşısında idari yargı makamlarınca aynen tazmine karar verilmesi mümkün olmayıp sadece nakden tazmin kararı verilebilir.

### **2.3. Mali Hakların Yanında Diğer Özlük Haklarının Verilmesini İçeren Dilekçeler İle Açılan Davalarda Uyuşmazlığın Niteliği**

İdari yargı yerlerinde görülen davalarda, memurlar tarafından çalıştıkları kurumlar tarafından tesis edilen işlemler nedeniyle açılan davalarda, işlemin iptali talebi yanında, işlem nedeniyle uğranılan maddi hak kayıplarının (parasal haklarının) ödenmesine karar verilmesi, ayrıca tüm özlük haklarının iadesi/ödenmesi/geri verilmesi gibi taleplerin de yer aldığı dilekçeler ile dava açıldığı görülmektedir.

Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi esasına kayıtlı davada<sup>27</sup>, davacı tarafından İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü’nde görev yaptığı döneme ilişkin olarak 8 no’lu olay olarak belirtilen “Cumhuriyet Savcısının talimatına aykırı olarak özel hayatla ilgili olduğu değerlendirilen görüşmeleri İletişim Tespit Tutanağı tanzim etmek suretiyle verileri hukuka aykırı ele geçirmek ve kullanmak” suçu sübut bulduğundan bahisle Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü’nün 12. maddesi uyarınca *“Herhangi bir işe ilişkin yazılı kağıt, belge, mikrofilm aslı veya kopyalarının kasıtlı olarak yok eden, ortadan kaldıran ya da belge niteliği taşıyan bilgisayar programlarını, dosyalarını, verilerini hukuka aykırı olarak ele geçiren, başkasına zarar vermek üzere kullanan, tahrip eden, değiştiren, silen, sistemin işlemesine engel olan ya da yanlış biçimde işlemesine sağlayanlara uzun süreli durdurma cezasının üst sınırı verilir. Devlet veya kişileri zarara uğratmış ya da hizmetin gecikmesine, durmasına veya aksamasına neden olmuşsa, durumun ağırlığına ya da zararın derecesine göre meslekten çıkarma cezası da verilebilir.”* hükmü gereğince “Meslekten Çıkarma” cezası ile tecziye edilmesine ilişkin İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 01.07.2015 tarih ve 2015/147 sayılı kararının iptali ile yoksun kalınan özlük haklarının iadesi istenilmiştir.

---

<sup>27</sup> 2017/4372 esas sayılı dava.

Ankara 5. İdare Mahkemesi nezdinde açılan davada<sup>28</sup>, KPSS 2009/3 yerleştirme sonuçlarına göre PTT Genel Müdürlüğü İzmir Başmüdürlüğü emrine memur olarak yerleştirilen, ancak sabıka kaydı nedeniyle ataması 18/09/2009 tarihli işleme iptal edilen davacının, atamasının iptaline dair işlemi dava konusu ettiği, bilahare açtığı davada Danıştay Onikinci Dairesince verilen bozma kararına uyularak anılan işlemin Ankara 2. İdare Mahkemesinin 05/02/2016 tarih ve E: 2016/155, K: 2016/241 sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine Foça PTT Müdürlüğü emrine idari hizmet sözleşmeli olarak atanıp 31/05/2016 tarihinde göreve başladıktan sonra 2009 yılında yapılan yerleştirmeler kapsamında yapılan ilk atamasının, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli II sayılı cetvele göre 4/C’li memur statüsünde olduğunu, hakkındaki iptal kararı gereğince idari hizmet sözleşmeli olarak değil, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli II sayılı cetvele göre 4/C’li memur olarak atanması gerektiğini öne sürerek atamasının düzeltilmesi talebiyle yaptığı 24/08/2016 tarihli başvurusunun reddine ilişkin 05/09/2016 tarih ve 15263 sayılı işlemin iptali ile özlük haklarının iadesi ve parasal haklarının ödenmesine hükmedilmesi istenilmiştir.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesi esasına kayıtlı davada<sup>29</sup>, İstanbul Teknik Üniversitesi Sağlık Kültür ve Spor Daire Başkanlığı’nda memur olarak görev yapmakta iken, 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname kapsamında, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olup olmadığına yönelik olarak gerçeleştirilen tespit sonucunda davacının, kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü’nün 10.11.2017 tarih ve 284570 sayılı yazısı ile tebliğ edilen Yönetim Kurulu’nun 09.11.2017 tarih ve 1165 sayılı kararının iptali ile yoksun kalınan parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle dava açıldığı görölmektedir.

Ankara 20. İdare Mahkemesi’nde görölmekte olan bir davada da, davalı idare bünyesinde görev yapmakta iken 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki listede ismine yer verilmek suretiyle kamu görevinden çıkarılan davacı tarafından, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonuna yapılan başvurusunun reddine dair 06.03.2018 tarih ve 2018/6349 sayılı işlemin iptali ile işlem nedeniyle yoksun kalındığı iddia olunan parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi, özlük ve ekonomik haklarının iadesi, memuriyetten

---

<sup>28</sup> 2016/3940 esas sayılı dava.

<sup>29</sup> 2019/377 esas sayılı dava.

ihraç edildiği sürenin fiili hizmet süresine ve hizmet puanına eklenilmesi istemiyle dava açılmıştır.<sup>30</sup>

Örnek uyuşmazlıklara ilişkin dava dilekçeleri ile, ilk uyuşmazlık hariç diğer iki uyuşmazlıkta davacı taraflarca parasal hak talebi yanında bir de özlük haklarının iadesine karar verilmesinin mahkemelerden istenildiği görülmektedir. Son uyuşmazlıkta ise davacı tarafça parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi, özlük ve ekonomik haklarının iadesi, memuriyetten ihraç edildiği sürenin fiili hizmet süresine ve hizmet puanına eklenilmesi talep edilmiştir.

İdari yargı makamlarının genel pratiği işlemin hukuka aykırı bulunarak iptaline karar verilen durumlarda parasal ve özlük hakkı talebinin de olumlu karşılanarak parasal ve özlük haklarının davacıya ödenmesine karar verilmesi yönündedir.

İstanbul İli, Paşakapısı Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna ambar memuru olarak görev yapan davacının, Silivri 8 nolu L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz ve koruma memuru olarak görev yapmakta iken hakkında başlatılan disiplin soruşturması sonucunda Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile tecziyesine dair işlemin Adana 2. İdare Mahkemesi'nin 29/05/2014 tarih ve E: 2014/1119, K: 2014/1108 sayılı kararı ile iptali ve yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi üzerine ödenen parasal haklarının noksan hesaplandığından bahisle anılan yargı kararına uygun şekilde yeniden hesaplanması ve eksik kısımlarının 27.05.2011 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle 08.01.2015 tarihinde yaptığı başvurunun zımnen reddine dair işlemin iptali ile ödenmeyen alacaklarının yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada; dava konusu işlemin iptali ve davacının 17/03/2011 tarihi ile Haziran 2011 tarihi arasındaki döneme ilişkin yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının idareye başvuru tarihi olan 08/01/2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine karar verilmiştir.<sup>31</sup>

Çiğli Eğitim ve Araştırma Hastanesinde taşeron işçi olarak görev yapan davacı tarafından; 30/03/2018 tarih ve 39608046 sayılı komisyon kararı uyarınca Devlet Memurları Kanununun 48. maddesine göre yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz olarak değerlendirilmesi neticesinde sürekli işçi kadrosuna alınmaması yönünde tesis edilen işlemin iptali ve işlem nedeniyle yoksun kaldığı özlük ve parasal haklarının ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada; idare mahkemesi dava konusu işlemin iptaline, davacının dava

---

<sup>30</sup> Ankara 20. İdare Mahkemesinin 11/01/2019 gün ve E: 2018/848, K: 2019/59 sayılı kararı.

<sup>31</sup> İstanbul 9. İdare Mahkemesinin 06/12/2018 gün ve E: 2017/852, K: 2018/2146 sayılı kararı.

konusu işlem sebebiyle mahrum kaldığı özlük ve parasal haklarının dava tarihinden itibaren hesaplanarak davacıya ödenmesine karar vermiştir.<sup>32</sup>

Kastamonu Kültür ve Turizm İl Müdürü olarak görev yapan davacı tarafından, 375 sayılı KHK'ya 6639 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile eklenen EK-18. madde gereğince, Ankara İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü emrine araştırmacı olarak atanmasına ilişkin 18/08/2015 günlü, 158632 sayılı işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılan davada; dava konusu işlemin iptali, davacının yoksun kaldığı özlük haklarının iadesi ile parasal kayıplarının dava tarihinden (08/10/2015) itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesi yolunda Ankara 5. İdare Mahkemesince verilen 27/04/2016 günlü, E:2015/2607, K:2016/1440 sayılı kararı Danıştay tarafından özlük hakları yönünden herhangi bir irdeleme yapılmaksızın onanmıştır.<sup>33</sup>Türkiye Elektromanyetik Sanayi Anonim Şirketi'nde kapsam dışı personel statüsünde başmühendis olarak görev yapmakta iken, işten çıkarma cezasını gerektiren bir disiplin suçu işlediğinden bahisle iş akdi feshedilen davacının, iş akdinin feshedilmesi nedeniyle açmış olduğu işe iade davası kabul edildiğinden ve işten çıkarma cezasının yargı kararı ile iptal edildiğinden bahisle, açıkta geçirdiği süre boyunca mahrum kaldığı özlük haklarının iadesine ve tüm parasal haklarının gecikme faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açtığı davada, Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 15/03/2019 tarih ve E:2018/1273, K:2019/597 sayılı kararı ile davacının açıkta geçirdiği süre boyunca mahrum kaldığı özlük haklarının iadesi ile tüm parasal haklarının gecikme faiziyle birlikte ödenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Anılan kararı temyizden inceleyen Danıştay dairesi söz konusu kararın hukuka uygun olduğunu belirtmiştir.<sup>34</sup>

Özlük hakkı kapsamında olmasına rağmen parasal hak haricindeki hakkın adı ayrıca belirtilerek davacılar tarafından talepte bulunulduğu da görülmektedir. Bu durumla karşılaşan mahkemelerce, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde sayılı olan idari dava türleri dışında idare mahkemelerinde dava açılmayacağı ve idari işlem veya eylem tesisine yol açabilecek nitelikteki taleplerin idari yargı yerlerince karşılanması olanağı bulunmadığından, bu talep açısından davanın reddine karar verildiği görülmektedir.

İdare mahkemesi nezdinde görülmekte olan bir dava, davalı idare bünyesinde görev yapmakta iken 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki listede ismine yer verilmek suretiyle kamu görevinden çıkarılan davacı

---

<sup>32</sup> İzmir 3. İdare Mahkemesinin 24/01/2019 gün ve E: 2018/858, K: 2019/130 sayılı kararı.

<sup>33</sup> Danıştay İkinci Dairesi'nin 26/06/2019 gün, E: 2016/14668, K: 2019/3927 sayılı kararı.

<sup>34</sup> Danıştay Onikinci Dairesi'nin 16/10/2019 gün ve E: 2019/2638, K: 2019/7665 sayılı kararı.

tarafından, Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonuna yapılan başvurunun reddine dair 22/02/2018 tarih ve 2018/5000 sayılı işlemin iptali ile işlem nedeniyle yoksun kalındığı iddia olunan maaşının yasal faiziyle birlikte ödenmesi, tüm özlük ve ekonomik haklarının iadesi, memuriyetten ihraç edildiği sürenin fiili hizmet süresine ve hizmet puanına eklenilmesi, emekli sandığı keseneklerinin ve kurum karşılıklarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Uyuşmazlığı irdeleyen mahkeme, dava dilekçesinde, “memuriyetten ihraç edildiği sürenin fiili hizmet süresine ve hizmet puanına eklenilmesi, emekli sandığı keseneklerinin ve kurum karşılıklarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na ödenmesine karar verilmesi” şeklinde talepte bulunduğu görülmüş olup, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde sayılı olan idari dava türleri dışında idare mahkemelerinde dava açılmayacağı gibi, idari işlem veya eylem tesisine yol açabilecek nitelikteki taleplerin idari yargı yerlerince karşılanması olanağı bulunmadığından, bu talepler açısından da davanın reddi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.<sup>35</sup>

Özlük hakkın, kamu görevlisinin bu statüden kaynaklanan tüm haklarını kapsadığı hususu dikkate alındığında, işlem nedeniyle uğranılan maddi hak kayıplarının (parasal haklarının) ödenmesine karar verilmesi yanında tüm özlük haklarının iadesi/ödenmesi/geri verilmesi gibi taleplerin de yer aldığı dilekçeler ile açılan davalarda uyuşmazlığın mahiyetinin belirlenmesi mümkün değildir. Başka bir ifade ile dava konusu edilen işlem nedeniyle davacının hangi hak veya haklardan yoksun kaldığı, bu kapsamda mahkeme önündeki çekişmenin hangi haktan kaynaklandığı belli değildir.

Diğer taraftan, dava dilekçesinde özlük haktan kastedilenin ne olduğuna ilişkin olarak davacı veya vekili tarafından bir izahat yapıldığı durumlarda dahi (Uygulamada çoğu zaman bu nitelikteki bir dilekçe ile karşılaşılmamaktadır.) mali haklar dışında talep edilen hakların mahkeme tarafından telafi edilmesine de kanun cevaz vermemektedir.

Konunun bir örnek üzerinden izah edilmesi faydalı olacaktır. Örneğin bir memur tarafından “görevden uzaklaştırılması” veya “görevine son verilmesi” işlemine karşı açılan davada, işlemin iptali istemi yanında mali haklarının tazmin edilmesi ve nihayet tüm özlük haklarının iadesine karar verilmesinin talep edilmiş olması durumunda; mahkeme tarafından işlem hukuka aykırı bulunursa, işlemin iptaline ve tüm mali haklarının davacıya ödenmesine karar verilecektir.

Davacı tarafından yöneltilen (mali haklar haricindeki) özlük hakları açısından durum ne olacaktır? Mahkemenin bir ara karar ile özlük hak ile kastedilen ne

---

<sup>35</sup> Ankara 20. İdare Mahkemesinin 16/01/2019 gün ve E: 2018/1989, K: 2019/95 sayılı kararı.

olduğunu davacıya sorduğunu ve davacının da görevde bulunmadığı süre içerisinde derece terfi yapamadığını, bu nedenle buna ilişkin hakkının tarafına verilmesini istediğini kabul edelim. Davacının mahkemeye yönelttiğı bu talep ne bir iptal davasının ne de bir tam yargı davasının konusunu oluşturmaktadır. Zira, henüz davacının bir üst dereceye terfi ettirilmediğine dair bir işlem bulunmadığına göre bir iptal davasından bahsedilemeyecektir. Zaten davacı tarafın yönelttiğı talebin mahiyetinin bir idari işlemin iptali istemine yönelik olmadığı da açıktır.

Diğer taraftan, yukarıda üzerinde durulduğu üzere, idari yargı makamlarınca aynen ifaya/tazmine karar verilmesi mümkün olmadığından, nakden tazmin niteliğinde olmayan bu talep, tam yargı davasının konusunu oluşturamaz. Bunun gibi idari yargı makamları nezdinde açılan tam yargı davalarına konu edilebilecek haklar ancak parayla değerlendirilebilen haklardır. Dolayısıyla konusu parayla değerlendirilebilen bir hakka ilişkin olmayan bu talebin tazminat davası olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir.

Ancak uygulamada, parasal hak talebinin yanında özlük hakkının iadesine ilişkin taleplerin idari yargı mercilerince karşılanması cihetine gidildiğı ve söz konusu taleplerin karşılanmadığı kararların ise Danıştay tarafından bozulduğu görölmektedir.

Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir dava; Muş Şeker Fabrikasında geçici işçi olarak çalışmakta olan davacının, 5620 sayılı Kanun uyarınca sürekli işçi kadrosuna geçirilmesi talebiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin işlemin, yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine; açıkta geçen süreye ilişkin alamadığı 30.507,86 TL'nin idareye ilk başvuru tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte ödenmesi ve bu süreye ilişkin özlük haklarının tanınması istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, davacının işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının hesaplanması amacıyla 01.03.2013 ve 02.06.2013 tarihlerinde ara kararları ile, davacının yoksun kaldığı parasal hakların hesaplanması davalı idareden istenilmiş olup, ara kararına davalı idarece verilen cevapta, davacının geçici işçi statüsünde çalışmaya devam ederken 26.08.2009'da sürekli işçi kadrosuna geçmek için başvuruda bulunduğu, 18.12.2009 tarihinde geçici işçi kadrosundan ayrıldığı, 22.02.2010 tarihinde ise sürekli işçi kadrosuyla işe başladığı, başvuru tarihi ile işe başlama tarihi arasında 180 gün olduğu, bu süre içinde 104 gün geçici işçi olarak çalıştığı, geçici işçi kadrosuyla çalışanlar ile sürekli işçi kadrosunda çalışanlar arasında maddi bakımdan herhangi bir kazanç farkının olmadığı, davacının da bu çalışma karşılığı ücretini aldığı, kalan 76 gün herhangi bir yerde çalışmadığı, bu 76 günde çalışsa idi 2.718,71 TL yevmiye tahakkuk edeceği, ayrıca 787,44 TL ikramiye (ilave tediye) tahakkuk edeceği, bu ikisinin toplamının ise 3.506,15 TL olacağı belirtildiği, bu gerekçeyle maddi tazminat isteminin 3.506,15 TL kısmının kabulüne, ödenmesine karar verilen maddi tazminat miktarına işten ayrılma tarihi olan

18.12.2009 tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine, fazlaya ilişkin maddi tazminat ve faiz isteminin reddine karar verilmiştir.

Danıştay, “...Hukuka aykırı işlem nedeniyle yoksun kalınan maddi ve manevi hakların karşılanmasının zaman içinde gecikmesi ve bu gecikmeden doğan zararın telafisi için 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Yasa uyarınca faiz uygulanması gerekli bulunmaktadır. Yerleşik yargı içtihatlarına göre hükmedilecek maddi tazminata yürütülecek faizin başlangıç tarihinin, iptal davasının açıldığı tarih olarak kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, davacının hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanan işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının “iptal davasının açıldığı tarihten” itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte tazmini gerekirken temyize konu kararda davacıya ödenmesi gereken tazminat tutarına uygulanacak faizin başlangıcının işten ayrılma tarihi olarak belirlenmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan, davacının dava dilekçesinde belirtilen sürelerle ilişkin olarak özlük haklarının tanınması talebi bulunduğu halde, kararın hüküm kısmında özlük haklarının tanınması talebinin karşılanmadığı görüldüğünden kararın bu kısmında da hukuki isabet bulunmamaktadır.” şeklindeki gerekçe ile yerel mahkeme kararını bozmuştur.<sup>36</sup>

Bahsi geçen bozma kararına istinaden uyuşmazlığı inceleyen Ankara 5. İdare Mahkemesinin 05/04/2018 tarihli ve E: 2018/649, K: 2018/908 sayılı karar ile Danıştay’ın bozma kararına uyularak, davacı lehine hükmedilen ve kesinleşen 3.506,15-TL maddi tazminata iptal davasının açıldığı tarih olan 17.09.2009 tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine ve davacının sürekli işçi kadrosuna geçirilmemesi nedeniyle yoksun kaldığı özlük haklarının davacıya iadesine karar verilmiştir. Anılan mahkeme kararına yapılan temyiz başvurusu reddedilmiştir.<sup>37</sup>

Başka bir uyuşmazlıkta da, Gölbaşı Belediyesi’nde 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 49. maddesi kapsamında sözleşmeli personel olarak görev yapan davacının, 31.12.2010 tarihinde süresi sona eren hizmet sözleşmesinin yenilenmeyerek görevine son verilmesine ilişkin 29.11.2010 tarihli ve 868 sayılı işlemin iptali ile işlem nedeniyle uğradığı zararın faiziyle birlikte tazminine ve özlük haklarının iadesine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır.

İdare Mahkemesince, davacının görevinde başarısız ve yetersiz olduğuna dair herhangi bir tespit bulunmadığı gibi hizmetine ihtiyaç duyulmadığı hususunun da somut delillerle ortaya konulmadığı, salt sözleşmesinin 31.12.2010 tarihi itibarıyla sona erdiği ve hizmetine ihtiyaç duyulmadığı

---

<sup>36</sup> Danıştay Onikinci Dairesinin 21/04/2015 tarihli ve E: 2013/10170, K: 2015/2534 sayılı kararı.

<sup>37</sup> Danıştay Onikinci Dairesinin 12/06/2019 tarihli ve E: 2018/8699, K: 2019/4462 sayılı kararı.



gerekeçesiyle sözleşmesinin yenilenmemesine ilişkin dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığı ve hukuka aykırılığı saptanan işlem nedeniyle davacının yoksun kaldığı parasal haklarının Anayasanın 125. maddesi uyarınca davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ve yoksun kalınan parasal hakların yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmiştir.<sup>38</sup>

Davacı tarafından; özlük hakların iadesine hükmedilmesi gerekirken idare mahkemesi kararında bu yönde hüküm kurulmadığı, davalı idare tarafından, dava konusu işlemin iptaline ve yoksun kalınan parasal hakların yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesinde hukuka uyarlık olmadığı gerekçesiyle mahkeme kararının temyizden incelenip bozulması istemiyle başvuruda bulunulmuştur.

Danıştay ilgili Dairesi, “... *dava dilekçesinde, davacı tarafından özlük hakların iadesine hükmedilmesi istenilmiş ise de, İdare Mahkemesi’nce bu yönden bir hüküm kurulmamış olduğu görüldüğünden bu yönüyle de mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır...*” yönündeki gerekçe ile ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.<sup>39</sup>

Danıştay bir diğer kararında<sup>40</sup> da, “... *Dava dosyasının incelenmesinden, davacının, yargı kararı üzerine açıkta geçirdiği süreye ilişkin maaş ve maaşa bağlı parasal hakları karşılığı 73.346,99-TL ve öğretim yılı hazırlık ödeneği toplamı 2.625,00-TL olmak üzere toplam 75.971,99-TL maddi zarar ile mesleğinden haksız yere atıldığından bahisle duyduğu üzüntü ve sıkıntı nedeniyle 10.000,00-TL. manevi zararın iptal davasının açıldığı tarih olan 22.01.2001 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte iadesi ile özlük haklarının verilmesi istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı, idare mahkemesince, tazminat isteminin kısmen kabulü ile 75.971,99-TL’nin dava açma tarihi olan 22.01.2001 tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, davanın manevi tazminat istemine yönelik kısmının ise reddine karar verildiği, ancak davacının özlük hak talebine ilişkin olarak hüküm kurulmadığı anlaşılmıştır.*

*Bu durumda; davacının özlük hak talebine ilişkin olarak; kabul veya ret yolunda hüküm kurulması gerekirken, bu hususta herhangi bir hüküm kurulmamasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*” diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Kanaatimizce, kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, işlemin iptali talebi yanında, işlem nedeniyle uğranılan maddi hak kayıplarının

---

<sup>38</sup> Ankara 8. İdare Mahkemesinin 15/10/2012 tarihli ve E: 2011/263, K: 2012/1371 sayılı kararı.

<sup>39</sup> Danıştay Onikinci Dairesinin 08/03/2018 tarihli ve E: 2016/7017, K: 2018/1044 sayılı kararı.

<sup>40</sup> Danıştay Onikinci Dairesinin 26/06/2013 tarihli ve E: 2010/1114, K: 2013/5769 sayılı kararı.

(parasal haklarının) ödenmesine karar verilmesi ve ayrıca tüm özlük haklarının iadesi/ödenmesi/geri verilmesi gibi taleplerin de yer aldığı dilekçeler ile açılan davalarda parasal hak haricindeki özlük hak taleplerinin iadesi yönünde hüküm kurulması, aynen ifaya karar verme (ve dolayısıyla idari işlem mahiyetinde karar verilmesi) mahiyetinde olduğu için İYUK'un "İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasındaki amir hüküm uyarınca mümkün değildir.

Peki mahkemece hukuka aykırılığı yönünde tespiti yapılan bir işlem nedeniyle parasal hak haricindeki özlük haklarından mahrum kalan ilgili kamu görevlisi, bu nevi haklarının telafisini hangi yollarla sağlayacaktır?

Hukuka aykırı bulunarak iptaline karar verilen işleminin doğurduğu bütün hak kayıplarının telafisini ilgili idare sağlamakla mükelleftir. Şayet, mahkemenin verdiği iptal kararına rağmen, ilgili idare tarafından parasal haklar haricindeki hak kayıplarının telafisi sağlanmazsa, işte o zaman yargı yoluna başvurulabilecektir. Burada dikkate değer olan durum, parasal hak kayıpları haricindeki hak kayıplarının giderilmemesine ilişkin olarak idarenin tek yanlı irade beyanının tekemmülü ile oluşan bir idari işlemin varlığıdır. İşte bu yönde tesis edilen işlem, iptal davasına konu olabilecektir. Örneğin, görevden ayrı kaldığı dönemde derece terfisi yapılmayan kişi, görevden ayrı kalmasına sebebiyet veren idari işlemin iptali istemiyle açtığı davada mahkemenin verdiği iptal kararına istinaden göreve iadesine ilişkin işlem tesis edildiği vakit, hangi kadro ve dereceye atandığını öğrenecektir. Mahkeme kararını uygulamak adına tesis edilen işlemde ilgilinin kadro derecesi görevine son verildiği tarihteki derece ile aynı gösterilirse (Bu halde davacının terfiye ilişkin özlük hakkının davacıya verilmemesine ilişkin olarak idarenin bir irade beyanı söz konusudur.) ilgili tarafından bu işlemin sadece kadro derecesine ilişkin kısmının iptali istemiyle dava açılması halinde söz konusu hak kaybının bertarafı sağlanacaktır. Mahkeme kararını uygulamak adına tesis edilen işlemde ilgilinin kadro derecesi, görevine son verildiği tarihteki derecenin bir üstünde yer alan derece olarak gösterilmişse, zaten ortada herhangi bir hak kaybı olmayacaktır.

Görüldüğü üzere kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, işlemin iptali talebi yanında, işlem nedeniyle uğranılan maddi hak kayıplarının (parasal haklarının) ödenmesine karar verilmesi ve ayrıca tüm özlük haklarının iadesi/ödenmesi/geri verilmesi gibi taleplerin de yer aldığı dilekçeler ile açılan davalarda parasal hak haricindeki özlük haklarının ihlaline doğrudan sebebiyet veren bir idari işlemin henüz hukuk alanında ortaya çıkmadığı görülmektedir. Henüz hukuk alanında olmayan idari irade beyanının da idari davaya konu olamayacağı açıktır.

Ayrıca, ilgili kamu görevlisi tarafından özlük haklarının tarafına verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine dair idari işlemin iptali istemiyle açılacak

bir dava sayesinde de söz konusu hakkın ihlalinin bertarafı sağlanabilecektir. Başka bir ifade ile, idareye yapılacak başvuru neticesinde idarenin (özlük haklarının iade edilmemesi yönünde) irade beyanının teşekkülü sağlanıp dava yolu cihetine gidilebilecektir.

2016 yılı Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavı (EKPS) yerleştirme sonuçlarına göre Malatya İli'ne Kur'an Kursu Öğreticisi olarak yerleştirilen davacının, yapılan değerlendirme sonucunda anılan kadroya atamasının yapılamamasına ilişkin işlemin yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine söz konusu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 26.12.2018 tarihli ve 201181 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının atanmamasına yönelik tesis edilen davalı idare işleminin hukuka aykırı olduğunun ortaya konulması karşısında, davacının 2016 EKPS/KURA ile Engelli Kamu Personeli Yerleştirme sonucunda yerleştirilen ve ataması yapılan emsalleri dikkate alınarak, emsallerinin atanarak göreve başladığı tarih ile davacının yargı kararı üzerine atamasının yapıldığı 09/11/2018 tarihi arasında anılan işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal haklarının davacıya ödenmesi, ayrıca özlük haklarının buna göre yeniden düzenlenerek iadesi gerekirken bu yöndeki başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.<sup>41</sup>

Görüldüğü üzere, hukuka aykırı bulunarak iptaline karar verilen işlemin parasal hak haricindeki diğer haklar yönünden doğurduğu olumsuz sonucun kaldırılması istemiyle idareye yapılan başvuru üzerine idare söz konusu hak mahrumiyetlerini gidermek zorundadır. İdare tarafından hak mahrumiyetlerinin giderilmesi talebi olumlu karşılanmadığı takdirde ilgili idari yargı merci tarafından söz konusu olumsuz işlemin iptaline karar verilerek, parayla değerlendirilmesi mümkün olmayan hakların ilgiliye iadesi sağlanacaktır.

## SONUÇ

Kamu görevlileri tarafından, haklarında bu statülerinden kaynaklanan işlemlere karşı açılan davalarda, parasal (mali) haklarının ödenmesine karar verilmesi yanında özlük haklarının verilmesine ilişkin talepler nedeniyle karşılaşılan ilk sorun, bu taleplerin mahiyetinin belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Öncelikle özlük hakkının, memurun bu statüden kaynaklanan tüm haklarını kapsayan niteliği dikkate alındığında, özlük haklarından hangisinin ihlal edildiğinin ortaya konulmaması veya konulamaması nedeniyle, mahkemece hangi hak yönünden inceleme yapılacağı hususu net değildir.

---

<sup>41</sup> Malatya İdare Mahkemesinin 30/09/2019 tarihli ve E: 2019/26, K: 2019/907 sayılı kararı.

Bu nevi taleplerin yöneltildiği uyuşmazlıklardaki ikinci ve en temel sorun ise bu davanın yukarıda yer verilen İYUK'un "İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında tanımı yapılan dava türlerinden hangisi kapsamında ele alınması gerektiği sorunudur.

Öyle ki, ortada izin verilmemeye, terfi ettirilmemeye vs. ilişkin bir işlem olmadığına göre ve böyle bir işlem dava konusu edilmediğine göre, bu talebin iptal davası olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, parasal hak talebi yanında yöneltilen özlük hakkı talebinin mahiyeti gereği (herhangi bir maddi hak kaybına yönelik bir talep olmaması nedeniyle) tazminat (tam yargı) davası olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Ayrıca yukarıda üzerinde durulduğu üzere, idari yargı makamlarınca aynen ifaya veya aynen tazmine karar verilmesi mümkün olmadığından, bu talebin mahkemece tazminat (tam yargı) davası olarak değerlendirilmesi bu açıdan da olanaklı değildir.

Anayasa ve 2577 sayılı Kanunun amir hükmü uyarınca idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği hususu dikkate alındığında, nakden tazmin talebi mahiyetinde olmayan bu taleplerin yargı makamlarınca karşılanması mümkün değildir.

Yapılan değerlendirmeler neticesinde gelinen noktada, uyuşmazlığın konusunun belirli olmaması, söz konusu talebin iptal ve tazminat davası olarak nitelendirilmesinin mümkün olmaması ve son olarak aynen ifaya veya tazmine karar verilmesinin olanaklı olmaması ve idari eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilememesi nedeniyle, memur mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda parasal hak talebi haricinde ayrıca yöneltilen özlük haklarının iadesi taleplerinin, idari yargı makamlarınca incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

#### **KAYNAKÇA**

- Avcı, Mustafa; Ersöz, A. Kürşat; Çalışkan, Ahmet Ziya; Açımız, H. Bige; Yavuzdoğan, Seçkin; Alkuş, Oktay (2014), İdare Hukuku II, Lisans Yayıncılık, İstanbul.
- Başpınar, Recep (1968), "*Tam Yargı Davaları*", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara: 481-511.
- Bilgin, Hüseyin (2018), İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Çağlayan, Ramazan (2007), Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, 1. Baskı, Asil Yayın, Ankara.
- Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun (2001), İdare Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul.
- Gökalp, Ali Sıtkı (1968), "*İdarî Dava Türleri*", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara: 440-480.

- Gözler, Kemal (2003), İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa.
- Gözübüyük, A. Şeref (2002), Yönetim Hukuku, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gözübüyük, A. Şeref (2003), Yönetimsel Yargı, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gözübüyük, A. Şeref; Dinçer, Güven (2001), İdari Yargılama Usulü, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Günday, Metin (2011), İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara.
- Sancakdar, Oğuz (2012), Memur Hukuku, 4. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayını No:2222, Eskişehir.
- Tan, Turgut (2011), İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 20.12.2019
- Yayla, Yıldızhan (2009), İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul.
- Yenice, Kazım ve Esin, Yüksel (1983), Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Arısan Matbaacılık, Ankara.
- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül ve Tekinsoy, Özge Okay (2013), İdare Hukuku, XII Levha Yayıncılık, Güncellenmiş 5. Baskı, İstanbul.

---

# ÖZEL HUKUK

---



# SİGORTA HUKUKUNDA YETKİSİZ TEMSİLE İLİŞKİN SORUNLAR

## *Problems Pertaining to Agency without Authority in Insurance Law*

Arş. Gör. Ayşe COŞAR\*

Geliş Tarihi: 01.10.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

Yetkisiz temsil, ağırlıklı olarak borçlar hukukunun konusunu oluştursa da; ticaret hukuku uygulamasında da yetkisiz temsil ilişkisine sıkça rastlanmaktadır. Dolayısıyla genel hükümlerdeki düzenlemelerin yanısıra ticaret hukuku bağlamında da yetkisiz temsile ilişkin özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Söz konusu özel düzenlemelerden biri de sigorta hukukunda yetkisiz temsile ilişkin hükümler ihtiva eden Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1406'dır. Ancak bu düzenleme, genel hükümlerdeki yetkisiz temsile ve sigorta hukukundaki bazı temel ilkelere ilişkin hükümlerle çelişmektedir.

Çalışmada ilk olarak, sigorta hukukundaki yetkisiz temsil ilişkisi ile karşılaştırma yapabilmek için genel hükümlerdeki yetkisiz temsil ilişkisi üzerinde durulmuştur. Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri çerçevesinde temsil olunanın yapılan işleme icazet verip vermemesi ele alınmıştır. Daha sonra sigorta hukuku bağlamında yetkisiz temsil ilişkisinden bahsedilmiş ve TTK m. 1406'nın yarattığı sorunlar ayrıntılı olarak incelenmiştir. İlerleyen bölümde ise sigorta hukukunda yetkisiz temsile ilişkin sorunların öğretilde nasıl değerlendirildiği belirtilmiştir. Son olarak bahsi geçen sorunlara ilişkin açıklamalarda bulunulmuş ve çalışma özgün çözümler dile getirilerek tamamlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Temsil, Yetkisiz Temsil, Sigorta Hukukunda Temsil, Sigorta Hukukunda Yetkisiz Temsil, Sigorta Hukukunda Menfaat

### ABSTRACT

Agency without authority has been frequently encountered in the practice of commercial law although it is mainly the subject matter of the code of obligations. Therefore, in addition to the arrangements in general provisions, special arrangements with regard to the agency without authority are needed within the context of the commercial law. One of such special arrangements is the Article 1406 of Turkish Commercial Code (TCC) which contains provisions pertaining to the agency without authority in the insurance law. However, this arrangement conflicts with the provisions pertaining to the agency without authority in general provisions and the provisions with regard to some of main principles in the insurance law.

The study firstly focused on the relationship of agency without authority in general provisions in order to make comparisons with relationship of the agency without authority in the insurance law. Also, the study addressed if person represented ratifies for transactions carried out within the framework of provisions of Turkish Code of Obligations (TCO). Then, the relationship of agency without authority was mentioned within the context of the insurance law and the problems caused by the Article 1406 of TCC were examined in detail. The following sections indicated how problems pertaining to the agency without authority in the insurance law are evaluated in doctrine. Finally, the said problems were explained and the study was completed by suggesting original solutions.

**Key Words:** Agency, Agency without Authority, Agency in Insurance Law, Agency without Authority in Insurance Law, Benefits in Insurance Law.

\* Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, e-posta: acakirr0606@gmail.com, ORCID ID:0000-0001-9259-5870.



## GİRİŞ

Hangi menfaat ya da menfaatlerin sigortalandığı sigorta sözleşmesinde belirtilir. Sigorta himayesinden faydalanabilmek için sigorta sözleşmesine konu olan menfaatin zarar görmesi gerekir. Ayrıca sigorta konusu menfaatin kime ait olduğunun tespiti de bazı konular bakımından önem arz etmektedir. Örneğin; sigorta sözleşmesinin kimin hesabına yapıldığı, riziko gerçekleştiğinde tazminat talep etme hakkına kimin sahip olduğu yönündeki belirlemeler bakımından sigorta konusu menfaatin kime ait olduğu önemli yere sahiptir. Bununla birlikte sigorta sözleşmesine konu olan menfaat, sigorta ettirenden başka birisine ait olabilir. Diğer bir deyişle, sigorta sözleşmesini akdeden kişi, temsilen hareket ederek, sigorta sözleşmesini hem başkası adına hem de başkası hesabına yapmış olabilir. Söz konusu durumda temsilen sigortadan bahsedilecektir. Kanun koyucu, sigorta hukukunda temsil ve yetkisiz temsile ilişkin hükümlere TTK m. 1406 ve 1407’de yer vermiştir. Ancak söz konusu hükümler incelendiğinde, TBK’deki yetkisiz temsile ilişkin hükümlerden ayrıldıkları görülmektedir. Bahsi geçen ayırım çalışmada detaylıca incelenmiş, soruna özgün çözüm yolları önerilmiştir.

## I. KAVRAM

### A. Yetkisiz Temsil Kavramı

Temsil yetkisinin bulunmadığı veya bulunmasına rağmen yetki sınırlarının aşıldığı durumlarda yetkisiz temsil gündeme gelecektir<sup>1</sup>. Bununla birlikte, temsilciye başlangıçta yetki verilmiş, ancak sonradan bu yetkinin geri alındığı veya TBK m. 43’teki sebeplerden birinin gerçekleşmesi ile temsil yetkisinin son bulunduğu hallerde de yetkisiz temsil söz konusu olacaktır<sup>2</sup>. Özetlemek gerekirse, temsilcinin üçüncü kişi ile bir işlem yaptığı, bu işlemi temsil olunan<sup>3</sup> adına yapmış olduğunu açıkladığı ve temsil yetkisinin olmadığı durumlarda yetkisiz temsilden söz edilecektir<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. B., Ankara 2012, s. 241; Nomer, H. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. B., İstanbul 2012, s. 106; Kocayusufoğlu N./ Hatemi H./ Serozan R./ Arpacı A.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul 2014, s. 720; Antalya, G.: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul 2012, s. 400; Esener, T.: Yetkisiz Temsil, II inci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Ankara 1962, s. 115 vd.; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 453; Cihan H.: Temsil Yetkisinin Verilmesi Ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 9.

<sup>2</sup> Kocayusufoğlu/ Hatemi / Serozan/ Arpacı, s. 720.

<sup>3</sup> Mevcut olmayan bir kimsenin temsil edilmesi durumunda temsil olunanın işleme icazet vermesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla yetkisiz temsilin söz konusu olmayacağı, böyle hallerde TBK m. 47’nin kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. Kutlu Sungurbey, A.: Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 25; İnceoğlu, M. M.: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 84.

<sup>4</sup> Hatemi, H./ Gökyayla, E.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 105; Uygur, T.:

## B. Yetkisiz Temsile İlişkin Borçlar Kanunu Hükümleri

TBK’de yetkisiz temsile ilişkin hükümler m. 46 ve 47’de yer almaktadır. Bu hükümlerde, yetkisiz temsilin hüküm ve sonuçları düzenlenmiş olup; hangi hallerde yetkisiz temsilden söz edileceği belirtilmemiştir.

Genel hükümler uyarınca, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemler, yetkisiz temsil olunanın hukuk alanında herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır<sup>5</sup>. Ancak yapılan işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişi, işlemle bağlı olacaktır<sup>6</sup>. Dolayısıyla burada, tek taraflı bağlamazlık gündeme gelecek<sup>7</sup>, temsil olunan işlemi onayincaya kadar askıda hükümsüzlük söz konusu olacaktır<sup>8</sup>.

### 1. Temsil Olunanın Yapılan İşlemi Onaması

Temsil olunan, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemi onarsa, söz konusu işlemle bağlı olacaktır (TBK m. 46 f. 1). Onama, yetkisiz olarak yapılan hukuki işlemin, baştan itibaren temsil yetkisi varmış gibi, geçerli olmasını sağlayacaktır<sup>9</sup>.

TBK’de, temsil olunanın, yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme onay verip vermeme konusunda karara varması için kesin bir süre öngörülmemiştir. Ancak TBK m. 46 f. 2 uyarınca, yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, “uygun bir süre” içinde bu hukukî işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilecektir. Söz konusu süre, üçüncü kişi tarafından bizzat veya mahkeme aracılığıyla tayin edilecektir<sup>10</sup>.

Temsil olunanın onaması halinde, sözleşme yapıldığı andan itibaren kurulmuş sayılacağından, kural olarak, temsilcinin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>11</sup>.

### 2. Temsil Olunanın Yapılan İşlemi Onamaması

Genel hükümler çerçevesinde, yetkisiz temsilci, başkası adına hareket ettiği için hiçbir zaman yapılan sözleşmenin tarafı haline gelmez. Ancak

---

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, 2. B., Ankara 2012, s. 391; İnceoğlu, s. 355; Antalya, s. 400; Cihan, s. 10.

<sup>5</sup> Kutlu Sungurbey, s. 37; Esener, s. 122; Antalya, s. 401.

<sup>6</sup> Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi / Serozan/ Arpacı, s. 721; Uygur, s. 391; Kutlu Sungurbey, s. 44; Antalya, s. 400.

<sup>7</sup> Kılıçoğlu, s. 242; Esener, s. 122.

<sup>8</sup> Akyol, Ş.: Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 335; İnceoğlu, s. 358; Kutlu Sungurbey, s. 48; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi / Serozan/ Arpacı, s. 721; Antalya, s. 400; Esener, s. 121; Nomer, s. 106.

<sup>9</sup> Kılıçoğlu, s. 242; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi / Serozan/ Arpacı, s. 722; Akyol, s. 463; Uygur, s. 391; Antalya, s. 402; İnceoğlu, s. 419.

<sup>10</sup> Kılıçoğlu, s. 242; İnceoğlu, s. 400 vd.; Akyol, s. 479.

<sup>11</sup> Temsil olunanın onamasına kadar geçen sürede, üçüncü kişi, gecikme sebebiyle zarara uğramışsa, yetkisiz temsilciden, “culpa in contrahendo” esasına dayanarak, bir gecikme tazminatı talep edebileceği yönünde bkz. Akyol, s. 542; İnceoğlu, s. 428.

temsil olunan, sözleşmeyi onamazsa, yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin zararını karşılayacaktır (TBK m. 47). Burada üçüncü kişi, yapılan işlemin geçersizliğinden dolayı ortaya çıkan menfi zararını isteyebilecektir<sup>12</sup>. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kaynağı “culpa in contrahendo”dan<sup>13</sup> kaynaklanmaktadır<sup>14</sup>. Zira yetkisiz temsilci, temsil yetkisini haiz olduğu ve kurulan sözleşmenin geçerli kabul edileceği yönünde üçüncü kişide haksız bir güven uyandırmıştır. Sözleşme görüşmeleri öncesinde uyması gereken özen, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmiştir<sup>15</sup>.

Yetkisiz temsil ilişkisinde, temsil olunan, kural olarak, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme ile bağlı olmadığı<sup>16</sup> gibi herhangi bir tazminat sorumluluğu da yoktur<sup>17</sup>. Kendisi ile işlem yapılan üçüncü kişi ise, temsil olunanın sözleşmeyi reddettiği ana kadar sözleşme ile bağlı olacaktır.

### C. Yetkisiz Temsile İlişkin Sigorta Hukuku Hükümleri

Sigorta hukukunda, yetkisiz temsile ilişkin hükümler TTK m. 1406’da düzenlenmiştir. Kanun koyucu ilk fıkrada, bir kişinin, diğer bir kişi adına onu temsilen sigorta sözleşmesi yapabileceğini; temsilci yetkisiz ise ilk sigorta döneminin primlerinden sorumlu olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla genel hükümler çerçevesinde, temsil olunan, sözleşmeyi onamadığı takdirde yetkisiz temsilci, sözleşmenin hüküm doğurmaması nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu olurken; sigorta hukuku bağlamında yetkisiz temsilci, ilk sigorta dönemine ait primden sorumlu olacaktır.

TTK m. 1406 f. 2’de ise, adına sigorta sözleşmesi yapılan kişinin, rizikonun gerçekleşmesinden önce veya TTK m. 1458 hükmü saklı kalmak kaydıyla, riziko gerçekleşince de sözleşmeye sonradan icazet verebileceği düzenlenmiştir. Temsil olunan, riziko gerçekleşmeden önce sözleşmeye icazet verirse, işlemin tarafı haline gelecek ve sigorta primlerinden bu andan itibaren kendisi sorumlu olacaktır<sup>18</sup>. Ancak maddede yer alan “rizikonun gerçekleşmesinden sonra da temsil olunanın sözleşmeye sonradan icazet verebileceği” ifadesi, sigorta hukukunun temel ilkeleri açısından birçok sorunu beraberinde getirmektedir.

---

<sup>12</sup> Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi / Serozan/ Arpacı, s. 734; Kılıçoğlu, s. 243; Uygur, s. 393; Nomer, s. 107.

<sup>13</sup> “Culpa in contrahendo” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulsan, İ.: “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982, s. 284 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi / Serozan/ Arpacı, s. 734; Kılıçoğlu, s. 78 vd.

<sup>14</sup> Ergüne, M. S.: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 201 vd.; Kılıçoğlu, s. 243; Akyol, s. 525; Kutlu Sungurbey, s. 117; Antalya, s. 402; Nomer, s. 107.

<sup>15</sup> Kutlu Sungurbey, s. 118; Ulsan, s. 289, 292.

<sup>16</sup> Temsil olunan, yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeyi onarsa, sözleşmeye taraf olacaktır.

<sup>17</sup> Temsil olunan, üçüncü kişide, temsil yetkisinin varlığı konusunda bir kanaatin oluşmasına sebebiyet vermişse, tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

<sup>18</sup> Ayhan R./ Çağlar H./ Özdamar M.: Sigorta Hukuku, Ankara 2014, s. 130 vd.

Son olarak, TTK m. 1406 f. 3'te, başkasının adına yapıldığı anlaşılmayan veya yetkisiz yapılan sözleşmenin, menfaati<sup>19</sup> bulunması şartıyla, temsilci adına yapılmış sayılacağı ifade edilmiştir. Kanun koyucu, sözleşmenin geçerli kabul edilebilmesi için TTK m. 1408'de ifade edilen sigorta menfaatinin varlığını aramıştır. Dolayısıyla sigorta menfaatinin yokluğunda yapılan sözleşme daha baştan geçersiz sayılacaktır. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde, sigorta hukuku bağlamında yetkisiz temsile ilişkin sorunlar ayrıntılı olarak ele alınacak ve bu sorunlara çözüm bulunmaya çalışılacaktır.

## II. SORUNUN TAKDİMİ

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, sigorta hukukunda yetkisiz temsile ilişkin TTK m. 1406 hükmünün isabetli bir düzenleme olduğunu söylemek güçtür. Madde birçok açıdan tartışmaya açıktır. Şöyle ki:

Yetkisiz temsilcinin menfaatinin olmadığı hallerde, genel hükümler uyarınca, yapılan sözleşme geçersiz olacak ve yetkisiz temsilci "culpa in contrahendo"dan kaynaklan tazminatı ödeyecektir. Ancak sigorta hukukuna ilişkin TTK m. 1406 f. 1'de, yetkisiz temsilcinin, "culpa in contrahendo"dan kaynaklanan tazminat yerine, ilk sigorta döneminin priminden sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla burada yetkisiz temsilcinin sigorta menfaati olmasa da, ilk sigorta döneminde, sözleşmenin askıda hükümsüz olduğu mu kabul edilmiştir? Genel hükümlerdeki "culpa in contrahendo"dan kaynaklanan tazminattan ayrılarak, farklı bir yaptırım öngörülmesinin gerekçesi sözleşmeyi sınırlı da olsa ayakta tutmak mıdır?

TTK m. 1406 f. 2 uyarınca, adına sigorta sözleşmesi yapılan kişi, TTK m. 1458 saklı kalmak üzere, riziko gerçekleşince de sözleşmeye sonradan icazet verebilecektir. Ancak riziko gerçekleştikten sonra icazet verebilmek için ortada askıda hükümsüz bir sözleşmenin varlığı gerekir. Oysa TTK m. 1408'de, sigorta sözleşmesinin yapılması anında, sigortalanan menfaat mevcut değilse, sigorta sözleşmesinin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Bahsi geçen maddeden yola çıkarak, yetkisiz temsilcinin, sözleşmenin yapılması sırasında sigorta menfaati yoksa sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olacağı söylenecektir. Bu durumda geçersiz olan bir sözleşmeye, rizikonun gerçekleşmesinden sonra temsil olunan tarafından icazet verilmesi mümkün müdür?

Sigorta; sigortalının, sigorta şirketine ödediği prim karşılığında çeşitli risklere karşı kendisini veya malvarlığını güvence altına almasıdır. Dolayısıyla

---

<sup>19</sup> Sigorta menfaati hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğanay, İ.: "Başka Bir Kimse Nam ve Hesabına Yapılan Mal Sigortası", Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s. 49 vd.; Atamer, K.: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca "Zarar Sigortaları"na Giriş", Batider, C. XXVII, S. 1, 2011, s. 47 vd.; Özdemir, A.: "Sigorta Sözleşmelerinde Menfaat", Legal Hukuk Dergisi, C. X, S. 112, 2012, s. 142-149.

sigorta şirketinin faaliyetlerini yürütebilmesi için aranan ilk şart, sigorta ettirecek kişilerin malvarlığını veya şahıs varlığını tehdit eden ve iktisadi sonuçlar doğuran risklerin olmasıdır<sup>20</sup>. Başka bir deyişle, risk yoksa sigorta da söz konusu olmayacaktır<sup>21</sup>. Zira TTK m. 1458'den yola çıkarak, riskin, sigortanın vazgeçilmez şartı olduğunu söyleyebiliriz. Ancak TTK m. 1406 f. 2 hükmünde, rizikonun gerçekleşmesinden sonra temsil olunanın sözleşmeye icazet vererek, sigorta himayesinden yararlanabileceği ifade edilmiştir. Sigortanın olabilmesi için riskin mevcut olması gerekirken, rizikonun gerçekleşmesinden sonra temsil olunanı sigorta himayesinden faydalandırmak, sigorta hukukunun temel ilkelerine aykırı değil midir?

TBK m. 47 çerçevesinde, temsil olunan, yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işleme icazet vermezse, üçüncü kişi, yetkisiz temsilciden uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Buradaki tazmin edilecek zarar, sözleşmenin kurulmamış olması nedeniyle uğranılan menfi zarar olacaktır<sup>22</sup>. Oysa kanun koyucu, TTK m. 1406 f. 1'de, yetkisiz temsilciyi ilk sigorta döneminin primlerinden sorumlu tutmuştur. Genel hükümler uyarınca, yetkisiz temsilcinin tazminat sorumluluğu söz konusuyken, sigorta hukukunda yetkisiz temsilci neden ilk sigorta dönemine ait primden sorumlu olacaktır? Kanun koyucunun buradaki amacı, sigorta menfaati olmayan yetkisiz temsilcinin yaptığı sigorta sözleşmesini, askıda hükümsüz de olsa bir şekilde ayakta tutmak mıdır? Ayrıca sigorta sözleşmesi dışındaki sözleşmeleri başkası adına yapan yetkisiz temsilcinin durumu ile sigorta sözleşmesini aynı şekilde yapan kişi arasında ne gibi bir fark vardır? Kanun koyucu, sigorta sözleşmesini, diğer sözleşmelerden bu konuda niçin ayrı tutmuştur?

Kanun koyucu, TTK m. 1406 f. 1'de, yetkisiz temsilcinin tazminat sorumluluğunu, ilk sigorta dönemine ait prim borcu olarak belirlemiştir. Dolayısıyla oluşan zararın alt sınırı, ilk sigorta dönemine ait prim olarak belirlenmiştir. Ancak sigortacının zararının, bu sınırın altında kaldığı durumlarda, yetkisiz temsilciyi yine de ilk sigorta dönemine ait primden sorumlu tutmak hakkaniyetle bağdaşacak mıdır? TTK m. 1406 f. 1 hükmü, yukarıdaki ihtimal söz konusu olduğunda, sigortacının haksız yere zenginleşmesine zemin hazırlamayacak mıdır? Ayrıca bu durum tazminatın bir zenginleşme aracı olmasına sebebiyet vermeyecek midir?

---

<sup>20</sup> Can, M.: Türk Özel Sigorta Hukuku, 3. B., Ankara 2009, s. 17; Memiş, T.: Yangın Sigortasında Riziko, Ankara 2001, s. 21; Atamer, s. 62 vd.

<sup>21</sup> Omağ, M. K.: Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Ankara 1985, s. 9 vd.

<sup>22</sup> Sayhan, İ.: Sigorta Sözleşmelerinin Konusu, Ankara 2001, s. 106.

TTK m. 1406 f. 1'in gerekçesinde<sup>23</sup>, yetkisiz temsilcinin, sigortacıya karşı ilk sigorta dönemine ait prim borcundan sorumlu olduğu ve bu sorumluluğun genel hükümler çerçevesinde "culpa in contrahendo"dan doğan sorumluluğu ortadan kaldırmadığı ifade edilmiştir. Buradan hareketle, TTK m. 1406 f. 1'deki sorumluluk, genel hükümlerden doğan sorumluluğa ek bir sorumluluk olarak mı kabul edilecektir? Ek bir sorumluluk olarak kabul edilirse, kanun koyucunun sigorta hukukunda yetkisiz temsilcinin fiilini bu kadar ağırlaştırmasının haklı gerekçesi nedir?

### III. SORUN HAKKINDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Yetkisiz temsil ilişkisinde TBK ve sigorta hukukuna ilişkin TTK hükümlerinin farklı düzenlemeler ihtiva etmesi, öğretide çeşitli görüşlerin doğmasını da beraberinde getirmiştir. Bu başlık altında söz konusu görüşlerden bahsetmek, sorunun çözümü açısından faydalı olacaktır.

İlk olarak, temsil olunanın, sözleşmeye sonradan icazet vererek, sigorta himayesinden yararlanabileceğini kabul eden görüşten bahsetmek gerekir<sup>24</sup>. Ancak bu görüş, icazetin rizikonun gerçekleşmesinden önce verilmiş olmasını aramaktadır. Temsil olunan, rizikonun gerçekleşmesinden sonra icazet vererek, sözleşmeyi geçerli hale getiremeyecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, yazarın bu düşüncesi, TTK m. 1406 f. 2'nin açık hükmü karşısında tartışma yaratacaktır. Ayrıca yazar, genel hükümlerden farklı olarak, yetkisiz temsilcinin,

---

<sup>23</sup> TTK m. 1406 gerekçe bkz. 6762 sayılı Kanununun "diğer bir kimsenin nam ve hesabına yapılan sigorta" başlığı altında düzenlenen temsil müessesesi Tasarıda da korunmuştur. Ancak, uygulamada bazen nam ve hesabına yapılan sözleşme kavramı ile başkası lehine sigorta kavramı karıştırılabildiğinden konu "temsil" matlabı ile düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında mevcut durumdan farklı olarak temsilcinin yetkisiz olması durumunda sigortacıya karşı sorumlu olacağı miktar sigorta priminin tamamı şeklinde değil de sigorta dönemine ait prim olarak belirlenmiştir. Sigorta priminin tamamından yetkisiz temsilcinin sorumlu tutulmasının çok adilane olmadığı düşünülmüştür. Zira bu düzenleme yetkisiz temsilcinin genel hükümler çerçevesinde "culpa in contrahendo"dan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Maddenin ikinci fıkrası 6762 sayılı Kanunun 1270 inci maddesinin ikinci fıkrasının tekrarı mahiyetinde olmakla birlikte gerek Kanunun kendi içinde bir bütünlük sağlayabilmesini gerekse sigorta ettirenin haksız kazanç sağlamasının önüne geçilebilmesini teminen, temsil olunanın rizikonun gerçekleşmesinden sonra sözleşmeye icazet vermesinin ancak, rizikonun gerçekleştiği konusunda bilgi sahibi olmamasına bağlı olduğunu ifade edecek şekilde 1458 inci madde hükmünün saklı olduğu fıkraya eklenmiştir. Maddenin son fıkrasına yenilik olarak yetkisiz temsilci tarafından yapılan sözleşmede, sigortalanan menfaat üzerinde ayrıca yetkisiz temsilcinin de menfaati varsa sözleşmenin yetkisiz temsilci adına kurulmuş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle yetkisiz yapılan sözleşmeye hayat verebilmesi olanağı sağlanmıştır.

<sup>24</sup> Sayhan, s. 105.

ilk sigorta dönemine ait primlerden sorumlu tutulmasını eleştirmiştir<sup>25</sup>. Zira prim borcunun doğabilmesi için geçerli olarak doğmuş bir sözleşmenin varlığı gerekir. Oysa burada geçerli bir sözleşme yoktur. Bu noktada yazar sorunun çözümünde iki öneri sunmaktadır<sup>26</sup>. Bunlardan ilki, genel hükümler uyarınca, yetkisiz temsilci, üçüncü kişinin menfi ve müspet zararını ödemekle yükümlü olmalıdır. Diğer önerisi ise, yetkisiz temsilcinin yaptığı sigorta sözleşmesini geçersiz addetmeyip, başkası hesabına sigorta olarak kabul etmek gerektiğidir. Bu düşüncesinin gerekçesi, yetkisiz temsilci, her durumda belirtilen sigorta primini ödeyeceğinden, menfaat sahibi kişinin bu sözleşmeden yararlanmasını sağlamaktır. Ancak ifade edelim ki, temsilen sigorta ile başkası hesabına sigorta farklı kavramlardır.

Bir diğer görüş, yetkisiz temsilcinin her ne kadar sigorta primlerinden sorumlu olsa da, sigorta sözleşmesinden doğan hak ve borçların kendisi üstünde doğmadığını belirtmiştir<sup>27</sup>. Zira sözleşmede öngörülen menfaat temsil olunana aittir. TTK m. 1453'te sigorta sözleşmesinde sigortalının menfaat sahibi olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla yapılan sözleşme geçersiz olacaktır. Fakat söz konusu durumu, hakkaniyete uygun hale getirebilmek için TTK m. 1406 f. 2 hükmü öngörülmüştür. Buna göre, riziko gerçekleştikten sonra da temsil olunan sözleşmeye icazet vererek, sigorta himayesinden faydalanabilecektir. Dolayısıyla her ne kadar rizikonun gerçekleşmesinden sonra icazet vererek sigorta himayesinden yararlanmak sigortanın amacına aykırılık oluştursa da; bunun temelinde, yetkisiz temsilcinin sigorta primlerinden sorumlu olmasına rağmen, sözleşme dolayısıyla hak kazanamaması yatmaktadır. Yazar, rizikonun gerçekleşmesinden sonra icazet verilemeyeceğinin kabul edilmesi halinde, sigortacı açısından haksız bir zenginleşme doğacağını beyan etmiştir<sup>28</sup>. Ancak başlangıçta geçersiz olan bir sözleşmenin, rizikonun gerçekleşmesinden sonra icazet verilerek, tekrardan nasıl geçerli hale geleceği konusu açıklanmaya muhtaçtır.

Başka bir görüş, TTK m. 1406 f. 1 hükmünün ifade bakımından isabetli olmadığını belirtmiştir<sup>29</sup>. Zira hükmün lafzından, sigorta sözleşmesinin, bir sigorta dönemi yürürlükte kalacak biçimde kurulduğu anlamı çıkabilir. Oysa yazara göre, söz konusu hükümle, kanun koyucu tarafından, yetkisiz temsilciye yüklenmiş, bir sigorta dönemine ilişkin prim tutarında götürü ve "culpa in

---

<sup>25</sup> Sayhan, s. 107; aynı yönde bkz. Kender, R.: Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul 1995, s. 136.

<sup>26</sup> Sayhan, s. 108.

<sup>27</sup> Inceoğlu, s. 452.

<sup>28</sup> Inceoğlu, s. 453.

<sup>29</sup> Demirsatan, B.: "Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüdü", İÜHFİM, C. LXXV, S. 1, s. 365.

contrahendo” kaynaklı bir tazminat söz konusudur<sup>30</sup>. Yetkisiz temsilci ile sigorta sözleşmesinin kurulması mümkün değildir. Aksi durumun kabulünde, üçüncü kişi lehine kurulmuş bir sözleşme olmamasına rağmen; yetkisiz temsilci, tarafı olmadığı sözleşmeden doğan prim borcunun borçlusu olurken, adına böyle bir sözleşme kurulduğundan haberi olmayan temsil olunan, sözleşmenin tarafı sayılacağı, sözleşmeden doğan haklara sahip olacağı, prim ödeme borcu haricindeki borç ve külfetlerine de katlanacağı ifade edilmiştir. Yazar, söz konusu durumun, borçlar hukuku kurallarıyla ve sözleşmenin kurulmasına ilişkin ilkelerle açıklamanın mümkün olmadığını belirtmiştir.

Öğretide ifade edilmesi gereken son bir görüş de yetkisiz temsilcinin, sigortacıya karşı olan sorumluluğuna ilişkindir. Yazarlara göre, yetkisiz temsilci, ilk sigorta döneminin primlerinden sorumlu olduğu için artık TBK m. 47 bağlamında bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>31</sup>. Keza, bu halde, sigortacının bir zararı da bulunmamaktadır. Zira sigortacı, sigorta primlerini almakla ifa menfaatine kavuşmuş olmaktadır. Dolayısıyla bu görüş uyarınca, olağan koşullarda gerçekleşme ihtimali az da olsa sigortacının zararının ilk döneme ait prim borcundan fazla olduğu durumlarda, sigortacı bu zararını tazmin edemeyecektir. Ancak TTK m. 1406 f. 1’in gerekçesinde, yetkisiz temsilcinin, ilk sigorta dönemine ait prim borcunu ödemesinin, genel hükümler çerçevesinde “culpa in contrahendo”dan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Buradan hareketle, TTK m. 1406 f. 1’deki sorumluluğa ek olarak, genel hükümlerden doğan sorumluluğun da devam ettiği açıktır. Dolayısıyla yazarların yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna ilişkin bu düşüncesi, hükmün gerekçesiyle çelişmektedir.

#### IV. SORUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sigorta hukukunda, yetkisiz yapılan sigorta sözleşmesi, menfaati bulunması şartıyla, temsilci adına yapılmış sayılacaktır. Çalışmamızın konusunu oluşturan sorun, yetkisiz temsilcinin menfaatinin bulunmadığı hallerde, sözleşmenin akıbeti noktasında ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, yetkisiz temsilcinin menfaati yoksa yapılan sözleşme ilk sigorta döneminin sonuna kadar askıda hükümsüz olmalıdır. Başka bir deyişle, sigortacı ilk sigorta döneminin sonuna kadar sözleşme ile bağlı olurken, yetkisiz temsilci hiçbir şekilde yapılan sözleşme ile bağlı olmayacaktır. TTK m. 1406 f. 1’de ifade edilen ilk sigorta dönemi, kanun koyucunun, sözleşmeye icazet verip vermeme konusunda temsil olunana tanıdığı azami bir süredir. Aksi halde sigortacı, ilk sigorta döneminin bitiminden sonra da sürekli olarak askıda hükümsüz bir sözleşmeyle bağlı

---

<sup>30</sup> Yetkisiz temsilcinin sigorta primlerinden sorumlu olacağı yönündeki aksi görüşler için bkz. Atamer, s. 46; İnceoğlu, s. 452.

<sup>31</sup> Metezade Z./Güleli N. T.: Sigorta Hukuku, İstanbul 2011, s. 13.



tutulurak, hakkaniyet ilkesinin ihlal edilmesine sebebiyet verilecektir. Ayrıca bu durum, temsil olunanın aşırı şekilde korunmasına yol açacaktır. İlk sigorta döneminin bitiminden sonra temsil olunan dilerse, sigortacı ile yeni bir sigorta sözleşmesi yapabilir.

TTK m. 1406 f. 1 uyarınca, yetkisiz temsilci, sigorta menfaatinin olup olmadığına bakılmaksızın, her durumda, ilk sigorta dönemine ait primden sorumlu tutulmuştur. Kanaatimizce bu durum, yetkisiz temsilcinin aşırı şekilde cezalandırılmasına yol açar. Bu sebeple, yetkisiz temsilciye, ödediği ilk sigorta döneminin primini geri alabilmesi için bir imkân tanınmalıdır. İşte kanun koyucu, ilk sigorta döneminin sonuna kadar, temsil olunana, yapılan sözleşmeye icazet verme yetkisi tanıyarak, yetkisiz temsilcinin ödediği primleri geri alabilmesinin yolunu açmıştır. Böylece TTK m. 1406 f. 1’de sigortacının, f. 2’de ise yetkisiz temsilcinin menfaati korunarak, bir denge kurulmaya çalışılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere genel hükümler çerçevesinde, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, “culpa in contrahendo” esasına dayanır. “Culpa in contrahendo” sorumluluğunun kaynağını üçüncü kişinin uğradığı menfi zarar oluşturur. Menfi zarar, sözleşmenin kurulmaması veya geçersiz olması sebebiyle uğranılan kayıptır. TTK m. 1406’da, genel hükümlerden ayrılarak, yetkisiz temsilin söz konusu olduğu hallerde, üçüncü kişiye karşı sorumluluk, ilk sigorta dönemine ait prim borcu olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun yetkisiz temsilciyi menfi zararın tazmini yerine, ilk sigorta dönemine ait prim borcundan sorumlu tutmasının bir gerekçesi olmalıdır. Kanaatimizce, burada sigorta sözleşmesinin tek taraflı olsa da kurulduğunu, bu sözleşmenin geçersiz sayılmayacağını söyleyebiliriz. Zira TTK hükmünde, sorumluluk olarak menfi zararın tazmini yer alsaydı, yetkisiz temsilcinin sigorta menfaatinin olmadığı durumlarda, sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olacağını rahatlıkla söyleyebilirdik.

TTK m. 1406’nın gerekçesinde, yetkisiz temsilcinin, sigortacıya karşı ilk sigorta dönemine ait prim borcundan sorumlu olduğu ve bu sorumluluğun genel hükümler çerçevesinde “culpa in contrahendo”dan doğan sorumluluğu ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir. Ancak yapılan sigorta sözleşmesi, herhangi bir yetkisizlik sorunu olmadan, geçerli bir şekilde yapılmış olsaydı, sigortacının elde edeceği edim, ilk sigorta dönemine ait prime eşit olacaktır. Dolayısıyla TTK m. 1406 f. 1’de düzenlenen tazminat miktarı, sigortacının zararını tamamen karşılamaktadır. Maddenin gerekçesinde, söz konusu tazminatın yanısıra “culpa in contrahendo” sorumluluğunun da devam ettiği ifadesi isabetli değildir. Aksi halde, sigortacının, tazminat sebebiyle zenginleşmesi ihtimali gündeme gelebilecektir.

## SONUÇ

TTK m. 1406 f. 2’de riziko gerçekleştikten sonra yetkisiz temsil olunanın, icazet vererek, sözleşmeyi geçerli hale getirebileceği ifade edilmiştir. Fakat bu fıkranın uygulanabilmesi için önceden tek taraflı da olsa kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gerekir. Zira yetkisiz temsilcinin menfaatinin olmaması sebebiyle, başlangıçtan itibaren bu sözleşme geçersizdir dersek, riziko gerçekleştikten sonra temsil olunanın icazet verebileceği bir sözleşme de bulunmayacaktır. Dolayısıyla yetkisiz temsilci ile sigortacı arasında yapılan sözleşme, sigortacıyı bağlayan askıda hükümsüz bir sözleşmedir.

Belirtilmesi gerekir ki; riziko gerçekleştikten sonra, temsil olunanın icazet vererek sözleşmeden yararlanabilmesi için rizikonun ilk sigorta dönemi içinde gerçekleşmiş olması gerekir. Zira yetkisiz temsilci yalnızca o döneme ait primleri ödemiştir. Temsil olunanın icazet verebileceği azami süre olan ilk sigorta dönemi bitince, ortada askıda da olsa herhangi geçerli bir sözleşme bulunmayacaktır. Bu dönemden sonra temsil olunanın icazeti bir icap olarak değerlendirilebilir. Ancak riziko gerçekleştiği için yeni bir sigorta sözleşmesinin yapılması mümkün değildir.

Son olarak ifade edelim ki; TTK m. 1406 f. 1’de zikredilen ilk sigorta dönemi, kanun koyucunun, sözleşmeye icazet verip vermeme konusunda temsil olunana tanıdığı azami bir süredir. Diğer bir deyişle, yetkisiz temsilcinin menfaati olmasa dahi, sözleşme baştan itibaren geçersiz olmayıp, bu süre içerisinde askıda hükümsüz olacaktır. Bu süre zarfında temsil olunan, iradesini açıklamak için yeteri kadar zaman kazanacak; yetkisiz temsilci de ödediği primleri geri alabilmek için uzun bir süre kazanmış olacaktır. Söz konusu döneme ait sigorta primleri ödendiğinden, sigortacının, herhangi bir kaybı bulunmayacaktır. Buradan hareketle, bu sürenin, yetkisiz temsil ilişkisindeki temsil olunanın, yetkisiz temsilcinin ve sigortacının menfaatlerinin dengelenmesine hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

## KAYNAKÇA

- **Akyol, Ş.:** *Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.*
- **Antalya, G.:** *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul 2012.*
- **Atamer, K.:** *“Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca “Zarar Sigortaları’na Giriş”, Batider, C. XXVII, S. 11, 2011.*
- **Can, M.:** *Türk Özel Sigorta Hukuku, 3. B., Ankara 2009.*
- **Cihan H.:** *Temsil Yetkisinin Verilmesi Ve Kapsamının Belirlenmesi, İstanbul 2011.*
- **Demirsatan, B.:** *“Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Prim Ödeme Borcunda Temerrüdü”, İÜHFİM, C. LXXV, S. 1.*

- **Doğanay, İ.:** *“Başka Bir Kimse Nam ve Hesabına Yaptırılan Mal Sigortası”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara 1974.*
- **Eren, F.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015.*
- **Ergüne, M. S.:** *Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.*
- **Esener, T.:** *Yetkisiz Temsil, II inci Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Ankara 1962.*
- **Hatemi, H./ Gökyayla, E.:** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.*
- **İnceoğlu, M. M.:** *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.*
- **Kılıçoğlu, A.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. B., Ankara 2012.*
- **Kocayusufpaşaoğlu N./ Hatemi H./ Serozan R./ Arpacı A.:** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul 2014.*
- **Kutlu Sungurbey, A.:** *Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988.*
- **Memiş, T.:** *Yangın Sigortasında Riziko, Ankara 2001.*
- **Metezade Z./Güleli N. T.:** *Sigorta Hukuku, İstanbul 2011.*
- **Nomer, H. N.:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. B., İstanbul 2012.*
- **Omağ, M. K.:** *Türk Sigorta Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Ankara 1985.*
- **Özdemir, A.:** *“Sigorta Sözleşmelerinde Menfaat”, Legal Hukuk Dergisi, C. X, S. 112, 2012.*
- **Sayhan, İ.:** *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu, Ankara 2001.*
- **Ulusan, İ.:** *“ Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan, C. I, İstanbul 1982.*
- **Uygur, T.:** *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, 2. B., Ankara 2012.*

# MUVAZAALI EVLENMELERİN TÜRK VATANDAŞLIK VE YABANCILAR HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assessment of Marriage Fraud According to Turkish Citizenship and Foreigners' Law*

**Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR\***

Geliş Tarihi: 25.10.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Ailede vatandaşlık birliğinin sağlanması amacıyla vatandaşlığın evlenme yoluyla kazanılması, aile üyelerine ikamet izni verilmesi yoluyla aile birleşiminin gerçekleşmesi ve vatandaşla evli kişilerin diğer yabancılara nazaran daha kolay yoldan çalışma izni alması birçok ülkede kabul gören bir yaklaşımdır. Türk vatandaşlık ve yabancılar hukukuna ilişkin mevzuat incelendiğinde de bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması, şartlar bakımından genel olarak vatandaşlığa alınma usulüne göre daha kolaydır. Yabancılar hukukuna ilişkin mevzuat incelendiğinde ise aile ikamet iznine ilişkin detaylı düzenlemelere yer verildiği ve özellikle de aile ikamet izninin kısa dönem ikamet iznine nazaran oldukça avantajlı olduğu görülmektedir. Çalışma izni verilmesi açısından da Türk vatandaşıyla evli kişilere kolaylık sağlanmaktadır. Lâkin bütün bu düzenlemeler, evliliğin, sadece söz konusu avantajlardan yararlanılması amacıyla yapılması kaygısını da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda da idareye hem evliliğin gerçek bir evlilik olup olmadığı noktasında denetim yetkisi verilmekte hem de evlenmeye bağlı olarak talep edilen ilgili işlemlerde takdir yetkisi tanınmaktadır. Makalemizde, Türk vatandaşlık ve yabancılar hukuku açısından, gerçek bir aile kurma iradesi olmaksızın akdedilen evliliklere ilişkin yaklaşımın, ilgili yasal düzenlemeler ve yargı kararları çerçevesinde incelenmesi amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Muvazaalı Evlenme, Türk Vatandaşlığının Kazanılması, Aile İkamet İzni, Çalışma İzni, İdarenin Takdir Yetkisi

## ABSTRACT

Acquisition of citizenship by marriage in order to ensure family citizenship unity, family reunification by granting residence permits to family members and allowing to whom married with citizens to get work permission more easily than other foreigners is an accepted approach in many countries. When Turkish citizenship law and the legislation on foreigners' law is examined, it is seen that this approach is also adopted. The acquisition of Turkish nationality by way of marriage is easier, in terms of conditions, than the general procedure for naturalization. When the legislation on foreigners' law is examined, it is seen that detailed regulations regarding the family residence permit are included and especially the family residence permit is more advantageous than the short-term residence permit. In case of giving a work permit, it is easily provided to the people who are married to Turkish citizens. However, all these arrangements bring about the concern that marriage being made only for the benefit of these advantages. In this context, the administration is given the authority to control whether the marriage is real or not and the discretionary authority is granted about the related process which dependent on marriage. In this article, it is aimed to examine the approach regarding the marriages concluded without the will to establish a real family with regards to Turkish citizenship and foreigners' law within the framework of the relevant legal regulations and judicial decisions.

**Key Words:** Marriage Fraud (Sham/Fake Marriage), Acquisition of Turkish Nationality, Family Residence Permit, Work Permit, Administrative Discretion

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ozgurrcekk@gmail.com, ORCID ID:0000-0001-6195-0964.

## GİRİŞ

Evlenmenin, mutad ve normal görülen hukukî ve toplumsal sonuçları dışındaki hedeflere ulaşmak amacıyla yapılması “*muvaazalı evlenme*” olarak anılmaktadır<sup>1</sup>. Başka bir anlatımla, eşlerin, gerçek bir aile kurma amacı gözetmeksizin, sadece evliliğin sağladığı birtakım haklardan yararlanabilmek amacıyla, dışa karşı evlilik birliği varmış gibi şeklî (biçimsel) bir görünüm sergilemeleri durumunda, evlenmede muvazaalı söz konusudur<sup>2</sup>.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu<sup>3</sup> (TMK) açısından baktığımızda, muvazaalı evlenmelere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sınırlı sayıda düzenlenen butlan sebepleri (TMK m. 145, m. 148-151 ve m. 153) arasında muvazaalı evlenmelere yer verilmemiş olması sebebiyle, bu evliliklerin iptal yaptırımına tâbi tutulması mümkün değildir<sup>4</sup>. Yargıtay kararlarında

<sup>1</sup> **Aybay**, Rona, Kadının Uyraklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 450, Ankara 1980, s. 109. Muvazaalı evlenmeler, “*yalancı evlenme*”, “*câli evlenme*” veya “*göstermelik evlenme*” şeklinde de adlandırılmaktadır (**Aybay**, Rona/ Özbek, Nimet/ **Ersen Perçin**, Gizem, Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019, s. 138; Aybay, s. 109).

<sup>2</sup> **Esener**, Turhan, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956, s. 32; **Berki**, Osman Fazıl, “*Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyete Tesiri*”, Prof. Dr. H. C. OĞUZOĞLU’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 303, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, ss. 89-101, s. 96-98; **Oğuzman**, Kemal/ **Dural**, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 91; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 585-586; **Dural**, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku- Cilt III- Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 83; **Akintürk**, Turgut/ **Ateş Karaman**, Derya, Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 212; **Doğan**, Murat/ **Okur**, Sinan, “*Türk ve Alman Hukukunda Evlenmenin Mutlak Butlanı Sebepleri*”, Türkisch-Deutscher Familienrechtskongress, 23. – 25. Mai 2013; (Editörler: Zeynep DÖNMEZ, Ünsal DÖNMEZ ve Michael MARTINEK), Ankara 2014, ss. 55-72, s. 64; İkizler, Metin, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 234; Aybay, s. 109.

<sup>3</sup> RG. T. 08.12.2001- S. 24607.

<sup>4</sup> Doktrinde bir görüş uyarınca, muvazaalı evlenmelerin, yapılacak bir kanun değişikliği ile butlan sebepleri arasına dâhil edilmesi gerektiği savunulmaktadır (Öztan, s. 586). Belirtmemiz gerekir ki Türk hukukunda açık düzenleme bulunmaması sebebiyle, muvazaalı evlenmeleri butlan yaptırımına tâbi tutmak mümkün olmamakla birlikte, yabancı hukuk düzenlerinin, evliliğin muvazaalı olmasını iptal sebebi sayması ihtimâl dâhilindedir (**Ertan**, Rifat, “*Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler*”, TAAD, Y. 5, S.19, Ekim 2014, ss. 243-278, s. 258-259, “*Butlan*”). Örneğin, Alman hukukunda “*tarafaların gerçekte evlilik niyeti ile hareket etmediği ve birbirlerine karşı kanunun öngördüğü yükümlülükleri üstlenmek istemediği evlilikler*” iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi tutulmuştur (BGB, m. 1314/2-b.5)\*. Özellikle de Alman vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapılan evlilikleri hedef alan bu düzenleme, evlilik yoluyla oturma izni ile ilgili kanun hükümlerinin aşılmasını da önlemek istemektedir (Doğan/ Okur, s. 68). Bununla birlikte, evlendikten sonra eş olarak birlikte yaşamaları durumunda evliliğin iptalinin istenemeyeceği de hükme bağlanmıştır (BGB, m. 1315/1-b. 5)\*. İsviçre hukukunda ise muvazaalı evlenmelerin tamamı açısından hükümsüzlük yaptırımı bulunmadığı, sadece yabancıların ülkeye kabulüne ve ülkede ikametine ilişkin kuralların “*dolanılması*” amacıyla

da evlenmenin muvazaa sebebiyle iptal edilemeyeceği istikrarlı bir şekilde ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Diğer yandan, evlenme sözleşmesinde muvazaa, aile hukuku karakteri sebebiyle mümkün de görülmemektedir<sup>6</sup>. Nitekim ahlâkî ve toplumsal önemi sebebiyle, aile hukukuna ilişkin işlemlerde tarafların sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmış, söz konusu işlemler tarafların serbest iradesine bırakılmamıştır<sup>7</sup>. Türk hukukunda kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi olarak görülen evlenme akdi<sup>8</sup> evlenecek kişilerin aynı anda ve bizzat resmî evlendirme memuru önünde hazır bulunmaları ve evlenme konusunda olumlu iradelerini açıklamaları ile kurulur (TMK m. 142). Bu bağlamda, evlenmenin resmî makam huzurunda akdedilmesinin kurucu unsur olmasından bahisle evlenme sözleşmesinde muvazaanın mümkün görülmediği ifade edilmektedir<sup>9</sup>. Dolayısıyla evlenme, muvazaalı olarak yapılmış olsa bile geçerlidir ve evlenmenin arkasında gizlenmiş olan gerçek durumun (gizli amacın) hukuken bir önemi yoktur<sup>10</sup>.

Vatandaşlık ve yabancılar hukuku açısından baktığımızda ise “*evliliğin başka bir amaca matuf olarak yapılması*” her iki alan açısından da sorun oluşturan

evlenme yoluna başvurulmasının, 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun değişikliği ile süresiz hükümsüzlük nedeni olarak düzenlendiği belirtilmektedir (İkizler, s. 235 - ZGB, m. 105/1-b.4)\*\*). Çalışmamızda muvazaalı evlenmelerin vatandaşlık ve yabancılar hukuku açısından etkileri incelendiğinden, daha kapsamlı bir incelemeyi gerektiren evlenmenin geçersizliği ve geçersizliğine uygulanacak hukuk mevzuları kapsam dışı bırakılmıştır.

\* İlgili hükümler için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/1314.html>, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/1315.html>, (ET. 02.07.2019).

\*\* İlgili hüküm için bkz. <https://www.gesetze.ch/sr/210/210010.htm#4>, (ET. 02.07.2019).

<sup>5</sup> Bkz. Y. 2 HD, T. 23.06.1988, E. 1988/5120, K. 1988/6735; Y. 2. HD. T. 04.07.1997, E. 1997/6762, K. 1997/7915; Y. 2. HD. T. 25.11.2010, E. 2009/16481, K. 2010/19524; Y. 2. HD, T. 07.07.2014, E. 2014/13520, K. 2014/15668, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 01.07.2019).

<sup>6</sup> Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. Esener, s. 31-41.

<sup>7</sup> Esener, s. 30. Türk aile hukukundaki hükümlerin pek çoğu emredici kurallar ile düzenlenmiş ve kural olarak irade serbestisi tanınmamıştır. Aile hukuku ilişkilerinde, sözleşmeler hukukunun aksine “*şekle bağlılık*” esastır (Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 15; Öztan, s. 18; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 4-5). Bu bağlamda, aile hukukuna ilişkin kuralların, kişilerin irade özgürlüğüne set çektiği ifade edilmektedir (Yıldırım, Abdülkerim, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 10).

<sup>8</sup> Evlenmenin hukukî niteliğine ilişkin görüşler hakkında bkz. Tüzüner, Özlem, “*Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 71, S. 2013/1, ss. 125-148.

<sup>9</sup> **Atamulu**, İsmail, *Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 39. Doktrinde, resmî memur huzurunda yapılan işlemler açısından, memurun o işlemdeki rolü tayin edilerek muvazaa iddiasının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Eğer resmî makam veya memurun işleme katılımı kurucu bir nitelikteyse, bu tarz işlemlerde muvazaa olmayacağı kabul edilmektedir. Diğer yandan memurun görevi yalnızca ispat bakımından tasdiki bir nitelikte ise bu işlemlerde muvazaanın olabileceği ifade edilmektedir (Esener, s. 28-30; Atamulu, s. 38-42).

<sup>10</sup> Esener, s. 30. Aynı yönde bkz. Berki s. 97; Oğuzman/ Dural, s. 91.

bir konudur<sup>11</sup>. Öyle ki doktrinde, muvazaalı evlenmelerin uygulamada en sık rastlanan örneğinin, yabancı uyruklu kişilerin vatandaşlık kazanmak, yabancı ülkede ikamet izni ve çalışma izni almak amacıyla yaptıkları evlilikler olduğu ifade edilmektedir<sup>12</sup>. Bu bağlamda vatandaşlık ve yabancılar hukukuna ilişkin mevzuat incelendiğinde, medenî hukuktaki yaklaşımın aksine, evlenmede muvazaalı olabileceği ön kabulüyle hareket edildiği görülmektedir. Nitekim evliliğin gerçek bir evlilik olup olmadığı noktasında, idareye hem denetim yetkisi verilmekte hem de evlenmeye bağlı olarak talep edilen ilgili işlemde takdir yetkisi tanınmaktadır.

Makalemizde öncelikle Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması usulünde, muvazaalı evlenmelere ilişkin hususlar, ilgili mevzuat ve Danıştay kararları ışığında incelenecektir. Sonrasında yabancılar hukuku bakımından, ikamet izni ve çalışma iznine ilişkin mevzuat uyarınca, muvazaalı evlenmelere ilişkin yaklaşım ele alınacaktır.

## I. TÜRK VATANDAŞLIK HUKUKUNDA MUVAZAALI EVLENMELER

Türk vatandaşlık hukukunun tarihi sürecinde, evlenmenin vatandaşlığa etkisi konusunda farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda<sup>13</sup> “*ecnebi kadınların*” Türklerle evlenmek suretiyle doğrudan Türk vatandaşlığını kazanacakları kabul edilmişti (m. 13/1). Kanuni düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, gizli tahkikatlar aracılığıyla, muvazaalı evlenmelerin gerçekleşmesini başından engellemek amacıyla, hukukî düzenlemeyle

---

<sup>11</sup> Çiçekli, Bülent, “*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler*”, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun Değerlendirilmesi (Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ceyda SÜRAL, Arş. Gör. Ekin ÖMEROĞLU)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, ss. 17-33, s. 25, (“*Yenilikler*”).

<sup>12</sup> Doğan, Vahit, “*Vatandaşlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Çerçevesinde Bir Değerlendirme*”, GÜHFD, Y. 1999, C. 3, S. 1-2, ss. 25-45, s. 29, (“*Tasarı*”); Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 83; Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 212; İkişler, s. 234. Gerçekten de az gelişmiş ülkelere, gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelere doğru artan göç hareketleri sebebiyle, evlenmenin kolay yoldan ikamet ve çalışma izni almak yahut ilgili ülkenin vatandaşlığını kazanmak amacıyla gerçekleştirilmesi olağan bir hâl almıştır. Öyle ki muvazaalı evlenmelerin ayarlanması konusunda uzmanlaşmış uluslararası şebekeler türemiştir. Örneğin, 2010 yılında dünya basınında büyük yankı uyandıran bir olayda, İngiliz bir rahip, Afrikalılar ve Avrupalılar arasında yüzlerce sahte evlilik yaparak kasıtlı olarak İngiltere'nin göç yasalarını ihlal ettiği gerekçesiyle yargılanmıştır. Söz konusu olay, küçük bir kasaba şapelindeki evliliklerin otuz kat artması ve evlenen kişilerin büyük çoğunluğunun Avrupa – Afrika kökenli olması neticesinde ortaya çıkmıştır. Olayda, özellikle ikamet noktasında sıkıntı çeken göçmenlerin, üç bin Euroya kadar varan ücretler karşılığında sahte evlilikler gerçekleştirmesini organize eden bir çetenin varlığı tespit edilmiştir. Haber için bkz. <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/vicar-married-hundreds-in-fraudulent-ceremonies-1997330.html>, (ET. 13.07.2019).

<sup>13</sup> RG. T. 04.06.1928 – S. 904.

bağdaşmayan bir yol izlenmekteydi<sup>14</sup>. 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda<sup>15</sup> ise Türk vatandaşlarıyla evlenen yabancı kadınların, usulüne uygun talepte bulunmaları üzerine, Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanacakları düzenlenmişti (m. 5/1)<sup>16</sup>. Söz konusu düzenleme, sadece yabancı kadınların vatandaşlık kazanmasına ilişkin olması ve yabancı erkek eşlerin düzenleme dışı bırakılması sebebiyle eleştirilmekteydi<sup>17</sup>. Diğer yandan salt talebe bağlı

<sup>14</sup> **Sayman**, Yücel, Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 48. Gizli tahkikatın şu şekilde yürütüldüğü ifade edilmektedir: *"Taraflar evlenmek için başvurduklarında, evlendirme memuru ilân muamelesini yapmakla beraber, kadın ve erkeğin ad ve soyadlarını, doğum tarihlerini, adreslerini, kadının vatandaşlığını, erkek memur ise memuriyet ünvanını kaymakamlığa bildirir. Kaymakamlık gizlice muvazaalı olup olmadığını tahkik ettirir ve sonucu Valiye bildirir. Evlenme izni vilâyetten, Belediye reisliği aracılığı ile evlendirme memuruna gelir"* (İstanbul Vilayeti Emniyet Müdürlüğü'nün 22.04.1950 tarih ve 123 sayılı Tamimi- Sayman, s. 48, dn. 104). İstanbul Vilayeti Emniyet Müdürlüğü'nün 09.02.1952 tarih ve 12 sayılı Tamimi'nde ise Türk vatandaşı ile evlenecek yabancı kadının Türk vatandaşı olacağı ve Türklere tanınan haklardan yararlanacağından bahisle, siyasal bakımdan inceleme yapılması ve muvazaalı evlenme olup olmadığının araştırılması gerektiği ifade edilmiştir. Araştırma neticesinde muvazaalı olduğu kanaatine varılması durumunda, evlenmeye izin verilmemekteydi. Lâkin bu uygulamanın, evlenmenin Türkiye'de gerçekleşmesi durumunda söz konusu olduğu ve eğer evlenme her nasılsa muvazaalı yapılmışsa iptalinin söz konusu olmadığı belirtilmektedir (Sayman, s. 48-49).

<sup>15</sup> RG. T. 22.02.1964 – S. 11638.

<sup>16</sup> *"Bir Türkle evlenen yabancı kadın Türk vatandaşlığına geçmek istediğini 42 nci maddede gösterilen şekilde bildirdiği veya vatansız bulunduğu veyahut evlenmekle eski vatandaşlığını kaybettiği takdirde Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır"* (403 sayılı Kanun, m. 5/1). Söz konusu bildirim, evlenmenin, evlendirmeye yetkili Türk makamları önünde gerçekleşmesi durumunda evlenme sırasında evlendirme makamına; yetkili yabancı makamlar önünde gerçekleşmesi durumunda ise evlenmeyi tescille görevli Türk makamlarına, evlenme akdinden başlayarak bir aylık süre içinde, yazılı olarak yapılması gerekmektedir (403 sayılı Kanun, m. 42). 403 sayılı Kanun'un hazırlık sürecinde muvazaalı evlenmelere ilişkin sıkıntılıların varlığı bilinmekle birlikte, Gerekçe'de açıkça *"vatandaşlığa alınma ile ilgili hükümleri bertaraf etmek üzere yapılan evlenmelerin batıl olduğunu bildirir bir hükmün"* Medeni Kanun'a eklenmesinin daha uygun olacağı ve bu sebeple de câli evlenmelerin vatandaşlığa etkisi konusunun bilinçli bir şekilde tasarıya alınmadığı ifade edilmiştir.

<sup>17</sup> Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında sadece yabancı kadınların durumu düzenlenmiş olmakla birlikte, istisnaî yoldan Türk vatandaşlığının kazanılması usulünde, *"Bir Türk vatandaşı ile evli olanlarla bunların reşit çocukları"* ve hatta *"Bir Türk vatandaşı ile evlenme kararıyla Türkiye'de yerleşmiş olanlar"* genel olarak vatandaşlığa alınma usulünden daha kolay bir şekilde, ikamet şartı aranmaksızın vatandaşlığa alınacak kişiler arasında sayılmıştır (403 sayılı Kanun, m. 7). Dolayısıyla Türk vatandaşıyla evlenen yabancı erkeklerin istisnaî yoldan Türk vatandaşlığını kazanması mümkün olmakla birlikte, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasına nazaran daha zor bir usule tâbi olmaları sebebiyle eşitsizlik devam etmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem**, B. Bahadır, *"Türk Vatandaşlık Hukukundaki Cinsiyet Farkından Doğan Eşitsizlik Sonucunda Türk Vatandaşı Erkeklerle Evlenen Yabancı Kadının Yarattığı Sorunlar"*, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL'e Armağan - MHB, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, ss. 293-312, (*"Eşitsizlik"*).



olarak kanun hükmü gereği Türk vatandaşlığının kazanılması, özellikle de Doğu Bloku'nun yıkılmasından sonraki süreçte kötüye kullanıma maruz kalmıştı<sup>18</sup>. Bu sebeplerle, ilgili hüküm, 4866 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun<sup>19</sup> ile yeniden düzenlenmişti (m. 1). Yeni düzenleme uyarınca, “*evlenmekle eski vatandaşlığını*” kaybedenlere ilişkin istisna haricinde, kural olarak Türk vatandaşlığının doğrudan “*bahşedilmesi*” usulünden vazgeçilmiş, yabancı gelin-damat ayrımı gözetilmemiş ve vatandaşlığı kazanılması belirli şartlara tâbi tutulmuştu<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Doğan, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 91-92, (“*Vatandaşlık*”). Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra ortaya çıkan küçük komşu ülkeler açısından, Türkiye'nin cazibe merkezi hâline geldiği ifade edilmektedir. İkamet ve çalışma izni açısından yaşanan sıkıntılar bir yana, yabancı kadınların cüz'î miktarlar karşılığında Türk vatandaşı erkeklerle Türk vatandaşlığını kazanmak için evlendikleri ve hatta bu evlilikleri sistemli bir şekilde gerçekleştirmek üzere çeşitli şebekeler kurulduğu, muvazaalı evlenme rakamlarının çığ gibi büyüdüğü belirtilmektedir (Erdem, B. Bahadır, “*Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme*”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, 29 Şubat 2008, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR, Yrd. Doç. Dr. Banu ŞİT), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, ss. 97-107, s. 97-99, (“*Tasarı*”). Aşağıda göreceğimiz üzere, günümüzde her ne kadar 403 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi doğrudan vatandaşlık kazanılması mümkün olmasa da Türkiye İstatistik Kurumu tarafından en son yayımlanan “*Evlenme ve Boşanma İstatistikleri*”<sup>\*</sup> incelendiğinde, son yıllarda Türk vatandaşlarıyla evlenen yabancı gelinler arasında, Suriyeli gelinlerin hep birinci sırada yer aldığı görülmektedir. Suriyeli damatların sayısı da gün geçtikçe artmaktadır. Bu bağlamda “*Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü*” tarafından yayımlanan, “*Suriyeliler ile Türkiye Cumhuriyeti Vatandaşları Arasındaki Evlilik İlişkileri Araştırması*”<sup>\*\*</sup> başlıklı rapor ilgi çekidir. İlgili raporda, “*Bir Suriye vatandaşının, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı elde etmek amacıyla bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ile evlenmesi*”, “*görünüştü evlenme*” şeklinde nitelendirilmiştir. Sürekli bir hayat ortaklığı kurmak amacıyla olmayan tarafların, vatandaşlık kazanma amacını, “*görünüştüdeki evliliğin altında*” gizlemeleri durumu, “*uygulamada sıklıkla karşılaşılan*” muvazaalı evlilik olarak açıklanmıştır (s. 43-44). Lâkin Suriye vatandaşlarıyla yapılan bütün evliliklere muvazaa şüphesiyle yaklaşılması suretiyle kişilerin zan altında bırakılması da elbette doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

\* İlgili istatistikler için bkz. [www.tuik.gov.tr](http://www.tuik.gov.tr), (ET. 14.07.2019).

\*\* Söz konusu rapor için bkz. <https://www.ailevecalisma.gov.tr/yayinlar/raporlar/aile-ve-toplum/>, (ET. 14.07.2019).

<sup>19</sup> RG. T. 12.06.2003 – S. 25136. Söz konusu Kanun ile getirilen değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sargın, Fügen, “*Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme*”, AÜHF, C. 53, S. 1, Y. 2004, ss. 27-63.

<sup>20</sup> “*Bir Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmez. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, filen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülki idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar.*”

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda (TVK)<sup>21</sup>, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin<sup>22</sup>, evlenmenin doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmayacağı vurgulanmış ve Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması, yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanma usullerinden biri olarak açıkça düzenlenmiştir (TVK m. 16).

Aşağıda Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılmasında aranan şartlar, başvuru usulü, başvurunun değerlendirilmesi ve idarenin takdir yetkisi, Türk Vatandaşlığı Kanunu ve Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>23</sup> hükümleri çerçevesinde detaylı bir şekilde incelenecektir.

*Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyorsa Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır.*

*Evlilik yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar, evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde, akitte hüsnüniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.*

*Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuklar ana veya babaları hüsnüniyetli olmasalar dahi Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.*

*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca çıkartılacak yönetmelikle belirlenir.”* (403 sayılı TVK, m. 5). Son fıkrada belirtilen ve tam adı, “Türk Vatandaşı İle Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Yönetmelik” olan mülga Yönetmelik için bkz. (RG. T. 24.05.2004 – S. 25471). 4866 Sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme sonrasında Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Güngör**, Gülin, “The Acquisition of Turkish Nationality by Way of Marriage Following the June 2003 Amendment”, Ankara Law Review, Vol.1, No. 1 (Summer 2004), pp. 29-49, (“Marriage”); **Erdem**, B. Bahadır, “4686 sayılı Kanunla Türk Vatandaşlık Kanunu'nun 5. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlilik Yolu ile Kazanılması”, MHB, Y. 23, 2003, S. 1-2, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'e Armağan), ss. 339-361, (“Evlilik”).

<sup>21</sup> RG. T. 12.06.2009 – S. 27256.

<sup>22</sup> Doktrinde, bir Türk vatandaşıyla evlenmesi sebebiyle vatandaşlığını kaybederek vatansız duruma düşmüş kişiler için herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olması eleştirilmekte, bu durumdaki eşler açısından daha kısa bir sürenin kabul edilmiş olmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir (**Güngör**, Gülin, Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler - Şeyler), Yetkin Yayınları, Ankara 2019, 7. Bası, s. 139, (“Tâbiyet”); **Ruhi**, Ahmet Cemal, “Evllenme Yolu ile Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, 29 Şubat 2008, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR, Yrd. Doç. Dr. Banu ŞİT), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, ss. 107-117, s. 117). Lâkin mevcut durumda, evlenmekle vatandaşlığını kaybeden kişinin üç yıl boyunca vatansız statüsünde işlem görmesini engellemek adına, bu kişilerin, “vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler” (TVK m. 12/1-c) kapsamında istisnâî yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilecek kişiler arasında değerlendirilebileceği belirtilmektedir (**Güngör**, “Tâbiyet”, s. 139). Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişilerin kimler olabileceğine ilişkin objektif bir kriter olmaması sebebiyle, evlenmekle vatandaşlığını kaybeden kişilerin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte, kanaatimizce, bu kişilere, Türk vatandaşıyla evlenmiş olmaları sebebiyle vatandaşlıklarını kaybetmeleri gerekçesiyle, diğer vatansızlara nazaran daha ayrıcalıklı bir yaklaşımın benimsenmesi isabetli değildir.

<sup>23</sup> RG. T. 06.04.2010 – S. 27544.

## A. Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranılan Şartlar ve Başvuru Usulü

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 16. maddesi incelendiğinde, Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılmasında aranılan şartların, ön şartlar/ başvuru şartları ve asıl şartlar şeklinde tasnif edildiği görülmektedir<sup>24</sup>. Şöyle ki “*bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir*” ifadesinden, belirtilen iki şartın başvuru şartı olduğu anlaşılmaktadır. Ön şartların gerçekleşmesi, kişiye Türk vatandaşlığını evlenme yoluyla kazanmak için sadece müracaat hakkı tanımaktadır<sup>25</sup>. Bu hak uyarınca, bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan<sup>26</sup> ve evliliği devam eden yabancılar, yurt içinde ikamet edilen yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere bizzat veya bu hakkın kullanılmasına ilişkin vekâletname ile başvuru yapabilirler<sup>27</sup> (TVK m. 37, TVKÜY m. 64/1). Müracaat makamı ilk incelemede;

- başvuru sahibinin bir Türk vatandaşı ile üç yıldan beri evli olmadığını,
- evliliğin boşanma veya müracaat tarihinden önce ölüm gibi nedenlerle son bulunduğunu<sup>28</sup>,

<sup>24</sup> Doğan, “*Vatandaşlık*”, s. 99. Söz konusu tasnif, ön şartlar ve “*diğer şartlar*” şeklinde de yapılmaktadır (Turhan, Turgut/ Tanrıbilir, Feriha Bilge, Vatandaşlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 97-99). Diğer yandan böyle bir tasnif yapılmaksızın, 16. maddede belirtilen bütün şartların –*aşağıda göreceğimiz asıl şartlar da dâhil olmak üzere*- gerçekleşmesinin, başvuru için gerekli olduğu da ifade edilmektedir (Erdem, B. Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2019, 7. Bası, s. 167-168, “*Vatandaşlık*”).

<sup>25</sup> Doğan, “*Vatandaşlık*”, s. 99.

<sup>26</sup> Evlenme anında eşlerden her ikisinin de Türk vatandaşı olmadığı ve fakat eşlerden birinin Türk vatandaşlığını sonradan kazandığı durumlarda, üç yıllık süre, evlenme anından itibaren değil, Türk vatandaşlığını sonradan kazanan eşin Türk vatandaşlığını kazanma tarihinden itibaren hesaplanmaktadır (TVKÜY, m. 25/3).

<sup>27</sup> Başvuru formu için bkz. <https://www.nvi.gov.tr/hizmetlerimiz/vatandaslik-hizmetleri>, (ET. 05.07.2019).

<sup>28</sup> Başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi hâlinde, aile birliği içinde yaşama şartının aranmayacağı Kanun'da açıkça ifade edilmiştir (TVK m. 16/2). Başvurudan sonra “*inceleme ve soruşturma*” aşaması devam ederken evliliğin boşanma davasıyla sona ermesi durumunda da durumun özelliklerine göre değerlendirme yapılması ve başvurunun reddi için tek başına yeterli gerekçe sayılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Öyle ki “*evliliğin Türk eşin kusurlu bulunduğu bir boşanma ilamıyla sona ermesi*” durumu için özel bir düzenleme getirilmemiş olması eksiklik olarak nitelendirilmektedir (Aybay/ Özbek/ Ersen Perçin, s. 134). Aynı yönde bir başka görüş uyarınca, müracaat sonrasında, Türk vatandaşı eşin yabancı eşe şiddet uyguladığı gerekçesiyle boşanmaları ve çocukların velayetinin de yabancı eşe verildiği bir örnekte, yabancı eşin, sırf aile birliği içinde yaşama şartı sağlanmıyor diye, Türk vatandaşlığına alınmamasının haklı sebebi olamayacağı ifade edilmektedir. Diğer şartlar gerçekleşmiş ise aile birliği içinde yaşama şartının gerçekleştiğinin kabul edilmesi ve idarenin takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir (Doğan, “*Vatandaşlık*”, s. 102). Özellikle de Türkiye’de yaşanan aile içi şiddet vakıalarındaki artış gözetildiğinde, söz konusu görüşlerin haklı yönleri birlikte, kanaatimizce

- herhangi bir suçtan dolayı yargılamasının devam ettiği veya hükümlü ya da tutuklu olduğunu<sup>29</sup> veya
- gerekli belgelerin ibraz edilmediğini tespit ettiği takdirde,

yabancının başvurusu kabul edilmemekte ve kendisine başvurusunun reddine dair tebligat yapılmaktadır (TVKUIY, m. 25/2). Başvuru sahibinin, reddin gerekçesine bağlı olarak, müracaat makamının tespit ettiği eksiklikleri tamamladıktan sonra tekrar müracaat etmesi mümkündür.

Başvurusu kabul edilen yabancılar açısından ise aslî şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yönelik detaylı bir araştırma başlatılmaktadır. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuran kişilerde;

- a) Aile birliği içinde yaşama,
- b) Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama<sup>30</sup>,
- c) Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama,

şartları aranmaktadır (TVK m. 16/1). Söz konusu şartlar, başvuru sahibi tarafından ispatı istenmeyen, yetkili makamlar tarafından araştırılması gereken hususlardır<sup>31</sup>. Lâkin aranan şartların, idareye oldukça geniş takdir yetkisi verecek nitelikte olduğu ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

mevcut düzenleme çerçevesinde lafzi yoruma sadık kalınması suretiyle, Yönetmelik'te belirtildiği gibi, başvurudan sonra boşanma ile sona eren evlilikler açısından vatandaşlığa alınma başvurusunun reddi daha isabetli olacaktır. Nitekim aksinin kabulü, muvazaalı evlenme ile vatandaşlık kazanmak isteyen kişilerin de hemen başvuru sonrasında, sürecin tamamlanması dahi beklenmeksizin boşanmalarına zemin hazırlayacaktır.

<sup>29</sup> Kişinin, herhangi bir suçtan dolayı yargılamasının devam etmesi veya hükümlü ya da tutuklu olması durumlarında, başvurusunun doğrudan müracaat makamı tarafından reddedilmesi, hukukî yerindelik bakımından tartışmaya açıktır. Herhangi bir suç ifadesi sıkıntılı olduğu gibi, başvuru yapıldıktan sonra aranacak olan millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmaması şartının, ilginin başvuru olanağını ortadan kaldıran bir şekilde uygulanmasına sebebiyet veren Yönetmelik hükmünün, Anayasa m. 66/3'e aykırı olduğunun düşünülebileceği ifade edilmektedir (Aybay/ Özbek/ Ersen Perçin, s. 135-136). Söz konusu düzenlemenin kanunilik ilkesini ihlâl ettiği ve masumiyet karinesine de aykırı olduğu yönünde açıklamalar için bkz. **Reçber**, Kamuran/ Özgenc, Zeynep, "5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunundaki Bazı Boşluklar", İÜHFM, Y. 2016, C. 74, S. 1, ss. 373-387, s. 380-382.

<sup>30</sup> Doktrinde bir görüş uyarınca, ne gibi faaliyetlerin evlilik birliği ile bağdaşmayacağı konusundaki belirsizlik eleştirilmekte ve bu noktada kastedilenin "boşanmaya sebebiyet verebilecek fiil ve davranışlar" olabileceği yorumu yapılmaktadır (**Nomer**, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 98). Doktrinde bir başka görüş ise bu ifade ile kastedilenin "gerçek bir evlilik ile bağdaşmayacak birtakım ahlaka ve kanuna aykırı fiiller" olduğunu belirtmektedir (Erdem, "Vatandaşlık", s. 169-170). Lâkin aşağıda göreceğimiz üzere, Yönetmelik'te, ne gibi faaliyetlerin evlilik birliğiyle bağdaşmayacağına dair oldukça rencide edici ifadeler kullanılmaktadır.

<sup>31</sup> Turhan/ Tanrıbilir, s. 98.

<sup>32</sup> **Tanrıbilir**, Feriha Bilge, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına

Müracaat sonrasında, ilk olarak, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü veya yurt dışından yapılan başvurularda dış temsilcilik tarafından, başvuruda ibraz edilen belgelerden oluşan bir vatandaşlık dosyası düzenlenmektedir (TVKUIY, m. 27 ve m. 30/1). Dosya düzenlendikten sonraki aşama ise başvurunun yurt içinden veya yurt dışından yapılmış olmasına bağlı olarak çeşitli farklılıklar arz etmektedir.

Yurt içinden yapılan başvurularda, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü, başvuru yapan yabancı hakkında, il emniyet müdürlüğünden soruşturma yapmasını istemektedir (TVKUIY, m. 27). İl emniyet müdürlüğü tarafından, başvuru sahibinin;

a) Aile birliği içinde yaşayıp yaşamadığı,

b) Evlilik birliği ile bağdaşmayacak şekilde fuhuş yapmak ve fuhuşa aracılık etmek gibi davranışlarının olup olmadığı<sup>33</sup>,

---

*İlişkin Hükümleri*”, TBB Dergisi, S. 75, Y. 2008, ss. 27-62, s. 48. Özellikle “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” gibi yoruma açık ve belirsiz kavramların mevzuatta kullanılması suretiyle idareye takdir yetkisi tanınması ve bu kavramların takdir yetkisinin yargısal denetimi noktasında yarattığı sorunlar hakkında bkz. **Kaya**, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 43-51.

<sup>33</sup> Dikkat edilirse Kanun’da, “evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama” ifadesi tercih edilmiş, Yönetmelik’te ise, “fuhuş yapmak ve fuhuşa aracılık etmek gibi davranışlar” şeklinde evlilik kurumu ile birlikte anılması tasvip edilemeyecek nitelikte ifadeler kullanılmıştır (Doğan, “Vatandaşlık”, s. 100-101). Diğer yandan, madde metninde kullanılan “gibi davranışlar” ifadesi de soruşturmanın hangi ölçütler uyarınca yapılacağı noktasında yarattığı belirsizlik sebebiyle eleştirilmektedir (Aybay/ Özbek/ Ersen Perçin, s. 135). Danıştay kararlarında da yabancının ve/veya Türk vatandaşı eşinin “menfaat karşılığı fuhuş yapmak” ve “silah zoruyla fuhuş yaptırmak ve yabancı kadın çalıştırmak” gibi suçlardan dolayı hakkında işlem yapılması veya hükümlü bulunması durumunda vatandaşlığa alınma başvurusunun reddi hukuka uygun bulunmaktadır (Danıştay 10. Daire, T. 17.03.2016, E. 2013/749 ve K. 2016/1465 - <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, ET. 06.07.2019). Buna karşılık söz konusu suçların evlilik tarihinden önce işlenmesi, evlilik süresince bu yönde bir faaliyetin tespit edilmemesi ve diğer şartlarda da herhangi bir sakınca görülmemesi durumunda başvurunun reddi hukuka aykırı görülmektedir (Danıştay 10. Daire, T. 19.10.2015, E. 2012/9149 ve K. 2015/4435 - <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>, ET. 06.07.2019). Ayrıca bkz. Danıştay 10. Daire, T. 19.10.2015, E. 2012/3265 ve K. 2015/4437; Danıştay 10. Daire, T. 5.10.2015, E. 2012/8455 ve K. 2015/4050; Danıştay 10. Daire, T. 05.10.2015, E. 2012/6956 ve K. 2015/4045; Danıştay 10. Daire, T. 5.10.2015, E. 2012/5321 ve K. 2015/4042; Danıştay 10. Daire, T. 5.10.2015, E. 2012/2896 ve K. 2015/4043, (Kazanıcı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 06.07.2019). Önemle belirtmemiz gerekir ki evlenmeden sonra gerçekleşen olaylar açısından da bu durumun somut bilgi ve belgelerle ortaya konması aranmaktadır. Danıştay kararına konu bir uyuşmazlıkta, “...davacı her ne kadar 1996 yılında fuhuş yapmaktan yakalanarak sınır dışı edilmişse de, 25.11.1996 tarihinde bir Türk vatandaşı ile evlenerek aile birliği içerisinde yaşamını devam ettirdiği, hakkında yapılan tahkikatta evlendikten sonra fuhuş yaptığına ilişkin bir tespit bulunmadığı ve somut bilgi ve belgeyle açıkça ortaya konulmadığı, davacının akşam saatlerinde düzgün giyimli ve makyajlı olarak tek başına dışarı çıkmasının fuhuş yaptığına ilişkin kesin bir tespit olarak kabul edilemeyeceği,

c) Türk vatandaşlığını kazanmasında millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunup bulunmadığı,

hususları araştırılmakta ve oluşan olumlu veya olumsuz kanaat de soruşturma formuna açık bir şekilde yazılmaktadır<sup>34</sup> (TVKUIY m. 28/1). Söz konusu soruşturma neticesinde evliliğin Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapıp yapılmadığına dair olumlu veya olumsuz bir kanaate varılamaması durumunda ise Türk vatandaşı eşin yakınlarının ifadelerine de başvurulması suretiyle, kanaat oluşuncaya kadar periyodik olarak soruşturma işlemine devam edilmektedir (TVKUIY m. 72/2). Bu süreç boyunca, evliliğe bağlı olarak Türk vatandaşlığının kazanılması prosedürünün askıda kalacağı belirtilmektedir<sup>35</sup>. Elbette, bütün bu inceleme ve soruşturmanın, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınmış olan özel hayatın ve aile yaşamının gizliliği haklarını zedelemekten kaçınılması özen gösterilmesi gerektiği de unutulmamalıdır<sup>36</sup>.

*tamamen varsayıma dayalı nedenlerle evliliğin formalite olduğuna dayanılarak işlem tesis edildiği*" ve bu bağlamda da başvurusunun reddedilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır (Danıştay 10. Daire, T. 08.11.2010, E. 2007/2465 ve K. 2010/8860 – **Ekşi**, Nuray/ Çiçekli, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 106-110).

<sup>34</sup> Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan vatandaşlığa alınma tahkikatlarının nasıl yapılacağını da içeren *"Uygulama Rehberi"* konulu 27 nolu Genelge (S. 31311769-79313-T. 21.05.2015) uyarınca, yapılacak güvenlik araştırmalarıyla ilgili işlemler tespit edilmiştir. İlgili Genelge'de, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması usulüne müracaatta bulunanlar hakkında gerekli araştırmalar yapıldıktan sonra *"Vat-2"* formunun doldurulması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu formda, hem başvuru sahibi yabancı hem de Türk vatandaşı eşi hakkında kimlik ve ikamet bilgilerine yer verilmektedir. Soruşturma kısmında ise hem ikamet edilen ev adresi hem de Türk vatandaşı eşin işyeri mahallinde yapılan soruşturma neticesinde birtakım hususların araştırıldığı görülmektedir. Buna göre ikamet edilen ev mahallinde yapılan soruşturmada, *"çevreden evlilik birlikteliği içerisinde yaşayıp yaşamadıklarının bilinip bilinmediği"*, *"bir arada oturup oturmadıkları"*, *"aile olarak komşuluk münasebetlerinin bulunup bulunmadığı"* ve *"muhtarlık kayıtlarında ikamet kayıtlarının bulunup bulunmadığı"* hususları soruşturulmaktadır. Türk vatandaşı eşin işyeri mahallinde yapılan soruşturmada ise *"belirtilen iş yerinde çalışıp çalışmadığı"*, *"evli olduğunun bilinip bilinmediği"* ve *"işyerinde eşe ait belgelerin (fotoğraf, makbuz vb.) olup olmadığı"* hususları araştırılmaktadır. İlgili Genelge'de, vatandaşlık tahkikatları ile ilgili olarak *"ilimiz arşivinde sakıncalı duruma rastlanılmamıştır"* şeklinde rutin cevaplar verilmemesi gerektiği ve sadece adli sicil özetinin gönderilmesinin yeterli olmadığı da vurgulanmıştır. Kişi hakkında herhangi bir suçtan dolayı güvenlik makamlarınca takibat yapılmışsa, ceza verilip verilmemesi önemli olmaksızın bildirilmesi; mahkemece yargılanmış ise yapılan takibat ile suç hakkında bilgi ve varsa kesinleşen mahkeme kararının gönderilmesi, eğer yargılaması hâlen devam ediyorsa mahkemesinin hangi safhada olduğunun bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca tahkikat tamamlandıktan sonraki aşamada dahi yabancının herhangi bir suç işlemesi hâlinde derhâl şahısla ilgili tüm bilgi ve belgelerin il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü ile emniyet genel müdürlüğüne bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

<sup>35</sup> Nomer, s. 100.

<sup>36</sup> Aybay/ Özbek/ Ersen Perçin, s. 134.

Yapılan soruşturma neticesinde, tarafların gerçekten aile birliği içinde yaşayıp yaşamadıkları objektif bir şekilde belirlenebilecektir<sup>37</sup>. Eşlerin aile birliği içinde yaşamaları ile kastedilen, gerçek bir evlilikte olduğu gibi müşterek aile yaşamının var olmasıdır<sup>38</sup>. Bununla birlikte, eşlerin, zorlayıcı nedenler yüzünden geçici olarak fiilen birlikte yaşayamaması durumunda, aile olma duygusu ortadan kalkmadığı sürece, yabancı eşin Türk vatandaşlığını kazanmasının mümkün olması gerektiği belirtilmektedir<sup>39</sup>. Nitekim günümüz sosyolojik ve ekonomik koşulları değerlendirildiğinde, birçok evli çiftin özellikle de çalışma hayatının gereği olarak ayrı yaşamak zorunda kaldığı acı bir gerçektir. Dolayısıyla, ayrı yaşamak zorunda kalan çiftler açısından, gerçek bir aile birliği olup olmadığı değerlendirmesinin esnek bir yoruma tâbi tutulması gerekmektedir. Örneğin, farklı şehirlerde çalışmakla birlikte, her hafta sonu eşlerden birinin ikamet ettiği yerde bir araya gelen çiftler açısından, aile birliğinin olmadığını söylemek kanaatimizce mümkün değildir.

İl emniyet müdürlüğü tarafından gerçekleştirilen inceleme ve soruşturma tamamlandıktan sonra, soruşturma formunun ve tutanaklarının da eklendiği dosya, tekrar il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğüne gönderilmektedir. İl nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü ise dosyayı, gerekli incelemenin yapılması adına, vatandaşlık başvuru inceleme komisyonuna göndermektedir (TVKUIY m. 28/2). Türk vatandaşlığını evlenme yoluyla kazanmak isteyen yabancıların, başvuru için gerekli şartları taşıyıp taşımadıklarının tespiti, illerde oluşturulan vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından yapılmaktadır (TVK m. 18, TVKUIY m. 69/1). Söz konusu komisyon, “*il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, il müdürlüğü, il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, il millî eğitim müdürlüğü ve sosyal hizmetler il müdürlüğünden en az şube müdürü düzeyinde görevlendirilen temsilcilerden*” oluşmaktadır (TVKUIY m. 69/2).

Yurt dışından yapılan başvurularda ise soruşturmanın nasıl yapılacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. Sadece, yabancı bulduğu ülkenin kanunları izin verdiği takdirde, sabıka kaydı isteneceği ve yabancı Türk vatandaşı eşi ile evlilik kaydının resmî makamlarda bulunup bulunmadığının araştırılarak elde edilen bilgi ve belgelerin dosyasına ekleneceği ve karar alınmak üzere İçişleri Bakanlığı’na gönderileceği ifade edilmiştir (TVKUIY m. 30/4). Görüldüğü üzere, yurt dışından yapılan başvurularda, il emniyet müdürlüğü tarafından bir soruşturma yapılmadığı gibi, vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu da oluşturulmamaktadır.

---

<sup>37</sup> Doğan, “*Vatandaşlık*”, s. 100.

<sup>38</sup> Doğan, “*Vatandaşlık*”, s. 100; Erdem, “*Vatandaşlık*”, s. 168-169.

<sup>39</sup> Güngör, “*Tâbiyet*”, s. 139.

## B. Muvazaalı Evlenmelerin Tespiti

Yurt içinden yapılan başvurularda, evliliğin muvazaalı bir evlilik olup olmadığının tespiti, vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından yapılmaktadır<sup>40</sup>. Komisyon'a açıkça, "evliliğin gerçek bir evlilik ya da Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapılmış bir evlilik" olup olmadığını araştırma yetkisi tanınmıştır. Söz konusu araştırma kapsamında, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı ve Türk vatandaşı eşi, komisyon tarafından, ayrı ayrı ve birlikte mülakata tâbi tutulmaktadır (TVKUİY m. 29/1). Yurt dışından gerçekleşen başvurularda ise yukarıda da belirttiğimiz üzere vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu oluşturulmamakta, "evliliğin gerçek bir evlilik ya da Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapılmış bir evlilik olup olmadığının tespiti", "konsolosluk işlemlerinden sorumlu muavin konsolos veya daha üst yetkili tarafından" gerçekleştirilmektedir (TVKUİY m. 30/2). Söz konusu hükümlerden yola çıkıldığında, Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla akdedilen evlenmelerin, "gerçek bir evlilik" niteliğinde görülmediği anlaşılmaktadır.

Mülakat esnasında komisyon tarafından tespit edilmesi gereken hususlar ise Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Açıklama"<sup>41</sup> kapsamında detaylı bir şekilde belirtilmiştir. Buna göre;

- a) Evliliğe ait ortak bir yerleşim yerinin bulunup bulunmadığı,
- b) Eşler arasında evlilikten doğan sorumlulukların yerine getirilip getirilmediği,
- c) Eşlerin evlilikten önce karşılaşmış karşılaşmadıkları,
- ç) Eşlerin isim, adres, vatandaşlık, meslek, iş gibi kişisel bilgileriyle ilgili detayları bilip bilmedikleri, birbirlerini ilgilendiren diğer önemli konular hakkında yanılıp yanılmadıkları,
- d) Eşlerin tam olarak anlaşabildikleri bir dili anlaşılır bir şekilde konuşup konuşmadıkları,
- e) Eşlerden birinin önceki evliliklerinde anlaşmalı evlilik<sup>42</sup> veya ikamet düzensizliklerinin olup olmadığı,

<sup>40</sup> Bu tespitin yapılabilmesi adına, komisyonun bu alanda uzman kişilerden oluşması gerektiği; aksi takdirde hedeflenen amacın gerçekleşmesinin mümkün olmadığı ve hatta amaca aykırı sonuçlar doğabileceği ifade edilmektedir (Erdem, "Vatandaşlık", s. 178).

<sup>41</sup> Söz konusu doküman, çalışmanın devamında "NVI-Açıklama" şeklinde anılacaktır. NVI-Açıklama metni için bkz. <https://www.nvi.gov.tr/mevzuat/mevzuat/genelge>, (ET. 07.07.2019).

<sup>42</sup> Kanaatimizce "anlaşmalı evlilik" ifadesinin kullanılması isabetli değildir. Bu noktada amaca göre yorum yapıldığında kastedilenin "muvazaalı evlilik" olduğu anlaşılmaktadır.



f) Evliliğin menfaat karşılığı yapılmış **anlaşmalı bir evlilik** olup olmadığı

hususlarının, komisyon tarafından yapılan mülakat neticesinde tespit edileceği belirtilmektedir. Ayrıca başvuru sahibi ve eşinin, söz konusu evlilikten ortak çocuklarının bulunmasının, vatandaşlığın kazanılması açısından lehte değerlendirileceği ifade edilmektedir (NVİ-Açıklama, s. 7)<sup>43</sup>. Mülakat sonucunda oluşan olumlu veya olumsuz kanaat, mülakat formuna açıkça yazıldıktan sonra, dosya karar alınmak üzere, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü veya ilgili dış temsilcilik tarafından İçişleri Bakanlığı'na gönderilmektedir (TVK m. 19/1; TVKUIY m. 29/2 ve m. 30/4).

Doktrinde, TVK m. 16 düzenlemesinin, muvazaalı evlenme sayesinde Türk vatandaşlığının kazanılmasını önlemeye yöneldiği ve hükümde aranan şartların gerçek bir evliliğin göstergeleri olarak düşünüldüğü ifade edilmektedir<sup>44</sup>. Uygulamada ise Yönetmelik hükümlerine dayanılarak, TVK m. 16'da aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ötesinde, evliliğin gerçek bir evlilik olmayabileceği şüphesiyle, taraflar komisyon tarafından tekrar mülakata tâbi tutulmaktadır. Oysa evliliğin gerçek bir evlilik olması, Kanun'da aranan şartlar arasında açıkça ifade edilmemiştir<sup>45</sup>. Kanun'da yer almayan böyle bir şartın Yönetmelik'te bu şekilde düzenlenmesi, Anayasa'nın 66. maddesinde düzenlenmiş olan kanunilik ilkesinin ihlâl edilmesi anlamına gelmektedir<sup>46</sup>. Nitekim Yönetmelik'te sadece Kanun'da kabul edilmiş şartların içeriğinin tespiti hususunda açıklayıcı hükümlere yer verilmesi mümkündür<sup>47</sup>. Yönetmelik aracılığıyla yeni şartlar getirilmesi kabul edilebilir bir yaklaşım değildir<sup>48</sup>.

NVİ-Açıklama metninde yer alan hususların ise Yönetmelik hükümlerini dahi aştığı görülmektedir. Özellikle de *“evliliğin menfaat karşılığı yapılmış anlaşmalı bir evlilik olup olmadığı”* hususunun nasıl tespit edileceği merak

<sup>43</sup> Danıştay kararına konu olmuş bir uyuşmazlıkta da *“davacının yapmış olduğu evliliğin ciddi ve aile birliğini kurmaya yönelik olduğu, evlilik birlikteliği içerisinde bir çocuklarının dünyaya geldiği, eşlerin kendi aralarında ve toplumla ilişkilerinde örf ve adete uygun olduğu”* gerekçesiyle, vatandaşlığa alınma başvurusunun reddinin hukuka uygun olmadığı sonucuna varılmıştır (Danıştay 10. Daire, T. 19.11.2015, E. 2012/4867 ve K. 2015/5112- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 07.07.2019).

<sup>44</sup> **Erten**, Rifat, *“5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması”*, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, ss. 917-959, s. 942, (*“5901”*); Güngör, *“Tâbiyet”*, s. 138; Erdem, *“Vatandaşlık”*, s. 176.

<sup>45</sup> Aybay/ Özbek/ Ersen Perçin, s. 140.

<sup>46</sup> Aybay/ Özbek/ Ersen Perçin, s. 140.

<sup>47</sup> Doğan, *“Vatandaşlık”*, s. 62.

<sup>48</sup> Kanunilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dardağan Kibar**, Esra, *“Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanuniliği İlkesi”*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, 18-20 Nisan Antalya, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Dr. Öğr. Üy. Alper Çağrı YILMAZ ve Dr. Lale AYHAN İZMİRLİ), Savaş Yayınevi, Ankara 2019, ss. 3-17.

konusudur. Evlenen tarafların hangi amaçla evlendiklerinin tespiti, kişilerin subjektif iradelerinin açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir ki bunun da çoğu zaman objektif olarak ortaya konması mümkün değildir<sup>49</sup>.

Danıştay kararlarında ise idarece evliliğin muvazaalı olduğu konusunda bir değerlendirme yapılmasının ve bu değerlendirme uyarınca idari işlem tesisinin hukuken mümkün olmadığı vurgulanmakta ve bütün kararlarda aynı ifadeler kullanılmaktadır. Bu yönde verilen bir karara göre, “*Dava dosyasının incelenmesinden, Özbekistan uyruklu olan ve 11/8/2007 tarihinde Türk vatandaşıyla evlenen davacının, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına alınma talebiyle yaptığı başvuru üzerine, davacı hakkında idarece düzenlenen 16/12/2010 tarihli mülakat ve değerlendirme formunda, 1966 doğumlu olan davacının, 27/8/2009 tarihinden 11/11/2009 tarihine kadar geçerli ikamet tezkeresi aldığı, evliliğinden çocuğunun bulunmadığı, aynı adreste evlilik birliği içerisinde yaşamadıkları, davacının herhangi bir güvenlik soruşturması kaydının bulunmadığı tespitlerine yer verildikten sonra aile birlikteliğinin olmadığı, eşiyle bir buçuk yıldır ayrı yaşadıkları, evliliğin anlaşmalı evlilik olduğu kanaatine varılması üzerine, 5901 sayılı Kanun’un 16.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yazılı, “Aile birliği içinde yaşama” şartını taşımadığından bahisle başvurunun reddi yönünde işlem tesis edildiği, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Evlilik ilişkisinin geçersizliğine hükmedilmesi ancak adli yargı yerince bu konuda verilecek bir karar ile mümkün olduğundan, yargı yerlerince verilmiş bir karar olmadıkça idarece, evliliğin formalite (muvazaalı) olduğu konusunda bir değerlendirme yapılarak idari işlem tesisine hukuken olanak bulunmamaktadır. Bakılan uyuşmazlıkta, davacı eşi İ.T. ve eşinin çocuğu ile annesiyle yapılan görüşmelerde, evliliğin anlaşmalı bir evlilik olduğu, aile birliği bulunmadığı yolunda ifadelere yer verilmiş ise de; davacının, 11/8/2007 tarihinde resmi nikahla Türk vatandaşı ile evlendiği, davacının herhangi bir güvenlik soruşturması kaydının olmadığı, davacı tarafça dosyaya ibraz olunan ve komşularına ait beyanlardan, davacı ve eşinin aynı evde ikamet ettikleri, ailevi ve komşuluk ilişkilerinin bulunduğu, ayrıca evliliğin gerek başvuru, gerekse de işlem tarihleri itibarıyla devam ettiği anlaşıldığından, 5901 sayılı Kanunun 16.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yazılı şartı taşımadığı gerekçesiyle Türk vatandaşlığına alınma istemiyle yapılan başvurunun reddi yolunda tesis edilen dava konusu işleme hukuka uyarlık görülmemiştir. Bu durumda, dava konusu işlemin iptali gerekirken davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuka*

---

<sup>49</sup> Çiçekli, Bülent, 6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 101, (“*Yabancılar*”). Diğer yandan, insanların ne amaçla evlendiklerini açıklamalarının beklenmesi ve bu konunun resmî makamlar huzurunda tartışılmasının, insan haklarıyla bağdaşan bir durum olmadığı da ifade edilmektedir (Aybay, s. 111-112).

uyarlık bulunmamaktadır”<sup>50</sup>. Kararda “adli yargı yerince” karar verilmiş olmasından bahsedilse de yukarıda belirttiğimiz üzere, Türk Medenî Kanunu kapsamında da muvazaalı evlenmelere ilişkin hiçbir düzenleme bulunmaması sebebiyle, adli yargıda da muvazaalı evlenmelere ilişkin karar verme yetkisi tanıyan hukukî bir dayanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, evliliğin muvazaalı olduğundan bahisle “geçersizliğine hükmedilmesi” hiçbir şekilde mümkün değildir. Danıştay kararlarındaki bir diğer tartışma konusu ise vatandaşlık ve yabancılar hukuku açısından asıl meselenin -muvazaalı evlilik ile elde edilmek istenen sonucun tanınmaması- olduğunun göz ardı edilmesidir. Elbette idari makamların evliliğin geçersizliğine hükmedilmesi yönünde bir karar vermesi mümkün değildir. Lâkin evliliğin sırf vatandaşlık kazanma amacıyla yapıldığının objektif olarak tespiti durumunda, vatandaşlığa alınma talebinin reddi noktasında, idari makamların işlem yapma yetkisinin olabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak idarenin muvazaalı evliliklere ilişkin denetim ve takdir yetkisinin kanunen açıkça düzenlenmesi ve insan haklarıyla uyumlu bir yaklaşımın benimsenmesi gereği de unutulmamalıdır.

### C. İçişleri Bakanlığı’nın Takdir Yetkisi

Türk vatandaşlık hukukunda, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması usulünde, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda aranan şartları şahsında taşıyan kişinin vatandaşlığa alınıp alınmaması noktasında, yetkili makama takdir yetkisi tanınmıştır<sup>51</sup>. Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 10. maddesinde, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancıнын, Kanun’da belirtilen şartları taşıması hâlinde Türk vatandaşlığını yetkili makam kararıyla kazanabileceği, ancak Kanun’da aranan şartları taşımasının vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak<sup>52</sup> sağlamadığı açıkça vurgulanmıştır. Görüldüğü üzere söz konusu hükümle, Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasının “hak” olarak düzenlenmediği ve yetkili makamın takdir yetkisi olduğu vurgulanmıştır. Diğer yandan, Türk hukukunda idarenin takdir yetkisinin keyfi kullanılamayacağı ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun da açık olduğu (Anayasa, m. 125) gözetildiğinde, vatandaşlığa alınmanın tam anlamıyla bir “lütuf” olarak görülmesi de mümkün değildir<sup>53</sup>. Dolayısıyla, yetkili makam, kanunilik ilkesine riayet etmek şartıyla, Kanun’da düzenlenen şartları taşıyan

<sup>50</sup> Danıştay 10. Daire, T. 05.10.2015, E. 2012/8144 ve K. 2015/4051, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, ET. 07.07.2019). Ayrıca bkz. Danıştay 10. Daire, T. 19.11.2015, E. 2012/2262 ve K. 2015/5111, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 07.07.2019).

<sup>51</sup> Nomer, s. 76; Doğan, “Vatandaşlık”, s. 61; Turhan/ Tanrıbilir, s. 63-64; Güngör, “Tâbiyet”, s. 76-77; Aybay/ Özbek/ Ersen Perçin, s. 106; Erdem, “Vatandaşlık”, s. 120-121.

<sup>52</sup> Madde metninde kullanılan “mutlak bir hak” ifadesinin eleştirisi için bkz. Nomer, s. 77.

<sup>53</sup> Doğan, “Vatandaşlık”, s. 61-62. Doktrinde, idareye tanınan takdir yetkisinin keyfi kullanıma açık olmadığı vurgulanmakla birlikte, yine de lütuf anlayışının daha ağır bastığı ifade edilmektedir (Turhan/ Tanrıbilir, s. 68).

kişileri vatandaşlığa alıp almamak konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, ilgili işlemin gerekçesini de göstermek zorundadır<sup>54</sup>.

Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması usulünde karar makamı, İçişleri Bakanlığı'dır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü veya ilgili dış temsilcilik tarafından hazırlanan dosya, karar alınmak üzere İçişleri Bakanlığı'na gönderilmektedir (TVK m. 19/1; TVKUİY m. 29/2 ve m. 30/4). Bu noktada öncelikle gönderilen dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda varsa eksik olan bilgi ve belgeler tamamlanmaktadır (TVKUİY m. 35/1). Sonrasında İçişleri Bakanlığı tarafından, yabancının Türk vatandaşlığını kazanmasında millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunup bulunmadığının tespiti için Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığından ve Emniyet Genel Müdürlüğünden arşiv araştırması istenmektedir (TVKUİY m. 35/2). Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yapılan araştırma neticesinde, yabancının millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunup bulunmadığı tespit edilerek varılan sonuç açık bir şekilde İçişleri Bakanlığı'na bildirilmektedir (TVKUİY m. 35/4).

Millî güvenlik ve kamu düzeni kavramları, idarenin takdir yetkisini oldukça genişletmektedir. Nitekim önceden somut olarak tek tek sayılamayacak birçok hususun, içeriği tam olarak tespit edilemeyen soyut kavramlar olarak nitelenen “*millî güvenlik ve kamu düzeni*” mefhumları kapsamında değerlendirilmesi mümkündür<sup>55</sup>. Sırf Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapılan muvazaalı evlenmeler de “*kamu güvenliği bakımından sakıncalı*” olarak nitelendirilmektedir<sup>56</sup>. Doktrinde bir görüş uyarınca, evlenmeyle Türk vatandaşlığının kazanılması açısından gerekli görülen millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâlinin bulunmaması şartının (TVK m. 16/1-c) temelinde; muvazaalı evlenmelerin, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından da tehdit olarak görülmüş olmasının yer aldığı ifade edilmektedir<sup>57</sup>. Ancak yazar daha sonra, bizim de katıldığımız görüşü uyarınca, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmama şartının ayrı bir şart olduğunu vurgulamıştır<sup>58</sup>. Gerçek bir evlilik olup olmadığı önemli olmaksızın ve hatta özellikle de gerçek bir evliliğin olduğu durumlarda, millî

<sup>54</sup> Nomer, s. 79; Doğan, “*Vatandaşlık*”, s. 62; Turhan/ Tanrıbilir, s. 68.

<sup>55</sup> Millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarına eleştirel bir yaklaşım için bkz. Erkan, Mustafa, “*Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında “Millî Güvenlik” ve “Kamu Düzeni” Kavramları*”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, 18-20 Nisan Antalya, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Dr. Öğr. Üy. Alper Çağrı YILMAZ ve Dr. Lale AYHAN İZMİRLİ), Savaş Yayınevi, Ankara 2019, ss. 17-39.

<sup>56</sup> Nomer, s. 103.

<sup>57</sup> GÜNGÖR, Gülin, *Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler - Şeyler)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, 5. Bası, s. 132, (“*Tâbiyet-5.Bası*”).

<sup>58</sup> GÜNGÖR, “*Tâbiyet*”, s. 141.

güvenlik ve kamu düzeni değerlendirmesinin önem arz ettiği belirtilmektedir<sup>59</sup>. Neticede gerçek bir evliliğin varlığı tek başına Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması için yeterli değildir<sup>60</sup>.

İçişleri Bakanlığı'nın hem şartların değerlendirilmesi hem de kararın verilmesi aşamasında geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Yapılan bütün bu inceleme ve araştırma sonucunda durumu uygun bulunanlar, İçişleri Bakanlığı'nın kararı ile Türk vatandaşlığını kazanmakta; durumu uygun görülmeyenlerin başvurusu ise İçişleri Bakanlığı tarafından reddedilmektedir

<sup>59</sup> Güngör, "Tâbiyet", s. 141-142.

<sup>60</sup> Danıştay kararına konu olan bir uyumsuzlukta, Türk vatandaşıyla uzun zamandır evli olan ve müşterek altı çocukları bulunan Suriye vatandaşının vatandaşlığa alınma başvurusunun, millî güvenlik ve kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddi işlemi, Ankara 5. İdare Mahkemesi tarafından "bu durumu kanıtlayıcı somut bir bilgi veya belge sunulmadığı" gerekçesiyle iptal edilmiştir. Danıştay kararında ise ilgilinin başvurusunun millî güvenlik ve kamu düzenine aykırı görülmesinin gerekçesi açıkça belirtildikten sonra, vatandaşlığa alınma işlemlerinde idarenin takdir yetkisinin bulunduğu vurgusu yapılmıştır. Karara göre, "Dava dosyasının incelenmesinden, Suriye vatandaşı olan davacının evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına geçme istemiyle yaptığı başvuru neticesinde Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen mülakat formunda, davacının 4.7.1991 tarihinden beri Türk vatandaşı ile evli ve müşterek altı ( 6 ) çocuklarının olduğu, Mersin ilinde ortak ikametgahlarının bulunduğu, uzun yıllar Sağlık Bakanlığında sözleşmeli olarak doktorluk yaptığı, herhangi bir suç kaydının olmadığı, **bahse konu evliliğin menfaat karşılığı yapılmış anlaşılmalı bir evlilik olmadığı belirtilerek** mülakat sonucunda oluşan kanaatin olumlu olarak değerlendirilmesi neticesinde, davacının 5901 Sayılı Kanun'un 16. maddesinde aranan şartları taşıdığı sonucuna varıldığı; Mersin İl Emniyet Müdürlüğü tarafından da davacı hakkında yapılan ön inceleme ve araştırma sonucunda, yukarıda yazılı hususlara benzer tespitlere yer verildiği; ancak, **Millî İstihbarat Teşkilatınca yapılan arşiv araştırması sonucu Emniyet Genel Müdürlüğüne yazılan yazılarında, davacının, PKK-KONGRE-GEL paralelinde faaliyet yürüttüğü, Suriye istihbaratına çalıştığıнын ifade edilmesi üzerine, bu hususların vatandaşlık talebinde dikkate alınarak davacının evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına alınma istemiyle yaptığı başvurunun reddi yolunda işlem tesis edildiği, söz konusu işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bakılan uyumsuzlukta, davalı idarece Türk vatandaşlığına alınma talebi üzerine davacı hakkında yapılan inceleme ve araştırma sonunda, davacı hakkındaki geçmiş kayıtların değerlendirilmesi üzerine kamu düzenini bozucu nitelikte, terör örgütü ve bir başka ülke istihbaratı ile bağlantılı faaliyetlerde bulunduğuunun tespiti sebebiyle başvurunun reddedildiği görülmektedir. Bu durumda, Türk vatandaşlığına kabul etme konusunun **Devletin hükümlerini yetkisine dair olduğu gözetildiğinde**, davalı idarece takdir yetkisi çerçevesinde davacı hakkındaki geçmiş kayıtların değerlendirilmesi sonucu tesis edilen davaya konu işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır". Kararın karşı oy yazısında ise söz konusu faaliyetlerin 1992-1993 yıllarındaki kayıtlarda tespit edilmesi ve evlilik birliğinin devam ettiği 2011 yılına kadar başka bir faaliyetin tespit edilmemesi, müşterek altı çocuğun bulunması ve ilgilinin Türkiye'de yaklaşık on beş yıl sözleşmeli doktor olarak çalışması göz önüne alındığında, vatandaşlığa alınma başvurusunun reddinin isabetli olmadığı ifade edilmiştir (Danıştay 10. Daire, T. 29.03.2016, E. 2013/3739 ve K. 2016/1743 - Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 08.07.2019).**

(TVK m. 19/1; TVKUIY m. 35/5 ve m. 35/11)<sup>61</sup>. Dolayısıyla son aşamada, İçişleri Bakanlığı'nın, Türk vatandaşlığını evlenme yoluyla kazanmak için başvuran yabancı'nın "durumunu" değerlendirip, bütün şartları taşısa dahi talebini kabul veya reddetmek noktasında takdir yetkisi vardır<sup>62</sup>. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kanunilik ilkesine riayet edilmesi ve verilen kararların gerekçesinin gösterilmesi zorunludur.

Sonuç itibarıyla, eğer taraflar gerçek bir evliliğin emaresi olarak görülen ve TVK m. 16'da açıkça sayılan şartları sağlamıyorlarsa ve bu durum somut bir şekilde tespit edilmişse, zaten Kanun'da aranan şartların gerçekleşmemesi sebebiyle vatandaşlığa alınma başvurusunun reddi gerekmektedir. Diğer yandan, şartların gerçekleşmediği yönünde somut hiçbir veri olmamasına rağmen, yapılan inceleme neticesinde evlenmenin sırf vatandaşlık kazanmak amacıyla yapılmış bir evlilik olduğu yönünde kanaat oluşması sebebiyle başvurunun reddedilmesi hukukî yerindelik bakımından tartışmaya açıktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere Danıştay kararlarında da idarece evliliğin muvazaalı olduğu konusunda bir değerlendirme yapılmasının ve bu değerlendirme uyarınca idari işlem tesisinin hukuken mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>63</sup>. Doktrinde de belirtildiği gibi, "Kanun koyucu, tarafların muvazaalı evlenme saikinin başka olgularla ortaya konmasına imkân tanıyan adi bir karine tayin etmiş değildir"<sup>64</sup>. Dolayısıyla, eğer idarenin muvazaalı evliliklere ilişkin değerlendirme yapması ve bu değerlendirme uyarınca idari işlem tesisi amaçlanıyorsa, Kanun'da yapılacak bir değişiklik ile açıkça "evlenmenin muvazaalı olduğunun tespiti durumunda Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılamayacağı" ifade edilmelidir. Kanun'un mevcut hâliyle, TVK m. 16'da aranan beş şartın gerçekleşmesi, Türk vatandaşlığının kazanılması açısından gerekli ve yeterlidir. Neticede, ya Kanun'a muvazaalı ile ilgili denetim

<sup>61</sup> Bu noktada, TVKUIY m. 72/5 hükmünün de nazara alınması gerekmektedir. İlgili hükme göre, "İlgili kurumlarca yapılan araştırma sonucunda Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkma yolunda faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler ile taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar Türk vatandaşlığını kazanamaz".

<sup>62</sup> Nomer, s. 99; Erdem, "Vatandaşlık", s. 168.

<sup>63</sup> Danıştay 10. Daire, T. 05.10.2015, E. 2012/8144 ve K. 2015/4051; Danıştay 10. Daire, T. 19.11.2015, E. 2012/2262 ve K. 2015/5111, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, ET. 07.07.2019).

<sup>64</sup> Sargin, s. 33. Belirtmemiz gerekir ki söz konusu görüş, 4866 sayılı Kanun değişikliği sonrası yeniden düzenlenen 403 sayılı TVK m. 5'e ilişkin olmakla birlikte, kanaatimizce 5901 sayılı TVK m. 16 açısından da aynı yorumun yapılması mümkündür.

yetkisi veren hükümlerin eklenmesi ya da Kanun'a aykırı olan Yönetmelik hükümlerinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

## II. TÜRK YABANCILAR HUKUKUNDA MUVAZAALI EVLENMELER

Türk yabancılar hukukuna ilişkin mevzuat incelendiğinde, Türk vatandaşıyla evli olan yabancılar açısından, diğer yabancılar nazaran daha avantajlı düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Ancak bu durum evliliğin sırf ikamet izni veya çalışma izni almak amacıyla yapılmış olması kaygısını da beraberinde getirmektedir. Aşağıda aile ikamet iznine ve çalışma iznine ilişkin hükümler kısaca belirtildikten sonra, esas itibarıyla muvazaalı evlenmelere ilişkin yaklaşım açıklanacaktır. Çalışmamızda odak noktamız muvazaalı evlenmeler olduğundan, söz konusu izinlerin şartları ve izlenmesi gereken prosedür ayrıntılı bir şekilde ele alınmayacaktır.

### A. Aile İkamet İzni Alabilmek Amacıyla Yapılan Muvazaalı Evlenmeler

Yabancıların Türkiye'de ikametine ilişkin temel prensipler, 28 Mart 2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>65</sup> (YUKK) ile düzenlenmiştir<sup>66</sup>. İlgili Kanun uyarınca, ikamet izni, "*Türkiye'de kalmak üzere verilen izin belgesi*" olarak tanımlanmaktadır (YUKK m. 3/1-j). İkamet izni çeşitleri; kısa dönem ikamet izni, aile ikamet izni, öğrenci ikamet izni, uzun dönem ikamet izni, insani ikamet izni ve insan ticareti mağduru ikamet izni olmak üzere altı tanedir<sup>67</sup> (YUKK m. 30).

Aile ikamet iznine ilişkin YUKK m. 34 uyarınca, "*Türk vatandaşlarının, 5901 sayılı Kanunun 28 inci maddesi kapsamında olanların veya ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin;*

a) *Yabancı eşine,*

b) *Kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna,*

c) *Kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna,*

*her defasında "üç yılı" aşmayacak şekilde aile ikamet izni verilebilir. Ancak,*

---

<sup>65</sup> RG. T. 11.04.2013 – S. 28615.

<sup>66</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekşi**, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018, ("*Yabancılar*"); **Erten**, Rifat, "*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme*", GÜHFD, C. XIX, Y. 2015, S. 1, ss. 3-51, ("*Yabancılar*").

<sup>67</sup> İkamet izni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Esen**, Emre, Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta Yayınları, İstanbul 2019; **Arslan**, Şule, Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahat Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018; Çörtoğlu Koca, Sema, "*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler*", Ankara Barosu Dergisi, 2016/2, ss. 42-88.

*aile ikamet izninin süresi hiçbir şekilde destekleyicinin ikamet izni süresini aşamaz*” (YUKK m. 34/1-a)<sup>68</sup>.

Aile ikamet izni, “*aynı soydan olup, bir aile sıra numarası altında kayıtlı olan kişilerin eş ve çocukları ile eşinin çocuklarına Türkiye’de kalmak üzere verilen izin belgesi*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>69</sup>. Aile ikamet izni verilmesinin amacı, ailenin fiilen birlikte yaşamasının sağlanmasıdır<sup>70</sup>. Lâkin elbette bu amaç eşlerin gerçekten aile kurma amacıyla yaptıkları evlilikler bakımından söz konusu olmalıdır<sup>71</sup>. Bu bağlamda aile ikamet izni verilebilmesi için, hem “*destekleyici*”<sup>72</sup> olarak adlandırılan kişilerin hem de ikamet izni talebinde bulunan eşinin bir takım şartları yerine getirmesi gerekmektedir (YUKK m. 35). Söz konusu şartlar içerisinde, bu çalışma bakımından önemli olan, aile ikamet izni talebinde bulunacak olan yabancı, “*evliliği aile ikamet izni alabilmek amacıyla yapmamış*” olmasının açıkça ifade edilmesidir (YUKK m. 35/3-c). Dahası bu şart yeterli görülmeyle, “*Anlaşmalı evlilik*”<sup>73</sup> yoluyla talep edilen *aile ikamet izni*” başlıklı ayrı bir madde ile tekrar izlenmesi gereken usul tespit edilmiştir. Hükme göre, “(1) *Aile ikamet izni verilmeden veya uzatılmadan önce makul şüphe varsa, evliliğin **sırf ikamet izni alabilme amacıyla** yapılmadığı **valiliklerce araştırılır**. Araştırma sonucunda, evliliğin bu amaçla*

<sup>68</sup> Özellikle şartlı mültecilerin ve geçici koruma statüsü sahiplerinin bu kapsamda düzenlenmemesi ve “*ergin olmayan*” ifadesinin yarattığı belirsizlik gibi sebeplerle hükme yöneltilen eleştiriler hakkında bkz. **Sarıöz Büyükalp**, İpek, “*Aile İkamet İzni Verilmesinde Sorunlar ve Güncel Değerlendirmeler*”, (Milletlerarası Aile Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu Makale ve Tebliğleri), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 177-178, Mayıs-Haziran 2019, ss. 1303-1321.

<sup>69</sup> **Elçin**, Doğa, “*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?*”, TAAD, Y. 7, S. 30, Nisan 2017, ss. 117-198, s. 124.

<sup>70</sup> Esen, s. 232. Belirtmemiz gerekir ki, Türkiye’ye giriş yapacağı tarih itibarıyla, geçerli ikamet izni bulunan yabancılar açısından, Türkiye’ye girişte vize şartı da aranmamaktadır (YUKK m. 12/1-b). İkamet izni başvurusunun kural olarak, “*yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki konsolosluklara*” yapılması gerekmektedir (YUKK m. 21/1). Bu bağlamda aile ikamet izni alan bir kişi, vize prosedürüne tâbi olmaksızın ülkeye giriş de yapabilecektir. Vize konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Teksoy**, Barış, “*6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu*”, AÜHFD, Y. 2013, C. 62, S. 3, ss. 855-906, (“*Vize*”).

<sup>71</sup> Esen, s. 232.

<sup>72</sup> Kanun’un tanımlar başlıklı 3. maddesi uyarınca, destekleyici, “*Aile birliği amacıyla Türkiye’ye gelecek yabancıların masraflarını üstlenen ve ikamet izni talebinde bulunanlar tarafından başvuruya dayanak gösterilen Türk vatandaşını veya Türkiye’de yasal olarak bulunan yabancıyı*” ifade etmektedir (YUKK m. 3/1-f).

<sup>73</sup> Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, aile birliği kurma amacıyla yapılmayan evlilikler açısından “*anlaşmalı evlilik*” tabirinin kullanılması isabetli değildir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, hukuk literatüründe anlaşmalı evlilik kavramı mevcut olmadığı gibi, bütün evliliklerin temelinde eşlerin karşılıklı anlaşması yatmaktadır. Dolayısıyla bu hükümde de anlaşmalı evlilik tabiri ile kastedilen, muvazaalı evliliklerdir (Esen, s. 232-233, dn. 204).



yapıldığı tespit edilirse aile ikamet izni verilmez, verilmişse iptal edilir. (2) **Aile ikamet izni verildikten sonra da** evliliğin anlaşmalı olup olmadığı konusunda **valiliklerce denetim yapılabilir.** (3) **Anlaşmalı evlilik yoluyla alınan ve sonradan iptal edilen ikamet izinleri, bu Kanunda öngörülen ikamet izin sürelerinin toplanmasında hesaba katılmaz.**” (YUKK m. 37).

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>74</sup> (YUKKY) incelendiğinde ise anlaşmalı evliliğin tespitinin nasıl yapılacağına dair detaylı hükümlere yer verildiği görülmektedir. Buna göre,

*“a) Eşlerin aynı konutta yaşamaması veya evliliğin aile birliği içinde devam etmediği yönünde ihbar ya da şikâyetin bulunması.*

*b) Eşlerin konuştuğu ortak bir dilin olmaması.*

*c) Eşler arasında makul olmayan yaş farkının olması.*

*ç) Yabancıların vize veya ikamet izni ihlallerinde bulunması.*

*d) Eşlerin evliliğin anlaşmalı olduğunu beyan etmesi.*

*e) Eşlerden biri hakkında geçimini meşru olmayan yollardan sağlamaktan veya izinsiz çalışmaktan işlem yapılmış olması.*

*f) Ailenin geliri ile yaşam standardının uygun olmaması.”*

hususlarının bir veya bir kaçının varlığı hâlinde evliliğin sırf ikamet izni alabilmek amacıyla yapıldığı yönünde makul şüphe olduğu kabul edilmekte ve bu yönde araştırma yapılmaktadır (YUKKY m. 34/1). Bu hususların varlığı, muvazaalı evlilik olduğunun kabulü için yeterli görülmemekte, yalnızca bu yönde araştırma başlatılmasını gerektirecek ölçüde makul şüphe bulunduğu işaret etmektedir<sup>75</sup>. Araştırma sürecinde ne gibi hususlara riayet edilmesi gerektiği de Yönetmelik’te açıkça belirtilmiştir. Hükme göre,

*“a) Araştırmada insanları rahatsız edici ve onur kırıcı davranışlardan kaçınılır.*

*b) Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının ihlal edilmemesi için gerekli tedbirler alınır.*

*c) Eşlerle ayrı ayrı ve birlikte görüşülür. Eşler görüşme davetine uymakla yükümlüdür.*

*ç) Paylaşılmış sorumlulukların olup olmadığı tespit edilir.*

*d) Yakın komşu, adres çevresi veya aile üyelerinden bilgi alınır.*

*e) Mahalli birimlerden bilgi alınır. Bu birimler, bilgi ve belge taleplerini derhal yerine getirir.*

---

<sup>74</sup> RG. T. 17.03.2016 – S. 29656.

<sup>75</sup> Esen, s. 234.

f) Araştırma sırasında sosyolog, sosyal çalışmacı, psikolog veya diğer meslek mensuplarından faydalanılabilir.

g) Araştırmaya kolluk personelinin refakat etmesi istenebilir.

ğ) Bakanlıkça belirlenecek diğer hususlara dikkat edilir” (YUKKY m. 34/2).

Özellikle de (a) ve (b) bentlerinde vurgulanan hususlar, yabancıların temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilmeden araştırma yapılmasının önemini vurgulanması açısından isabetlidir<sup>76</sup>. Söz konusu araştırma sonucunda, “il müdürlüğü temsilcisi başkanlığında aile ve sosyal politikalar il müdürlüğü, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğü ve il emniyet müdürlüğünden birer temsilcinin katılımıyla en az bir kadın üyenin de bulunduğu komisyon” oluşturulmakta ve Komisyon’un salt çoğunlukla alacağı karar neticesinde evliliğin sırf ikamet izni almak amacıyla yapılıp yapılmadığı tespit edilmektedir (YUKKY m. 34/3). Evliliğin, ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi durumunda ise aile ikamet izni verilmemekte, verilmişse iptal edilmekte veya süresi bitmişse uzatılmamaktadır (YUKK m. 37/1; YUKKY m. 33/1-e)<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Elçin, s. 181. Nitekim dünyanın birçok ülkesinde ikamet iznine ilişkin taleplerde, evliliğin, gerçek bir evlilik olup olmadığı denetimi yapılmakta ve bu yönde insan haklarıyla bağdaşmayan uygulamalar yapıldığı da bilinmektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri’nde daimi oturma izni sağlayan Green Card (Permanent Resident Card) başvurularında, eşlerin sıkı mülâkatlara tâbi tutulduğu belirtilmektedir. Bu yönde ABD’nde yaşayan bir Türk vatandaşıyla yaptığımız görüşmeler neticesinde, evlenme dolayısıyla Green Card başvurularında şu soruların yöneltildiği tespit edilmiştir: “Nerede tanıştınız? İlk buluşmada nereye gittiniz? Birbirinizin arkadaşlarıyla tanıştınız mı? Eşinizi ne zaman sevdiğinizi fark ettiniz? Kim kime teklif etti? Nasıl teklif etti? Nerede evlendiniz? Düğüne kaç kişi katıldı? Düğünde eşiniz ne giyiyordu? Nedime / sağdıç kimlerdi? Renk şeması neydi? Düğün pastasının tadı nasıldı? Balayına gittiniz mi? Eğer öyleyse, nereye? Bir apartmanda mı yoksa bir evde mi yaşıyorsunuz? İpoteğiniz veya kiranız ne kadar? Garajınız var mı? Varsa içine kim park ediyor? Kanepeniz ne renk? Eve gelen misafirler nerede uyur? Oturma odanızda ne tür pencere kaplamaları var? Evinizde kaç banyo var? Evden çıkarken hiç ışık yakıyor musunuz? Ön, yan veya arka kapıyı kullanıyor musunuz? Yıldönümünüz ne zaman? Eşiniz son doğum gününüzde size neler aldı? Dini bayramları kutlar mısınız? Kiliseye düzenli olarak gider misiniz? Eşinizin en sevdiği tatil hangisidir? Hiç Cadılar Bayramı için bir çift olarak giyindiniz mi? Geçen Yılbaşı Gecesi ne yaptınız? En son hangi filmi birlikte izlediniz?”. Özellikle eşcinsel çiftler açısından, cinsel anlamda nasıl birlikte olduklarına dair özel hayatın ağır ihlâli niteliğinde sorulara da yer verildiği ifade edilmiştir. Green Card uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.uscis.gov/greencard/eligibility-categories>, ET. 06.08.2019).

<sup>77</sup> Doktrinde bir görüş uyarınca, Yönetmelik hükümleriyle, ‘evliliğin, ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespit edilmesi nedeniyle reddi, iptali ve uzatılmaması durumunda’ yetkili makamın değiştirildiği, diğer hâllerde valilikler yetkiliyken, bu durumda yetkinin Komisyon’a verildiği ifade edilmekte ve söz konusu değişikliğin kanunla yapılması gerektiği vurgulanmaktadır (Elçin, s. 181). Kanaatimizce, Yönetmelik hükümünden, Komisyon’un karar makamı olarak tayin edildiği anlamı çıkmamaktadır. Yalnızca “evliliğin sırf ikamet izni almak amacıyla yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi ve tespiti” sağlanmakta, varılan sonuç valiliğe bildirilmekte ve yine diğer red sebeplerinde olduğu gibi karar makamı valilik

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonraki tarihli Danıştay kararları incelendiğinde, muvazaalı evlenme yoluyla ikamet izni talebine ilişkin değerlendirmenin bulunduğu bir karara rastlanılmamıştır<sup>78</sup>. Bununla birlikte, mülga 5683 sayılı "*Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun*"<sup>79</sup> (YİSHK) döneminde verilmiş çok sayıda karar bulunmaktadır. Ancak kararlara geçmeden önce önemle belirtmemiz gerekir ki, "*İkamet tezkeresinin reddolunacağı haller*" başlıklı YİSHK m. 7 kapsamında, evliliğin sırf ikamet izni almak amacıyla yapılmış olmasına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>80</sup>.

İkamet tezkeresi almak üzere başvuran Türk vatandaşıyla evli Moldova uyruklu davacının başvurusunun, evliliğinin muvazaalı olduğu ve çalışma izni almaksızın çalıştığından bahisle reddedilmesi üzerine Danıştay tarafından incelenen bir uyuşmazlıkta, "*...idarenin, evliliğin muvazaalı olduğu konusunda bir değerlendirme yaparak idari işlem tesisine hukuken olanak bulunmamaktadır*" şeklinde hüküm verildiği görülmektedir<sup>81</sup>. Öyle ki evlilik nedeniyle talep edilen ikamet tezkeresi başvurusunun reddine ilişkin bir başka uyuşmazlıkta, Türk vatandaşı eş, "*evlilik nedeniyle 2.000-TL para aldığı*" itiraf etmesine rağmen, Danıştay kararında, "*idarece, menfaat karşılığında anlaşmalı*

---

olarak görülmektedir. Nitekim hükümlerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde (YUKK m. 37, YUKKY m. 33, YUKKY m. 34/3 ve YUKK m. 25) bu sonuca ulaşılmaktadır. Yönetmelik hükmüne dayanarak, Komisyon'un yetkili makam olarak görülmesi, kanunilik ilkesi uyarınca da mümkün değildir. Bu noktada, Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu'na benzer bir yapı oluşturulmasının amaçlanmış olabileceği, lâkin Yönetmelik'teki düzenlemenin yeterli açıklıkta yapılmaması sebebiyle yorum farklılıklarına sebebiyet verildiği ifade edilebilir.

<sup>78</sup> Aile ikamet iznine ilişkin olarak bulunabildiğimiz tek kararda, Türk vatandaşıyla evli Gürcistan uyruklu davacının ikamet izni başvurusunun reddinin, Ankara 1. İdare Mahkemesi tarafından incelenmesi neticesinde, "*hukuka aykırı bir şekilde davacının formalite evlilik yaptığı sonucuna ulaşıldığı*" yönünde bir ifadeye yer verilmiş olmakla birlikte, Danıştay kararında bu yönde bir değerlendirme yapılmamıştır. Nitekim söz konusu olayda asıl uyuşmazlık, ikamet izninin reddine ilişkin kararın Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Danıştay kararında, Türkiye içinde yapılan ikamet izni başvurusu hakkında Valilik tarafından karar verilmesi gerekirken, bu konuda yetkisinin bulunmadığı görülen davalı idarece tesis edilen işlemin yetki unsuru açısından hukuka aykırı bulunduğu belirtilmiştir (Danıştay 10. Daire, T. 04.07.2017, E. 2016/3510 ve 2017/3472, Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, ET. 07.08.2019).

<sup>79</sup> RG. T. 24.07.1950 - S. 7564.

<sup>80</sup> YİSHK m. 7 uyarınca, "A) Sırf iş tutmak için gelecek sanat ve meslek erbabı olup da tutacağı iş, kanunlar gereğince Türk vatandaşlarına hasedilmiş bulunan; B) Türk kanun veya örf ve âdetleriyle yahut siyasi icabatla telif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan; C) Türkiye'de kalmak istediği müddet zarfında yaşamak için maddi imkânları meşru bir şekilde temin edemeyeceği sabit olan; D) Türkiye'ye girmesi memnu olup da her nasılsa girmiş bulunan; E) Türkiye'de oturduğu müddetçe huzur ve asayışı ihlâl eden; Yabancılarla ikamet tezkeresi verilmez".

<sup>81</sup> Danıştay 10. Daire, T. 27.05.2011, E. 2010/11935 ve K. 2010/2070, (Ekşi, "*Pratik*", s. 75-78).

olarak evlenildiği veya evliliğin aile birliği içinde olmadığı gibi iddialarla, hükmen geçerli bir evliliğin tartışılması veya sorgulanması sonucunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı” belirtilmiştir. Aynı kararda, Anayasa’nın 41. maddesine de yer verilerek, davacıların kurmuş olduğu aile birliğinin korunmasının da anayasal bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir. Neticede evliliğin muvazaalı olduğu gerekçesiyle ikamet izni verilmemesinde hukuka aykırılık olmadığı sonucuna varan İstanbul 1. İdare Mahkemesi’nin verdiği kararın bozulmasına hükmedilmiştir<sup>82</sup>. Aksi yönde bir kararda ise “Türk vatandaşı ile yapmış olduğu evliliği, ülkemizde ikamet alma ve çalışma amacına yönelik olarak yapılmış formalite bir evlilik niteliğinde olduğu tespit edilen ve bu tespitin aksini ortaya koyabilecek hukuken kabul edilebilir herhangi bir bilgi ve belgeyi de dava dosyasına sunamayan davacı hakkında” ikamet tezkeresinin iptaline ilişkin işlemin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmede, yine idarenin evliliğin muvazaalı olduğu konusunda değerlendirme yaparak idari işlem tesisine olanak bulunmadığı belirtilmekle birlikte, davacının eşiyile ayrı yaşaması ve Türk vatandaşlığına geçme başvurusunun da bulunmaması gerekçesiyle, başvurusunun reddinde hukuka aykırılık olmadığı sonucuna varılmıştır<sup>83</sup>.

Danıştay kararlarında, idarenin, evlenmenin muvazaalı olduğu konusunda bir değerlendirme yaparak idari işlem tesisine hukuken olanak bulunmadığı vurgusu yapılmış olmakla birlikte, daha önce de belirttiğimiz üzere, YİSHK kapsamında muvazaalı evlenmelere ilişkin, YUKK m. 35/3-c ve YUKK m. 37’ye karşılık gelecek bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu bağlamda, YUKK’da yer verilen açık düzenlemeler ile birlikte, idarenin bu yönde işlem tesisine kanuni dayanak sağlanmıştır. Neticede, YUKK uyarınca yapılacak aile ikamet iznine ilişkin işlemlerde, idarenin, evlenmenin muvazaalı olup olmadığını denetleme yetkisi olduğu gibi, evlenmenin sırf ikamet izni almak amacıyla yapıldığının tespiti durumunda başvuruyu reddetme yetkisi de vardır.

---

<sup>82</sup> Danıştay 10. Daire, T. 24.09.2010, E. 2007/1741 ve K. 2010/6781, (Ekşi/ Çiçekli, s. 86-89). Aynı yönde bir başka kararda yine benzer gerekçelerle, “idarece yapılan soruşturmada, ev ortamının normal bir ailenin yaşantısını sürdürebileceği nitelikte olmadığı, kocası olan davacının en son 9.4.2004 tarihinde fuşşiyata teşvik ve kadın ticareti suçundan Cumhuriyet Savcılığına sevk edildiği, alınan ifadelerden davacıların evliliğin aile birliği içinde olmadığı, evliliğin yabancı uyruklu kadının ikamet izni alabilmesi amacıyla yapıldığının tespit edildiğinden bahisle” ikamet izni süresinin uzatılması isteminin reddi hukuka aykırı bulunmuştur. Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 18.02.2008, E. 2005/5676 ve K. 2008/745, (Ekşi/ Çiçekli, s. 67-70). Ayrıca bkz. Bkz. Danıştay 10. Daire, T. 21.07.2009, E. 2009/2823 ve K. 2009/7707, (Ekşi/ Çiçekli, s. 75-76).

<sup>83</sup> Danıştay 10. Daire, T. 19.10. 2009, E. 2009/7253 ve K. 2009/8962, (Ekşi/ Çiçekli, s. 77-79).

## B. İstisnai Çalışma İzni Alabilmek Amacıyla Yapılan Muvazaalı Evlenmeler

Yabancıların Türkiye’de çalışmasına ilişkin temel esaslar, 28 Temmuz 2016 tarihli ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu<sup>84</sup> (UİK) ile düzenlenmiştir. İlgili Kanun uyarınca, çalışma izni, “*Bakanlıkça resmî bir belge şeklinde düzenlenen ve geçerlilik süresi içinde yabancıya Türkiye’de çalışma ve ikamet hakkı veren izni*” ifade etmektedir (UİK m. 3/1-c). Çalışma izni türleri; süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni, Turkuaz kart ve istisnai çalışma izni olmak üzere beş başlık altında incelenmektedir<sup>85</sup>. Esasında, Kanun’da ve UİK m. 16’da istisnai çalışma izni adı altında ayrı bir çalışma izni türüne yer verilmemekle birlikte; bu maddeye istinaden verilen çalışma izninin doktrinde bu şekilde adlandırıldığı; ancak bu kişilerin çalışma izni almaktan istisna tutulmadıkları vurgulanmaktadır<sup>86</sup>.

Çalışma izninin istisnai olarak verilebileceği yabancılara ilişkin UİK m. 16 hükmüne göre, Bakanlık tarafından belirlenen uluslararası işgücü politikasına uygun olarak, maddede on bir bent hâlinde sayılan belirli niteliklere sahip yabancılara, Uluslararası İşgücü Kanunu’nun çalışma izni başvuru usulüne (m-7), değerlendirme şartlarına (m. 9) ve sürelerine (m. 10) ilişkin maddelerinin

<sup>84</sup> RG. T. 13.08.2016 – S. 29800.

<sup>85</sup> Çelikel, Aysel/ (Öztek) Gelgel, Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s. 195-200; Doğan, Vahit, Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 206-214, (“Yabancılar”); Ekşi, “Yabancılar”, s. 230-233. Yabancıların çalışma izinleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin, Hediye, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, Beta Yayınları, İstanbul 2017; Yılmaz, Mücahit, Türk Yabancılar Hukukunda Yabancıların Çalışma İzni, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017; Demirkol, Berk, “Yabancıların Türkiye’de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu”, GSÜHFD, 2018/1, ss. 421-483; Karaağaç, Ömür, “Yabancıların Türkiye’de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirmesi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Nisan 2018, ss. 89-121; Erken, Baki, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, TİSK Akademi, 2016 /II, ss. 381-405; Gümüslü Tunçağıl, Gülce, “The Changes and Innovations of the New International Labour Force Law about the Working of Foreigners in Turkey”, Athens Journal of Law, Vol. 3, N. 3, July 2017, pp. 215-229. Kanun’un henüz kabul edilmediği dönemde, “Yabancı İstihdamı Kanunu Tasarısı” üzerinden yapılan değerlendirmeler hakkında bkz. Teksoy, Barış, “Yabancıların Çalışma Hakkı ile İlgili Güncel Gelişmeler”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu: Eskişehir, 21-22 Nisan 2016, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar (Editörler: Prof. Dr. Bilgin TİRYAKIOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Mesut AYGÜN, Ar. Gör. Ali ÖNAL, Ar. Gör. A. Kübra ALTIPARMAK, Ar. Gör. Cansu KAYA), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, ss. 245-272, “Çalışma Hakkı”).

<sup>86</sup> Aygül, Musa, Yabancıların Çalışma Hakkı (Hürriyeti) ve Yabancılara Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 144, (“Çalışma Hakkı”). Nitekim Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Uluslararası İşgücü Genel Müdürlüğü’nün sitesinde de çalışma izni türleri; süreli çalışma izni, süresiz çalışma izni, bağımsız çalışma izni, Turkuaz kart şeklinde sayılmıştır. Çalışma izni türleri arasında “*istisnai çalışma izni*” şeklinde bir izin türüne yer verilmemiştir. Bkz. <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uigm/calisma-izni/izni-turleri/>.

uygulanmasına ilişkin istisnalar tanınabilir (UİK, m. 16). Dolayısıyla 16. madde kapsamında sayılan yabancılar da çalışma izni almak zorunda olmakla birlikte, ilgili hükümlerde belirtilen şartların bazılarında veya tamamından muaf tutulmak suretiyle, genel çalışma rejiminden istisna tutulmuşlardır<sup>87</sup>. Başka bir anlatımla, bu kişilere, daha kolay bir şekilde çalışma izni verilmesi hususunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır<sup>88</sup>. Çalışma izninin istisnaî olarak verilebileceği yabancılar açısından, “*bu Kanunun 7 nci, 9 uncu ve 10 uncu maddeleri hükümlerinin farklı uygulanmasına ilişkin*” hususların, Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmış olmakla birlikte (UİK, m. 25/1-d), Uluslararası İşgücü Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin yönetmelik henüz yayımlanmamıştır.

İstisnaya tâbi tutulan yabancılar arasında, “*Bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyile Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan*” yabancılar da yer verilmiştir (UİK, m. 16/1-f)<sup>89</sup>. Dolayısıyla Türk vatandaşıyla evli ve eşiyile Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan yabancıların, “*izin değerlendirme kriterlerine*”<sup>90</sup> tâbi olmaksızın diğer yabancılar nazaran daha kolay bir şekilde çalışma izni almasının mümkün olduğu ifade edilebilir<sup>91</sup>. Doktrinde, yabancıların eşiyile birlikte Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşamasının da şart olarak görülmesinin arkasında, muvazaalı evlenme yoluyla çalışma izni alınmasının engellenmesi düşüncesinin yattığı ve bu bağlamda yetkili makamların evliliğin amacı konusunda da bir araştırma yapması gerektiği savunulmaktadır<sup>92</sup>. Kanaatimizce,

<sup>87</sup> Aygül, “Çalışma Hakkı”, s. 144.

<sup>88</sup> Aygül, “Çalışma Hakkı”, s. 144-145.

<sup>89</sup> YUKK m. 34 uyarınca “*Türkiye’de ikamet hakkını haiz yabancı ile evlenen yabancılara da*” aile ikamet izni verilmesine rağmen, çalışma izni bakımından **sadece Türk vatandaşıyla evli yabancıların** izin değerlendirme kriterlerinden muaf tutulmak suretiyle kolaylık sağlandığının altı çizilmekte ve diğer yabancıların değerlendirme kriterlerine tâbi olacakları vurgulanmaktadır (Aygül, Musa, “*Türkiye’de İkamet Hakkına Sahip Yabancıların Çalışma Hakkı*”, Antalya Bilim üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, 18-20 Nisan Antalya, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Dr. Öğr. Üy. Alper Çağrı YILMAZ ve Dr. Lale AYHAN İZMİRLİ), Savaş Yayınevi, Ankara 2019, ss. 119-138, s. 121-122; “*Çalışma Hakkı-Tebliğ*”). Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında ise aile ikamet izniyle gelen yabancıların bihakkın (*kendiliğinden*) çalışma hakkına sahip oldukları ve çalışma izni almalarına gerek olmadığı ifade edilmektedir (Aygül, “*Çalışma Hakkı-Tebliğ*”, s. 137).

<sup>90</sup> Söz konusu kriterler için bkz. <https://www.ailevecalisma.gov.tr/uigm/calisma-izni/izin-degerlendirme-kriterleri/>, (ET. 04.08.2019).

<sup>91</sup> Ek olarak belirtmemiz gerekir ki, “*Bu Kanuna göre verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti, 6458 sayılı Kanunun 27 nci maddesi uyarınca ikamet izni yerine geçer*” (UİK m. 12/1). Bu bağlamda, Türk vatandaşıyla evli yabancıların aldığı istisnaî çalışma izni, aynı zamanda ikamet izni yerine geçmektedir. Dolayısıyla çalışma izni sayesinde, daha fazla bürokratik işleme maruz kalmaksızın ve masraf yapmaksızın, Türkiye’de yasal olarak ikamet etme hakkı da elde edilmektedir.

<sup>92</sup> Cin, Mustafa, “*Yabancıların Çalışma İzinleri*”, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/822.pdf>, s. 5, (ET. 04.08.2019); Kutlu, Melis, “*Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin*

böyle bir araştırma yapılabilmesinin yasal dayanağı yoktur. Mülga 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun<sup>93</sup> (YÇİHK) kapsamında, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, “*Bir Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan veya evlilik birliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte Türkiye’de yerleşmiş olan yabancılar ile bunların Türk vatandaşı eşinden olan çocuklarına*” Kanun’da öngörülen sürelerle tâbi olmaksızın çalışma izni verilebileceği hükme bağlanmıştı (YÇİHK m. 8/1-a). İlgili Kanun’a dayanarak hazırlanan ve hâlen yürürlükte olan<sup>94</sup>, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği’nde<sup>95</sup> (YÇİHKY) “*Türk Vatandaşı ile Evli Olanlar*” başlıklı bir hükme yer verilmiştir. Hükme göre, “*Bir Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan yabancıların çalışma izin başvurularında ikamete ilişkin süre koşulu aranmaz. En az üç yıl süreyle Türk vatandaşı ile evlilik birliği içinde yaşayan yabancıların başvurularında bu Yönetmeliğin 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan kriterler uygulanmaz. Ancak, evliliğin aile birliği kurmak amacıyla yapılmadığının tespit edilmesi halinde* çalışma izin belgesi geçerliğini kaybeder”<sup>96</sup> (YÇİHKY m. 44). Ancak kanaatimizce, söz konusu Yönetmelik hükmü, Kanun’a aykırı olması itibarıyla uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Uluslararası İşgücü Kanunu’nun çalışma izninin iptaline ilişkin 15. maddesinde bu yönde bir veri bulunmamaktadır.

Sonuç itibarıyla, UİK kapsamında, evlenmenin aile birliği kurmak amacıyla yapılmamış olmasına veya sırf çalışma izni almak amacıyla yapılmış olmasına dair herhangi bir ifade geçmediğinden, bu sebeplerle çalışma izni başvurusunun reddedilmesi veya iptali mümkün değildir. Uluslararası İşgücü Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin olarak hazırlanacak yönetmelikte, muvazaalı evlenme sebebiyle başvurunun reddi veya iptaline ilişkin düzenleme yapılması planlanıyorsa, öncelikle Kanun’da bu düzenlemeye ilişkin yasal dayanağın sağlanması gerekmektedir. Diğer yandan, evlilik birliği içinde yaşama kriterinin nasıl tespit edileceği, Türkiye’de eşiyle birlikte yaşama şartının gerçekleşmesi için asgari bir süre aranıp aranmayacağı hususlarının da netleştirilmesi gerekmektedir.

*İş Sözleşmelerine Etkileri*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2018, s. 56.

<sup>93</sup> RG. T. 06.03.2003 – S.25040.

<sup>94</sup> Geçiş hükümleri uyarınca, “*Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar mevcut düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur*” (UİK/ Geçici Madde 1/f.4).

<sup>95</sup> RG. T. 29.08.2003 – S. 25214

<sup>96</sup> Yönetmelik’te yer verilen bu hüküm ile “*Çalışma izninin geçerliliğini kaybetmesi*” başlıklı YÇİHK m. 16’da düzenlenmeyen bir husus, kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde Yönetmelik’te düzenlenmiştir.

## SONUÇ

Gerçek bir aile kurma iradesi olmaksızın, evlenme yoluyla vatandaşlık kazanmak, kolay yoldan ikamet izni almak ve çalışma izninde vatandaşla evli kişilere sağlanan imtiyazlardan faydalanmak amacıyla evlenmenin gerçekleşmesi durumlarında, evlenmede muvazaalı gündeme gelmektedir. Türk Medenî Kanunu'nda, sınırlı sayıda düzenlenen butlan sebepleri (TMK m. 145, m. 148-151 ve m. 153) arasında muvazaalı evlenmelere yer verilmemiş olması sebebiyle, bu evliliklerin iptal yaptırımına tâbi tutulması mümkün değildir.

Vatandaşlık hukuku açısından baktığımızda, TVK m. 16'da düzenlenen şartların gerçek bir evliliğin emareleri olarak görüldüğü kabul edilmekle birlikte, Yönetmelik hükümleriyle, vatandaşlık başvuru inceleme komisyonuna ve konsolosluk işlemlerinden sorumlu muavin konsolos veya daha üst yetkiliye, evliliğin gerçek bir evlilik olup olmadığı noktasında tarafları mülakata tâbi tutmak suretiyle araştırma yetkisi tanınmıştır. Danıştay kararlarında ise idarece evliliğin muvazaalı olduğu konusunda bir değerlendirme yapılmasının ve bu değerlendirme uyarınca idari işlem tesisinin hukuken mümkün olmadığı istikrarlı bir şekilde vurgulanmaktadır. Elbette idari makamların muvazaalı evliliğin geçersizliğine hükmedilmesi yönünde bir karar vermesi mümkün değildir. Lâkin evliliğin sırf vatandaşlık kazanma amacıyla yapıldığının objektif olarak tespiti durumunda, vatandaşlığa alınma talebinin reddi noktasında işlem yapma yetkisinin olabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, muvazaalı evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasının engellenmesi amaçlanıyorsa, yapılacak bir kanun değişikliği ile açıkça yetkili makamın evlenmenin gerçek bir evlilik olup olmadığı noktasında araştırma yetkisinin olduğu ve muvazaalı evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılamayacağı ifade edilmelidir.

Yabancılar hukuku açısından baktığımızda, aile ikamet izni taleplerinin değerlendirilmesi sürecinde, muvazaalı evlenmelere ilişkin yaklaşımın ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda, YUKK m. 35/3-c ve YUKK m. 37 uyarınca, evliliğin sırf ikamet izni alabilmek amacıyla yapıp yapılmadığını araştırma ve evliliğin bu amaçla yapıldığı tespit edilmesi durumunda uygulanacak yaptırıma ilişkin düzenlemelerin, kanun düzeyinde ve açıkça yapılması hukukî yerindelik bakımından isabetlidir. Çalışma izninin istisnaî olarak verilebileceği, bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyle Türkiye'de evlilik birliği içinde yaşayan yabancılar açısından ise idareye evliliğin hangi amaçla yapıldığına yönelik bir araştırma yetkisi tanınmamıştır. Uluslararası İşgücü Kanunu'nun mevcut hâliyle; Türk vatandaşıyla evli yabancıların, Türkiye'de eşiyle birlikte evlilik birliği içinde yaşadığının tespiti, çalışma izni talebinin olumlu yönde değerlendirilmesi açısından yeterli görülmelidir. Muvazaalı evlenme sebebiyle başvurunun reddi veya iptalinin sağlanması isteniyorsa, Kanun'da bu yönde açık düzenleme yapılmalıdır.



Neticede, vatandaşlık ve yabancılar hukukunda Türk vatandaşıyla evli yabancılara tanınan avantajlı düzenlemelerden, muvazaalı evlenme yoluyla yararlanılmasının engellenmesi amaçlanıyorsa, idarenin denetim yetkisinin sınırları insan haklarına riayet edilerek kanunen objektif bir şekilde belirlenmeli ve muvazaalı evliliğin varlığının somut bir şekilde tespit edilmesi durumunda idarenin başvuruyu reddetme yetkisi olduğunun açıkça vurgulanması gerekmektedir.

#### KAYNAKÇA

- **Akıntürk**, Turgut/ **Ateş Karaman**, Derya, Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- **Arslan**, Şule, Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahat Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- **Atamulu**, İsmail, Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- **Aybay**, Rona, Kadının Uyrukluğ u Üzerinde Evlenmenin Etkisi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 450, Ankara 1980.
- **Aybay**, Rona/ Özbek, Nimet/ **Ersen Perçin**, Gizem, Vatandaşlık Hukuku, Siyasal Kitabevi, Ankara 2019.
- **Aygül**, Musa, “Türkiye’de İkamet Hakkına Sahip Yabancıların Çalışma Hakkı”, Antalya Bilim üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, 18-20 Nisan Antalya, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Dr. Öğr. Üy. Alper Çağrı YILMAZ ve Dr. Lale AYHAN İZMİRLİ), Savaş Yayınevi, Ankara 2019, ss. 119-138, (“Çalışma Hakkı-Tebliğ”).
- **Aygül**, Musa, Yabancıların Çalışma Hakkı (Hürriyeti) ve Yabancılara Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Yetkisi, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (“Çalışma Hakkı”).
- **Berki**, Osman Fazıl, “Türk Hukukunda Evlenmenin Tâbiyete Tesiri”, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 303, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, ss. 89-101.
- **Cin**, Mustafa, “Yabancıların Çalışma İzinleri”, [http://www.kamu- is.org.tr/pdf/822.pdf](http://www.kamu-is.org.tr/pdf/822.pdf), (ET. 04.08.2019).
- **Çelikel**, Aysel/ (**Öztekin**) **Gelgel**, Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- **Çiçekli**, Bülent, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler”, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun Değerlendirilmesi (Editörler: Yrd. Doç. Dr. Ceyda SÜRAL, Araş. Gör. Ekin ÖMEROĞLU), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, ss. 17-33, (“Yenilikler”).

- **Çiçekli**, Bülent, 6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, ("*Yabancılar*").
- **Çörtoğlu Koca**, Sema, "*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uyarınca Yabancıların Türkiye'de İkameti ve Uzun Dönem İkamet İznine İlişkin Değerlendirmeler*", Ankara Barosu Dergisi, 2016/2, ss. 42-88.
- **Dardağan Kibar**, Esra, "*Türk Vatandaşlık Mevzuatı ve Güncel Gelişmeler Işığında Vatandaşlığın Kanunîliği İlkesi*", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, 18-20 Nisan Antalya, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Dr. Öğr. Üy. Alper Çağrı YILMAZ ve Dr. Lale AYHAN İZMİRLİ), Savaş Yayınevi, Ankara 2019, ss. 3-17.
- **Demirkol**, Berk, "*Yabancıların Türkiye'de Çalışması ve Uluslararası İşgücü Kanunu*", GSÜHFD, 2018/1, ss. 421-483.
- **Doğan**, Murat/ **Okur**, Sinan, "*Türk ve Alman Hukukunda Evlenmenin Mutlak Butlanı Sebepleri*", Türkisch- Deutscher Familienrechtskongress, 23. – 25. Mai 2013; (Editörler: Zeynep DÖNMEZ, Ünsal DÖNMEZ ve Michael MARTINEK), Ankara 2014, ss. 55-72.
- **Doğan**, Vahit, "*Vatandaşlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı Çerçevesinde Bir Değerlendirme*", GÜHFD, Y. 1999, C. 3, S. 1-2, ss. 25-45, ("*Tasarı*").
- **Doğan**, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, ("*Vatandaşlık*").
- **Doğan**, Vahit, Türk Yabancılar Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, ("*Yabancılar*").
- **Dural**, Mustafa/ **Öğüz**, Tufan/ **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku- Cilt III- Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- **Ekşi**, Nuray, Milletlerarası Özel Hukuk II - Pratik Çalışma Kitabı - Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, İstanbul 2014, ("*Pratik*").
- **Ekşi**, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2018, ("*Yabancılar*").
- **Ekşi**, Nuray/ **Çiçekli**, Bülent, Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- **Elçin**, Doğa, "*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?*", TAAD, Y. 7, S. 30, Nisan 2017, ss. 117-198.

- **Erdem, B. Bahadır**, “4686 sayılı Kanunla Türk Vatandaşlık Kanunu’nun 5. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Göre Türk Vatandaşlığının Evlilik Yolu ile Kazanılması”, MHB, Y. 23, 2003, S. 1-2, (Prof. Dr. Gülören TEKİNALP’e Armağan), ss. 339-361, (“Evlilik”).
- **Erdem, B. Bahadır**, “Türk Vatandaşlık Hukukundaki Cinsiyet Farkından Doğan Eşitsizlik Sonucunda Türk Vatandaşı Erkekle Evlenen Yabancı Kadının Yarattığı Sorunlar”, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL’e Armağan - MHB, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, ss. 293-312, (“Eşitsizlik”).
- **Erdem, B. Bahadır**, “Vatandaşlık Kanunu Tasarısında Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına İlişkin Düzenleme”, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, 29 Şubat 2008, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR, Yrd. Doç. Dr. Banu ŞİT), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, ss. 97-107, (“Tasarı”).
- **Erdem, B. Bahadır**, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2019, 7. Bası, (“Vatandaşlık”).
- **Ergin, Hediye**, Türk Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinleri, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- **Erkan, Mustafa**, “Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında “Milli Güvenlik” ve “Kamu Düzeni” Kavramları”, Antalya Bilim üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, 18-20 Nisan Antalya, (Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Dr. Öğr. Üy. Alper Çağrı YILMAZ ve Dr. Lale AYHAN İZMİRLİ), Savaş Yayınevi, Ankara 2019, ss. 17-39.
- **Erken, Baki**, “Uluslararası İşgücü Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Yabancıların Çalışması”, TİSK Akademi, 2016 / II, ss. 381-405.
- **Erten, Rifat**, “5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, ss. 917-959, (“5901”).
- **Erten, Rifat**, “Evliliğin Butlanının Evlenme Nedeniyle Kazanılan Türk Vatandaşlığına Etkisi Hususunda Değerlendirmeler”, TAAD, Y. 5, S.19, Ekim 2014, ss. 243-278, (“Butlan”).
- **Erten, Rifat**, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, GÜHFD, C. XIX, Y. 2015, S. 1, ss. 3-51, (“Yabancılar”).
- **Esen, Emre**, Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- **Esener, Turhan**, Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956.
- **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin**, Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

- **Gümüşlü Tunçağıl**, Gülce, *“The Changes and Innovations of the New International Labour Force Law about the Working of Foreigners in Turkey”*, Athens Journal of Law, Vol. 3, N. 3, July 2017, pp. 215-229.
- **Güngör**, Gülin, *“The Acquisition of Turkish Nationality by Way of Marriage Following the June 2003 Amendment”*, Ankara Law Review, Vol.1, No. 1 (Summer 2004), pp. 29-49, (*“Marriage”*);
- **Güngör**, Gülin, *Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler - Şeyler)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, 5. Bası, (*“Tâbiyet-5.Bası”*).
- **Güngör**, Gülin, *Tâbiyet Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler - Şeyler)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, 7. Bası, (*“Tâbiyet”*).
- İkitler, Metin, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- **Karağaç**, Ömür, *“Yabancıların Türkiye’de Çalışmalarına İlişkin Temel Düzenleme Olarak Uluslararası İşgücü Kanununun Genel Değerlendirmesi”*, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Nisan 2018, ss. 89-121.
- **Kaya**, Cemil, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- **Kutlu**, Melis, *“Türk İş Hukukunda Yabancıların Çalışma İzinlerinin İş Sözleşmelerine Etkileri”*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü – Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2018.
- **Nomer**, Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- **Oğuzman**, Kemal/ **Dural**, Mustafa, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- **Reçber**, Kamuran/ **Özgenç**, Zeynep, *“5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunundaki Bazı Boşluklar”*, İÜHFİM, Y. 2016, C. 74, S. 1, ss. 373-387.
- **Ruhi**, Ahmet Cemal, *“Evlenme Yolu ile Türk Vatandaşlığının Kazanılması”*, Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı Sempozyumu, 29 Şubat 2008, (*Editörler: Prof. Dr. Vahit DOĞAN, Doç. Dr. Feriha Bilge TANRIBİLİR, Yrd. Doç. Dr. Banu ŞİT*), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, ss.107-117.
- **Sargin**, Fügen, *“Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli ve 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme”*, AÜHFİM, C. 53, S. 1, Y. 2004, ss. 27-63.
- **Sarıöz Büyükalp**, İpek, *“Aile İkamet İzni Verilmesinde Sorunlar ve Güncel Değerlendirmeler”*, (Milletlerarası Aile Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu Makale ve Tebliğleri), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 177-178, Mayıs-Haziran 2019, ss. 1303-1321.

- **Sayman**, Yücel, Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- **Tanrıbilir**, Feriha Bilge, “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri”, TBB Dergisi, S. 75, Y. 2008, ss. 27-62.
- **Teksoy**, Barış, “6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununa Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu”, AÜHFD, Y. 2013, C. 62, S. 3, ss. 855-906, (“Vize”).
- **Teksoy**, Barış, “Yabancıların Çalışma Hakkı ile İlgili Güncel Gelişmeler”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu: Eskişehir, 21-22 Nisan 2016, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar (Editörler: Prof. Dr. Bilgin TIRYAKIOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Mesut AYGÜN, Ar. Gör. Ali ÖNAL, Ar. Gör. A. Kübra ALTIPARMAK, Ar. Gör. Cansu KAYA), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, ss. 245-272, (“Çalışma Hakkı”).
- **Turhan**, Turgut/ **Tanrıbilir**, Feriha Bilge, Vatandaşlık Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- **Tüzüner**, Özlem, “Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 71, S. 2013/1, ss. 125-148.
- **Yıldırım**, Abdulkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.
- **Yılmaz**, Mücahit, Türk Yabancılar Hukukunda Yabancıların Çalışma İzni, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

# BOŞANMA AŞAMASINDA MAHKEME MERKEZLİ EĞİTİM UYGULAMALARINA İLİŞKİN BİR İNCELEME

*A Review of Court-Based Divorce Education Programs*

**Psikolog Dr. Ayşegül SAYAN KARAHAN\***

Geliş Tarihi: 16.12.2019 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Boşanma, tüm ülkelerde her geçen yıl daha yaygınlaşmaktadır. Her ne kadar Türkiye’de boşanma oranları batı ülkeleri kadar yüksek olmasa da, geçmiş on yıllarla karşılaştırıldığında boşanma oranlarında kayda değer bir artış eğilimi görülmektedir. Boşanmanın bireyler ve toplum üzerindeki olumsuz etkilerinin farkındalığıyla boşanma sürecindeki bireylerin bu yıkıcı deneyimini kontrol etme ve en aza indirme yollarına ilginde de bir artış görülmektedir. Mahkeme temelli ebeveyn eğitim programları çoğu ülkenin aile mahkemelerinde tamamlayıcı aile hizmeti bileşeni olarak yer almaktadır. Bu tür programlar, boşanma aşamasındaki bireyler ve çocuklarının boşanma sonrası yaşama uyum düzeylerini artırmak ve aralarında yaşanabilecek çatışmaları ve olumsuz etkileri azaltmak amacıyla kullanılmaktadır. Bu çalışmada, yurt dışında yürütülen boşanma aşamasındaki bireyler için mahkeme temelli önleyici boşanma eğitimi programları ve bu programların özellikleri gözden geçirilmiştir. Literatür tarandığında yurt dışında mahkeme temelli boşanma eğitimi programları üzerine çalışmalara rastlandığı, fakat her ne kadar bu bir ihtiyaç olsa da Türkiye’de bu alanda bir boşluk olduğu görülmektedir. Türkiye’de boşanma aşamasında mahkeme temelli uygulamalarla ilgili öneriler sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Boşanma, Boşanma eğitimi, Mahkeme temelli

## ABSTRACT

Divorce is becoming more prevalent every year in all countries. Although the divorce rates in Turkey are not as high as the divorce rates in western countries, when compared with last decades there is a remarkable tendency to increase. With the awareness of negative effects of divorce on individuals and society, there is also an increasing interest in the ways to control and minimize this destructive experience. In most countries, court-based divorce education programs are supplementary family services components of family courts. Such programs are utilized for enhancing the post-divorce adjustment levels of divorcing individuals and their children and minimizing the negative effects of divorce on them and conflicts between them. In this review, preventive court-based divorce education programs conducted abroad for individuals who are in the divorce process and the properties of these programs were reviewed. When literature is reviewed it was seen that there are some research with regard to court-based divorce education programs abroad, but even though there is a need in Turkey there is a gap in this area. Recommendations with regard to utilization of court-based divorce education programs in Turkey were given.

**Keywords:** Divorce, Divorce education, Court based

\* Psikolog, Türkiye Adalet Akademisi, e-posta: ps kaysegulsayan@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5580-0617.

## GİRİŞ

Boşanma, hukuk ve aile çalışmaları alan yazınında evliliğin sonlanması olarak tanımlanmaktadır. Boşanma; yasal, psikolojik ve sosyal yönleri olan bir süreç olarak görülmektedir. Boşanma; tarafların eş olma bağlarının sonlanması içeren yasal bir prosedürdür. Eğer varsa, çocukların hakları da yasal olarak güvenceye alınmaktadır. Boşanma, aile hayatının normal bir aşaması olarak tanımlanmadığından, bireylerin yaşadığı en stresli yaşam olayları arasında yer almaktadır<sup>1</sup>. Boşanma, karmaşık bir psikososyal yaşam geçişi olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup>

Boşanma, büyük bir stres içeren yaşam krizi olarak görülmektedir. Boşanma; kimlik krizini, kendilik-imağı ve kendilik-değeri krizini, finansal ve yaşam tarzı krizini, sıklıkla çocuk yetiştirme krizini ve yaşam hedefi krizini içermektedir. Boşanma; tek bir yaşam olayı olmaktansa bir süreç olarak görülmektedir ve bu nedenle diğer strese neden olan faktörlerden farklı olarak ele alınmaktadır.<sup>3</sup> Evliliğin sonlanması; psikoloji bilimi açısından stresli bir yaşam olayı olmaktansa, tüm aşamalarının farklı düzeylerde strese yol açtığı stresli bir yaşam süreci olarak daha uygun tarif edilebilmektedir.<sup>4</sup>

Son on yıllarda, boşanma üzerine araştırmaların alan yazını sıklıkla boşanmanın olumsuz etkilerine odaklanmıştır. Boşanmanın; ruhsal ve fiziksel sağlık üzerinde olumsuz etkileri<sup>5</sup>, kadınların ekonomik iyilik hali üzerinde olumsuz etkileri, erkeklerin aile ilişkileri üzerinde olumsuz etkileri, sosyal ağlar ve bütünleşme üzerinde olumsuz etkileri<sup>6</sup> bildirilmiştir. Aynı zamanda, boşanmanın etkilerinde kayda değer heterojenlik yani farklılık olduğu da bildirilmektedir. Wallerstein & Kelly (1980), boşanmanın her ne kadar olumsuz bir deneyim olsa da sıklıkla yararlar da sağlamlasını boşanma ikilemi (dilemma) olarak ileri sürmüşlerdir.

Bir çocuk olarak ebeveynlerin boşanması deneyiminin ilerleyen yetişkinlikte çeşitli problemlerin ortaya çıkması riskini artırdığı görülmektedir.

---

<sup>1</sup> Kitson, G.C. & Morgan, A.M. (1990). "The Multiple Consequences of Divorce". *Journal of Marriage and the Family*. 52. 913-924.

<sup>2</sup> Kitson, G.C. & Holmes, W.M. (1992). *Portrait of Divorce : Adjustment to Marital Breakdown*. The Guilford Press : NY USA.

<sup>3</sup> Pledge, D.S. (1992). "Marital Separation/Divorce: A Review of Individual Responses to a Major Life Stressor". *Journal of Divorce and Remarriage*. 17 (3/4). 151-181.

<sup>4</sup> Caldwell, R.A.& Bloom, B.E. (1982). "Social support: Its structure and impact on marital disruption". *American Journal of Community Psychology*. 10. (6). 647-667.

<sup>5</sup> Booth, A. & Amato, P. (1991). "Divorce and Psychological Stres". *Journal of Health and Social Behavior*. 32. 396-407.

<sup>6</sup> Gerstel, N., Kohler Riessman, C. & Rosenfield, S.(1985). "Explaining the Symptomatology of Separated and Divorced Women and Men: The Role of Material Conditions and Social Networks". *Social Forces*. 64 (1). 84-101.

Evliliği sürmüş ebeveynlere sahip olan yetişkinlerle karşılaştırıldığında, boşanmış ebeveynlere sahip olanların; daha düşük seviyede eğitim, daha az gelir elde etme, daha problemlili evlilik yaşama, ebeveynlerle daha zayıf bağlara sahip olma, daha fazla psikolojik sıkıntı semptomları sergileme eğilimi bildirilmektedir. Bununla beraber, evliliğin sonlanması her zaman çocuklar için zararlı değildir, boşanmış ebeveynleri olan çocukların çoğu iyi uyum sağlamış yetişkinler olarak gelişebilmektedir.<sup>7</sup>

Boşanmanın bireyler ve toplum üzerindeki etkisinin farkındalığı, boşanmış bireylerin bu yıkıcı deneyimlerini kontrol etme ve olumsuz etkilerini en aza indirme yollarına olan ilginin artmasına yol açmıştır. Bloom (1978) boşanma durumunda; ekonomik, uygulanabilir ve planlı önleyici müdahale programlarına ihtiyaç duyulduğunu ileri sürmektedir. Boşanma sonrası yaşama uyumu kolaylaştırmak için tasarlanmış her bir müdahalenin, boşananların karşı karşıya kaldığı spesifik güçlükler, bunların yaşanan sıkıntıya etkisi ve kullanılabilir başa çıkma stratejilerinin çeşitliliği ve etkililiği bilgisini içermesi gerekli görülmektedir.<sup>8</sup>

Boşanmayla ilişkili stresörler; ekonomik, velayet ve ebeveynlik, psikolojik stresörler olarak belirtilmektedir.<sup>9</sup> Bir başka araştırmada, boşananlar tarafından karşılaşılan problem ve stresler üç temel kategoride ele alınmaktadır; pragmatik konular, kişiler arası ve sosyal problemler, aileyle ilişkili stresler.<sup>10</sup> Stresörler; ekonomik değişimler, evle ilgili işler, yasal konular, eski eşler arasında çatışma, ebeveyn-çocuk ilişkisi gibi pratik problemleri içeren boşanmada meydana gelen olaylardır.<sup>11</sup>

Boşanmayla başa çıkma stratejileri; aile ve arkadaş desteği, manevi/dinle ilişkili etkinlikler, sosyal katılım ve heteroseksüel ilişkiler olarak rapor edilmiştir.<sup>12</sup> Bir başka araştırmada, uyumu kolaylaştıran başa çıkma stratejileri; sosyal etkinlikler, öğrenme, kişisel anlayış, duygu ifadesi, otonomi, ev ve aile etkinlikleri olarak bildirilmiştir.<sup>13</sup> Bireyin boşanmanın gerekliliklerini karşıladığı kaynaklar; eğitim, iş, ayrılık öncesi psikolojik özellikler gibi kişisel değerler,

---

<sup>7</sup> Amato, P.R. & Cheadle, J. (2005). "The long reach of divorce: Divorce and child well-being across three generations". *Journal of Marriage and Family*. 67. (1). 191-206.

<sup>8</sup> Berman, W.H. & Turk, D.C. (1981). "Adaptation to Divorce: Problems and Coping Strategies". *Journal of Marriage and the Family*. 43 (2). 179-189.

<sup>9</sup> Lawson, E.J. & Thompson, A. (1996). "Black Men's Perceptions of Divorce-Related Stressors and Strategies for Coping With Divorce. An Exploratory Study" *Journal of Family Issues*. 17 (2). 249-273

<sup>10</sup> Berman & Turk, 1981

<sup>11</sup> Tschann, J.M., Johnston, J.R. & Wallerstein, J.S. (1989). „Resources, Stressors and Attachment as Predictors of Adult Adjustment After Divorce : A Longitudinal Study". *Journal of Marriage and the Family*. 51.1033-1046.

<sup>12</sup> Lawson & Thompson, 1996

<sup>13</sup> Berman & Turk, 1981



sosyal etkinlik, sosyal destek ve yeni yakın ilişki gibi sosyal değerler olarak belirtilmiştir.<sup>14</sup>

Boşanma sürecinin bir diğer bileşeni boşanmaya duygusal tepki olarak rapor edilmiştir. Hem kadınlar hem de erkekler için boşanmayı deneyimleyenler tarafından rapor edilen ortak duygular; düşük benlik saygısı, sosyal ve cinsel rollerde karışıklık, kızgınlık, öfke, kaygı, ambivalans (iki uçta duygular), depresyon olarak belirtilmektedir. Bu duygular boşanma sürecinin diğer problemlerinden bağımsız değildir, aksine, bu duygusal tepkiler diğer problemlerden etkilenmekte ve kişiler arası, aileyle ilişkili ve pragmatik problemleri etkilemektedir.<sup>15</sup>

20. yüzyıl boyunca aile yaşantısındaki değişiklikler arasında en çarpıcı olanı belki de boşanma oranlarındaki artıştır. ABD'deki nüfus istatistikleri araştırmacıları evliliklerin neredeyse yarısının boşanma ile sonuçlanacağını tahmin etmektedir. Boşanmadaki bu artış ve bu artışın etkileri sosyal bilimcilerde bu konuya ilgilinin artmasına yol açmıştır.<sup>16</sup>

Batı ülkelerine göre daha geleneksel bir yapıya sahip olan fakat İslam ülkeleri arasında gelişmekte olan bir ülke olarak konumlanan Türkiye'de boşanma oranları batı ülkeleri kadar çarpıcı bir artış göstermemektedir.<sup>17</sup> TÜİK verilerine göre; boşanan çiftlerin sayısı 2017 yılında 128 bin 411 iken 2018 yılında %10,9 artarak 142 bin 448 olmuştur, kaba boşanma hızı binde 1,75 olarak gerçekleşmiştir. Her ne kadar boşanma oranları korkutucu seviyede olmasa da, geçmiş on yıllarla karşılaştırıldığında göze çarpan bir artış dikkati çekmektedir.

Boşanma ve ayrılık göstergeleri artan şekilde yaygınlaştıkça, çocukların ailenin çözülmesinden daha fazla etkileneceği bildirilmektedir.<sup>18</sup> Aynı zamanda araştırmalar göstermektedir ki, bu problemler çocukların ebeveyn çatışması içine çekildiği, çatışma tarafından tehdit edilmiş hissettiği, çatışma için kendini suçladığı, çatışmanın sürekli ve çözülmemiş kaldığı boşanma ve ayrılık senaryolarında daha yaygın görülmektedir. Boşanma işlemleri esnasında yüksek düzeyde ebeveyn çatışmasının diğer aile üyeleri için olumsuz sonuçlarla ilişkili olduğu bildirilmektedir.<sup>19</sup> Çocuklar üzerinde boşanmanın

---

<sup>14</sup> Tschann, Johnston & Wallerstein, 1989

<sup>15</sup> Berman & Turk, 1981

<sup>16</sup> Amato, P.R. (2000). "The Consequences of Divorce for Adults and Children". *Journal of Marriage and the Family*, 62, 1269-1287.

<sup>17</sup> Şirvanlı-Özen, D. (1998). Eşler arası çatışma ve boşanmanın farklı yaş ve cinsiyetteki çocukların davranış ve uyum problemleri ile algıladıkları sosyal destek üzerindeki rolü. Hacettepe Üniversitesi: Ankara.

<sup>18</sup> Hughes, R. and Kirby, J., (2000). "Strengthening Evaluation Strategies for Divorcing Family Support Services: Perspectives of Parent Educators, Mediators, Attorneys, and Judges." *Family Relations*, 49, 53-61.

<sup>19</sup> McIntosh, J. and Deacon-Wood, B., (2003). "Group Interventions for Separated Parents in Entrenched Conflict: An Exploration of Evidence-Based Frameworks." *Journal of Family Studies*, 9, 187-200.

olumsuz etkilerine ve boşanma ve velayet davalarında mahkeme sistemindeki zorlanmaya karşılık olarak mahkeme bağlantılı boşanma eğitim programları yaygınlaşmaktadır.

## **MAHKEME TEMELLİ BOŞANMA EĞİTİM PROGRAMLARI**

Mahkeme temelli ebeveyn eğitim programları ABD’de aile mahkemelerinde tamamlayıcı aile servisi bileşeni olarak yer almaktadır. Bu programlar mahkemelerin, boşanma, velayet ve kişisel ilişki konularını içeren davaların artışına etkili ve yeterli şekilde karşılık verebilmesini sağlamak için kullanılmaktadır.<sup>20</sup> Çoğu ebeveyn eğitim programının genel amacı çocukların ebeveynlerinin boşanmasına uyumunu geliştirmektir.<sup>21</sup>

Ebeveyn eğitim programları çoğunlukla iki ila dört saat uzunluğunda ve opsiyonel ya da zorunludur.<sup>22</sup> Programlar genellikle ebeveynler arası çatışmayı azaltmak ve ebeveynlik becerilerini geliştirmek için ebeveynlere teknikler öğretmeye odaklanmaktadır. Programlar; ebeveynler arası çatışmayı azaltmak için tasarlanan; çatışmanın çocuklar üzerinde olumsuz etkileri hakkında ebeveynleri bilgilendirme, çatışmanın çocuklar üzerindeki etkileri hakkında motivasyonel videolar gösterme, boşanmada çocuklar için ulaşılabilir kaynaklar hakkında ebeveynleri bilgilendirme, ebeveynlere etkili problem çözme ve iletişim becerilerini öğretme unsurlarını içermektedir. Bu teknikler ebeveynlik becerilerini geliştirmek, velayet hakkı olmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki bağlantıyı artırmayı kolaylaştırmak, çocuk ile ebeveynleri arasındaki ilişkiyi geliştirmek, ebeveynlere aile aktiviteleri planlamakta yardım etmek, ebeveynlerin çocuk için davranış planları geliştirmelerini sağlamak için kullanılmaktadır.<sup>23</sup>

### **1. Mahkeme Temelli Boşanma Eğitim Programları Modelleri**

Ebeveyn eğitim programları beceri-temelli ve bilgilendirici olmak üzere iki kategoriden birinde yer almaktadır. Beceri-temelli programlar; role-play, deneyim egzersizleri, grup tartışmaları ve soru-cevap formatı içermekte ve grup katılımcıları arasında etkileşimi kolaylaştırmaktadır. Bilgilendirici programlar; video gösterimleri, yazılı çıktılar ve dersler yoluyla didaktik olarak ebeveynlere materyalleri aktarmaktadır.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Mcintosh & Deacon-Wood, 2003

<sup>21</sup> Pollett, S. and Lombreglia, M. (2008). "A Nationwide Survey of Mandatory Parent Education." *Family Court Review*, 46, (2), 375-394.

<sup>22</sup> Geasler, M.J and Blaisure, K.R. (2000). "The Divorce Education Intervention Model." *Family and Conciliation Court Review*, 38, 501-512.

<sup>23</sup> Goodman, M., Bonds, D., Sandler, I. and Braver, S. (2004). "Parent Psycho-educational Programs and Reducing the Negative Effect of Inter-parental Conflict Following Divorce." *Family Court Review*, 42, 263-276.

<sup>24</sup> Bacon, B. and McKenzie, B. (2004). "Parent Education After Separation/Divorce: Impact of the Level of Parental Conflict on Outcomes." *Family Court Review*, 42, 85-97.

Boşanma eğitimi müdahalesi modeli; temel bilgilendirme yaklaşımı, duygu ve beceri yaklaşımı, kısa süreli odaklanmış müdahale yaklaşımını içermektedir. Temel bilgilendirme yaklaşımında amaç; kısa bir zaman diliminde etkili birlikte ebeveynlik ve mahkeme süreçleri ile ilgili basit bilgilendirme sağlamak ve boşanmanın çocuklar üzerinde etkilerini vurgulamak için tasarlanmış etkililiği daha önceki çalışmalarla kanıtlanmış müdahaleler sağlamaktır. Duygu ve beceri programları temel bilgilendirme programlarının sağladığı bilgilendirmeyi içermeye ek olarak ebeveynlerin duygularını ifade edebilmelerini sağlamakta ve daha az travmatik bir ayrılık yaşamalarını kolaylaştırmak için ebeveynlere kişiler arası becerileri öğretmektedir. Bu düzeyde bir müdahalenin amacı ebeveynlerin program boyunca öğrendikleri iletişim ve problem çözme becerilerini gerçek hayat durumlarında uygulayabilmelerini sağlamaktır. Daha karmaşık bir program içeriğine bağlı olarak daha fazla oturum ve eğiticilerin daha üst düzeyde becerisini gerektirdiğinden, temel bilgilendirme programlarına göre duygu ve beceri programları daha pahalı olabilmektedir. Kısa süreli odaklanmış müdahale, daha ciddi müdahale gerektiren ebeveynleri hedeflemektedir. Kısa süreli odaklanmış müdahale programlarının amacı çatışmalı durumlarda ebeveynler arası anlaşmazlığı azaltmaktır. Kısa süreli odaklanmış müdahale yaklaşımı sekiz ila on iki haftalık küçük grup oturumlarından oluşmaktadır. Ebeveynlerin gruplara katılarak boşanmayla ilişkili durumlarını paylaşmaları ve grup geribildirimini almaları beklenmektedir. Ebeveynlerin ebeveynlik ve iletişim becerilerini geliştirme olanakları olmakta ve oturumlar arasında bu becerileri denemeleri cesaretlendirilmektedir. Bu üç temel seviyede müdahaleye ek olarak aile terapisi programı seçeneği de olabilmektedir. Bu yöntem, bireyselleştirilmiş iyileştirici müdahaleyi içermektedir.<sup>25</sup>

Değişim teorisi modeli, çocuklar, ebeveynler ve toplum için daha olumlu sonuçlar elde etmek için üç katmanlı yaklaşım kullanarak değişimi etkilemeyi hedefleyen bir ebeveyn eğitim müdahalesidir. Bu model temelindeki programlar bu üç alanın her birine işaret eden bileşenler içermektedir.<sup>26</sup>

Ebeveyn eğitiminde geçiş olayları modeli, çocuğun boşanma sonrası uyumunu çocuğun çevresel stresörleri ve ulaşılabilir kişiler arası ve içsel kaynaklarına dayandırmaktadır.<sup>27</sup> Bu model, ayrılık öncesi ve sonrası ailenin sosyal ve fiziksel çevresinde meydana gelen çeşitli stresli değişimleri

---

<sup>25</sup> Geasler, M.J and Blaisure, K.R., 2000

<sup>26</sup> Pedro-Carroll, J., Nakhnikian, E. and Montes, G. (2001). "Assisting Children Through Transition: Helping Parents Protect Their Children from the Toxic Effects of Ongoing Conflict in the Aftermath of Divorce." *Family Court Review*, 39, 377-390

<sup>27</sup> Wolchik, S.A., Westover, S., West, S.G., Sandler, I.N., Martin, A., Lustig, J., and Tien, J. (1990). "Evaluating an Empirically-Based Parent Training Program for Divorced Families." 1990 American Psychological Association Conference, Boston.

vurgulamaktadır. Çocuğun boşanmaya uzun süreli uyumunu geliştirmek için risk faktörlerini hedef almakta ve önleyici faktörleri vurgulamaktadır.<sup>28</sup>

## 2. Mahkeme Temelli Boşanma Eğitim Programlarının Gelişimi

1970'lerin sonlarında Amerika'da boşanma sonrası uyumu kolaylaştırmak amacıyla kısa eğitim programları geliştirilmiştir. 1990'larda bu programlar gelişme kaydetmiş ve yaygınlaşmıştır. Programların çoğu iki saatlik bir oturumdan oluşmakta ve boşanma sonrası uyumu kolaylaştırmak amacıyla boşanmanın sonuçları, çatışmayı azaltma ve iletişimi artırma hakkında bilgi sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>29</sup>

1994'ten bu yana Aile ve Uzlaşma Mahkemeleri Birliği boşanma eğitimi programları hakkında uluslararası kongreler düzenlemektedir. Bu programlar daha henüz oluşmadan boşanmayla ilişkili problemleri önleme yaklaşımını yansıtmaktadır.<sup>30</sup>

## 3. Amerika'da Yürütülen Mahkeme Temelli Boşanma Eğitim Programları

Yapılan literatür taramasında ulaşılan belirli ebeveyn eğitim programları aşağıda kısaca gözden geçirilmiştir.

*Assisting Children Through Transition for the Children (ACT)* (Çocuklar İçin Dönüşümde Çocukları Desteklemek) değişim modeli üzerine temellendirilmiştir ve her biri iki buçuk - üç saat süren bölümler olarak düşünülmüştür. Program; çocuk gelişimi, çocukların duygusal ihtiyaçları, çocuğu ebeveynler arası tartışmanın içinde olmaktan uzak tutmanın önemi, ebeveynler arası ilişkide yeniden müzakere için stratejiler, etkili iletişim, problem çözme teknikleri, öfke yönetimi hakkında bilgi sağlamaktadır.<sup>31</sup> Didaktik oturuma ek olarak ebeveynlere programda öğrendikleri becerileri deneme olanağı sunan küçük grup oturumları sağlanmaktadır. ACT ebeveynleri boşanma süreci ve boşanmayla ilişkili stresörlerin ebeveynlerin ve çocuklar üzerinde etkileri hakkında eğitmektedir.<sup>32</sup>

*Active Parenting* (Aktif Ebeveynlik) on iki saatlik ve altı oturumluk bir programdır ve ebeveynliği ve birlikte ebeveynliği geliştirmeyi ve ebeveynlere birlikte çalışmayı öğretmeyi hedeflemektedir. Geasler-Blaisure paradigması

---

<sup>28</sup> Wolchik, S., Sandler, I., Winslow, E. and Smith-Daniels, V. (2005). "Programs for Promoting Parenting of Residential Parents: Moving From Efficacy to Effectiveness." *Family Court Review*, 43, 65-77.

<sup>29</sup> Holmrich, Glover & White., 2004

<sup>30</sup> Braver, S.L., Salem, P., Pearson, J. & DeLuse, S.R. (1996). "The Content of Divorce Education Programs: Results of a Survey". *Family and Conciliation Courts Review*. 34 (1). 41-59.

<sup>31</sup> Pedro-Carroll, Nakhnikian & Montes, 2001

<sup>32</sup> Sigal, A., Sandler, I., Wolchik, S., and Braver, S. (in press). "Parenting Following Divorce, A Critical Resource for Children," *Family Court Review*, 48.

içinde üçüncü düzey kısa süreli odaklanmış müdahale programı olarak sınıflandırılmaktadır.<sup>33</sup>

*Children First* (Önce Çocuklar) iki oturumdan oluşan üç saatlik bir programdır. Geasler-Blaisure modelinde birinci seviye temel bilgilendirme programı olarak sınıflandırılmaktadır.<sup>34</sup> Programın amaçları; ayrılık süresinde çocuğun ihtiyaçlarına daha duyarlı olmak için ebeveynleri cesaretlendirmek, boşanma sonrasında birlikte ebeveynliği geliştirme, davayı ve yeniden davayı azaltma, ebeveynlerin bir ebeveynlik planına bağlı kalmalarına yardım etme olarak verilmiştir.<sup>35</sup>

*Children in the Middle (Arada Çocuklar)*, kısa süreli bir ebeveyn eğitim programıdır. Geasler-Blaisure modelinde ikinci seviye duygu ve beceri programı olarak sınıflandırılmaktadır.<sup>36</sup> *Children in the Middle* üç – dört saatlik bir programdır ve boşanan ebeveynler ve çocukları için ortak olan konuları ele almaktadır. Program videoları ve videolardan hareketle tartışmaları merkeze almaktadır.<sup>37</sup> *Children in the Middle* birlikte ebeveynliği geliştirmeyi, davaları azaltmayı, ebeveynlerin ebeveynlik planlarına bağlı kalmasına yardım etmeyi, velayet hakkı olmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin artmasını amaçlamaktadır.<sup>38</sup>

*The Children of Separation and Divorce Centre (COSD)* (Ayrılık ve Boşanmada Çocuklar Merkezi) birlikte ebeveynlik becerilerinin gelişimini vurgulamaktadır. Seminer, haftalık aralıklarla yapılan iki tane üç saatlik oturumdan oluşmaktadır. Ebeveynler işbirliğine dayanan ebeveynlik ilişkileri geliştirmelerine ve çocuklarını ebeveynler arası tartışmalardan korumalarına yardım edecek becerileri öğrenmektedir. Boşanmanın çocuklar üzerindeki etkisini azaltmak, yaşa uygun şekilde boşanmayı etkili şekilde açıklamak, çocuklarının ihtiyaçlarını belirlemek, uygun ebeveynlik seçimleri yapmak için pro-aktif önlemler hakkında bilgilendirilmektedir. Ebeveynlere etkili iletişim teknikleri, öfke yönetimi, çatışma çözme stratejileri öğretilmektedir.<sup>39</sup>

*Cooperating for Your Kids* (Çocuklar için İşbirliği) sekiz hafta boyunca haftada iki saatlik oturumlardan oluşan on altı saatlik bir ebeveyn eğitimi programıdır. Geasler-Blaisure modelinde ikinci seviye duygu ve beceri

---

<sup>33</sup> Geasler & Blaisure, 2000

<sup>34</sup> Geasler & Blaisure, 2000; Sigal ve ark, 2008

<sup>35</sup> Sigal ve ark, 2008

<sup>36</sup> Geasler & Blaisure, 2000

<sup>37</sup> Grych, J. (2005). "Inter-parental Conflict as a Risk Factor for Child Maladjustment: Implications for the Development of Prevention Programs." *Family Court Review*, 43, 97-106.

<sup>38</sup> Sigal ve ark, 2008

<sup>39</sup> Frieman, D.B. & Garon, H.M. (2000). "Parenting Seminars for Divorcing Parents". *Journal of Divorce and Remarriage*. 33. (3-4).129-143.

programı olarak sınıflandırılmaktadır.<sup>40</sup> Program kapsamında ele alınan konular; çocukların boşanma ve ebeveyn çatışmasına tepkilerini anlama, çocuğa bakmak için bağlılık oluşturma, çocuğu zarardan koruma, çocuğun uzun dönem ruh sağlığını garantiye almak, çocuğu ebeveynler arası çatışmanın ortasında kalmaktan korumak, ebeveyn rol değişimleriyle uğraşmak, geri çekilmek ve yeni yaşam seçeneklerine yapıcı şekilde ilerleyebilmek, öfke ve yas gibi duyguları yönetmek için becerileri öğrenmek ve geliştirmek, yeni aile konstellasyonları için tekrar uyarlanmak, çatışma çözme becerilerini geliştirmek, anlaşmalar müzakere etmek, etkili birlikte ebeveynlik iletişim örüntüleri geliştirmek olarak belirtilmektedir.<sup>41</sup>

*Court Care Center for Divorcing Families* (CCCDF) (Boşanan Aileler için Mahkeme Bakım Merkezi) ebeveynleri yapılan ilk değerlendirme temelinde üç seviyede programdan birine yönlendirmektedir. Üç seviye; temel bilgilendirme, orta düzey çatışma çözme ve yüksek düzey çatışma müdahalesini içermektedir. Kriz danışmanlığı art arda dört hafta içinde altı oturumdan oluşmaktadır. Bu oturumların tamamlanmasının ardından ebeveynler toplum ruh sağlığı merkezine yönlendirilmektedir. Programda kullanılan müdahaleler duygusal tepkiselliği hafifletmek, danışanın kaynaklarını belirlemesine ve boşanma süreciyle başa çıkmak için beceri geliştirmesine yardım etmek için tasarlanmıştır. CCCDF sevk temelinde aile terapisini de önermektedir.<sup>42</sup>

*Dads for Life* (DFL) (Hayat için Babalar) babalar için sekiz haftalık uzun süreli ebeveyn eğitim programıdır. Program çocuğun boşanmaya uyumunu etkileyen üç alanı hedeflemektedir; velayet hakkı olmayan babaların çocukları ile geçirdikleri zamanın niceliğini ve niteliğini artırmak ve babalarla eski eşleri arasındaki ebeveynler arası çatışma seviyelerini düşürmek.<sup>43</sup> DFL babalara problem çözme ve iletişim becerilerini, çatışma çözmenin verimli yollarını vurgulayan video skeçleri yoluyla öğretmektedir. Katılımcılar videoda tartışılan beceri ve yöntemleri kullanarak deneme de yapmaktadır.<sup>44</sup>

*Every Person Influences Children* (EPIC) (Her Kişi Çocukları Etkiler) programı mahkeme ve ebeveynin gerekliliklerine bağlı olarak altı ila sekiz hafta süren haftalık iki saatlik oturumlar içermektedir. Oturumlar boyunca, ebeveynlere birbirleriyle ve çocuklarıyla ilişki kurmak için etkili iletişim becerilerini öğretmek için küçük grup etkinlikleri kullanılmaktadır. EPIC Geasler-Blaisure

---

<sup>40</sup> Geasler & Blaisure, 2000

<sup>41</sup> Homrich, A., Glover, M.M., and White, A.B. (2004). "Program Profile: The Court Care Center for Divorcing Families." *Family Court Review*, 42, 141-161.

<sup>42</sup> Homrich, Glover & White, 2004

<sup>43</sup> Braver, S.L., Griffin, W. and Cookston, J. (2005). "Prevention Programs for Divorced Nonresident Fathers." *Family Court Review*, 43, 81-96.

<sup>44</sup> Goodman, M., Bonds, D., Sandler, I. and Braver, S., 2004

ebeveyn eğitim programları modelinde üçüncü seviye kısa süreli odaklanmış müdahale programı kategorisindedir.<sup>45</sup>

*Families in Transition (FIT)* (Dönüşümde Aileler) ebeveyn ve çocukların ayrı fakat eş zamanlı oturumlara katıldığı altı ila sekiz saatlik bir programdır. FIT Geasler-Blaisure ebeveyn eğitim programları modelinde ikinci seviye duygu ve beceri programı kategorisindedir. Programda ebeveynler grup tartışmaları, değerlendirme etkinlikleri, problem çözme egzersizleri ve beceri geliştirme yoluyla çocukların duygularını nasıl anlayacaklarını ve eski eşleri ile işe yarar bir ilişkiyi nasıl geliştireceklerini öğrenmektedirler.<sup>46</sup>

*Focus on the Children*, (Çocuklara Odaklanmak) sekiz hafta süresinde her hafta iki saatten oluşan altı saatlik bir ebeveyn eğitim programıdır. Geasler-Blaisure ölçeğinde üçüncü seviye kısa süreli odaklanmış müdahale programı olarak sınıflandırılmaktadır. Focus on the Children yasal sisteme uzun süre dahil olan ebeveynlerin yüksek düzeyde çatışmalı etkileşimleri dağıtmayı amaçlayan yoğun bir programdır. Programın hedefleri; boşanmanın çocuklar üzerindeki olumsuz etkisini sınırlamak, birlikte ebeveynlik becerilerini geliştirmek, mahkeme katılımını azaltmak, aile işlevselliğini arttırmak olarak belirtilmektedir. Ele alınan konular; olumlu paylaşımlı ebeveynliğin özelliklerini ve engelleri tanımlamayı, çatışmanın çocuklar üzerinde etkisini tanımlamayı, etkili iletişim becerilerini öğrenmeyi ve denemeyi, çatışma yönetimi becerilerini öğrenmeyi ve denemeyi, uzlaşma tekniklerini denemeyi, öğrenilen becerilerle devam eden problemleri çözmeyi içermektedir.<sup>47</sup>

*General Responsibilities for Separating Parents* (Ayrılan Ebeveynler için Genel Sorumluluklar) iki saatlik bir programdır ve ebeveynlerin boşanmanın duygusal bileşenleri ve çocukların boşanma mücadelelerinden uzak tutulması hakkında eğitilmesi amaçlanmaktadır.<sup>48</sup>

*Helping Children Succeed After Divorce* (Boşanma Sonrasını Başarmak İçin Çocuklara Yardım) iki buçuk saatlik bir programdır. Programın amacı ebeveynleri boşanmanın ve süren çatışmanın çocuklar üzerindeki etkileri hakkında bilgilendirmek ve çocuklarının ailedeki değişime uyum sağlamasına yardımcı olmak için ne gibi önlemler alabilecekleri hakkında eğitmektir. Program, boşanmış ebeveynlerin çocuklarında yaygın olarak görülen uzun süreli problemleri önlemeyi amaçlamaktadır.<sup>49</sup>

*Kids in Divorce and Separation* (k.i.d.s) (Ayrılık ve Boşanmada Çocuklar) ebeveynleri birlikte; ebeveynlik yetki ve yükümlülüklerinin paylaşılması ve

---

<sup>45</sup> Geasler & Blaisure, 2000

<sup>46</sup> Geasler & Blaisure, 2000

<sup>47</sup> Homrich, Glover & White, 2004

<sup>48</sup> Pollett, S. and Lombreglia, M., 2008

<sup>49</sup> Pollet, S. & Lombreglia, M., 2008

ebeveynler arası çatışmanın çocuklar üzerindeki etkisi hakkında eğitmeye ve ebeveynlerin birbirleriyle etkileşimlerini geliştirmeye odaklanan bir ebeveyn eğitimi programıdır. Program, uyumsuzluk, yanlış iletişim ve diğer uygun olmayan davranışlarla karakterize olan ailelerde doğrudan müdahale ile ayrılan ve boşanan ailelerde çatışmanın artmasını önlemeyi amaçlamaktadır.<sup>50</sup>

*Kids Coping* (Başa Çıkan Çocuklar) altı haftalık bir programdır. Geasler-Blaisure ebeveyn eğitim programları modeline göre üçüncü seviyede kısa süreli odaklanmış müdahale programıdır.<sup>51</sup> Program; temel bilgilendirme seviyesinde bir programda ele alınan içeriğe odaklanan iki saatlik bir temel oryantasyon bölümü ile başlamaktadır. İkinci bölüm, duygu ve beceri yaklaşımıyla ilişkili unsurlardan oluşan dört saatlik bir farkındalık oturumudur. Sonraki oturumların her biri üç saattir ve hem çocuklar hem de ebeveynleri içermektedir.<sup>52</sup>

*The New Beginnings Program* (NBP) (Yeni Başlangıçlar) uzun süreli bir boşanma eğitimi programıdır. Programın kavramsal çerçevesi ebeveyn eğitiminde geçiş olayları modeli üzerine temellendirilmiştir.<sup>53</sup> NBP çocukları boşanma sürecine dahil etmenin tehlikeleri ve daha iyi ebeveynlik becerileri geliştirmenin avantajları gibi çeşitli konulara işaret etmektedir.<sup>54</sup> Program ebeveyn-çocuk ilişkilerini ve disiplin uygulamalarını geliştirmeye ve ebeveynler arası çatışmayı azaltmaya odaklanmaktadır.<sup>55</sup> Program eski eşler arasındaki şiddetli eleştiriye özellikle işaret etmektedir. Katılımcılar kendilerini eski eşlerine karşı eleştiriye motive eden durumları tartışmakta ve bu yıkıcı girişimden nasıl kaçınabileceği hakkında aile ve arkadaşlarla konuşmaya cesaretlendirilmektedir. Program çocukların yanında öfkelerini kendi kendine cümleler üretmek ve kullanarak kontrol etmek için ebeveynleri cesaretlendirmektedir.<sup>56</sup> NBP her biri 105 dakika süren on bir grup oturumundan ve her biri bir saat süren iki bireysel oturumdan oluşmaktadır. Program hem dersler ve sunumlar gibi didaktik bileşenler, hem de grup egzersizleri ve rol denemeleri gibi yaşantısal bileşenler içermektedir. Her bir oturumda öğretilen beceri sistematik olarak diğerlerinin üzerine inşa edilmektedir. İlk oturumlarda çocuk-ebeveyn ilişkisini geliştirmek ve sıklıkla boşanmadan sonra ortaya çıkan olumsuz etkileşim döngüsünü tersine çevirmek için beceriler öğretilmektedir. Daha sonraki oturumlarda çocukları boşanmanın (özellikle ebeveynler arası

---

<sup>50</sup> Shifflet, K. and Cummings, M.E. (1999). "A Program for Educating Parents About the Effects of Divorce and Conflict on Children: An Initial Evaluation," *Family Relations*, 48, 79.

<sup>51</sup> Geasler & Blaisure, 2000

<sup>52</sup> Geasler, Blaisure, 2000

<sup>53</sup> Wolchik, Sandler, Winslow & Smith- Daniels, 2005

<sup>54</sup> Goodman, Bonds, Sandler & Braver, 2004

<sup>55</sup> Grych, 2005

<sup>56</sup> Goodman, Bonds, Sandler & Braver, 2004



çatışmanın) olumsuz etkilerinden korumaya, disiplin planları geliştirmeye, programda öğrenilen becerilerini sürdürme stratejilerine odaklanılmaktadır. İki bireysel oturum, ebeveynlerin programda öğrendiklerini kendi bireysel aile durumlarına uygulamalarına yardım etmektedir.<sup>57</sup>

*Orientation for Divorcing Parents* (ODP) (Boşanan Ebeveynler için Alıştırma) iki saatlik beş oturumdan oluşan bir boşanma eğitimi programıdır. Program hem didaktik hem de interaktif teknikleri kullanmaktadır.<sup>58</sup> ODP çocuğun uyumunu etkileyen faktörlerden biri olan boşanma sonrası birlikte ebeveynliği vurgulamaktadır. ODP özellikle, eski eşler arasında olumlu iletişimi artırmaya yönelik ebeveyn becerilerini öğretmektedir. Eğer daha az uyum uğraşları olursa ebeveynlerin daha etkili işlevsellik gösterebileceği teorisinden hareketle program ebeveynlere boşanmaya uyum sağlamalarında da yardım etmektedir. Ebeveynlerin uyumunu artırmak için kullanılan teknikler; ebeveyn başa çıkma mekanizmalarının öğretilmesi ve ebeveynlik planlarının kullanılmasına yardım edilmesidir. ODP ebeveynlere boşanma süreci ve boşanmayla ilişkili stresörlerin çocuklar ve ebeveynler üzerindeki etkilerini öğretmektedir.<sup>59</sup>

*Parent Education and Custody Effectiveness* (P.E.A.C.E) (Ebeveyn Eğitimi ve Velayet Etkililiği) ebeveynlere yasal süreçleri, boşanma ve ayrılmanın yetişkinler ve çocuklar üzerinde etkilerini, ebeveynlerin bu geçişi çocukları için nasıl daha kolay hale getireceklerini öğreten bilgi temelli bir ebeveyn eğitim programıdır. P.E.A.C.E programının amacı çocuklarda boşanma sonrası uyumu arttırmaktır.<sup>60</sup> P.E.A.C.E eski eşlerin daha etkili iletişim kurabilmeleri için ebeveynlik becerilerini öğretmek ebeveynlik kalitesini artırmayı amaçlamaktadır. Ayrıca, P.E.A.C.E ebeveynlere boşanmaya nasıl uyum sağlayacaklarını öğretmektedir. Ebeveyn uyumunu artırmak için kullanılan teknikler; uyumsuz ebeveyn başa çıkma mekanizmalarını öğretmeyi ve ebeveynlerin ebeveynlik planlarını kabul etmesine yardım etmeyi içermektedir. P.E.A.C.E ebeveynlere boşanma sürecini ve boşanmayla ilişkili stresörlerin ebeveynler ve çocuklar üzerindeki etkisini göstermektedir.<sup>61</sup>

*Parenting Apart; (Ayrı Ebeveynlik)* ebeveynlere ayrılma, boşanma ve ebeveynler arası çatışmanın çocuklar üzerinde etkisini öğretmek ve ebeveynleri ailenin dağılmasından kaynaklanan stresle çocukların başa çıkabilmesine

---

<sup>57</sup> Wolchik, Sandler, Winslow & Smith-Daniels, 2005; Goodman, Bonds, Sandler & Braver, 2004

<sup>58</sup> McKenry, P., Clark, K.A., and Stone, G. (1999). "Evaluation of a Parent Education Program for Divorcing Parents." *Family Relations*, 48, 129-137.

<sup>59</sup> Sigal, Sandler, Wolchik & Braver, 2008

<sup>60</sup> Schepard, A. (2000). "Evaluating P.E.A.C.E. (Parent Education and Custody Effectiveness)." *New York Law Journal*, 223, 91.

<sup>61</sup> Sigal, Sandler, Wolchik & Braver, 2008

yardım edecek stratejilerle donatmak üzere tasarlanan eğitsel bir programdır. Katılımcılar, ebeveynler ve çocuklar için boşanmayla sıklıkla ilişkili olan olası sıkıntı kaynaklarını öğrenmektedir. Ebeveynler yapıcı başa çıkma stratejileri ve iletişimi geliştirme yöntemleri hakkında bilgilendirilmektedir. Ebeveynlere boşanmaya eşlik eden ailenin yeniden yapılanmasının dinamikleri, alternatif çatışma çözme teknikleri ve şiddet hakkında bilgi verilmektedir.<sup>62</sup>

*Parents Beyond Conflict* (Çatışmanın Ötesinde Ebeveynlik) yüksek seviyede çatışmalı aileler için bir ebeveyn eğitim programıdır. Program yıkıcı boşanma davalarına dahil olan ebeveynler için tasarlanmıştır. Programın amaçları; ebeveynlerin boşanmaya dahil olan çocuklara empati düzeyini artırmak, ebeveynlerin kendi davranışlarının çocuklarını nasıl olumsuz etkilediğini fark etmesini sağlamak, ebeveynlerin olumlu davranışlar ve işe yarar beceriler öğrenmesine yardım etmek, ve ebeveynlerin kendi konularını mahkeme dışında çözmesine yardım etmektir. Öğretim teknikleri; grup tartışmaları, videolar, beceri oluşturma egzersizlerini içermektedir.<sup>63</sup>

*Parenting for Divorced Fathers* (Boşanmış babalar için Ebeveynlik) ayrılmış ve boşanmış babaları hedefleyen bir workshop serisidir. Parenting for Divorced Fathers boşanmış babalara daha iyi iletişim yoluyla çocuklarıyla ilişkilerini nasıl daha iyi hale getireceklerini öğreterek boşanma sonrası ebeveynlik kalitesini geliştirmeyi amaçlamaktadır. Parenting for Divorced Fathers boşanmış babaların boşanma hakkında tutumunu değiştirmeye, davaları azaltmaya, ebeveynlik planlarına bağlı kalmaya, çocukla kişisel ilişkiyi artırmaya yardım etmektedir.<sup>64</sup> Program doksan dakikalık altı oturumdan oluşmaktadır. Oturumlar; boşanmış babalık, dinleme ve konuşma yoluyla geliştirilmiş çocuk-ebeveyn etkileşimleri, birlikte ebeveynlik, ebeveyn-çocuk etkinlikleri konularında tartışma ve rol denemeyi içermektedir.<sup>65</sup>

*Parenting Through Change* (PTC) (Değişim Boyunca Ebeveynlik) on dört oturumluk ve grup müdahalesidir. Hedef kitle boşanmış erkek çocuk anneleridir. PTC zorlayıcı olmayan disiplin, olumlu pekiştirme, problem çözme, çocukları izleme gibi ebeveynlik becerilerini öğretmektedir. Program, ayrılma ve boşanma kapsamında duygusal tepkileri kontrol etme ve çatışma çözme tekniklerini de öğretmektedir.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Brandon, D.J. (2006). "Can Four Hours Make a Difference? Evaluation of a Parent Education Program for Divorcing Parents." *Journal of Divorce and Remarriage*, 45, 171-185.

<sup>63</sup> Mclsaac, H., and Finn, C. (1999). "Parents Beyond Conflict: A Cognitive Restructuring Model for High-Conflict Families in Divorce." *Family and Conciliation Court Review*, 37, 74-82.

<sup>64</sup> Sigal, Sandler, Wolchik & Braver, 2008

<sup>65</sup> Sloan-Devlin, A., Brown, E. Beebe, J. & Parulis, E. (1992). Parent Education for Divorced Fathers. *Family Relations*. 41. (3). 290-296.

<sup>66</sup> Wolchik, Sandler, Winslow & Smith-Daniels, 2005

*Start Making It Livable for Everyone* (S.M.I.L.E) (Herkes için Yaşanabilir Kılmak) tek bir oturumda sunulmak üzere planlanmış iki saatlik bir ebeveyn eğitim programıdır. Geasler-Blaisure ebeveyn eğitim programları modelinde birinci seviye temel bilgilendirme programı olarak sınıflandırılmaktadır. Program boyunca, elli dakikalık bir video gösterilmektedir. Video çeşitli yaşlarda çocukların ebeveynlerinin boşanmasının sonucu olan deneyim ve duyguları hakkında konuşmalarını yansıtmaktadır. Uzmanlar çocuklar için boşanmanın olumsuz etkilerini en aza indirmek hakkında bilgi sağlamaktadır. Videonun sonucunda program sunucuları katılımcı ebeveynlerin boşanmanın çocuklar üzerinde etkileri hakkında grup tartışmasını kolaylaştırmaktadır.<sup>67</sup>

*Your Children Forever* (YCF) (Her Zaman Sizin Çocuklarınız) bir temel bilgilendirme programıdır. Program didaktik sunumlardan oluşmaktadır. Eğiticiler ders vermekte, videolar göstermekte, katılımcılara detaylı basılı materyaller sağlamaktadır. Katılımcılara boşanmanın çocuklar üzerinde etkileri, çocuklarla ayrılık ve boşanmayı konuşma, ebeveynlik becerileri güçlendirme yolları hakkında bilgi verilmektedir.<sup>68</sup>

#### **4. Yurt Dışında Yürütülen Mahkeme Temelli Boşanma Eğitim Programlarına İlişkin Araştırmalar**

Alan yazındaki bulgular bazı belli durumlarda boşanma eğitimi programlarının farklı etki düzeylerine sahip olduğunu göstermektedir. Boşanma eğitimi boşanma sürecinde zaten sonlarına gelmiş ebeveynlerin arasındaki iletişimi geliştirmekte daha az başarılı görülmektedir, boşanmanın daha erken süreçlerinde verildiğinde daha başarılı görülmektedir.<sup>69</sup> Alan yazın beceri temelli interaktif boşanma eğitimi programlarının ebeveynlere didaktik biçimde bilgi sunan programlardan daha etkili olduğu da göstermektedir.<sup>70</sup>

Amerika'da boşanmış ebeveynler için mahkeme bağlantılı 3073 programın gözden geçirildiği bir çalışmada, eğitim programları ailenin boşanma geçişine odaklanan psikolojik danışmanlıktan eğitimi amaçlayan organize grup buluşmaları olarak tanımlanmıştır. İçerik yasal bileşenleri ve mahkeme işlemlerini kapsamaktadır. Ebeveynlerden biri ya da her iki ebeveyn de katılabilir. Mahkeme tarafından ödenen, anlaşmalı ya da işbirliği şeklinde olmak üzere üç tip program sunulmaktadır. Mahkeme tarafından ödenen programlarda aile mahkemesi uzmanı kendi programını tasarlamakta, var olan programları kullanmakta ya da materyalleri birleştirmektedir. Anlaşmalı programlar mahkeme için toplum merkezleri ve enstitüleri ya da ruh

---

<sup>67</sup> Geasler & Blaisure, 2000

<sup>68</sup> McClure, T. (2002). "Post-Judgment Conflict and Cooperation Following Court-Connected Parent Education." *Journal of Divorce and Remarriage*, 38, 1-16.

<sup>69</sup> Thoennes, N. and Pearson, J. "Parent Education in Domestic Relations Court: A Multisite Assessment." *Family and Conciliation Courts Review*, 37, 195-216.

<sup>70</sup> Bacon & McKenzie, 2004

sağlığı uzmanları tarafından yürütülmektedir. İşbirliği şeklindeki programlar mahkeme ve toplum merkezleri ve enstitüleri ya da ruh sağlığı uzmanlarının program geliştirme ve yürütme sorumluluğu paylaşmasıyla uygulanmaktadır. Gönüllü, mahkeme tarafından atanan ve açık katılım daveti olmak üzere üç tip katılım bildirilmektedir.<sup>71</sup>

Kuzey Amerika'daki 102 boşanma eğitimi programının değerlendirilmesinin rapor edildiği bir çalışmada, programların % 56'sının boşanan ebeveynler için zorunlu olduğu bildirilmiştir. Gönüllü programlara ayda 20 ebeveyn başvururken zorunlu programlara ayda 110 ebeveynin başvurduğu rapor edilmiştir. Programların %60'ı tek oturumdan oluşmaktadır. Materyal olarak el kitabı, doküman, okuma öneri listesi ve videolar kullanılmaktadır. Boşanmanın çocuklar üzerinde etkileri, ebeveynler arası çatışmanın dezavantajları, yaş gruplarına göre çocukların boşanmaya tipik tepkileri, ebeveynlere yabancılaşmanın etkileri, ebeveyn işbirliğinin avantajları, çatışma yönetimi, ebeveynlik, mevcut toplumsal kaynaklar, velayet, boşanmanın ebeveynler üzerinde etkileri konuları ele alınmaktadır.<sup>72</sup>

Amerika'da yürütülen 506 boşanma eğitim programının katılım koşulları, katılmamanın sonuçları, destek düzeyi, program standartları, boşanmayla ilişkili diğer hizmetler, programın amaç ve içeriği, ödeme, oturum sayısı ve süresi, değerlendirme etkinlikleri ile ilişkili olarak değerlendirildiği bir çalışmanın bulguları bildirilmiştir. Programların %18'inin mahkeme tarafından ve %82'sinin toplum merkezleri tarafından sağlandığı rapor edilmiştir. Katılım %45 oranında gerekli ve %55 oranında zorunlu tutulmaktadır. Katılmama mahkemeye saygısızlık olarak görülmekte ve yargılamanın sonucunu etkilemektedir. Programların %69'u katılımcılar tarafından ödenmekte ve %31'i ücretsizdir. Programların %50'si var olan paket programlardır, %17'si uyarlamadır ve %33'ü geliştirilmiş programlardır. Öğretim teknikleri; anlatım, video, ilan, grup tartışması, doküman ve rol deneme olarak bildirilmiştir. Programların amaçları; boşanmanın çocuklar üzerinde etkisi hakkında bilgiyi artırmak, çocuğun çatışmaya maruz kalmasını azaltmak, ebeveynler arası iletişimi geliştirmek, çocuğun boşanma sonrası uyumunu kolaylaştırmak, ebeveynliği geliştirmek, ebeveynlerin boşanma sonrası uyumunu kolaylaştırmak, çocukta davranış problemlerini önlemek, mahkeme başvurularını azaltmaktır. Programların içerikleri; çocuğun boşanmaya tepkileri ve uyumu, yetişkinler için boşanma aşamaları, ebeveynler arası iletişim, ebeveynlerin boşanmaya tepkileri ve uyumu, işbirliğine ve paylaşımına dayanan ebeveynlik, hizmetler ve materyaller yönlendirme, velayet ve kişisel ilişki, ebeveynlik planlarını kapsamaktadır.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Blaisure, K.R. & Geasler, M.J. (1996). "Results of a Survey of Court-Connected Parent Education Programs in U.S. Counties". *Family and Conciliation Courts Review*. 34 (1). 23-40.

<sup>72</sup> Braver, Salem, Pearson & DeLuse, 1996

<sup>73</sup> Geasler, M.J. & Blaisure, K.R. (1999). "1998 Nationwide Survey of Court-Connected Divorce

Amerika’da boşanmış ebeveynler için 67 mahkeme merkezli programın incelendiği bir çalışmada elde edilen bulgulara göre; katılım programların 25’inde gerekli görülmekte ve 42’sinde teşvik edilmektedir. Ebeveynler mahkeme çalışanları, avukatlar, ilan panoları, gazete reklamları tarafından program hakkında bilgilendirilmektedir. Programların amaçları; duyguları kolaylaştırmak ve başa çıkma becerilerini geliştirmektir.<sup>74</sup>

Ebeveynler için boşanma eğitim programlarının süreç ve sonuçlarının etkililiği hakkında ülke çapında 253 uygulayıcı seviyesindeki arabulucunun görüşleri incelenmiştir. Bulgulara göre; katılımcıların 2/3’sünden fazlası boşanma eğitim programlarının kendi toplumlarında ulaşılabilir olduğunu, çoğunlukla tipik olarak yerel mahkeme veya kar amacı gütmeyen örgütler tarafından sunulduğunu, yarısından fazlasının zorunlu olduğunu bildirmiştir. Arabulucuların yarısından fazlası danışanlarına resmi boşanma eğitimi sunduklarını bildirmiştir. Arabuluculuk süreci ve sonucu üzerinde algılanan etki; çocuğa, ebeveynler tarafından sergilenen daha fazla işbirliği ve daha iyi iletişim becerilerine, daha az tek taraflı velayet ebeveynlik planlarına, anlaşmaya ulaşmak için daha az zaman gerekmesi eğiliminde artışa odaklanmaktadır. Verilen cevaplar, arabulucuların genellikle boşanma eğitiminin yüksek düzeyde çatışmalı ve güç dengesizliği olan çiftler için daha uygun olduğuna inandıklarını göstermektedir. Katılımcıların 2/3’si boşanma eğitiminin çocuk sahibi tüm boşanan çiftler için zorunlu olması gerektiğine inanmaktadır.<sup>75</sup>

Boşanmış ebeveynler arasındaki çatışma ile boşanma eğitim programına katılıp katılmama arasındaki ilişkiyi ele alan bir çalışmada boşanma eğitim programına katılmış 160 ve boşanma eğitim programına katılmamış 59 birey ile telefon görüşmeleri yapılmıştır. Katılım gösteren gruba göre katılmayan grupta hem kadın hem de erkekler için daha yüksek çatışma puanları bulunduğu bildirilmiştir. Boşanma eğitimine katılmanın mahkemeye tekrar başvurmayla ilişkili olduğu bulunmuştur. Katılım gösterenlerin boşanmayla ilgili mahkemelere daha az tekrar başvurduğu bildirilmiştir.<sup>76</sup>

## 5. Türkiye’de Yürütülen Boşanma Eğitim Programlarına İlişkin Araştırmalar

Türkiye’de boşanma eğitimi ile ilişki olarak mahkeme temelli olmayan sınırlı sayıda çalışmaya rastlanmıştır.

Arifoğlu-Çamkuşu (2006), Çocuklar için Boşanmaya Uyum Programı’nın

---

Education Programs”. *Family and Conciliation Courts Review*. 37 (1). 36-63.

<sup>74</sup> Geelhoed, R.J., Blaisure, K.R. & Geasler, M.J. (2001). “Status of Court Connected Programs for Children Whose Parents are Separating or Divorcing”. *Family Court Review*. 39 (4). 393-404.

<sup>75</sup> Arbuthnot, J. & Kramer, K. (1998). “Effects of divorce education on mediation process and outcome”. *Mediation Quarterly*. 15. (3). 199-213

<sup>76</sup> Criddle, M.N., Allgood, S.M. & Piercy, K.W. (2003). “The Relationship Between Mandatory Divorce Education and Level of Post-Divorce Parental Conflict”. *Journal of Divorce and Remarriage*. 3-4. 99-111.

9-12 yaş aralığında çocuğu olan boşanmış ailelerde boşanma sonrası uyum, kaygı ve depresyon seviyeleri üzerinde etkisini belirlemek amacıyla ön-test son-test tek grup deseninde bir araştırma yürütmüştür. Destekleyici bir çevre sağlamak, ebeveynlerinin boşanmasıyla ilgili duygularını tanımlamayı, ifade etmeyi ve sahiplenmeyi kolaylaştırmak, ailesel geçişle etkili şekilde başa çıkma becerilerini geliştirmek amacıyla Arifoğlu-Çamkuşu tarafından geliştirilen ve dokuz oturumdan oluşan Çocuklar için Boşanmaya Uyum Programı'na 31 çocuk katılmıştır. Araştırma bulgularına göre, programın boşanma sonrası uyum ve genel kaygı düzeyi üzerinde etkili bulunduğu fakat kaygı ve depresyon düzeyleri üzerinde etkili bulunmadığı bildirilmiştir.

Şentürk-Aydın ve Nazlı (2014) Yaşam Becerileri Eğitim Programı'nın ilköğretim 4. ve 5. sınıf öğrencisi boşanmış aile çocuklarının uyum, çatışma ve kötü uyum, depresyon ve kaygı, sosyal destek algı düzeylerine etkisini inceledikleri, deney ve kontrol grubunda ön test son test ve izleme ölçümlü 2\*3 deneysel desendeki araştırmanın bulgularına göre; boşanma kavramı, boşanmaya ilişkin duygu ve düşünceler, kendini tanıma, etkili iletişim becerileri, öfke kontrolü, çatışma çözme becerileri, geleceği planlama konularında etkinlikleri kapsayan programın çocukların depresyon ve kaygı düzeylerini azaltarak uyum düzeylerini anlamlı bir düzeyde artırdığı ve bu artışın kalıcı olduğu bildirilmiştir.

Boşanma aşamasındaki bireyler ve çocuklarının boşanma sonrası yaşama uyum düzeylerinin artırılması, aralarında yaşanan çatışma düzeyinin ve boşanmanın olumsuz etkilerinin en aza indirilmesi amacıyla yurt dışında yürütülen çalışmaların gözden geçirilmesi ve kültüre uyarlanması yoluyla Türkiye'de aile mahkemelerinde mahkeme-temelli olarak kullanılmasının fayda sağlayabileceği düşünülmektedir.

## **SONUÇ, TARTIŞMA VE ÖNERİLER**

Alanyazın taramasına bakıldığında, yurt dışında boşanma eğitim programları ile ilgili literatür ve uygulamaların olduğu, fakat yurt içinde boşanma eğitim programları ile ilgili çocuklar ile uygulama yapılmış sınırlı sayıda çalışmalara ulaşılabildiği görülmektedir. Yurt dışında boşanma aşamasındaki bireylerin ve çocuklarının boşanma sonrası uyumlarını kolaylaştırmak amacıyla ve boşanmayla ilişkili problemlerin ortaya çıkmadan önlenmesini sağlamak üzere önleyici bir yaklaşımla boşanma eğitim programlarının geliştirilmesi ya da uyarlanması ve kullanılmasının etkili olduğu çeşitli araştırma bulgularına göre bildirilmiştir. Türkiye'de ise bu alanda bir boşluk olduğu görülmektedir.

Aile birliği ve bütünlüğünün korunmasına önem verilmektedir. Bununla beraber, çiftler evlilik sürecindeki deneyimleri sonucunda boşanmayı bir seçenek olarak görebilmektedir. Evlilik sürecinde aile danışmanlığı yoluyla anlaşmazlıkların çözülmesiyle boşanmanın önlenmesine çalışılabilmektedir.

Bununla beraber, her evlilikte boşanmanın önlenmesi mümkün ve gerekli olmayabilmektedir. Ailelerin boşanma sürecine ve mahkeme aşamasına girdiği durumlarda sağlıklı bir boşanma süreci yaşamalarına yönelik sunulabilecek psiko-eğitsel programlar olduğu görülmektedir.

Sağlıklı bir boşanma süreci yaşanmasını amaçlayan bu tür programların oturum sayısı ve süresi olarak farklılık göstermekle birlikte genellikle yaygın olarak grup oturumları şeklinde sunulduğu ve belli konuları içerdiği görülmektedir. Bu konular; boşanmanın çocuklar ve yetişkinler üzerinde etkileri, çatışma çözme ve iletişim becerileri, yasal süreçleri kapsamaktadır. Didaktik olarak ya da görsel ve yazılı materyallerle kapsanan konular hakkında boşanan bireylere bilgi sağlanabilmektedir. Buna ek olarak sunulan bilgilerin rol oynama ve deneme egzersizleri gibi yaşantısal tekniklerle desteklenmesinin öğrenmenin daha kalıcı olmasını sağlayabileceği görülmektedir. Ayrıca, boşanma aşamasındaki her ailenin grup oturumlarındansa bireysel veya aile oturumlarında fayda sağlayabileceği kendine özgü spesifik gereksinimleri olabilmektedir.

Alan yazın incelendiğinde programa katılım koşulları ve katılımın sonuçlarının da programların etkililiğinde önemli bir değişken olarak bildirildiği görülmektedir. Bu tür programlara katılımın mahkeme tarafından zorunlu tutulduğu durumlarda daha etkili olduğu bildirilmektedir. Boşanma aşamasındaki tüm bireyler için bu tür programların ulaşılabilirliğinin olması için boşanma eğitim programlarının yerel olmaktan çok hizmet sağlayıcı kurumlar tarafından bir sosyal politika anlayışıyla yaygın olması sağlanmalıdır.

Türkiye’de boşanma aşamasındaki bireylere aile mahkemeleri tarafından hizmet sağlanmakta, aile mahkemelerinde psikolog, psikolojik danışman ve sosyal hizmet uzmanları gibi ruh sağlığı alanından meslek çalışanları görevlendirilmektedir. 9/1/2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5 inci maddesi uyarınca, aile mahkemeleri, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek, mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek, mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak üzere uzmanlardan yararlanabilir. Bu uzmanlar, evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından seçilen psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacılardır. 17.10.2019 tarihli 7188 sayılı Kanun değişikliği uyarınca Adalet Bakanlığınca adliyelerde kurulacak müdürlükler bünyesinde görevlendirilmektedir.

Boşanma eğitim programlarının geliştirilmesi, uyarlanması, sunulması ve etkililiğinin değerlendirilmesine yönelik yapılacak çalışmaların bulgularından

aile mahkemesi hakimleri, avukatlar, adliyelerde görevlendirilmiş uzmanlar gibi hukuk alanında çalışanlar, psikolog, psikolojik danışman, sosyal hizmet uzmanı gibi ruh sağlığı alanında, okul psikolojik danışmanı ve öğretmen gibi eğitim alanında çalışanlar, sosyal politika haline getirilmesi açısından yasa yapıcılar, boşanma sürecinde olan ya da boşanmış bireyler ve çocukları fayda sağlayabilecektir.

#### KAYNAKÇA

- Amato, P.R. & Cheadle, J. (2005). "The long reach of divorce: Divorce and child well-being across three generations". *Journal of Marriage and Family*. 67. (1). 191-206.
- Amato, P.R. (2000). "The Consequences of Divorce for Adults and Children". *Journal of Marriage and the Family*. 62. 1269-1287.
- Arbuthnot, J. & Kramer, K. (1998). "Effects of divorce education on mediation process and outcome". *Mediation Quarterly*. 15. (3). 199-213
- Bacon, B. and McKenzie, B. (2004). "Parent Education After Separation/Divorce: Impact of the Level of Parental Conflict on Outcomes." *Family Court Review*, 42, 85-97.
- Berman, W.H. & Turk, D.C. (1981). "Adaptation to Divorce: Problems and Coping Strategies". *Journal of Marriage and the Family*. 43 (2). 179-189.
- Blaisure, K.R. & Geasler, M.J. (1996). "Results of a Survey of Court-Connected Parent Education Programs in U.S. Counties". *Family and Conciliation Courts Review*. 34 (1). 23-40.
- Booth, A. & Amato, P. (1991). "Divorce and Psychological Stres". *Journal of Health and Social Behavior*. 32. 396-407.
- Braver, S.L., Salem, P., Pearson, J. & DeLuse, S.R. (1996). "The Content of Divorce Education Programs: Results of a Survey". *Family and Conciliation Courts Review*. 34 (1). 41-59.
- Brandon, D.J. (2006). "Can Four Hours Make a Difference? Evaluation of a Parent Education Program for Divorcing Parents." *Journal of Divorce and Remarriage*, 45, 171-185.
- Braver, S.L., Griffin, W. and Cookston, J. (2005). "Prevention Programs for Divorced Nonresident Fathers." *Family Court Review*, 43, 81-96.
- Caldwell, R.A.& Bloom, B.E. (1982). "Social support: Its structure and impact on marital disruption". *American Journal of Community Psychology*. 10. (6). 647-667.
- Criddle, M.N., Allgood, S.M. & Piercy, K.W. (2003). "The Relationship Between Mandatory Divorce Education and Level of Post-Divorce Parental Conflict". *Journal of Divorce and Remarriage*. 3-4. 99-111.



- Çamkuşu-Arifoğlu, B. (2006). "Çocuklar için boşanmaya uyum programı"-nın çocukların boşanmaya uyum, kaygı ve depresyon düzeylerine etkisi. Hacettepe Üniversitesi: Ankara.
- Frieman, D.B. & Garon, H.M. (2000). "Parenting Seminars for Divorcing Parents". *Journal of Divorce and Remarriage*. 33. (3-4).129-143.
- Geasler, M.J. & Blaisure, K.R. (1999). "1998 Nationwide Survey of Court-Connected Divorce Education Programs". *Family and Conciliation Courts Review*. 37 (1). 36-63.
- Geasler, M.J and Blaisure, K.R. (2000). "The Divorce Education Intervention Model." *Family and Conciliation Court Review*, 38, 501-512.
- Geelhoed, R.J., Blaisure, K.R. & Geasler, M.J. (2001). "Status of Court Connected Programs for Children Whose Parents are Separating or Divorcing". *Family Court Review*. 39 (4). 393-404.
- Gerstel, N., Kohler Riessman, C. & Rosenfield, S. (1985). "Explaining the Symptomatology of Separated and Divorced Women and Men: The Role of Material Conditions and Social Networks". *Social Forces*. 64 (1). 84-101.
- Goodman, M., Bonds, D., Sandler, I. and Braver, S. (2004). "Parent Psycho-educational Programs and Reducing the Negative Effect of Inter-parental Conflict Following Divorce." *Family Court Review*, 42, 263-276.
- Grych, J. (2005). "Inter-parental Conflict as a Risk Factor for Child Maladjustment: Implications for the Development of Prevention Programs." *Family Court Review*, 43, 97-106.
- Homrich, A., Glover, M.M., and White, A.B. (2004). "Program Profile: The Court Care Center for Divorcing Families." *Family Court Review*, 42, 141-161.
- Hughes, R. and Kirby, J., (2000). "Strengthening Evaluation Strategies for Divorcing Family Support Services: Perspectives of Parent Educators, Mediators, Attorneys, and Judges." *Family Relations*, 49, 53-61.
- Kitson, G.C. & Holmes, W.M. (1992). *Portrait of Divorce : Adjustment to Marital Breakdown*. The Guilford Press : NY USA.
- Kitson, G.C. & Morgan, A.M. (1990). "The Multiple Consequences of Divorce". *Journal of Marriage and the Family*. 52. 913-924.
- Lawson, E.J. & Thompson, A. (1996). "Black Men's Perceptions of Divorce-Related Stressors and Strategies for Coping With Divorce. An Exploratory Study" *Journal of Family Issues*. 17 ( 2). 249-273
- McClure, T. (2002). "Post-Judgment Conflict and Cooperation Following Court-Connected Parent Education." *Journal of Divorce and Remarriage*, 38, 1-16.
- McIntosh, J. and Deacon-Wood, B., (2003). "Group Interventions for Separated Parents in Entrenched Conflict: An Exploration of Evidence-Based Frameworks." *Journal of Family Studies*, 9, 187-200.

- McIsaac, H., and Finn, C. (1999). "Parents Beyond Conflict: A Cognitive Restructuring Model for High-Conflict Families in Divorce." *Family and Conciliation Court Review*, 37, 74-82.
- McKenry, P., Clark, K.A., and Stone, G. (1999). "Evaluation of a Parent Education Program for Divorcing Parents." *Family Relations*, 48, 129-137.
- Pedro-Carroll, J., Nakhnikian, E. and Montes, G. (2001). "Assisting Children Through Transition: Helping Parents Protect Their Children from the Toxic Effects of Ongoing Conflict in the Aftermath of Divorce." *Family Court Review*, 39, 377-390
- Pledge, D.S. (1992). "Marital Separation/Divorce: A Review of Individual Responses to a Major Life Stressor". *Journal of Divorce and Remarriage*. 17 (3/4). 151-181.
- Plummer, L.P. & Koch-Hattem, A. (1986). "Family Stress and Adjustment to Divorce". *Family Relations*. 35. 523-529.
- Pollett, S. and Lombreglia, M. (2008). "A Nationwide Survey of Mandatory Parent Education." *Family Court Review*, 46, (2), 375-394.
- Schepard, A. (2000). "Evaluating P.E.A.C.E. (Parent Education and Custody Effectiveness)." *New York Law Journal*, 223, 91.
- Shifflet, K. and Cummings, M.E. (1999). "A Program for Educating Parents About the Effects of Divorce and Conflict on Children: An Initial Evaluation," *Family Relations*, 48, 79.
- Sloan-Devlin, A., Brown, E. Beebe, J. & Parulis, E. (1992). Parent Education for Divorced Fathers. *Family Relations*. 41. (3). 290-296.
- Sigal, A., Sandler, I., Wolchik, S., and Braver, S. (in press). "Parenting Following Divorce, A Critical Resource for Children," *Family Court Review*, 48.
- Şentürk-Aydın, R ve Nazlı, S. (2014). "Yaşam Becerileri Eğitim Programının Boşanmış Aile Çocuklarının Uyum Düzeylerine Etkisinin İncelenmesi". *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*. 14. (33). 127-153.
- Şirvanlı-Özen, D. (1998). Eşler arası çatışma ve boşanmanın farklı yaş ve cinsiyetteki çocukların davranış ve uyum problemleri ile algıladıkları sosyal destek üzerindeki rolü.. Hacettepe Üniversitesi: Ankara.
- Thoennes, N. and Pearson, J. "Parent Education in Domestic Relations Court: A Multisite Assessment." *Family and Conciliation Courts Review*, 37, 195-216.
- Tschann, J.M., Johnston, J.R. & Wallerstein, J.S. (1989). „Resources, Stressors and Attachment as Predictors of Adult Adjustment After Divorce : A Longitudinal Study". *Journal of Marriage and the Family*. 51.1033-1046.
- Wallerstein, J.S. and Kelly, J.B. (1980). *Surviving the breakup: How children and parents copewith divorce*. New York: Basic.

- Wolchik, S., Sandler, I., Winslow, E. and Smith-Daniels, V. (2005). "Programs for Promoting Parenting of Residential Parents: Moving From Efficacy to Effectiveness." *Family Court Review*, 43, 65-77.
- Wolchik, S.A., Westover, S., West, S.G., Sandler, I.N., Martin, A., Lustig, J., and Tien, J. (1990). "Evaluating an Empirically-Based Parent Training Program for Divorced Families." 1990 American Psychological Association Conference, Boston.

# ŞİRKETLER TOPLULUĞU'NDA TAM HAKİMİYET HALİNDE ALACAKLILARIN DAVA AÇMA HAKKI

*Right of Litigation for Creditors in the Case of Full Control  
in the Corporate Groups*

**Arş. Gör. Elif YALÇIN SIRAKAYA\***

Geliş Tarihi: 06.01.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak tamamına sahipse, hakim şirket bağlı şirket üzerinde tam hakimiyet kurmuştur. Bu durumda hakim şirketin yönetim kurulu, belirli nitelikleri taşıamak kaydıyla, bağlı şirketin kaybına sebep olabilecek talimatlar verebilir. Bağlı şirketin organları bu talimatlara uymak zorundadır ve bu kapsamdaki talimatlara uymaları nedeniyle şirkete de pay sahiplerine de sorumlu tutulamazlar. Ancak alacaklılara karşı sorumlulukları TTK m. 206'da düzenlenmiştir. Buna göre hakim şirket ve yöneticilerinin 203. madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kayıp, o hesap yılı içinde denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılar hakim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler. Çalışmamızda öncelikle şirketler topluluğu hukukunda hangi durumların tam hakimiyet ilişkisi yarattığına kısaca değinildikten sonra TTK 203 ve 204. maddeler çerçevesinde verilecek talimatlara ilişkin sınırlar, sorumluluk rejimleri, 205. maddenin sonuçları ve 206. madde kapsamında alacaklılara verilen dava açma hakkına ilişkin koşullara dair tartışmalar doktrin ve kendi fikirlerimiz doğrultusunda ayrıntısıyla ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Şirketler topluluğu, tam hakimiyet, hakim şirket, bağlı şirket, denkleştirme, alacaklıların dava hakkı

## ABSTRACT

If a commercial company directly owns the shares and franchise of a stock company or indirectly owns all of them, the controlling company has full control over the affiliate company. In this case, the board of management of the controlling company may give instructions that may cause the loss of the affiliate company under the condition of possessing certain qualifications. The organs of the affiliate company are obliged to comply with these instructions and they are not held accountable to the company and the shareholders since they comply with the instructions. However, the responsibilities towards the creditors were regulated in Turkish Commercial Code Article 206. Accordingly, if the losses in the affiliate company due to the instructions given by the controlling company and its managers within the framework of article 203 are not compensated or a right to demand is not entitled to the company by stating the time and way of the compensation, creditors who suffered damage can file a claim for compensation to the board of management of the controlling company and its board of management who are responsible for the losses. In the study, firstly, which cases create a full controlling relationship in the corporate groups will be mentioned and then, the limitations regarding the instructions that would be given within the framework of article 203 and 204, liability regimes, the results of article 205 and right of litigation that is given to the creditors within article 206 will be discussed in detail according to the doctrine and our opinions.

**Keywords:** Corporate groups, full control, controlling company, compensation, right of litigation for creditors

\* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, e-posta:elifyalcinsirakaya@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8599-0223.

## GİRİŞ

Tam hakimiyet bir ticaret şirketinin doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde diğer bir sermaye şirketinin hem paylarının hem de oy haklarının yüzde yüzüne sahip olmasıdır. Tam hakimiyette hakim şirketin yönetim kurulu bağlı şirketin yönetim organlarına talimat verme yetkisi ile donatılmış ve bağlı şirketin organları talimata uymak zorunda tutulmuştur (TTK m. 203). Kanun koyucu bu şekilde şirketler topluluğunun yönetiminde esneklik sağlamayı hedeflemiş ancak bunu yaparken alacaklıların durumunun tehlikeye sokulmasını da engellemeye çalışmıştır. Tam hakimiyet durumunda alacaklıların korunmasına yönelik sistem, hakim şirketin bağlı şirketin kaybına yol açabilecek talimatlar vermesi durumunda devreye girmektedir. Hakim şirketin, bağlı şirketin kaybına yol açabilecek talimatlar vermesi halinde kayıp denkleştirilmelidir. Denkleştirmenin yapılmaması durumunda alacaklılar eğer bir zarara uğramışlarsa bu zararın giderilmesi için hakim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler. Çalışmamızda ilk olarak hangi durumlarda tam hakimiyet ilişkisi kurulduğundan genel hatlarıyla bahsedildikten sonra alacaklıların dava açabilme koşulları ve son olarak davalıların sorumsuzluk iddiasında bulunabileceği haller ayrıntılı bir şekilde irdelenmiştir.

## I. GENEL OLARAK TAM HAKİMİYET KAVRAMI

Şirketler topluluğunda tam hakimiyet kavramı TTK m. 203'de tanımlanmıştır. Tam hakimiyetin elde edilmesi için hakim şirketin doğrudan veya dolaylı olarak ilgili şirkette sahip olduğu pay ve oy hakları, ilgili şirketteki pay ve oy haklarının yüzde yüzünü oluşturmalıdır. Bu açıdan şirketin tüm paylarına ve oy haklarına sahip olma koşulunun bir arada bulunmasında, kanun koyucunun topluluk dışı kimselerin-aşağıda ayrıntısıyla üzerinde duracağımız- TTK m. 203'deki sınırları oldukça geniş talimat yetkisinin mağduru olmasına engel olma amacı bulunmaktadır<sup>1</sup>.

Tam hakimiyet bakımından genellikle hakim şirket bağlı şirketin tek ortağı olacaktır<sup>2</sup>. Şirketin tüm payları doğrudan doğruya tek bir pay sahibinin elinde toplanmış ise şirket tek ortaklı hale gelir. Oysa TTK m. 203'e göre şirketin tüm pay sahiplerinin ve oy haklarının dolaylı yoldan elde bulundurulması da tam hakimiyetin tesisi için yeterlidir<sup>3</sup>. Dolaylı olarak elde bulundurulan pay oranının hesabında hakim şirketin payların elde bulundurulmasına vasıta olan bağlı

---

<sup>1</sup> **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin** (2017) Ortaklıklar Hukuku II, 13.Baskı, İstanbul, Vedat, s. 782.

<sup>2</sup> Şener, Oruç Hami (2017) Ortaklıklar Hukuku, s. 3.Baskı, Ankara, Seçkin, s. 189.

<sup>3</sup> **Okutan Nilsson, Gül** (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 156.

şirketlerdeki pay oranı dikkate alınacak ve bu pay oranı ile bağlı şirketin elinde bulundurduğu hedef şirket paylarının oranı çarpılacaktır. Örneğin D şirketinin paylarının % 50'si A, % 50'si B şirketindedir. B şirketinin paylarının da % 80'i A, % 20'si C şirketindedir. A'nın B'nin vasıtasıyla X'deki dolaylı paylarının oranı  $80 \times 50 = 40$ 'tır. % 50 doğrudan ve % 40 dolaylı olmak üzere A'nın D şirketi üzerinde % 90 hakimiyeti bulursa da tam hakimiyet açısından yeterli değildir. Tam hakimiyeti nitelikli kılan bağlı şirkette grup dışı hiç pay sahibi kalmaması nedeniyle sadece alacaklıların menfaatine yönelik koruma getirilmiş olması ve bunun dışında şirket malvarlığının- neredeyse şirketin varlığı ortadan kaldırılmadığı sürece- serbestçe kullanılabilmesine izin verilmiş olmasıdır. Bu nedenle maddi menfaatler açısından bakıldığında C'nin de D şirketinde dolaylı yoldan % 10'luk bir menfaat sahibi olduğu reddedilemez. Bu durumda A şirketi D'nin doğrudan % 50, dolaylı olarak ise ancak % 40 olmak üzere toplam % 90 pay sahibi kabul edilmelidir. Dolayısıyla tam hakimiyet durumunda doğrudan doğruya tek ortaklı bir şirket olmasa da dolaylı olarak tek ortaklı bir şirketin varlığı aranmalı, şirketin paylarına sahip olunmasına vasıta olunan şirketlerin de paylarının % 100'ü tam hakim şirkete ait olmalıdır<sup>4</sup>.

TTK m. 203'ün gerekçesinde payların ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olunabilmesi için azlık pay sahiplerinin şirketten çıkarılması imkânı veren iki yönetime başvuru olabileceğine işaret edilmektedir<sup>5</sup>. Bunlardan biri birleşme sırasında devralınan şirketin azlık pay sahiplerine, TTK m. 141 gereğince devralan şirketin payları yerine bu payların gerçek değerine denk gelen bir ayrılma akçesi ödenmesi yoluyla azlık pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasıdır. Azlık pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasına imkân veren ikinci yol TTK m. 208'dir. Buna göre hakim şirket doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse ve azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa hakim şirket azınlığın paylarını satın alabilir<sup>6</sup>.

TTK m. 195/5 hükmü gereğince tam hakimiyet bir teşebbüsün bir sermaye şirketinin doğrudan paylarının ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olması halinde de söz konusu olabilecektir<sup>7</sup>. Bağlı şirketin sermaye şirketi olması zorunludur. *Tekinalp'e* göre bağlı şirket tek kişilik şirket olmak zorundadır; TTK m. 568 hükmünce sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin kurulması

<sup>4</sup> **Okutan Nilsson**, s. 157-158; Aksi görüşte bkz. **Gürel, Murat** (2009) 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 46.

<sup>5</sup> Bkz. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu gerekçesi m. 203.

<sup>6</sup> **Okutan Nilsson**, s. 159.

<sup>7</sup> **Gürel**, s. 44-45.

için en az beş kurucuya gerek olduğundan, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket üzerinde tam hakimiyet tesis edilemez. Yalnızca limited ve anonim şirketlerde tam hakimiyet tesis edilebilir<sup>8</sup>. Fikrimizce bağlı şirketin payları şirketler topluluğuna ait diğer bağlı şirketlere de ait olabildiğine göre sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket üzerinde doğrudan olmasa da dolaylı tam hakimiyet kurulabilir.

## II. DAVANIN KOŞULLARI

### A. HAKİM ŞİRKETİN VERDİĞİ TALİMATLAR SONUCU BAĞLI ŞİRKETTE ZARARIN OLUŞMASI

TTK m. 206 gereği alacaklıların dava açmalarının ilk koşulu, hakim şirket ve yöneticilerinin TTK m. 203 çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette bir kaybın oluşmasıdır. Hakim şirketin sorumluluğunun doğması için verilen talimat ile bağlı şirketin kaybı arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir<sup>9</sup>. Bu koşulun daha iyi anlaşılması açısından ise hakim şirketin talimat yetkisini, bu yetkinin sınırlarını ve hakim şirketle bağlı şirketin sorumluluklarına etkilerini de irdelemek gerekir.

#### 1. Talimat Serbestisi ve Sınırları

Tam hakimiyet halinde şirkette grup dışı pay sahibi kalmamaktadır. Bu nedenle, bu şirketin sermayesinin ve malvarlığının ne şekilde yönetileceği hususunda hakim şirkete geniş bir hareket imkânı ve talimat serbestisi sağlanmıştır. Bu bağlamda talimatın bağlı şirketin kaybına sebebiyet vermesi, gerek talimat verme hakkını, gerek talimata uyma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>10</sup>. Bunun anlamı TTK m. 202/1'de örneklendirilen 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; 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 yönlendirmek şeklindeki müdahalelerin serbest hale gelmesidir<sup>11</sup>.

Kanun koyucu talimat verme serbestisinin somut olay gerçeğinin gereğine uygun olarak, mevcut hukukumuz da dahil bir çok hukukta varolan gerçek

---

<sup>8</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 782; Aynı şekilde bkz. Gürel, s. 45.

<sup>9</sup> Akın, İrfan (2014) Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 320.

<sup>10</sup> Kendigelen, Abuzer (2012) Yenilikler, Değişiklikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 187.

<sup>11</sup> Okutan Nilsson, s. 422.

düzen ve dogmatik düzen çelişmesini ortadan kaldırdığı iddiasındadır. Buna göre bir şirket doğrudan veya dolaylı bir şekilde bir diğer şirketin paylarına ve oy haklarının yüzde yüzüne sahipse bağlı şirketin yönetim kurulu “tam bağlı” bir yönetim kuruldur. Tam bağlı yönetim kurulu, hakim şirketin veya şirketler topluluğunun politikalarına ve talimatlarına uymak zorunda bulunan, aksi halde işini yitirecek olan üyelerden oluşan bir kuruldur<sup>12</sup>. Her gelen üye, aynı konumda olur. Bu konumdaki yönetim kurullarının şirketlerinin menfaatlerini hakim şirketin menfaatine üstün tutmaları gerektiğini kabul etmek ve aksi halde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gitmek, gerçeğe gözleri kapayan, aldatıcı ve yanıltıcı bir varsayım olacaktır<sup>13</sup>.

Tam hakimiyet halinde talimat verme yetkisi doğrudan hakim şirkete ait olmakla birlikte, düzenlemenin amacı dolaylı hakim bulunan topluluğun tepesindeki hakim şirketin de talimat yetkisinin bulunmasını gerekli kılmaktadır<sup>14</sup>.

Hakim şirkete tanınan talimat serbestisi, sınırları olmayan, keyfi kullanılacak bir hak değildir. Bağlı şirkette hakları korunması gereken topluluk dışı azınlık pay sahipleri bulunmasa bile söz konusu sermaye şirketinin ayrı bir tüzel kişilik olarak kendi alacaklıları ve faaliyet çevresi bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple bağlı şirkete verilecek kayıpların bir sınırı olmalıdır<sup>15</sup>. Bu sınırlar ise TTK m. 203 gereği talimatın topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olması ile TTK m. 204’de düzenlenen bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşımasıdır.

#### **a. Talimatın Topluluk Politikalarının Bir Gereği Olması**

Hakim şirketin bağlı şirkete talimat verebilmesi için bu talimatlar topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmalıdır<sup>16</sup>. Bu ilkenin ana kaynağı Fransız Yüksek Mahkemesi’nin 04.02.1985 tarihinde verdiği *Rozenblum* kararıdır<sup>17</sup>. İlgili karara konu olan olayda *Marc Rozenblum* yöneticisi olduğu ve inşaat sektöründe faaliyet gösteren bazı şirketlerin fonlarını önemli ölçüde kişisel iştirakinin bulunduğu veya yine yöneticisi olduğu ve farklı sektörlerde ticaretle uğraşan bazı şirketlere aktararak şirket malvarlığını

---

<sup>12</sup> **Pulaşlı, Hasan** (2011) Şirketler Hukuku Şerhi C: I, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 306.

<sup>13</sup> Bkz. TTK m. 203 gerekçesi.

<sup>14</sup> **Tekinalp, Ünal** (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 594 ; **Akın**, s. 313.

<sup>15</sup> **Akın**, s. 313.

<sup>16</sup> TTK m. 203 gerekçesinde “günlük gereksinimlere göre verilen” talimatların hükmün kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Bu yöndeki talimatların hangi hukuki rejime dahil olacağı ise belli değildir.

<sup>17</sup> Bkz. TTK m. 203 gerekçesi.



kötüye kullanmakla suçlanmıştır<sup>18</sup>. Bunun üzerine Fransız Yüksek Mahkemesi bağlı şirket malvarlığının topluluk amaçları için kullanılabilmesini bazı ilkelere bağlamıştır. Bu ilkelere Kanunumuza yansıtılan en önemli kısmı topluluk politikasının varlığıdır.

Topluluk politikası, topluluk şirketlerinin ticari faaliyetlerinin belirlendiği, koordine edildiği, hedeflerinin tespit edildiği tüm topluluğu kapsayan bir politikadır<sup>19</sup>. Tüm topluluğun menfaatini kapsar ve herkesin yararınadır. Dolayısıyla bağlı şirketin menfaati feda edilmemeli, yöneticiler bunu topluluk politikaları ile bağdaştırmalıdır<sup>20</sup>.

Kararın önemli bir diğer ilkesi ise topluluk şirketlerinin taşıyamayacakları mali yükler altına sokulmaması, malvarlığının keyfi şekilde suistimal edilmemesi gerektiğidir<sup>21</sup>. Örneğin A şirketinin B şirketi üzerinde tam hakimiyeti bulunmaktadır. Elektronik eşya perakende satış sektöründe de faaliyet gösteren topluluk aldığı stratejik bir kararla bu alandaki satışlarının aşamalı olarak internet ortamına taşımaya ve bu alanda yoğunlaşmaya karar vermiştir. Bu planlama doğrultusunda A şirketi B şirketine kârlılığı belli bir oranın altında olan mağazalarını kapatma talimatı vermişse bu talimatın topluluğun belirlediği bir politika kapsamında olduğu söylenebilir<sup>22</sup>.

Somut politikaların kim tarafından belirleneceği TTK'da düzenlenmemiştir. Hakim şirketin yönetim kurulu tarafından, tek taraflı olarak belirlenebileceği ancak bağlı şirketlerin görüşlerinin alınmasına da bir engel bulunmadığı söylenebilir<sup>23</sup>. Aynı zamanda nasıl ortaya konulacağı hususu da somut olaya göre değerlendirilmelidir<sup>24</sup>. Yazılı olmaları zorunlu olmasa da ispat kolaylığı açısından gerekli görülebilir<sup>25</sup>. Genel kurul kararları, yönetim kurulu kararları, yönetim kurulu yıllık faaliyet raporlarında belirtilen hedefler bu politikaları ortaya koyabilir ancak her konunun politikaya bağlanması da gerekli değildir<sup>26</sup>.

### **b. Bağlı Şirketin Ekonomik Anlamda Mahvına Sebep Olmaması**

Hakim şirket bağlı şirkete, şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat veremez. Talimat serbestisinin azami sınırı

---

<sup>18</sup> Kararın tamamı için bkz. **Tekil, Müge** (2005) 'Fransız Temyiz Mahkemesi'nin Rozenblum Kararı ve Grup Çıkarı Kavramı' Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 3, s. 213-217.

<sup>19</sup> **Okutan Nilsson**, s. 424.

<sup>20</sup> **Tekinalp**, s. 535.

<sup>21</sup> **Okutan Nilsson**, s. 425.

<sup>22</sup> **Akın**, s. 313.

<sup>23</sup> **Gürel**, s. 133.

<sup>24</sup> **Okutan Nilsson**, s. 425.

<sup>25</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 782.

<sup>26</sup> **Okutan Nilsson**, s. 426; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 782.

budur. Şirkette grup dışı pay sahibi olmasa bile, kanun koyucu, alacaklıların teminatını oluşturan şirket malvarlığının tamamen tüketilmesi ve bu sebeple şirketin iflası gibi bir sonucun doğmasını istememektedir. Bu da dolaylı olarak bağlı şirketin hukuki varlığını ve bağlı şirketin alacaklılarını korumak amacını taşıdığını gösterir<sup>27</sup>.

TTK m. 204, talimatın bağlı şirkete getirdiği mali yükümlülüğe ilişkin tutarlı bir sınırlama getirmemektedir. Zira ödeme gücünün aşılması, varlığın tehlikeye düşürülmesi veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açması talimat sınırını somutlaştıracak örneklemeler değildir. Söz konusu sonuçları doğuracak şekilde talimat verilmesi bu sonuçların beraberindeki diğer şartlar ile birlikte değerlendirildiğinde şirketin mahvına sebep olması durumunda hukuka aykırı olacaktır<sup>28</sup>. Örneğin şirketin önemli varlıklarını kaybetmesi alacaklıların durumunu tehlikeye düşürmüyorsa talimat serbestisi içine girmelidir. Tam hakim konumunda olan pay sahibi bu varlığı başka şekilde değerlendirmek isteyebilir. Şirketin varlığının tehlikeye sokulması da yine alacaklı koruması açısından değerlendirilmelidir. Sonuçta tam hakim konumundaki pay sahibi şirketini feshetme hürriyetine de sahiptir. Hükmün amacı şirketin varlığının ortadan kaldırılmasını yasaklamaktan ziyade alacaklıların teminatının ortadan kaldırılmasını engellemektir<sup>29</sup>.

## 2. Sınırı Aşan Talimat Verilmesi

TTK m. 205 bağlı şirket yönetiminin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme içermektedir. Maddeye göre bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer 203 ve 204. madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamazlar<sup>30</sup>.

TTK m. 204 gerekçesinde bağlı şirketin yönetim kurulunun, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan veya tehlikeye düşürebilecek ya da önemli varlıkların yitirilmesine sebep olabilecek talimata uyması durumunda TTK m. 205'e dayanarak şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluluktan

---

<sup>27</sup> Gürel, s. 135.

<sup>28</sup> Akın, s. 314.

<sup>29</sup> Okutan Nilsson, s. 426.

<sup>30</sup> Kanunun ifadesinden şirkete TTK m.204'de sayılan bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verildiği zamanda da bağlı şirketin bunu yerine getirmesinde sorumluluğu doğmayacağı gibi bir anlam çıksa da esasında kanun koyucu bu nitelik taşımayan talimatları kast etmiştir. Fikrimizce hükümde anlatım bozukluğu bulunmaktadır. Aynı şekilde *Kendigelen* ve *Gürel* de madde metninin hatalı olduğunu vurgulamaktadır, *Kendigelen*, s. 188; *Gürel*, s. 145; Çamoğlu hükmü, TTK m. 204'de ifade edilen sınırı aşan talimatın verilmesi halinde bile bağlı şirket yönetim kurulunun sorumsuz olacağı biçiminde yorumlamıştır, *Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin* (2014) *Ortalıklar Hukuku I*, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 437.

kurtulamayacağı belirtilmiştir. Yani yönetim kurulu böyle bir talimata uymayınca sorumluluğu doğmayacak ancak bağlı şirket ile hakim şirket karşı karşıya gelecektir. Düzenleme ile bağlı şirket yönetim kurulu işini kaybetme ve bağlı şirketin zararından dolayı şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu olma arasında bırakılmıştır. Bu açıdan bakıldığında bağlı şirket yönetim kurulunun talimata uymaması çok düşük bir ihtimaldir. Haliyle hüküm şirketler topluluğu düzenlemesinin gerçekçilik iddiası ile çelişir nitelik taşımaktadır<sup>31</sup>.

205. madde kapsamında bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğu şirkete ve pay sahiplerine karşı ortadan kalkmaktadır. Alacaklılara karşı sorumlulukları ise devam edecektir<sup>32</sup>. Sorumluluğun hangi hüküm kapsamında olacağına ilişkin bir açıklık da Kanun'da yer almamaktadır. 206. madde kapsamında bağlı şirket yöneticilerinin bir sorumluluğu yoktur. Bu halde bağlı şirket yöneticilerinin alacaklılara karşı genel hükümlere göre yani TTK m. 553'e göre sorumlu olacakları söylenebilir<sup>33</sup>. Yine de sınırlar dahilinde verilen talimatlara uymaları nedeniyle bağlı şirketin alacaklılara karşı da sorumlu olmayacağını düzenlemek fikrimizce TTK m. 205'i amacına daha uygun hale getirebilirdi.

Sınırı aşan talimat verilmesi sonucu hakim şirkete hangi sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Çamoğlu'na göre TTK 206. maddenin 204. maddeye atıf yapmaması alacaklıların bu maddeye aykırı talimatlardan doğan zararlar nedeniyle dava açamayacağı şeklinde yorumlanamaz. Zira yasal talimatlara dayalı zararlar nedeniyle dava hakkına sahip olan alacaklıların, yasalara aykırı talimatlardan kaynaklanan zararlar nedeniyle dava açma olanakları evleviyetle mevcuttur. TTK m. 202/1-c bendine dayanarak alacaklılar bu davada şirket iflas etmemiş olsa bile, şirketin zararının şirkete ödenmesini isteyebileceklerdir<sup>34</sup>. Bu davada ayrıca TTK m. 202/1-e bendi kıyasen uygulanmalıdır<sup>35</sup>.

*Aytaç'a* göre hakim şirketin TTK m. 206/1'deki denkleştirmeyi yapması beklenmeden zararın derhal ve doğrudan tazmini gerekir<sup>36</sup>. *Göktürk'e* göre de TTK m. 204 uyarınca bağlı şirketin ekonomik anlamda mahvına yol açacak talimatlar verilmişse bu durumda hakim şirketin ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK m. 206'dan kaynaklanmamaktadır. TTK m. 204 şirket

---

<sup>31</sup> Akın, s. 315.

<sup>32</sup> **Aytaç, Zühtü** (2013) 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: XXIX, S: 4, s. 32.

<sup>33</sup> TTK m. 553/1 gereğince yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar Bkz. **Akın**, s. 317.

<sup>34</sup> Çamoğlu, Ersin (2013) 'Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, s. 21, dn. 1.

<sup>35</sup> Çamoğlu (**Poroy/Tekinalp**), Ortalıklar Hukuku I, s. 438; **Tekinalp**, s. 597.

<sup>36</sup> **Aytaç**, s. 32.

alacaklılarını doğrudan koruma kapsamına sokmaktadır. Bu halde hakim şirketin bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat vererek alacaklıların durumunu zora sokması onlara karşı işlenmiş bir haksız fiil olarak kabul edilmelidir. Davaya da haksız fiile ilişkin TBK'nın m. 49 ve devamındaki esaslar uygulanmalıdır<sup>37</sup>. TTK m. 371/5 'de temsile veya yönetime yetkili olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirketin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, hakim şirket yönetim kurulu üyelerinin görevleri ile ilgili işledikleri haksız fiillerden şirket sorumlu olacaktır. Şirket, zarara ve sorumluluğa sebebiyet veren yönetim kurulu üyesi ve temsile yetkili sair kişilere rücu edebilecektir<sup>38</sup>.

Fikrimizce TTK m. 204'e aykırı verilen talimatlar sonucu ortaya çıkan kayıp, denkleştirme yapılması beklenmeksizin alacaklılara karşı derhal tazmin edilmelidir. Ancak zararın doğrudan mı dolaylı mı olarak tazmin edileceği hususunda TTK m. 204 kapsamında talimat veren hakim şirket yönetim kurulu üyelerinin amacı önem taşımaktadır. Hakim şirket yönetim kurulu alacaklıları zarara uğratmak amacı ile bilinçli olarak ilgili talimatları vermişse alacaklıların doğrudan zararı olduğu kabul edilerek TTK m. 553 hükmüne istinaden dava açılmalıdır. Eğer böyle bilinçli bir durum söz konusu değilse Çamoğlu'nun önerisindeki gibi TTK m. 202/1-c bendindeki gibi iflas şartı aranmadan dolaylı zararların da tazmini talep edilebilmelidir.

## B. DENKLEŞTİRMENİN YAPILMAMIŞ OLMASI

TTK m. 206 kapsamında alacaklıların açacağı tazminat davasının bir diğer koşulu hakim şirket ve yöneticilerinin talimatları dolayısıyla bağlı şirkette gerçekleşen kaybın o hesap yılı içinde fiilen denkleştirilmemesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği konusunda en geç faaliyet yılı sonuna kadar şirkete istem hakkı tanınmamasıdır.

TTK m. 206 anlamında denkleştirme hakim şirketin TTK m. 203 kapsamında verdiği talimat nedeniyle bağlı şirkette yaratılan kaybın bütünüyle giderilmesidir. Kayıp malvarlığının azalması veya artma imkânının ortadan kalkması veya risk altına sokulmasıdır. Bu anlamda denkleştirmede amaç tanımlanan kaybın tamamen ortadan kaldırılarak bağlı şirketi bağımsız olsaydı bulunacağı konuma getirmektir<sup>39</sup>. Bu arada denkleştirme ile kayba sebep olan

---

<sup>37</sup> **Göktürk, Kürşat** (2015) *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 277.

<sup>38</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akdağ Güney, Necla** (2010) *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 2.Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s. 154.

<sup>39</sup> **Okutan Nilsson**, s. 281; **Gürbüz Usluel, Aslı E.** (2012) 'Şirketler Topluluğunda Denkleştirme' *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 12, S: 2, s. 284.

işlem arasında bağlantı olması zorunlu değildir. Verilen talimat sonucu doğan bir işten kaynaklanan kayıp, bağlı şirkete başka bir iş ile ilgili olarak sağlanan avantaj ile denkleştirilebilir<sup>40</sup>. Örneğin hakim şirketin yönlendirmesi sonucu bir ihaleye girilmemesi nedeniyle doğan kayıp, denk değerde bir gayrimenkulün devri yoluyla giderilebilir<sup>41</sup>.

Denkleştirme topluluk hukuku içerisinde menfaatlerin dengelenmesini ve şirketler topluluğunun genel politikalarının yerine getirilebilmesini sağlamaktadır. Bu anlamda hakim şirketin uzun vadeli ve büyük ölçekli planlarının gerçekleştirilmesi için bağlı şirketlerin geçici olarak kayba uğraması, denkleştirme sayesinde hukuka aykırı sayılmamakta, hakim şirketin planlamalarını rahat bir şekilde yapabilmesi imkânı vermektedir<sup>42</sup>. Kanun denkleştirme hükmü sayesinde, hakim şirketin, topluluğun bütünü için oluşturduğu politikalarının uygulanabilmesine imkân veren bir esnekliğe kavuşmuştur<sup>43</sup>.

Tam hakimiyet halinde öngörülen denkleştirme sistemi kısmi hakimiyette öngörülen TTK m. 202/1 sistemiyle aynıdır. TTK m. 202/1 denkleştirmenin sağlanması hususunda iki alternatif sunmaktadır. Bunlar hakim şirketin fiilen denkleştirme yapması veya denkleştirmeye ilişkin bağlı şirkete bir talep hakkı tanınmasıdır. Bağlı şirketin uğradığı kaybın aynı faaliyet yılı içerisinde hakim şirket tarafından telafi edilmesi fiili denkleştirmedir. Fiili denkleştirme kaybın niteliğine göre değişen içeriğe sahip olabilir. Örneğin kayıp bir malvarlığı azalması niteliğini taşıyorsa azalmanın giderilmesi, kayıp bir iş yapma imkânının kaçırılması şeklinde ortaya çıkmış ise eşdeğer başka bir iş yapma imkânının sağlanması, kayıp bağlı şirketin bir risk altına sokulması ise bu riskin teminat altına alınması gibi yöntemler uygulanabilir<sup>44</sup>.

Denkleştirme kaybın doğduğu faaliyet yılı içerisinde yapılmalıdır. Kanun fiili denkleştirmenin sadece gerçekleştirilme süresini belirlemiş, örneklerle ve giderimin diğer unsurlarına yer vermemiştir. Ancak 202. maddenin gerekçesinde denkleştirmenin bağlı şirkete yarar ve bir avantaj tanınması gibi kaybın giderilmesini sağlayacak bir karşılığa ilişkin olabileceği belirtilmiş ve ardından örnekler verilmiştir. Bu bağlamda karşı garanti, kefalet ve avale güvence altına alma, lisans veya marka kullanma hakları tanıma, karşılıksız araştırma ve geliştirme hizmeti verme, know-how verme, personele staj ve eğitim imkânları sağlama, pazarlama açısından yararlandırma, taşınmaz devretme, rüçhan hakkı kullandırma örnekleri gösterilmiştir.

---

<sup>40</sup> Gürel, s. 111.

<sup>41</sup> Gürbüz Usluel, s. 285.

<sup>42</sup> Akın, s. 226.

<sup>43</sup> Bkz TTK m. 202/1 gerekçesi.

<sup>44</sup> Okutan Nilsson, s. 285.

Fiili denkleştirmede kanunda düzenlenmeyen bir nokta da sağlanacak faydanın içeriğinin kimin tarafından kararlaştırılacağı ve bağlı şirketin bu konuda talep etme veya bir görüş yahut onay verme hakkının bulunup bulunmadığı hususudur. TTK m. 202/1 hükmü Almanya Paylı Ortaklıklar Kanunu § 311'den esinlendiği için Alman öğretisini de yansıtmak gerekmektedir<sup>45</sup>. Alman hukukundaki baskın fikre göre bağlı şirket denkleştirme yapılmasını hakim şirketten talep edemez<sup>46</sup>. Bağlı şirketin talep hakkı yalnızca denkleştirme yapılmaması veya yapılacağına ilişkin bir süre verilmemesi sonucunda oluşan zararın tazmin edilmesine yöneliktir. Ayrıca denkleştirme yoluyla bağlı şirketi kayba uğratabilecek iş ve işlemlere sevk etme, hakim şirkete tanınan bir imtiyaz olduğuna göre denkleştirmenin içeriğine de hakim şirket karar verebilmelidir<sup>47</sup>. *Okutan Nilsson* Alman hukukunda hakim olan bu görüşe katılarak denkleştirmenin içeriği konusunda bağlı şirketin onayının aranması gerekmediğini ifade etmekle birlikte usul ekonomisi açısından hakim şirketçe önerilen denkleştirmenin kaybı gidermeye uygun olup olmadığının bağlı şirket yönetim kurulunca değerlendirilerek hakim şirket nezdinde kararlaştırılmasının yerinde olacağını ifade etmiştir. Zira böyle bir imkân hakim şirkete, olası tazminat davalarından kaçınabilmek için sağlanan denkleştirmeyi gözden geçirme olanağı verir<sup>48</sup>. Yine Alman hukukundaki baskın görüşe katılan *Akın*'a göre de hakim şirket tarafından denkleştirmeye ilişkin sunulan şartların bağlı şirket tarafından onaylanması gerekmemektedir. Hakim şirket bağlı şirketin menfaatlerini göz ettiği sürece, kendi ekonomik menfaatleri doğrultusunda hareket ederek denkleştirme şartlarını belirleyebilir<sup>49</sup>. Aksi görüşteki *Tekinalp*'e göre TTK m. 202 /1'de açıkça ifade edilmemiş olması, bağlı şirketin kaybının karşılanması konusunda bir istekte bulunamayacağı anlamına gelmez. Bağlı şirketin tazminat hakkının bulunması yalnızca hakim şirketin öneride bulunmasını zorunlu kılmaz veya bağlı şirket, hakim şirket tarafından yapılan öneriyi kabule zorlanamaz<sup>50</sup>. *Aytaç*'a göre de denkleştirmenin amacı dikkate alınarak, her halde bağlı şirketin veya kayba uğrayan bağlı şirketin görüşünün alınması yerinde olacaktır. Çünkü hakim şirketin kendi takdiriyle önerdiği giderim her zaman kayıpla örtüşmeyebilir veya onu karşılayacak kapsam ve nitelikte olmayabilir. Fakat bu bağlı şirketin onayının alınması şeklinde

---

<sup>45</sup> **Tekinalp**, s. 578, dn. 31.

<sup>46</sup> **Emmerich, Volker/Habersack, Mathias** (2010) *Aktien- und GmbH Konzernrecht*, Kommentar, 6. Auflage, München, Beck § 311, N. 75; **Hüffer, Uwe** (2008) *Aktiengesetz*, 8. Auflage, München, Beck § 311, N. 38.

<sup>47</sup> **Emmerich, Volker/Habersack, Mathias** (2008) *Aktien- und GmbH Konzernrecht*, Kommentar, 5. Auflage, München, Beck § 311, N. 71'den naklen *Okutan Nilsson*, s. 289.

<sup>48</sup> **Okutan Nilsson**, s. 289-290.

<sup>49</sup> **Akın**, s. 236.

<sup>50</sup> **Tekinalp**, s. 578.

geniş bir şekilde yorumlanmamalıdır<sup>51</sup>. Fikrimizce -direkt denkleştirmenin nasıl yapılacağı konusunda kesin bir söz sahipliği niteliğinde olmasa da- kaybın bağlı şirkette yaratılması, usul ekonomisi, denkleştirmenin hakim şirketin sorumluluğuna etkisi gibi unsurlar göz önüne alınarak, bağlı şirkete denkleştirmenin içeriği konusunda görüş belirtme hakkı tanınması, her iki şirket açısından da isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Denkleştirmenin aynı hesap yılı içinde bağlı şirkete fiilen bir fayda sağlanmaksızın, ileride böyle bir fayda sağlanacağına dair bir taahhütte bulunularak ötelenmesi mümkündür. Bu yolu seçen hakim şirket, kayba sebebiyet veren iş veya işlemin yapıldığı yıl içerisinde denkleştirmenin nasıl gerçekleştirileceğini ve zamanını bildiren ve bağlı şirkete bu fiili denkleştirmeyi talep etme hakkını veren bir taahhütte bulunmalıdır<sup>52</sup>. TTK'da istem hakkının bir sözleşme ile tanınıp tanınmayacağı hususunda açıklık yoktur<sup>53</sup>. TTK m. 202/1 gerekçesinde Alman hukuk öğretisinde talep hakkının bir sözleşme ile tanınması görüşü hakim olduğu belirtilmiştir<sup>54</sup>. Bu bakımdan denkleştirme için güvence olacağı gerekçesiyle sözleşme yapılabilir. Sözleşmenin taraflarını hakim şirket ile bağlı şirket oluşturur. Ancak, sözleşmenin yerine hakim şirketin bir taahhüdü de amaca hizmet edebilir.

Talep hakkı sağlanması yoluyla denkleştirmede de fiili denkleştirme bakımından geçerli olan temel kurallar uygulanır. Ancak fiili denkleştirmenin en geç ne zamana kadar ötelenebileceği konusunda Kanunda bir sınırlama yoktur. Yine TTK m. 202/1 gerekçesinde "talep hakkının kullanılmasının, beklenen faydayı sağlamayacak şekilde uzun bir süreye yayılmaması" gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla hakim şirket, kendisine tanınan fiili denkleştirmeyi öteleme imkânını, bağlı şirketin aleyhine olacak şekilde kötüye kullanmamalıdır<sup>55</sup>.

## C. ALACAKLININ BAĞLI ŞİRKETTEKİ KAYIPTAN DOLAYI ZARARA UĞRAMASI

### 1. Genel Olarak

Alacaklıların dava açabilmesinin diğer şartı hakim şirketin talimatından dolayı öncelikle bağlı şirkette kaybın ortaya çıkmasıdır. Bağlı şirketin kayba uğratılmasında kayıp kavramından ne anlaşılması gerektiği TTK m. 202/1 hükmünün gerekçesinde açıklanmıştır. Gerekçeye göre "kayıp" kelimesi borçlar hukuku anlamında "zarar"dan farklı ve onu da kapsayacak genişliktedir. Kayıp bir malvarlığı eksilmesi veya malvarlığının artmasının önlenmesi şeklinde

---

<sup>51</sup> Aytaç, s. 34.

<sup>52</sup> Okutan Nilsson, s. 291.

<sup>53</sup> Aytaç, s. 35, dn. 59.

<sup>54</sup> Emmerich/Habersack § 311, N. 72; Hüffer § 311, N. 46.

<sup>55</sup> Okutan Nilsson, s. 292.

ortaya çıkabileceği gibi, iş, fon ve personel devrinde olduğu üzere şansın veya bir işi başarı ile yapabilme olanağının yitirilmesi tarzında da görülebilir<sup>56</sup>. Görüldüğü üzere gerekçede kayıp kavramı zarardan ayrılmıştır. Bu fark en belirgin noktasını zararın tanımında gösterir. Zararın tanımı gereği kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmedir. Oysa verilen talimatın uygulanmasında malvarlığındaki eksilme bağlı şirketin organlarının iradesi ile meydana gelmektedir. *Gürel*'e göre bu sebeplerle Kanun'da zarar kavramı yerine kayıp kavramının kullanılması isabetlidir<sup>57</sup>.

Bağlı şirkette meydana gelen kaybın niceliği önemli değildir. Zaten kaybın miktarını tespit etmek de çoğu durumda kolay değildir. Bu açıdan kaybın somutlaştırılması için TTK m. 199'da bağlı şirket yönetim kurulunun, hakim şirket ile olan hukuki ilişkilerin açıklandığı bir rapor hazırlayacağı öngörülmüştür. Böylece bağlı şirketin alacaklıları bu rapora dayanarak bağlı şirketin kaybını tespit edebilirler<sup>58</sup>.

Hakim şirketin tazminat sorumluluğunun doğması için bağlı şirkette ortaya çıkan kaybın alacaklıları zarara uğratması da gerekir. TTK m. 206/1'de kısmi hakimiyet halindeki düzenleme lafzından farklı olarak alacaklıların açacağı davada şirketin zararının mı yoksa kendi zararlarının mı sorumlulardan talep edilebileceğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. İlgili hükmün gerekçesinde ise meselenin yorumlanmasına imkân verecek açıklamalar bulunmamaktadır.

*Okutan Nilsson*'a göre hüküm şirketin zararının şirkete tazminini değil, alacaklıların zararının alacaklıyla tazminini öngörmektedir<sup>59</sup>. *Akın*'a göre de bağlı şirketin paylarının tamamının hakim şirkete ait olması ve dolayısıyla yönetimin de aynı şekilde hakim şirket tarafından belirleniyor olması sebebiyle alacaklılar tarafından açılacak tazminat davasında zararın bağlı şirkete değil doğrudan kendilerine tazmin edilmesi gerekir<sup>60</sup>. Sahiden de tam hakimiyet halinde alacaklısı bulunmayan bağlı şirketin menfaatlerinin korunmasına ihtiyacının olmadığı dolayısıyla alacaklılara tanınacak dava hakkıyla şirketin korunmasından ziyade alacaklıların doğrudan korunmasının yeterli olacağı yorumu yapılabilir<sup>61</sup>. Nitekim tam hakimiyette hakim şirketin, topluluk

---

<sup>56</sup> Bkz. TTK m. 202/1 gerekçesi.

<sup>57</sup> **Gürel**, s. 104.

<sup>58</sup> **Gürel**, s. 105.

<sup>59</sup> Yazara göre TTK m. 206/2'de kredi ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklara ilişkin özel bir düzenleme getirilmesi dahi talebin doğrudan doğruya bağlı şirketin borcuna dayandığını gösterir Bkz. **Okutan Nilsson**, s. 434.

<sup>60</sup> Zira tam hakimiyette bağlı şirket ile topluluk menfaatleri ortaktır. Dolayısıyla şirketin zararının hakim şirket kontrolündeki bağlı şirket yönetimine yapılması, alacaklıların zararını gidermez Bkz. **Akın**, s. 319.

<sup>61</sup> **Göktürk**, s. 271.



politikalarının gereği olması şartıyla bağlı şirketi kayba uğratabilecek nitelikte talimatlar verebilme yetkisinin bulunması dahi bu yorumu yapmaya sebebiyet verebilir. *Tekinalp* bu sebeple tam hakimiyette denkleştirmenin olmadığını, şartları varsa tazminat davasının açılması gerektiği şeklinde doğrudan tazmin görüşünü destekler nitelikte yorumlamışsa<sup>62</sup> da TTK m. 206/1'de yapılan TTK m. 202/1-e bendi atfı gereği tazminatın bağlı şirkete ödenmesinin şart olduğunu belirtmiştir<sup>63</sup>. Çamoğlu'na göre ise dava temelde şirketin tüm zararının ödenmesine yönelik olsa da alacaklı hükmedilen tazminattan kendi zararını öncelikle tahsil etme imkânına sahiptir<sup>64</sup>.

Tam hakimiyette dışarıda veya azınlıkta kalan pay sahibi olmadığı için dava açma hakkı sadece alacaklılara tanınmıştır. TTK m. 206/1 hükmünde TTK m. 202/1-e bendi yollamasıyla bu dava bakımından TTK m. 553 ve devamı maddelerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan alacaklıların doğrudan zararlarını denkleştirme sistemine tabi olmaksızın talep edebilmelerinin önünde bir engel yoktur<sup>65</sup>. Fakat bağlı şirkete müdahaleye dayalı olarak ortaya çıkan ve denkleştirmeye tabi olan zararda kural alacaklıların dolaylı zararının bulunduğu<sup>66</sup>.

*Göktürk'e* göre bağlı şirketin zararı nedeniyle topluluk hakimine yalnızca doğrudan başvuru hakkı tanınması bağlı şirketin tüzel kişiliğinin bulunması ile bulunmaması arasında bir fark yaratmayacaktır. Bağlı şirket zararı mevcutken doğrudan bir başvurunun kabul edilmesi durumu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talebinin öne sürülebileceği ihtimallerden ayırmaz. Bu bakımdan tüzel kişinin ayrılığı prensibi işlevsiz kalır. Ayrıca hakim şirkete verilebilecek talimatlara TTK m. 203 ve m. 204'de çizilen sınırların koyulması kanun koyucu tarafından bağlı şirket alacaklılarının yanında bağlı şirketin de korunması esasının kabul edildiğinin göstergesidir. Nitekim m. 206/1'de düzenlenen denkleştirme imkânını da bağlı şirketin korunması kapsamında bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir<sup>67</sup>.

Fikrimizce TTK m. 206/1 tıpkı kısmi hakimiyet sisteminde olduğu gibi alacaklıların dolaylı zararının tazminine yöneliktir. Tam hakimiyet sisteminde hakim şirketin TTK m. 203 kapsamında bağlı şirketi kayba uğratabilecek talimatları verebilmesi esası benimsense de verilebilecek talimatların topluluğun politikalarının gereği olması ve TTK m. 204'deki kısıtlamanın

---

<sup>62</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 782-783.

<sup>63</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 785.

<sup>64</sup> Çamoğlu (**Poroy/Tekinalp**), Ortaklıklar I, s. 438.

<sup>65</sup> *Aytaç'a* göre de TTK m. 206/1 kapsamındaki dava hem doğrudan hem dolaylı zararlar için açılabilir, **Aytaç**, s. 47.

<sup>66</sup> **Göktürk**, s. 272.

<sup>67</sup> **Göktürk**, s. 273.

getirilmesi dahi aslında bağlı şirketin korunmasının göz ardı edilmediğini göstermektedir. Kaldı ki TTK m. 206/1'de denkleştirme imkânının getirilmesi de bu durumu doğrular niteliktedir<sup>68</sup>. Zira denkleştirme süresi içerisinde kaybın giderilmesine ilişkin bir dava açılması mümkün değildir. Ancak süre dolduktan sonra talep imkânı ortaya çıkmaktadır. Doğrudan başvuru esasını kabul ettiğimizde denkleştirme süresinin beklenilmesi gerekliliği haklı olarak sorgulanabilir. Açıklanan gerekçelerle tam hakimiyet halindeki sorumluluk sisteminin dolaylı zararın tazmini üzerine kurulduğunun kabulü gerekir<sup>69</sup>.

## 2. Şirketin İflası Şartı Sorunu

Açılacak davada amacın; bağlı şirketin kaybının denkleştirilmesi olduğu, dolayısıyla TTK m. 206/1 kapsamında hükmedilecek tazminatın bağlı şirkete verilmesi gerektiği sonucuna vardıktan sonra, bağlı şirketin iflası şartının bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kısmi hakimiyetten farklı olarak, tam hakimiyet durumunda alacaklının bağlı şirket iflas etmeden dava hakkının doğduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bundan başka şirketin iflası durumunda alacaklıların sorumlulara karşı dava hakkının doğduğu TTK m. 556 hükmüne atf yapılmış ve anılan hükmün kıyasen uygulanması öngörülmüştür.

*Göktürk'e* göre bağlı şirketin borçlarını ödeme kabiliyeti bulunduğca, alacaklıların zararı bulunmayacağından, dava açabilmeleri için bağlı şirketin iflası şarttır<sup>70</sup>. *Gürel'e* göre ise tıpkı kısmi hakimiyette olduğu gibi burada da bağlı şirketin kaybının denkleştirilmemesi koşulu yeterli olmalı, iflas şartı aranmamalıdır<sup>71</sup>.

Sonuç olarak TTK m. 202/1-c bendindekine benzer bir açıklık olmadığı için davanın şirketin iflasından önce açılmaması gibi bir sorunla karşılaşılması kaçınılmazdır<sup>72</sup>. Kanun koyucunun TTK m. 206/1 hükmünde kısmi hakimiyetteki sorumluluk esaslarını düzenleyen 202. maddenin c bendine atf yapmaması bir kanun boşluğundan ziyade bilinçli bir tercih olarak değerlendirilebilir. Zira aynı hükümde 202. maddenin d ve e bentlerine atf yapmayı ihmal etmemiştir.

---

<sup>68</sup> **Gürel**, s. 142.

<sup>69</sup> Taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu bir denkleştirme davasında bağlı şirketin kayba uğratıldığını ispatlamak güçtür. Buna ek olarak tazminatın kendilerine değil sadece bağlı şirkete ödenmesini talep edebilecekleri düşünüldüğünde, bilgi alma olanakları son derece kısıtlı olan alacaklıların dava hakkını kullanmasını beklemenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu söylenebilir Bkz. **Eminoğlu, Cafer** (2018) 'Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri': XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 22 Aralık 2017, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 31.

<sup>70</sup> **Göktürk**, s. 296.

<sup>71</sup> **Gürel**, s. 143; iflas koşulunun aranmaması gerektiği fikrinde bkz. **Aytaç**, s. 47.

<sup>72</sup> **Kendigelen**, s. 189.

Bu açıdan bağlı şirketin iflası koşulu aranmalıdır<sup>73</sup>. Fikrimizce olması gereken açısından ise TTK m. 202/1-c bendine atf yapılmaması yerinde değildir. Burada da bağlı şirket iflas etmese dahi alacaklılar şirketin zararının şirkete ödenmesini isteyebilmelidirler. TTK m. 204'de tarif edilen nitelikteki talimatların şirketin iflası sonucunu doğurması 203. maddedekilere nazaran daha yüksek ihtimaldir. Bu açıdan bağlı şirkette yaratılan kaybın şirketi iflase sürüklemesi kadar ağır bir duruma özgülenmesi şirketler topluluğu hükümlerinde alacaklılara özel olarak getirilen bu imkânın uygulanabilirliğini ortadan kaldıracak, bir bakıma işlevsiz hale sokacaktır.

### III. SORUMSUZLUK HALLERİ

Davalılar yani hakim şirket ve kayba sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri TTK m. 206/1 yollamasıyla TTK m. 202/1-d bendinde ve TTK m. 206/2'de öngörülen şu savunmaları yaparak tazminat yükümlülüğünden kurtulabilirler<sup>74</sup>:

#### A. YÖNETİM KURULUNUN ÖZEN BORCUNA UYGUN DAVRANMASI

TTK m. 206 uyarınca davalı konumunda bulunan hakim şirket ve onun yönetim kurulu üyeleri TTK m. 202/1-d bendindeki düzenlemeye dayanarak sorumluluktan kurtulabilirler. 202/1-d hükmü uyarınca kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceğinin ispatlanması halinde tazminata hükmedilemez.

Hükmün uygulanma koşulları bakımından öncelikle bir müdahalenin sabit olması gereklidir. Madde, bağımsız şirket tarafından gerçekleştirilen bir davranışın müdahaleye dayalı olup olmadığının tespit ya da ispatına yönelik olmayıp, mevcut bir müdahalenin hangi koşullarda sorumluluk doğurmayacağı ya da sorumluluktan kurtaracağına ilişkin esasları düzenlemektedir<sup>75</sup>.

Hakimiyetin kullanılması yoluyla bağlı şirketin kayba uğratılıp uğratılmadığının tespitinde kullanılacak ölçüt; aynı konumda bulunan şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözeten ve tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyelerinin tutumudur. Denkleştirilmeye tabi kaybın ortaya konulması için bu varsayımsal tutum ile bir karşılaştırma yapmak gerekmektedir. Önce, aynı veya benzer koşullar altında bulunan bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyelerinin

---

<sup>73</sup> Bu durumda düzenlemenin bağlı şirketi ne ölçüde korumaya hizmet ettiği de tartışmaya açıktır, **Göktürk**, s. 281.

<sup>74</sup> Belirtilmelidir ki davalılar tarafından yapılabilecek bu iki savunma imkânı açıklayıcı mahiyettedir, savunmaların yalnızca bir iki duruma özgülenmesi gibi bir durum söz konusu değildir, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar II, s. 785.

<sup>75</sup> **Göktürk**, s. 225.

şirketin menfaatlerini göz önünde bulundurduklarında ve tedbirli hareket ettiklerinde nasıl davranacakları varsayımsal bir hareket tarzı olarak ortaya konulur<sup>76</sup>. Bağlı şirket tarafından yapılan işlemin böyle bir varsayımsal hareket tarzı ile denetlenmesi, bu işlemin yapılmasındaki hakim şirket etkisini de ortaya koymaktadır. Bağlı şirket tarafından yapılan işlemin, aynı şartlarda söz konusu özellikleri taşıyan bağımsız bir şirket tarafından da yapılabilecek olması hakim şirketin müdahalesinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır<sup>77</sup>. Bu şartlar altında hakim şirketin ve onun yönetim kurulunun sorumluluğu ileri sürülemez.

TTK m. 202/1-d bendinde yer alan özene ilişkin hüküm yönetim kurulunun özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen 369. madde ile uyum halindedir<sup>78</sup>. Özen yükümü bir yönü ile yönetim kurulu üyelerinin işlem ve eylemlerinde kusurlu olup olmadıklarını saptamaya yarayan bir ölçü, diğer yönü ile de yönetim kurulu üyelerine yasanın öngördüğü sair görevler yanında yüklenmiş bağımsız bir borçtur<sup>79</sup>. Ancak dürüst ve tedbirli bir yöneticinin ticaret hayatında genellikle tek bir davranışı değil, gerçekleştirebileceği birbirinden farklı davranış türleri bulunabilir<sup>80</sup>. Bu bakımdan hakimiyetin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığı belirlenirken yöneticinin sahip olduğu takdir hakkı da göz önünde bulundurulmalı ve somut olayda özen borcuna uygun kabul edilebilecek birden fazla davranış biçimi olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Sorulacak olan soru *“bağımsız bir şirketin, şirket menfaatlerini dürüstçe gözetken tedbirli yöneticisi olsaydı bu durumda ne yapardı?”* sorusu değil, *“bağımsız bir şirketin, şirket menfaatlerini dürüstçe gözetken tedbirli yöneticisi de bu şekilde davranabilir miydi?”* sorusudur.

Şirket menfaatinin gözetilmesi, somut olay şartları çerçevesinde, maddi açıdan şirketin her halde kâr eden davranışta bulunması şeklinde yorumlanmamalıdır. Mesela bozulma tehlikesine bağlı olarak şirketin en az zararlı ürünleri topluluk içinde pazarlaması örneğindeki gibi zarar doğuran bir davranış da şirket menfaatine olabilecektir<sup>81</sup>. Sonuç olarak hakim şirketin yönlendirmesi ile bağlı şirket yöneticilerinin gerçekleştirdiği (veya gerçekleştirmekten kaçındığı) iş veya işlem, aynı veya benzer koşullar altında bulunan bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna uygun bulunuyor ise, hakim şirket de hakim şirketin yönetim kurulu üyeleri de, bağlı şirketi böyle bir davranışa sevk etmekten sorumlu tutulmayacaktır<sup>82</sup>.

---

<sup>76</sup> Okutan Nilsson, s. 262.

<sup>77</sup> Akın, s. 322.

<sup>78</sup> Tekinalp, s. 585.

<sup>79</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar I, s. 378.

<sup>80</sup> Göktürk, s. 227.

<sup>81</sup> Göktürk, s. 226.

<sup>82</sup> Okutan Nilsson, s. 432.

## B. TTK MADDE 206/2 UYARINCA SORUMSUZLUK

TTK m. 206/2 maddesi hakim şirket ve yöneticilerine hukuki sorumluluktan kurtulmak bakımından özel bir imkân sunmaktadır. Buna göre davalılar- yani hakim şirket ve yöneticileri- davacının kredi ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bilmesi gerektiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirler.

Hakim şirket ve yöneticilerinin sorumluluktan kurtulmasına imkân sağlayan bu düzenleme tetkik edildiğinde sorumluluktan kurtuluş için birtakım koşulların bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan ilk koşul denkleştirmenin gerçekleşmemiş olmasıdır. Ayrıca alacak, kredi ve benzeri sebeplerden kaynaklanmalıdır. Kanunun lafzında kredi kavramı tercih edilmiş olmasına rağmen TTK'da genel bir tanımı bulunmamaktadır. İlgili maddenin gerekçesinde de açıklama yapılmamıştır<sup>83</sup>. Bu açıdan kredi kavramı herhangi bir sözleşme türü ile sınırlandırılmamalıdır. Özellikle karşı edimin sonraki bir tarihe ertelendiği, uygulamada kısmen ya da tamamen "veresiye" olarak isimlendirilen şekilde gerçekleştirilen vadeli işlemlerin kredi kavramı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür<sup>84</sup>. Kredi benzeri ilişkilerin ne olduğu da bu yaklaşımla açıklanabilir.

Denkleştirmenin gerçekleşmemiş olmasının yanında davalılar alacaklıların bu durumu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlamalıdır. Denkleştirme hakim şirket tarafından faaliyet yılı sonuna kadar kullanılabilir bir yetki olduğu için, gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilinmesi bakımından faaliyet yılı sonuna kadar beklenmelidir. *Okutan Nilsson*'a göre kaybı doğuran olayın kredinin verilmesinden önce gerçekleşmiş olması şarttır ve buna göre kredi veren krediyi talep eden şirketin içinde bulunduğu durumu dikkate almalıdır. Bu bakımdan TTK m. 206/2'nin mantığı kredi verenin hakim şirket tarafından bir denkleştirme yapılacağına güvenmiş olduğu şeklinde bir iddianın bertaraf edilerek hakim şirketin sorumluluktan kurtulmasıdır<sup>85</sup>. *Göktürk*'e göre ise denkleştirmenin yapılmadığını bilmesine rağmen bir kimsenin bağlı şirketle alacak ilişkisine girmesinin nedenlerinden biri; hakim şirketin, bağlı şirketin iflası riskini göze alamaması yüzünden alacağın tahsiline duyduğu güven iken; bir diğeri diğer alacaklılara zarar verme kastı olabilir. Bu nedenle düzenlemenin dürüstlük kuralına aykırı davranan alacaklılara ilişkin olduğu yorumu yapılabilir de madde iyi niyeti yani bağlı şirketin ödeme kabiliyetinin bulunmadığının

---

<sup>83</sup> Krediyeye ilişkin Bankacılık Kanunu m. 48'de özel bir tanım bulunsa da *Göktürk*'e göre TTK'da kullanılan kredi kavramı özel bir mevzuatta tanımlanandan ziyade, genel bir kavramdır, *Göktürk*, s. 292.

<sup>84</sup> *Göktürk*, s. 292.

<sup>85</sup> *Okutan Nilsson*, s. 433; Aynı görüşte *Akın*, s. 323.

bilinmesini değil, denkleştirmenin yapılmadığının bilinmesini esas almaktadır<sup>86</sup>. Fikrimizce bu görüşe katılmak kredi ve benzer ilişkinin varlığında alacaklının denkleştirmenin yapılmadığını her koşulda bilmesi gerektiği anlamına gelmesi bakımından mümkün değildir. Kaldı ki denkleştirme hesap yılı sonuna kadar gerçekleşebileceğinden hesap yılı içerisinde denkleştirmenin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda alacaklı tarafından olumlu ya da olumsuz bir bilgi sağlanamaz. Belki yalnızca kamuoyunun bilgisine sunulan mali kayıtlardan durum anlaşılabilir ise artık alacaklının denkleştirmenin gerçekleşmediğini bilecek durumda olduğu kabul edilebilir<sup>87</sup>. Denkleştirme süresi bitmeden evvel hakim şirket denkleştirme yapmayacağını açıklayarak da kredi ilişkisinin kurulmasından önce alacaklının iyi niyetini ortadan kaldıracaktır<sup>88</sup>.

TTK m. 206/2 sisteminden alacaklının herhangi bir dönemde mi yoksa yalnızca o hesap yılı için mi denkleştirme yapıldığını bilmesi bakımından da bir açıklık getirmemiştir. Düzenleme bakımından kafa karıştıran, açıklığa kavuşmamış birkaç nokta daha vardır. Madde 206/2 sadece bir sorumluluktan kurtuluş imkânı değil, aynı zamanda zararın tazmin yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir etkiye sahiptir. Zira hükmün lafzı uyarınca hakim şirket mal varlığının bir kısmını tahsis ederek kurduğu bağlı şirketi kayba uğratarak icabında esas sermayeyi bile kendisine çekebilecek, denkleştirme yapılmadığı alacaklılar tarafından bilindiği takdirde kayba bağlı şirket malvarlığı bakımından da katlanma yükümlülüğü doğacaktır. Dolayısıyla hakim şirketin denkleştirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve alacaklıların denkleştirilmediğinden haberdar olması halinde bağlı şirket malvarlığının korunması prensibinden büyük ölçüde vazgeçilmektedir<sup>89</sup>. Hakim şirket tarafından bağlı şirket mal varlığına geri dönüşümsüz şekilde kayıp verilmesi imkânını sağlayan ve neticede denkleştirmenin yapılmadığı durumlarda bağlı şirkete kredi temin eden alacaklıların, kötü niyetini varsayım olarak kabul eden bir yasal düzenlemenin ise topluluk hukukunun koruma amacıyla ne ölçüde bağdaştığı da tartışmaya açıktır<sup>90</sup>. *Göktürk*'e göre kafa karıştıran bu noktalar ve yapılan değerlendirmeler topluluk sistemi bir bütün olarak nazara alındığında teorik boyutta kalmaktadır. TTK m. 206/1 gereği alacaklıların zararının tazmini şirketin iflası koşuluna bağlanmıştır. Haliyle tazmini talep hakkı iflas idaresi

---

<sup>86</sup> **Göktürk**, s. 284-285.

<sup>87</sup> **Göktürk**, s. 295; *Akın*'a göre de bağlı şirket kayıtlarından şirketin kaybı ve bu kaybın denkleştirilmediği anlaşılabilir ise, karine olarak inceleme yapan kredi alacaklısının bu durumu bildiği kabul edilecektir, **Akın**, s. 324.

<sup>88</sup> **Okutan Nilsson**, s. 434.

<sup>89</sup> **Göktürk**, s. 286; *Tekinalp*'e göre Türkiye'deki hakim görüşün aksine tam hakimiyette denkleştirme aşaması yoktur, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 783. *Tekinalp*'in bu yorumu fikrimizce TTK m. 204'ün gerekliliğini de sorgulatmaktadır.

<sup>90</sup> **Göktürk**, s. 282.

tarafından ileri sürülecektir. Bu surette bir diğer alacaklının denkleştirme yapılmaması sebebiyle açabileceği davanın neticesinden TTK m. 206/2'de belirtilen alacaklılar da istifade edebilecektir. Alacaklılara doğrudan değil dolaylı zararın giderilmesini talep etme imkânı tanındığından dava sonucu tahsil edilen meblağ bağlı şirket varlığına dahil olduğu ölçüde TTK m. 206/2 kapsamındaki alacaklılar da alacaklarını tahsil etme imkânına kavuşabilecektir. Zira bu alacaklıların talep hakkı sadece hakim şirket ve yöneticilerine karşı sınırlanmış, asıl borçlu olan bağlı şirketten olan alacakları bakımından böyle bir sınırlama yapılmamıştır. Bu açıdan hüküm çoğu durumda usuli nedenlerden ötürü kendisinden beklenen neticeyi doğurmaya elverişli değildir<sup>91</sup>.

## SONUÇ

Hakim şirketin TTK m. 203 kapsamında bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak % 100'üne sahip olması durumunda, şirkette menfaati bulunan topluluk dışı pay sahibi bulunmamaktadır. Böyle bir yapıda kanun koyucu topluluk kararlarının uygulanması bakımından 202. Maddedeki kısmi hakimiyet durumundan daha geniş bir serbesti alanı sağlayarak, hakim şirketin talimatlarının belli şartlar altında uygulanması zorunluluğunu getirmiştir. Bağlı şirket bünyesinde başka pay sahipleri bulunmamasına karşı şirkette menfaatleri bulunan alacaklıların haklarının korunması gerekmektedir. Bu çerçevede TTK m. 206 alacaklıların dava hakkını düzenlemektedir.

TTK m. 206 gereği alacaklıların dava açmalarının ilk koşulu hakim şirket ve yöneticilerinin TTK m. 203 çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette bir kaybın oluşmasıdır. Bahsettiğimiz gibi tam hakimiyet halinde şirkette grup dışı pay sahibi kalmadığı için bağlı şirketin sermayesinin ve malvarlığının ne şekilde yönetileceği hususunda hakim şirkete geniş bir hareket imkânı ve talimat serbestisi sağlanmıştır. Ancak hakim şirkete tanınan talimat serbestisi, sınırları olmayan, keyfi kullanılabilir bir hak değildir. Bağlı şirkette hakları korunması gereken topluluk dışı azınlık pay sahipleri bulunmasa bile söz konusu sermaye şirketinin ayrı bir tüzel kişilik olarak kendi alacaklıları ve faaliyet çevresi bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple bağlı şirkete verilecek kayıpların bir sınırı olmalıdır. Bu sınırlar ise TTK m. 203 gereği talimatın topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olması ile TTK m. 204'de düzenlenen bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşımasıdır.

---

<sup>91</sup> Göktürk, s. 297.

TTK m. 206 kapsamında alacaklıların açacağı tazminat davasının bir diğer koşulu hakim şirket ve yöneticilerinin talimatları dolayısıyla bağlı şirkette gerçekleşen kaybın o hesap yılı içinde fiilen denkleştirilmemesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği konusunda en geç faaliyet yılı sonuna kadar şirkete istem hakkı tanınmamasıdır. TTK m. 206 anlamında denkleştirme hakim şirketin TTK m. 203 kapsamında verdiği talimat nedeniyle bağlı şirkette yaratılan kaybın bütünüyle giderilmesidir. Kayıp malvarlığının azalması veya artma imkânının ortadan kalkması veya risk altına sokulmasıdır. Bu anlamda denkleştirmede amaç tanımlanan kaybın tamamen ortadan kaldırılarak bağlı şirketi bağımsız olsaydı bulunacağı konuma getirmektir. Tam hakimiyet halinde öngörülen denkleştirme sistemi kısmi hakimiyette öngörülen TTK m. 202/1 sistemiyle aynıdır. TTK m. 202/1 denkleştirmenin sağlanması hususunda iki alternatif sunmaktadır. Bunlar hakim şirketin fiilen denkleştirme yapması veya denkleştirmeye ilişkin bağlı şirkete bir talep hakkı tanınmasıdır.

Hakim şirketin tazminat sorumluluğunun doğması için bağlı şirkette ortaya çıkan kaybın alacaklıları zarara uğratması da gerekir. TTK m. 206/1'de kısmi hakimiyet halindeki düzenleme lafzından farklı olarak alacaklıların açacağı davada şirketin zararının mı yoksa kendi zararlarının mı sorumlulardan talep edilebileceğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. İlgili hükmün gerekçesinde ise meselenin yorumlanmasına imkân verecek açıklamalar bulunmamaktadır. Doktrindeki hakim görüşe ve fikrimize göre TTK m. 206/1 tıpkı kısmi hakimiyet sisteminde olduğu gibi alacaklıların dolaylı zararının tazminine yöneliktir.

Açılacak davada amacın; bağlı şirketin kaybının denkleştirilmesi olduğu, dolayısıyla TTK m. 206/1 kapsamında hükmedilecek tazminatın bağlı şirkete verilmesi gerektiği sonucuna vardıldıktan sonra, bağlı şirketin iflası şartının bulunup bulunmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kısmi hakimiyetten farklı olarak, tam hakimiyet durumunda alacaklıların bağlı şirket iflas etmeden dava hakkının doğduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bundan başka şirketin iflası durumunda alacaklıların sorumlulara karşı dava hakkının doğduğu TTK m. 556 hükmüne atıf yapılmış ve anılan hükmün kıyasen uygulanması öngörülmüştür. TTK m. 202/1-c bendindekine benzer bir açıklık olmadığı için davanın şirketin iflasından önce açılmaması gibi bir sorunla karşılaşılması kaçınılmazdır.

Davalılar yani hakim şirket ve kayba sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri TTK m. 206/1 yollamasıyla TTK m. 202/1-d bendinde ve TTK m. 206/2'de öngörülen şu savunmaları yaparak tazminat yükümlülüğünden kurtulabilirler. 202/1-d hükmü uyarınca kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetilen ve tedbirli bir yöneticinin özenle hareket eden, bağımsız bir şirketin yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceğinin ispatlanması halinde tazminata



hükmedilemez. TTK m. 206/2 maddesi de hakim şirket ve yöneticilerine hukuki sorumluluktan kurtulmak bakımından özel bir imkân sunmaktadır. Buna göre davalılar-yani hakim şirket ve yöneticileri- davacının kredi ve benzeri sebeplerden kaynaklanan alacaklarda denkleştirmenin yapılmadığını veya istem hakkının tanınmadığını bilerek ilişkiye girdiğini veya işin niteliği gereği bilmesi gerektiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilirler.

#### KAYNAKÇA

- **Akdağ Güney, Necla** (2010) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık.
- **Akın, İrfan** (2014) Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- **Aytaç, Zühtü** (2013) 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: XXIX, S: 4, ss. 5-46.
- **Çamoğlu, Ersin** (2013) 'Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, ss. 19-34.
- **Eminoğlu, Cafer** (2018) 'Kuram - Uygulama İkileminde Şirketler Topluluğu Hukuku ve (Normatif) Şirketler Topluluğu Meydana Getirmeyen Hâkimiyet İlişkileri': XXXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 22 Aralık 2017, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, ss. 11-64.
- **Emmerich, Volker/Habersack, Mathias** (2010) Aktien- und GmbH Konzernrecht, Kommentar, 6. Auflage, München, Verlag Beck.
- **Göktürk, Kürşat** (2015) Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- **Gürbüz Usluel, Aslı E.** (2012) 'Şirketler Topluluğunda Denkleştirme' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 12, S: 2, ss. 281-307.
- **Gürel, Murat** (2009) 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- **Hüffer, Uwe** (2008) Aktiengesetz, 8. Auflage, München, Verlag Beck.
- **Kendigelen, Abuzer** (2012) Yenilikler, Değişiklikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- **Okutan Nilsson, Gül** (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

- **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2014) Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık (Anılış: Ortaklıklar I).
- **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin** (2017) Ortaklıklar Hukuku II, 13.Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık (Anılış: Ortaklıklar II).
- **Pulaşlı, Hasan** (2011) Şirketler Hukuku Şerhi C: I, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Şener, Oruç Hami (2017) Ortaklıklar Hukuku, s. 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- **Tekil, Müge** (2005) 'Fransız Temyiz Mahkemesi'nin Rozenblum Kararı ve Grup Çıkarı Kavramı' Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 3, ss. 213-217.
- **Tekinalp, Ünal** (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık.



# KAR PAYI ÖDENMEMESİ NEDENİYLE ANONİM ŞİRKETİN HAKLI SEBEPLERLE FESHİ

*The Dissolution of Joint Stock Company for Valid Reason due to Non-Payment  
of Dividends*

**Av. Kemal BAHRIYELİ\***

Geliş Tarihi: 28.01.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Anonim şirketlerin haklı sebeplerle feshi, Türk Ticaret Kanunu'nun 531. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, azınlık pay sahipleri, haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshini talep edebilmektedir. Kanunda, haklı sebep olarak değerlendirilebilecek durumlar sayılmamıştır. Bu nedenle, anonim şirketin feshine yol açacak haklı sebeplerin neler olduğunun belirlenmesi son derece önemlidir. Bu konuda doktrin görüşleri ve yargı kararları yol gösterici durumdadır. Kâr payı dağıtılmaması da anonim şirketin haklı feshi bağlamında tartışılan sebeplerdendir. Zira kar elde etme, pay sahiplerinin şirkete ortak olmaksızın temel amaçlarındandır.

Çalışmada, genel olarak kâr payı dağıtılmamasının hangi durumlarda anonim şirketin haklı feshine gerekçe oluşturabileceği tartışılmaktadır. İlk olarak kısaca haklı sebep kavramı üzerinde durulacaktır. Ardından kâr payına ilişkin kısa açıklamalara yer verilecek ve her iki kavramın ilişkisi ele alınacaktır. Mahkemenin haklı sebebin tespiti hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Aynı şekilde, haklı sebebin varlığı değerlendirildiğinde, fesih ya da alternatif diğer çözümlerden hangisinin tercih edileceği hususunda da mahkemenin takdir yetkisi vardır. Çalışmamızda, kâr payı dağıtılmaması nedeniyle açılan anonim şirketlerin haklı feshi davalarında, özellikle bu takdir yetkisinin kullanımında şirket menfaati kavramının gözetilmesinin önemi değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Ticaret Kanunu, şirketler hukuku, anonim şirket, kâr payı, haklı sebep, fesih, şirket menfaati.

## ABSTRACT

The dissolution of the joint stock companies for valid reasons is regulated in the Article 531 of the Turkish Commercial Code. Minority shareholders may request the dissolution of the company if there are valid reasons in accordance with article. In the article, cases that can be considered as valid reasons are not counted. Therefore, it is very important to determine the valid reasons for the dissolution of the Joint Stock Companies. Doctrinal views and judicial decisions are guiding in this regard. The failure to pay dividends is one of the reasons discussed in the context of the justified termination of the Joint Stock Company. Because profit making is one of the main aims of shareholders in becoming a partner in the company.

In this study, it is discussed in which cases the failure to pay dividends in general may constitute a justification for the right dissolution of the Joint Stock Company. Firstly the concept of valid reason will be emphasized briefly. Short explanations on dividend will be given and the relationship between both concepts will be discussed. The court has the discretion to determine the valid reasons. In the same way, the court has the discretion to decide which of the dissolution or other alternative remedies will be preferred when the existence of the valid reason is assessed. In our study, the importance of observing the concept of corporate interest, especially in the use of this discretion, will be evaluated.

**Key Words:** Turkish Commercial Code, company law, joint stock company, dividend, valid reason, dissolution, company interest.

\* Avukat (İstanbul Barosu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi, e-posta: kemalbahriyeli@outlook.com, ORCID ID: 0000-0003-4787-4736.

## GİRİŞ

Anonim şirketlerin haklı sebeple feshine dair tartışmalar, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (ETTK) döneminde de halihazırda yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) yürürlüğe girmesinden sonra da şirketler hukukunun en önemli tartışma konularından birisi durumundadır. ETTK döneminde, anonim şirketlerin haklı sebeple feshi, Kanun'da düzenlenmemiştir. Buna bağlı olarak uzunca bir süre, feshin mümkün olup olmadığı tartışılmışsa da Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı ağırlıklı olarak menfi yönde olmuştur. Nihayet TTK m. 531 hükmü ile haklı sebeple fesih kurumu, anonim şirketler bakımından normatif bir dayanağa kavuşmuştur.

Anonim şirketlerin feshine gerekçe olabilecek durumlar, ilgili hükümde tahdidi olarak sayılmamıştır. Bu şirket türünün yapısı ve işleyişi bakımından en netameli alanlardan birisi "kâr payı ödenmesi"dir. Kâr payının ödenmemesinin haklı sebeple fesih gerekçesi olup olmayacağı da sıkça tartışılmaktadır. Bu çalışmada genel olarak kâr payı ödenmemesinin fesih talebi bakımından haklı sebep olarak mütalaa edilip edilmeyeceğine değinilecektir.

## I. GENEL OLARAK ANONİM ŞİRKETİN HAKLI SEBEPLE FESHİ: HAKLI SEBEP KAVRAMI VE KAVRAMIN TTK M. 531 BAĞLAMINDA GÖRÜNÜMÜ

Anonim şirketlerde, çoğunluk gücüne karşı azınlık pay sahiplerine tanınan birtakım haklar vardır. TTK m. 531'de düzenlenen haklı sebeple fesih davası açma hakkı da bu haklardandır. TTK'nin "Anonim Şirketler" başlıklı dördüncü kısmının, "sona erme ve tasfiye" başlıklı onuncu bölümünün içerisindeki "haklı sebeplerle fesih" başlıklı 531. maddesi, "Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir" şeklindedir.

Düzenlemeye göre, kapalı tip anonim şirketlerde, sermayenin en az onda birini temsil eden payların sahipleri, haklı sebeplere dayanarak mahkmeden şirketin feshini talep edebilir. Mahkeme, haklı sebebin varlığına kanaat getirdiğinde fesih yerine feshi isteyen pay sahiplerinin karar tarihine en yakın gerçek pay değerlerinin ödenerek şirketten çıkarılmalarına karar verebileceği gibi duruma uygun düşen ve kabul edilebilir alternatif diğer çözümlere de hükmedebilir.

Kanun koyucu, haklı sebeplerin neler olabileceği ile ilgili herhangi bir örnek vermemiştir. Bunun yanı sıra hükümde, şirketin feshi talebini haklı

ve meşru kılacak vakıaların hangi parametreler esas alınarak haklı sebep olarak yorumlanacağı hususunda da açıklama yoktur. Bu nedenle haklı sebep kavramının anlam ve içeriği, doktrin görüşleri ve içtihatlarla şekillenmektedir.

Hiç kimse, çekilmez hale gelmiş bir borç ilişkisine katlanmaya zorlanamaz. Bu bakımdan çeşitli kanunlarda, birçok münferit sürekli borç ilişkisinin haklı sebeplerle sona erdirilebileceğine dair özel hükümler ihdas edilmiştir.<sup>1</sup> Ne var ki gerek TTK’de gerekse de Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) birçok hükümde haklı sebebe bağlı hukuki sonuçlar öngörülmüşse de genel bir tanım yapılmamıştır. Doktrinde de mutabık kalınmış bir “haklı sebep” tanımından bahsetmek oldukça zordur.

Haklı sebeplerle fesih, sürekli borç ilişkilerinde Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde tarif edilen dürüstlük kuralından kaynaklı olağanüstü fesih hakkını ifade etmektedir.<sup>2</sup> Buna göre, sürekli borç ilişkisinin devamını engelleyen sebeplerin ortaya çıkması halinde, sözleşme kendisi açısından çekilmez hale gelen taraf, sözleşmeyi ileriye etkili olarak sonlandırma hakkına sahiptir.<sup>3</sup>

Azınlık pay sahiplerinin, yakındığı vakıanın TMK m. 2 bağlamında dürüstlük kuralına göre, ortaklığın devamında çekilmezlik düzeyine ulaşması ve şirket menfaatinin feshi adil ve zorunlu göstermesi, anonim şirketlerin feshi bakımından haklı sebep olarak tarif edilebilir.<sup>4</sup> Hâkim takdir yetkisi kapsamında her bir somut olayın kendine özgü özelliklerini nazara alarak haklı sebebi tespit edecektir. Şirketin hedeflerine ulaşmasını zorlaştıran ve pay sahiplerinin şirketten olan beklentilerini boşa çıkartmaya neden olan olaylar haklı sebep olarak nitelenebilir.<sup>5</sup>

## II. KÂR PAYININ DAĞITILMAMASI VE HAKLI SEBEP İLİŞKİSİ

### A. Kar Payı Kavramı ve Kar Payının Dağıtılması

Kâr payı, pay sahibinin mali haklarından olup; şirkete koyduğu sermayenin semeresidir.<sup>6</sup> Yıllık bilançoda belirlenen yıllık kar üzerinden; esas sözleşmede

---

<sup>1</sup> Emre TÜRKMEN, “Adi Ortaklıkta Haklı Sebeple Çıkarma Bağlamında TBK 633 Hükümüne Eleştirel Bir Bakış”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 13, S: 148, 2018, s. 91

<sup>2</sup> Hamdi YASAMAN, “Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi”, **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, İstanbul 2009, s.715

<sup>3</sup> Pınar ALTINOK ORMANCI, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, 2011, s.94.

<sup>4</sup> Ersin ÇAMOĞLU, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXXI, S.1, 2015, s. 7.

<sup>5</sup> Beste ATİLA, **Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshi Davasındaki Fesih Dışı Çözüm Yolları**, İstanbul, 2019, s. 19.

<sup>6</sup> Mehmet BAHTİYAR, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2019, s. 295.

başkaca hüküm yoksa, pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak -karda imtiyazlı paylar istisna olmak üzere- kâr payı hesaplanır (TTK m. 507-508).<sup>7</sup> TTK m. 523/f. 1 uyarınca, kanuni ve esas sözleşmede öngörülümüşse isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadan dağıtılacak kâr payı belirlenemez. Yine kanun ve esas sözleşmede öngörülenden başka “bütün pay sahiplerinin menfaati” dikkate alınmak kaydıyla “olağanüstü yedek akçe” ayrılması da mümkündür (TTK m. 523).

Kanuni yedek akçenin yanı sıra ihtiyari olarak “olağanüstü yedek akçe” ayrılması, doğal olarak pay sahiplerine dağıtılacak kâr payını azaltacaktır. Bu nedenle genel kurul, bu yetkisini kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranmalı ve kabul edilebilir bir zorunluluk yoksa olağanüstü yedek akçe ayrılması tercih edilmemelidir.<sup>8</sup>

Kar dağıtımına karar vermek, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır (TTK m. 408/2-d). TTK’nın ETTK’ya göre kâr dağıtımı için çoğunluğa dahil olmayan pay sahiplerini gözetken ve keyfi bir şekilde kar dağıtımına engel olunmamasını önceleyen hükümler içerdiği belirtilmektedir.<sup>9</sup> ETTK m. 466/f. 2 hükmünde asgari % 5 kar dağıtımına dair hüküm bulunuyor olsa da bu hükmün kapalı tip anonim şirketlerde kar dağıtımını zorunlu kılıp kılmadığı tartışmalı idi.<sup>10</sup> Buna mukabil TTK m. 519, f.2 bent (c) hükmünden hareketle her yıl en az % 5 kar payı dağıtımının zorunlu olduğu, haklı sebeple feshe dair TTK m. 531 hükmünün yanı sıra bir kısım genel kurul kararının butlan ile malul olmasını düzenleyen TTK m. 447 hükümlerinin, artık şirket uhdesinde keyfi kar payı hıfzına müsaade etmediği vurgulanmaktadır.<sup>11</sup>

Ne var ki TTK’da pay sahiplerine her yıl düzenli olarak kar payı dağıtımını zorunlu kılan bir hükmün bulunmadığı, özellikle TTK m. 519 hükmünden hareketle böyle bir sonucun çıkarılamayacağı ifade edilmiş; buna mukabil TTK m. 523 nazara alınmak şartıyla yalnızca düzenli temettü dağıtılması

---

<sup>7</sup> Kar Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğin dördüncü maddesine göre kâr payı, net dönem kârı veya serbest yedek akçeler üzerinden ortaklara ve kâra katılan diğer kimselere genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutarı ifade etmektedir. Kâr payı avansı ise, kar payından mahsup edilmek üzere, ara dönem finansal tablolarına göre oluşan karlar üzerinden bu Tebliğ hükümlerine göre hesaplanan tutardır (md. 4/ f.1 – c). Anılı tebliğ, Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi olmayan şirketler, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri kapsamaktayken; payları halka arz edilmiş olan ya da halka arz edilmiş sayılan anonim şirketlerde kar payı dağıtımına dair esaslar 23.01.2014 tarihli Kar Payı Tebliği’nde düzenlenmiştir.

<sup>8</sup> Tamer BOZKURT, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, 2018, s. 468.

<sup>9</sup> Reha POROY, Ünal TEKİNALP, Ersin ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar Hukuku**, C. I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, 2014, s. 623

<sup>10</sup> Veliye YANLI, “Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Tasarruf Yapılabilir mi?”, **İÜHF**, C. LV, S. 4, İstanbul, 1997, s. 211.

<sup>11</sup> POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, s. 623.

zorunluluğundan bahsedilebileceği belirtilmiştir.<sup>12</sup> Görüldüğü üzere bu hususta doktrinde bir görüş birliği olmadığı gibi, TTK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana Yargıtay'ın her yıl düzenli kar payı dağıtımının zorunlu olup olmadığına dair istikrarlı bir yaklaşım ortaya koyduğu da söylenememektedir. Bununla birlikte kâr payı alma hakkının kazanılmış (müktesep) ve vazgeçilmez haklardan olduğu hususunda bir tartışma bulunmamaktadır.<sup>13</sup> Kâr payı hakkının bu niteliği gözetildiğinde, uzun yıllar boyunca kâr payı dağıtımı yapılmaması ya da uzun yıllar boyunca dağıtım yapılmaması hususunda bir ilke kararı alınması hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaştırılması sonucunu doğuracaktır.<sup>14</sup> O bakımdan TTK'da her yıl asgari kar payı dağıtımını zorunlu kılan açık bir hükmün olmadığı sonucuna varılsa bile uzun yıllara dayanan bir kar payı dağıtmama durumuna izin verildiği sonucuna da ulaşılamayacağı açıktır.

### **B. Kar Payı Dağıtılmamasının Haklı Sebep Sayılıp Sayılmayacağı Tartışması**

Bir ticaret ortaklığı olmaları hasebiyle, anonim şirketlerin nihai amacı kar elde etmektir. Elbette pay sahipleri de elde edilen bu karın paylaşılması amacıyla bir ortaklığa dahil olurlar. Genel kurul ve yönetim kurulunun oluşumunda yeterince etkin olamayan azınlık pay sahipleri, karın dağıtımını sağlayacak inisiyatifini alamaz. Bu durumda kâra ulaşmak için genel kurul kararının iptali davası açması çözüm yollarından birisidir. Ancak “çoğunluğun sistematik baskısı” boyutuna ulaşmış kâr payı dağıtmama sorunundan bahsedilebilecek bir somut örnekte; mahkemece verilecek genel kurul kararının iptali kararını etkisiz kılacak müstakbel bir genel kurul kararı her zaman ihtimal dahilindedir.<sup>15</sup> Denebilir ki, genel kurul kararlarının iptali ve haklı sebeple fesih davalarının büyük kısmı, kar dağıtımından kaynaklı ihtilaflardan kaynaklanmaktadır.<sup>16</sup>

Doktrinde, “kronikleşen bir hak ihlali”<sup>17</sup> boyutuna ulaşan “uzun süre kar dağıtımını yapılmaması” durumu, haklı sebeplerin tipik örnekleri arasında zikredilmektedir.<sup>18</sup> Buna göre, bir senelik bir kâr payı dağıtmama durumunun

---

<sup>12</sup> Veliye YANLI, “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı, **BATİDER**, C: 30, S: 1, Mart 2014, s. 30-31.

<sup>13</sup> Zehra BADAĞ, **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kar Payı Hakkı**, İstanbul, 2018, s. 79-80; BAHTİYAR, s. 298; POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, s. 624; BOZKURT, s. 393;

<sup>14</sup> Hüsnü TURANLI, Seda SEYMAN KORKMAZ, “Anonim Ortaklıklarda Kar Payı Alma Hakkı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 14 (1), 2015, İstanbul s. 40

<sup>15</sup> Nuri ERDEM, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, İstanbul, 2019, s. 115.

<sup>16</sup> Sinan H. YÜKSEL, “Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında Ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019/1, İstanbul, s. 382.

<sup>17</sup> Ayşe ŞAHİN, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, İstanbul, 2013, s. 593.

<sup>18</sup> ŞAHİN, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, 586; Tolga AYOĞLU, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 2, Y. 2013, s. 226, 227,



haklı sebeple fesih davasına dayanak teşkil etmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, pay sahibinin iptal davası açmak suretiyle münferiden dağıtımsız kalan sene için kâr payını edinme imkânı bakidir.

Bu noktada, kar dağıtılmamasında aranan uzun süreden kastın ne olduğu değerlendirilmelidir. Hiç şüphesiz pay sahiplerinin bir anonim şirkete ortak olmalarındaki temel saik, kar dağıtımına iştirak etmek ve bu surette gelir elde etmektir. Hal böyle iken süre bakımından bir ölçüt belirlenirken bu temel motivasyonun göz ardı edilmemesi gerekir. Bu bağlamda doktrinde “*mali açıdan hiçbir sebep bulunmamasına rağmen en az 3-4 sene yıl boyunca kâr payı dağıtılmaması*”<sup>19</sup> haklı sebep olarak değerlendirilmektedir.

Uzun süre kar payı dağıtılmamasının yanı sıra şirketin kar elde etmesine rağmen uzun süre “düşük miktarda” kar payı dağıtımı yapılması da bir haklı sebeple fesih nedenidir.<sup>20</sup> Kanaatimizce buradaki “düşük miktar” tabiri, objektif olarak şirkette bulunan dağıtılabılır karın, pay sahiplerini subjektif olarak tatmin etmeyecek ve onların beklentilerini karşılamaktan tamamen uzak bir miktar olarak anlaşılmalıdır. Burada Genel Kurul, olası bir fesih davasından kaçınmak için şeklen cüz’i miktarlarda kar dağıtımları yapmaktadır ki bunun hukuk düzenince korunmayacağı malumdur.

Kâr payı dağıtımı yapılmaması ve haklı sebep ilişkisi bahsiyle alakalı olarak, İsviçre’de “*kötüye kullanım teşkil edecek şekilde, ortaklığın kazancının artmasına rağmen kâr payı dağıtılmaması*” haklı sebeple fesih gerekçeleri arasında görülmektedir.<sup>21</sup> Yine aynı şekilde İsviçre öğretisinde, dağıtılan kar payının düzenli olarak azalması da haklı sebep olarak sayılmaktadır.<sup>22</sup>

Genel kurullarda, karın dağıtılmamasına muhalif kalmayan pay sahibinin, haklı sebeple fesih davası açmasının çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) kapsamında mümkün olmadığı belirtilmektedir.<sup>23</sup> Bu belirlemenin her durumda hakkaniyetli bir çözümü sağlamayacağı kanaatindeyiz. Zira, genel ekonomik kriz ya da şirketin faaliyet alanında görülen

---

<sup>19</sup> Füsun Nomer ERTAN, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler”, **İÜHF**, C. LXXIII, S.1, 2015, s. 427. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, haklı açık bir anonim şirketin kar payı dağıtılmamasına yönelik genel kurul kararının iptal davasında, “*üst üste iki yıl karlarının dağılmamasının pay sahiplerinin kanun ve esas sözleşmeyle düzenlenen kar payı alma haklarının özüne dokunduğu pay sahiplerinin kar payı alma hakkına ulaşmasını engellendiği, şirket menfaatlerinin gözetilmesinde aşırıya gidilerek pay sahiplerini kardan mahrum eder niteliğe büründüğü,*” gerekçesiyle yerel mahkemece verilmiş iptal kararını onamıştır. Bkz.: Yargıtay 11. HD., 23.12.2014 T., 2014/12402 E., 2014/20310 K. sayılı ilam. (www.kazanci.com, 31.12.2019)

<sup>20</sup> ERDEM, s. 163

<sup>21</sup> ERDEM, s. 34.

<sup>22</sup> BADAĞ, s. 279.

<sup>23</sup> AYOĞLU, s. 229

dönemsel bir iş hacmi daralması görünen yıllarda kâr payı dağıtılmaması pekâlâ haklı görülebilecek ve bu sınırlı dönem(ler) bazında pay sahibinin genel kurul kararına muhalif kalması beklenemeyecektir. Daha somut ifade etmek gerekirse, örneğin on yıldır kâr payı almayan ve bunun bir veya iki senesinde “kar dağıtmama” kararına iştirak eden pay sahibi, zorlayıcı durumun ortadan kalkmasından sonra da devam ettirilen bu kar dağıtmama durumundan pekâlâ yakınabilmeli ve haklı sebeple fesih davası açabilmelidir.

Şirketin kar elde etmesine karşın uzun süre kar dağıtımını yapmaması, haklı sebep olarak değerlendirildiğine göre, bu sürenin TTK’nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemden bu tarafa süregelmesi imkân dahilindedir. Bu durumda, hükmün zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili değerlendirme yapmak gerekecektir. ETTK yürürlükte iken “haklı sebep oluşturacak ağırlığa ulaşmış vakıalar” TTK’nın yürürlüğünden sonra da devam ediyorsa; yine ETTK yürürlükte iken haklı sebep oluşturacak ağırlığa ulaşmamakla birlikte, TTK’nın yürürlüğü ile vuku bulan yeni olaylarla bir bütün olarak değerlendirildiğinde haklı sebep kanaati hasıl oluyorsa, ETTK döneminde meydana gelen olaylara dayalı olarak fesih talep edilebilir.<sup>24</sup> Buna göre, ETTK döneminde başlayan ve devam eden “hiç kar dağıtımını yapılmaması ya da düşük kar dağıtımını” haklı sebeple fesih gerekçesi olabilecektir.

Doktrinde, “hiç kâr payı dağıtılmaması ya da düzensiz kâr payı dağıtılması” durumlarının limited şirketlere nazaran anonim şirketlerde nadiren bir fesih sebebi olabileceği; zira uygun ve kabul edilebilir bir alternatif olarak, fesih yerine kâr payı ödemesi yönünde karar verilerek sorunun giderilebileceği ifade edilmektedir.<sup>25</sup> Zaten uygulamada genel itibarıyla, kar dağıtılmaması, başkaca tali fesih sebepleri ile birlikte gündeme gelmektedir. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına bakıldığında, esasen azınlık pay sahiplerinin, ekseriyetle tek bir fesih sebebine dayanmadıkları, ön plana çıkan bariz bir fesih gerekçesi bulunduğu anda dahi bu sebeple birlikte tali de olsa başka sebeplere de dayanıldığı görülmektedir. Böylece “çoğunluğun sistematik baskısının” ortaklığı her bakımdan çekilmez hale getirdiğinin ispatlanması

---

<sup>24</sup> Hayrettin ÇAĞLAR, Esra KAŞAK, “Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK M. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 65, S: 3, Eylül 2016, s. 681-682., Füsun NÖMER ERTAN, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi”, **Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İstanbul, 2018, s. 108.

<sup>25</sup> Halit AKER, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 32, Sayı: 1, Mart 2016, s. 114. Yazara göre, kar dağıtılmamasına dayalı fesih, genel kurulların uzun yıllar art arda toplanmadığı, düzensiz toplandığı karın örtülü olarak şirketler topluluğu içerisinde diğer şirketlere aktarıldığı ya da kâr dağıtmama veya yöneticilerin yüksek ücretlerine ilişkin kararlara karşı iptal davası açılmasının ihmal edildiği hallerde söz konusu olabilir. Bkz. AKER, s. 114-115, dn: 88.

arzulanmaktadır. Örneğin, güncel tarihli bir Bölge Adliye Mahkemesi kararında<sup>26</sup>, kâr payı dağıtılmaması da dahil olmak üzere birçok fesih sebebine dayanılmış ve fakat “*şirketin dağıtılabilecek karının bulunmadığı*”, “*genel kurul kararının bulunmaması nedeniyle kâr payının dağıtılmamasının fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceği*” ayrıca “*davacının bilgi edinme hakkının şirket tarafından sistematik ihlal edildiğine dair delil bulunmadığı*”<sup>27</sup> vurgulanarak yerel mahkeme kararının kaldırılmasına dair istinaf başvurusu esastan reddedilmiştir.

Tüm bu çerçevede yalnızca kâr payı dağıtılmamasına dayalı olarak fesih davası açılmayacağı gibi bir sonuç çıkartılmasını doğru bulmadığımızı belirtmeliyiz. Somut olayın özelliğine göre uzunca bir süredir kâr payı dağıtılmaması pekâlâ fesih gerekçesi olabilmelidir. Kaldı ki Kanun ve esas sözleşmeye yalnızca kar dağıtım noktasında aykırı davrandığı değerlendirilen bir şirketin, uygun ve kabul edilebilir fesih dışı bir çözümle faaliyetine devam edebileceği, doktrinde sıkça vurgulanmıştır.<sup>28</sup>

### III. KÂR PAYI DAĞITILMAMASINA DAYALI FESİH DAVASINDA VERİLEBİLECEK KARARLAR

#### A. Genel Olarak

TTK m. 531 hükmüne göre, mahkeme, haklı sebeplerin gerçekleştiğine kanaat getirirse, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. Tıpkı haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinde olduğu gibi feshi, çıkarmaya ya da uygun ve kabul edilebilir başkaca bir çözüme hükmetme konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte birçok Yargıtay kararında ve doktrinde şirketin feshinin son çare (*ultimo ratio*) olarak ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>29</sup>

Son dönemde bazı Yargıtay kararlarında, feshi son çare olarak başvurulması anlayışı, haklı sebebin varit olduğu hususunda kesin bir kanı olmasa hatta bunun aksini gösteren emareler kuvvetli bir şekilde ön plana çıksa bile, feshi

---

<sup>26</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD'nin 18.01.2018 tarih, 2017/911 E., 2018/ 45 K. sayılı ilamı için bkz.: [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr) (31.12.2019)

<sup>27</sup> Bilgi alma hakkının müktesep hak niteliğinde olduğu gibi vazgeçilmez haklardan da olduğuna dair Bkz.: Ramazan DURGUT, Ahmet Emre KAPLAN, “Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 13, S: 171, Kasım 2018, s. 149.

<sup>28</sup> ŞAHİN, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, s. 523; ERDEM, s. 276.

<sup>29</sup> BAHTIYAR, s. 387. Bkz.: Yar. 11.HD., 16.4.2019 T., 2018/1177 E., 2019/3046 K., Yar 11. HD., 03.03.2016, 2015/9088 E., 2016/2352 K. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (02.03.2020)

talep eden pay sahibinin şirketten çıkarılması yoluna başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin yakın tarihli bir Yargıtay kararında, yerel mahkemenin “*şirketin faaliyetine devam ediyormuş izlenimi vermeye yönelik olarak düzenleme yapıldığı, dava açıldığında ve dava sürerken şirketin ciddi bir ticari faaliyette bulunmadığının rapor içeriğinden açıkça anlaşıldığı bu nedenlerle şirketin devamında ortaklar için yarar kalmadığı*” gerekçesiyle verdiği fesih kararı hakkında, şirketin feshi için haklı sebebin oluşmadığı ifade edilmesine rağmen davacıların şirketteki hisse durumu nazara alınarak şirketten çıkarılmalarının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>30</sup> Gerçekten anılı ilamda, önce “TTK

<sup>30</sup> Davacılar vekili, müvekkillerinin davalı şirket ortağı olduklarını, davalının 16.02.2012 tarihli genel kuruluna sunulan 2010 yılı ayrıntılı bilançosunda öz sermayenin -4.510.666,68 TL olarak belirtildiğini, böylece davalı şirketin sermayesinin ve kanuni yedek akçelerinin tamamını yitirdiğini, borca batık olduğunu, yöneticilerin, şirket fiilen iflas etmiş ve borca batık bir durumda olmasına rağmen, kanunun ilgili maddelerini ısrarla tatbik etmeyerek bu konuda genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmadıklarını, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarmadıklarını, mahkemeden şirketin iflasını istemediklerini, davalı şirkete ait makine ve tesisatın diğer ortaklar tarafından satış gibi gösterilmek suretiyle kendi şirketlerine aktardıklarını, TTK’ya göre anonim şirketin işletme konusunun imkansız hale gelmesinin sona erme sebebi olduğunu ileri sürerek davalı şirketin 6102 sayılı TTK’nın 531/1 maddesi uyarınca feshine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, 2010 yılındaki bilançoya dayanılarak 2 yıl sonra bu davanın açılmayacağını, öz sermayenin korunduğunu, şirketin mali durumunun kuvvetli olduğunu, uygun fırsatlar bulunduğu ticari faaliyetin devam edeceğini, bir süre faaliyete ara vermenin feshi gerektirmeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, (...) şirketin tasfiyesi için haklı sebeplerin mevcut olduğu gerekçeleriyle davalı şirketin tasfiyesine karar verilmiştir. (...) Ancak, somut olaya uygulanması gereken 6102 Sayılı TTK 531. maddesi gereğince haklı sebeplerin gerçekleşmesi halinde mahkeme feshi yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihte gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir. Somut olayda, davacıların payı toplam % 16 olup, davalı işbu davada şirketin amaçlarını gerçekleştirmeye uygun finansal yapı ve aktif mal varlığı bulunduğunu savunmuştur. Yine, dava açıldıktan sonra olsa dahi, davalı şirket ticari mal alım satımı yapmış olup, dosyadaki bozma ilamı sonrası alınan bilirkişi raporunda, davalı şirketin 2013, 2014, 2015 yıllarında toplam 1.135.539,83 TL dönem net zararı olmasına rağmen 2016 yılında 763.709,33 TL dönem net kârının bulunduğu, 06/2017 döneminde 50.041,03 TL ticari bilanço karının olduğu, 30.06.2017 tarihi itibarı ile öz sermayesinin 1.551.855,87 TL olduğu belirtilmiş, ayrıca davalı şirket tarafından mahkeme kararından önce dosyaya sunulan 01/11/2017 tarihli dilekçe ekindeki evraklara göre davalı şirketin Hasanağa Organize Sanayi Bölgesindeki taşınmazı ile ilgili inşaat başlatılıp neticesinde üretim faaliyetine geçilmesi için yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırarak şirketin sermayesinin artırılması için çalışmalar yaptığı ve bu konuda 17/11/2017 tarihinde olağanüstü genel kurul yapılması ile ilgili evrakların dosyaya sunulduğu görülmüştür. Davalı şirket, faaliyetine devam etmek istediğini beyan etmektedir. 6102 Sayılı TTK’nın 531. m. uyarınca fesih talebinde bulunabilmesinin en son çare olarak dikkate alınması gerektiği zira, asıl olanın şirketin devamlılığı olduğu, davalı şirketin aktif taşınmaz mal varlıklarının bulunması, dava açıldıktan sonra dahi olsa kar eder hale gelmesi, davacıların davalı şirketteki hisse oranları, şirketin Organize Sanayi Bölgesinde bulunan fabrikasını faal hale getirme konusundaki girişimleri dikkate alındığında, davalı şirketin

*m. 531 uyarınca feshe başvurunun son çare olabileceği asıl olanın şirketin devamlılığı olduğu”* vurgulanmış ardından fesih davasından sonra olsa bile şirketin karlılığında artış gözleendiği, sermaye artışının planlandığının anlaşıldığı ve şirketin faaliyetine devam etmek istediği vurgulanarak; bu durumda davacıların şirketteki hisse durumu (% 16) da gözetilerek feshe alternatif diğer kararların uygulanıp uygulanamayacağı hususunun değerlendirilmediği işaret edilerek şirket yararına bozma kararı verilmiştir.

Bu örnek ilamda, yerel mahkemeye yönelik, feshe alternatif diğer kararların uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasının yapılmadığına dair tenkit, kanaatimizce isabetlidir zira birçok Yargıtay kararında bu hususun altı çizilmiş, şirkete yaşatacak diğer alternatifler tüketilmeden feshe hükmedilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>31</sup> Ne var ki ilamda sıralanan hususlar, Daire'nin haklı sebeplerin varlığı hususunda yerel mahkemeden tam tersi istikamette kanaatte olduğunu göstermektedir ki bu durumda alternatif diğer kararları tartışmanın manası yoktur. Zira, haklı sebebin gerçekleşmediği durumlarda feshin yanı sıra alternatif diğer kararların da gündeme gelebileceği TTK m. 531'in lafzından kolaylıkla anlaşılmaktadır. Kararda, pay sahiplerinin hisse durumuna da atf yapıldığı düşünülünce, adeta haklı sebep bulunmasa da “şirketin selameti” için fiili bir yol olarak pay sahiplerinin şirketten çıkarılması işaret edilmiştir. Bu yaklaşım elbette *de lege ferenda* çözüm yollarından biri olarak işlenebilir fakat şimdilik kanunun lafzından, haklı sebebin yokluğunda alternatif diğer kararların verilemeyeceği anlaşılıyorken Yargıtay'ca bu yolun işaret edilmesi uygun görülemez.

Bu noktada, kâr payı dağıtılmaması nedeniyle şirketin feshini talep eden pay sahibi hakkında şirketten çıkarılma kararı verilip verilmeyeceği ele

---

*feshinden önce davacı pay sahiplerine paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüme karar verilmesi gerekirken, haklı sebeplerin varlığı halinde anılan madde kapsamındaki fesih yerine seçimlik diğer yetkilerin kullanılıp kullanılmayacağı hususunda yeterli bir gerekçeye yer verilmeden şirketin feshine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle de kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir (...)* Yar. 11.HD., 16.4.2019 T., 2018/1177 E., 2019/3046 K sayılı ilam (www.kazanci.com) (31.12.2019)

<sup>31</sup> (...) Davalı şirket zarara uğramış ise bu zararın sebebinin ne olduğu ve ayrıca, davacının daha kusurlu olması halinde işbu davayı açamayacağı nazara alınmaksızın eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir. Kabul şekli bakımından da, 6102 Sayılı Yasanın 531. maddesinde, haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshine veya fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verilebileceği düzenlendiğinden, haklı sebeplerin varlığı halinde anılan madde kapsamındaki fesih yerine seçimlik diğer yetkilerin kullanılıp kullanılmayacağı hususunda bir değerlendirme yapılmaması da doğru görülmemiş, bu nedenle de kararın bozulması gerekmiştir (...) Yar. 11. HD., 13.11.2018 T., 2016/14541 E., 2018/6990 K. Sayılı ilam (www.kazanci.com) (31.12.2019)

alınmalıdır. Doktrinde, fesih davası açan pay sahiplerinin, ikincil istem olarak “kar dağıtımını yapılması”nı isteyebileceği belirtilmektedir.<sup>32</sup> Bu durum, hâkimin makul ve kabul edilebilir başkaca bir seçenekte karar kılabilme yetkisinin bir sonucudur ve elbette bağlayıcı değildir. Hâkim bunun dışında bir çözüme de hükmedebilir. Ancak hâkimin özellikle pay sahibinin talebi olmaksızın çıkma yönünde karar vermesinin uygun olmayacağı; hükümdeki “gerçek pay değeri verilerek çıkarma” seçeneğinin, alternatif diğer kararlar içerisinde daha öncelikli bir yerde görülmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>33</sup>

Esasında aksi bir değerlendirme, zaten uygulamaları ile şirketin feshine neden olacak derecede çoğunluk baskısı oluşturan pay sahiplerinin, fiilen ödüllendirilmesi sonucu doğurur. Her ne kadar TTK m. 531 hükmü talebe bağlılık ilkesi”nin bir istisnası olarak değerlendirilse de şirketin Kanun ve ana sözleşmeye uygun idaresini iptal ya da sorumluluk davası ile sağlayamayan<sup>34</sup> pay sahibinin, sırf yasal zorunluluk nedeniyle başvurduğu fesih davasında hiç arzu etmediği bir sonuçla karşılaşmasına neden olur. Kaldı ki şirketten çıkma yönünde bir iradeye sahip olan pay sahibi, bu talebini terditli olarak mahkemeye bildirebilmektedir.<sup>35</sup> Bu nedenlerle, “sürpriz karar verme yasağı”<sup>36</sup> da nazara

<sup>32</sup> ÇAMOĞLU, Takdir Yetkisi, s. 13.

<sup>33</sup> ÇAMOĞLU, Takdir Yetkisi, s. 11.

<sup>34</sup> Bu hukuki yolların tüketilmesinin fesih davası için bir ön şart olarak değerlendirilemeyeceği hakkında Bkz.: BAHTİYAR, s. 387.

<sup>35</sup> Emel HANAĞASI, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C: 32, S: 1, Mart 2016 s. 243

<sup>36</sup> Sürpriz karar verme yasağı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “hukuki dinlenme hakkı” başlıklı 27. maddesinin hükümet gerekçesinde, “*hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum “sürpriz karar yasağı” olarak ifade edilmektedir*” şeklinde anılmaktadır. Gerekçede devamlı, “*yargı organları özellikle yerleşik içtihatların dışında yeni bir karar verebilirler. Ancak bu konuda gerekçelerini tam ortaya koymalı ve tarafların açıklamalarını da değerlendirmelidirler*” denilmektedir. İlke daha çok, yerleşik kararlarla çelişkili mahkeme kararlarının hukuka aykırılığı babında özellikle karşı oy yazılarında zikredilse de (Bkz.: Yar. HGK. 16.05.2019 T., 2016/22-1166 E., 2019/576 K., www.kazanci.com ,31.12.2019) yakın tarihte bir hakem kararının iptaline yönelik verilmiş Bölge Adliye Mahkemesi kararının temyiz incelemesinde; (...) *bir an için hakem önüne gelen bir uyuşmazlıkta talepten fazlasına yada talep ve dava edilmeyen bir konuda karar verebileceğinin kabulü halinde talep konusu edilmeyen konuda davalı tarafın hukuki dinlenme hakkını da korumak mümkün olmayacaktır. Bir başka deyişle tarafın talep ve dava konusu etmediği sadece hakem heyetinin karara konu ettiği bir konuda davalı tarafın savunma yapması beklenemez. Hakemlerin sürpriz bir şekilde verdikleri hükümde konuyu karara bağlamaları “Sürpriz Karar Yasağı” ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Bir an için aksi düşünüldüğünde; davacı tarafından; davalı tarafın savunma yapmasının önüne geçilmesi için uyuşmazlığın sadece bir kalemi talep konusu edilir, diğer talepler özellikle talep dışı bırakılır ve hakem heyeti de talep dışı olan ve davalının savunma yapma imkanı bulamadığı konuda karar vererek davalının adil yargılama hakkının en önemli unsuru olan genel ilkeler de HMK’nin 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenme hakkına aykırı karar vermesini mümkün hale*

alınarak, en azından şirketten çıkarma kararının verileceği durumlarda, pay sahibinin ve elbette davalı şirketin görüşünün alınması değerlendirilmelidir.<sup>37</sup>

### **B. Şirket Menfaati Gözetilerek Alternatif Diğer Çözümlerin Değerlendirilmesi**

Özellikle haklı sebebin oluşup oluşmadığının tespitinde, “*azınlık ile çoğunluk pay sahipleri arasındaki menfaatler dengesinin gözetilmesi*” gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>38</sup> Oysa özellikle hakla açık anonim şirketler başta olmak üzere, iştiğal alanında önemli bir iktisadi ağırlığa sahip olabilen anonim şirketlerin, etki alanının pay sahipleri ile sınırlı olmadığı açıktır. Bu kapsamda kanaatimizce özellikle fesih için haklı sebeplerin vuku bulduğu kabul edildikten sonra fesih ya da alternatif diğer kararlar arasında yapılacak tercihte yalnızca talepte bulunan azınlığın değil geniş anlamda “şirketin menfaati” gözetilmelidir.

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553 bağlamında “şirket menfaati”, çıkar grubu teorisine (*stakeholder theory*)<sup>39</sup> göre, tüm pay sahiplerinin ve hatta şirket alacaklılarının dahi menfaatini kapsayan çerçeve bir kavram olarak değerlendirilmektedir.<sup>40</sup> Çıkar grubu teorisinden önce hâkim olan klasik bakış açısı, bir şirketin menfaat ilgilileri dar kapsamlı olarak ele almaktadır. Buna göre menfaat ilgilileri, büyük oranda şirketin yatırımcıları (pay sahipleri) ve bunlara ilaveten başta tedarikçiler olmak üzere şirketle ticari ilişki kuranlar, müşteriler ve çalışanlardan ibaret

---

*getirmek tehlikesi söz konusu olabilecektir (...)* ifadelerine yer verilmiştir (Bkz. Yar. 15. HD. 11.07.2019 T., 2019/1234 E., 2019/3335 K. Sayılı ilamı, www.kazanci.com ,31.12.2019). Doktrinde de tarafların getirdiği vakialara uygulanacak en doğru hukuk normunun ne olacağı hususunda hâkimin yapacağı belirlemenin sürpriz karar verme yasağına aykırı olamayacağı vurgulanmaktadır. Murat YAVAŞ, “Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, **MÜHFAD**, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Y: 2015, C. 21, S: 2, s. 742.

<sup>37</sup> Aksi yönde görüşler için Bkz.: HANAĞASI, s. 242.

<sup>38</sup> ERDEM, s. 217.

<sup>39</sup> Çıkar grubu teorisinin (*stakeholder theory*) çıkış noktası, 1984 yılında işletme profesörü R. Edward FREEMAN tarafından yayınlanan “Strategic Management: A Stakeholder Approach” adlı eser olarak görülmektedir Bkz.: Thomas DONALDSON, Lee E. PRESTON, “The Stakeholder Theory Of The Corporation: Concepts, Evidence, And Implications”, *Academy of Management Review*, S: 20, N: 1, 1995, s. 65. Freeman, şirket yönetiminde yalnızca pay sahiplerinin karını maksimize etme yaklaşımının “modası geçmiş ve işlemeyen” bir model olduğu vurgusuyla, çıkar grubu yönetimi (*Stakeholder Management*) üst başlığı ile daha iyi bir “yönetişim” için konferans ve eğitim faaliyetlerine devam etmektedir. Bkz.: <https://redwardfreeman.com/stakeholder-management/> (31.12.2019). Teori hakkında ayrıca Bkz.: Maria BONNAFOUS-BOUCHER, Jacob Dahl RENDTORFF, **Stakeholder Theory A Model for Strategic Management**, Springer, 2016, s. 17.

<sup>40</sup> Murat Yusuf AKIN, Muhammed SULU, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk”, **MÜHFAD**, C: 25, S: 1, Haziran 2019, s. 172.

görülmekteyken; çıkar grubu teorisi menfaat ilgililerine hükümeti (idare), sivil toplum kuruluşlarını (özellikle tüketici dernekleri ile ticari birlikler) ve hatta politik grupları dahil etmiş; özellikle karar alma süreçlerinde bu geniş çerçevenin menfaatinin tümel olarak ele alınması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>41</sup>

Birçok normatif metinde şirket menfaati kavramına atıf yapılmışsa da kavramın etraflı bir tanımının yapılmadığı görülmektedir. Doktrinde yapılan kapsayıcı bir tanım itibarıyla şirket menfaati, “*esas sözleşmede belirtilen şirket amacına yönelik olarak, şirket ile ilişkide bulunan menfaat grupları ile birlikte, hukuki, ekonomik ve sosyal hayatının sağlıklı bir şekilde devamı için şirketin sahip olması gereken meşru menfaatler bütünüdür*”.<sup>42</sup> Tanımda anılan menfaat grupları, sınırlı sayıda olmamak üzere pay sahiplerinden çalışanlara, yöneticilerden şirket alacaklılarına kadar uzanan geniş bir kümeyi ifade etmektedir.<sup>43</sup>

Anonim şirketlerin feshinde de çekilmezlik olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği münhasıran azınlık pay sahibinin menfaati yönünden yapılacak değerlendirme ile tespit edilecek ve fakat haklı sebebin varlığı konusunda kanaat oluştuğunda, verilecek kararda (fesih ya da alternatif diğer kararlar), karardan etkilenecek tüm bileşenlerin menfaatini gözetilecektir.<sup>44</sup> Bu yaklaşım, anonim şirketlerin yapısı ve özellikle alternatif diğer kararlara başvuru hususunda somutlaşan talebe bağlılık ilkesinden uzaklaşma olanağı ile çok daha uyumludur ve somut olay adaletini sağlamaya daha elverişlidir. Hal böyle iken kar dağıtımıyla birlikte örneğin yönetim kuruluna azınlık pay sahiplerini temsilen üye seçilmesi şeklinde birden fazla çözüm dahi üretilebilir.<sup>45</sup> Yine de yapılacak bütünsel bir değerlendirme neticesinde “*korunabilir ve sürdürülebilir bir şirket menfaatinin kalmadığı*” tespit edildiğinde şirketin feshine karar verilecektir.<sup>46</sup>

### C. Mahkeme Kararı ile Kar Payı Dağıtımını Yapılıp Yapılamayacağı Tartışması

Haklı sebeple fesih davasında, mahkeme tarafından alternatif diğer çözümlerden birisi olarak, kâr payı dağıtımına karar verilip verilemeyeceği tartışması üzerinden durulmalıdır. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, ilkesel

---

<sup>41</sup> DONALDSON, PRESTON, s. 67-69

<sup>42</sup> Muhammed SULLU, **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, İstanbul, 2019, s. 239.

<sup>43</sup> SULLU, s. 22.

<sup>44</sup> Ayşe ŞAHİN, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Çerçevesinde Gündeme Genel Bazı Hukuki Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 9, S:117-118, Mayıs-Haziran 2014, s. 149, 150

<sup>45</sup> ŞAHİN, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, s. 590; Ünal TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Basi, İstanbul, 2015, s. 341, BAHTİYAR, s. 386-387.

<sup>46</sup> SULLU, s. 125. Şirket menfaati kavramı ve kavramın anonim şirketlerde haklı sebeplerle fesih davaları bakımından değerlendirilmesine dair kapsamlı bilgi için Bkz.: SULLU, s. 119-127.



olarak mahkemenin genel kurul kararı olmaksızın kâr payı dağıtımına karar verilemeyeceği kabul edilmektedir.<sup>47</sup> Ancak fesih davası sonrası verilebilecek alternatif diğer kararlar arasında, haklı sebebin ağırlığına göre, “kâr payı dağıtımı” kararı verilebileceği zikredilmektedir.<sup>48</sup>

Doktrindeki bir kısım değerlendirmelerde, genel kurul kararlarının iptali davasında inşai bir karar verilir verilemeyeceği tartışması ile TTK m. 531 uyarınca uygun ve kabul edilebilir bir alternatif karar olarak “kâr payı dağıtımını karar verilmesini” ayrı ayrı ele aldığı; hatta TTK m. 531 hükmünü istisnai bir hüküm olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu bakış açısı haklı olarak çelişkili görülmekte; eğer fesih davasında dağıtım kararı mümkün ise payı % 10’a tekabül etmeyen pay sahiplerince açılan iptal davaları özelinde de bu tür bir kararın verilmesinin mümkün olduğu vurgulanmaktadır.<sup>49</sup> Yine fesih bakımından, uzun süre ısrarla kar dağıtımı yapılmayan bir şirket için kar dağıtımının yanı sıra, esas sözleşme değişikliği ile belirli oranlarda kar payı dağıtılmasının zorunlu kılınması şeklinde karar verilebileceği ifade edilmektedir.<sup>50</sup>

Belirtmeliyiz ki mahkemenin hangi oranda kâr payı dağıtımına karar vereceği meselesi de üzerinde tartışılan bir başka konudur. Bu noktada muhasep bilirkişiler aracılığıyla ayrılacak yedek akçeleri kontrol etmek suretiyle dağıtılacak karın tespit edileceği; dağıtım oranı hususunda da somut olayın özelliklerine göre davacıyı tatmin edecek bir oranın belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır.<sup>51</sup> Kar Payı Tebliği’nin “payları borsada işlem görmeyen ortaklıklara ilişkin özel hükümler” başlıklı 7. Maddesinin birinci fıkrasında<sup>52</sup> ifade edilen % 20 oranı, mahkemece takdir edilebilecek kar payı oranına örnek olarak zikredilmiştir.<sup>53</sup>

Böylece, mahkemenin, *taraf menfaatlerine uygun, icra edilebilir*<sup>54</sup> ve de davacı bakımından tatmin edici kabul edilebilecek bir oranda olmak şartıyla bir kerelik kar dağıtım kararı verebileceği gibi, kronikleşen kar dağıtmama

---

<sup>47</sup> Fatih AYDOĞAN, “Anonim Şirketlerde Karar Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)*, İstanbul, 2018, s. 116.

<sup>48</sup> ŞAHİN, Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, s. 590; NOMER-ERTAN, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler”, s. 436; ERDEM, s. 312, BAHTİYAR, s. 387, ATİLA, s. 101.

<sup>49</sup> AYDOĞAN, s. 126-127.

<sup>50</sup> ERDEM, s. 276; BAHTİYAR, s. 386, Hasan PULAŞLI, *Şirketin Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, 2017, İstanbul, s. 662.

<sup>51</sup> AYDOĞAN, s. 133.

<sup>52</sup> “Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için kâr payı dağıtım oranı, bu Tebliğ hükümleri uyarınca belirlenen bağışlar eklenmiş net dağıtılabilir dönem kârının yüzde yirmisinden az olamaz.”

<sup>53</sup> AYDOĞAN, s. 134.

<sup>54</sup> AKER, s. 145.

sorununu kökten çözmek üzere, esas sözleşme değişikliği de öngörebileceğini belirtebiliriz.

#### **D. Esas Sözleşme ya da Hissedarlar Sözleşmesine Kar Payına Dair Hüküm Konulması ve Bu Hükme Aykırılığın Fesih Gerekçesi Yapılması:**

Esas sözleşmeye, “karın tespiti ve dağıtımı” hususunda hükümler yazılabilir. TTK m. 508/ f.1’e göre, esas sözleşmede aksine hüküm yoksa, kar ve tasfiye payı, pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesaplanır. Takip eden fıkrada da yıllık karın, yıllık bilançoya göre belirleneceği ifade edilmiştir.

TTK m. 507/ f.1 uyarınca, “her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir.” Yine aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, esas sözleşme ile payların bazı türlerine imtiyaz hakkı tanınması mümkündür. Esas sözleşme, pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri değil; şirket ile pay sahipleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen, bu yönüyle “şirketin anayasası” olarak nitelenen sözleşmedir.<sup>55</sup> Doktrinde, esas sözleşme içeriği ile ilgili olarak; “zorunlu içerik”, “şartlı zorunlu içerik” (öngörülmesi koşulu ana sözleşmede bulunması gereken hususlar) ve “ihtiyari içerik” şeklinde bir sınıflandırma yapıldığı; kâr payının dağıtımına dair TTK m. 508 hükmünde ayırık bir düzenleme varsa bu “şartlı zorunlu içerik”lerin içerisinde değerlendirilmiştir.<sup>56</sup>

Haklı sebeple feshi düzenleyen TTK m. 531 hükmünün azınlığa sağladığı koruma yönünden nispi emredici bir hüküm olduğu bu yönüyle ancak hükmün koruma alanını genişletebilecek esasların esas sözleşmeye konu edilebileceği ifade edilmektedir.<sup>57</sup> Bu bağlamda esas sözleşmede öngörülmüş bir sebebin somut olayda gerçekleşmesi halinde, şirketin feshine gerekçe oluşturabileceği vurgulanmaktadır.<sup>58</sup> Buna göre, her yıl belirli oranda kar payı ödenmesine dair kaydın esas sözleşmeye yazıldığı ve bu ödemelerin yapılmamasının haklı sebep oluşturabileceği öngörülen bir varsayımda, esas sözleşmeye aykırılığın haklı sebeple fesih gerekçesi olabileceği açıktır.

Pay sahiplerinin kendi aralarında birtakım hak ve yükümlülükler öngören sözleşmeler yapmaları mümkündür. Niteliği itibariyle bu “hissedarlar sözleşmesi”ne (*yan sözleşmeler* olarak adlandırıldıkları da görülmektedir)<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Bkz.: BOZKURT, s. 209.

<sup>56</sup> BAHTİYAR, s. 129, s. 135.

<sup>57</sup> ŞAHİN, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, s. 306-307.

<sup>58</sup> ŞAHİN, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, s. 320.

<sup>59</sup> Hanife ÖZTÜRK AKKARTAL, Çağla KANDIRALIOĞLU CUYLAN, “Şirketler Hukukunda Yan Sözleşmeler” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2016, İstanbul, s. 378.

konu olabilecek hükümlerin esas sözleşmeye konulmasının, bunların “gerçek esas sözleşme hükmü” olarak yorumlanmasına gerekçe oluşturmayacağı vurgulanmaktadır.<sup>60</sup> <sup>61</sup> Bu çerçevede, hissedarlar sözleşmesi, içerdikleri hükümlere göre sürekli borç ilişkisi içeren tipik borçlar hukuku sözleşmesi olabileceği gibi, adi şirket boyutlu hükümler hıfzımsı halinde, şirketler hukukunun adi şirket hükümlerine tabi bir yapıya da haiz olabilir.<sup>62</sup> Hissedarlar sözleşmesinin tarafları, her ne kadar birbirleri bakımından birtakım hak ve yükümlülükler belirleyip bunlara riayet edeceklerini taahhüt etseler de temelde şirketin işleyişine dair birtakım esaslar ortaya koymak istemektedirler. Bu kapsamda, şirket bakımından hissedarlar sözleşmesinin bağlayıcı olup olmadığı önem kazanmaktadır.

Yargıtay yakın tarihli bir kararında, hissedarlar sözleşmesinin şirket tarafından bağlayıcı olması için şirketin de bu sözleşmeye taraf olması gerektiğini belirtmiştir. Karara konu olayda hissedarlar sözleşmesi ile olağanüstü genel kurul çağrısının ancak oybirliği ile yapılabileceği kararlaştırılmış; buna aykırı olarak yapılan genel kurulun iptali için dava açılmış; diğer iptal sebeplerinin yanı sıra hissedarlar sözleşmesine aykırılığa da bir iptal sebebi olarak dayanılmıştır. Yargıtay, şirketin de taraf olması durumunda şirketin hissedarlar sözleşmesinin şirket bakımından bağlayıcı olabileceğini aksi halde genel kurul kararının iptali talebinde bu sözleşmeye aykırılığa dayanılamayacağını belirtmiştir.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Gül OKUTAN NILSSON, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2003, s. 98.

<sup>61</sup> Ortaklıklara uygulanacak hükümler arasındaki sıralı ilişki için Bkz.: POROY, TEKİNALP. ÇAMOĞLU, s. 16.

<sup>62</sup> ÖZTÜRK AKKARTAL, KANDIRALIOĞLU CUYLAN, s. 392.

<sup>63</sup> “Davacı vekili asıl davada, davalı şirketin ortağı olan müvekkili ile davalı şirketin ortaklarından olan .... A.Ş. arasında 22.01.2014 tarihli Hissedarlar Sözleşmesi akdedildiğini, anılan sözleşmeye göre, şirket genel kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılmasına dair kararın oybirliğiyle alınması gerektiğini, davalı şirket ortaklarının 05/11/2014 tarihli olağanüstü genel kurulda alınan kararların tümünün hukuka aykırı olduğunu, genel kurulu toplantıya çağırılmaya ilişkin yönetim kurulu kararının 22/01/2014 tarihli hissedarlar sözleşmesine göre oybirliğine tabi olduğunu, genel kurul öncesi bilanço kâr ve zarar hesabının davacının incelemesine hazır tutulmadığını, gündemin 4,5 ve 6. maddelerine toplantı tutanağındaki şerh nedenleri ile itiraz ettiklerini, yönetim kuruluna şirketin %40 ortağı olan davacının üye vermemesinin 22/01/2014 tarihli hissedarlar sözleşmesine aykırılık oluşturduğunu, gündemin 7. maddesindeki kararın alınamayacağını, gündemin 8. maddesindeki kararın da kanuna aykırı olduğunu, itirazların toplantı tutanağına derç edildiğini belirterek, 05/11/2014 tarihli olağanüstü genel kurulun ve bu genel kurulda alınan tüm kararların iptalini ve yeni yönetim kurulunun atanmasının hissedarlar sözleşmesine aykırı olması nedeniyle kayyum tayinine karar verilmesini istemiştir. Davacı vekili birleşen davada, davalı şirket yönetim kurulunun ....11.2014 tarihinde aldığı kararlar, müvekkilinden sermaye artırımından dolayı oluşan bakiye sermaye borcunu .....2014 tarihine kadar ödemesini istediğini, aksi takdirde temerrüt hükümlerinin uygulanacağını müvekkiline ihtar edildiğini, kararın hukuka aykırı olup iptali gerektiğini zira, müvekkilince davalı şirket aleyhine açılan davada davalı şirketin haklı sebeple feshinin talep edildiğini, davanın derdest olduğunu, anılan dava sonuçlanıncaya

Her ne kadar şirketin taraf olmadığı bir hissedarlar sözleşmesinin şirket açısından bağlayıcı olmadığı belirtilse de doktrinde, pay sahiplerinin şirketin ticari ve ekonomik amacına ulaşması için bu sözleşmeye önem atfetmiş olabilecekleri; bu kapsamda, bu sözleşmelere aykırılık nedeniyle çıkabilecek kalıcı ihtilafların şirketin işleyişini olumsuz etkilemeye başlaması halinde, tek başına ya da diğer olgularla birlikte bu ihtilafların şirketin feshi nedeni olabileceği belirtilmektedir.<sup>64</sup> Yine de bu tür ihtilaflara dayalı taleplerin haklı sebeple fesih gerekçesi olabilmesi için şirketin hissedarlar sözleşmesine taraf olması gereklidir.<sup>65</sup>

Sonuç olarak, konumuz özelinde baktığımızda, kar dağıtımına dair hükümler içeren bir hissedarlar sözleşmesine aykırılık her durumda şirketin haklı sebeple feshine gerekçe olamaz. Şirketin de bu sözleşmeye taraf olduğu ve sözleşmeye aykırılığın ortaklık ilişkisini çökeltmeye hale getirdiği durumlarda ise haklı sebeple fesih değerlendirilebilecektir.<sup>66</sup>

---

kadar şirketteki ortaklık yapısının korunması gerektiğini zira, davacının ayrılma payının dava veya karar tarihindeki parasal değer üzerinden hesaplanacağını, sermaye artırım kararında sermaye borcunun ... ay içinde ödenmesinin öngörüldüğünü, yönetim kurulunca alınan kararda ise borcun bir ay içinde ödenmesinin talep edildiğini, davalı şirketin bu işlemiyle müvekkiline ait hisseleri ele geçirme amacı güttüğünü, TKK'ya göre, sermaye ödeme borcunun ... ay içinde yerine getirilmesinin öngörüldüğünü, bu sürenin ancak acil nakit ihtiyacı halinde öne alınabileceğini, şirketin nakit ihtiyacı içerisinde bulunmadığını ileri sürerek, davalı şirket yönetim kurulunca alınan ....11.2014 tarihli kararın iptalini istemiştir. Davalı vekili, asıl ve birleşen davaların reddini istemiştir. İlk derece mahkemesince, iddia, savunma ve bilirkişi raporu doğrultusunda, dava konusu genel kurulda alınan kararların ...nın 445.maddesi uyarınca kanuna ve ana sözleşmeye aykırılık nedeniyle iptal edilebilir olmadığı, davalı şirketin ortaklar arasında yapılan hissedarlar sözleşmesinin bu sözleşmenin tarafı olmayan davalı şirketi bağlamayacağı, iptal sebebi olarak ileri sürülen diğer iddiaların da yerinde olmadığı, birleşen davaya konu .../11/2014 tarihli ve 2014/22 Sayılı yönetim kurulu kararının hukuka uygun olduğu, davacının iddialarının yerinde olmadığı, davacının iddialarını tevsik eder tarzda belge ibraz edilmediği gerekçesiyle asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir. Karara karşı davacı vekilince istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. İstinaf mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, ilk derece mahkemesi kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığına anlaşılmaya göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 11. HD 25.2.2019 T., 2017/4658 E., 2019/1463 K. (www.kazanci.com , 01.01.2020)

<sup>64</sup> AKER, s.115.

<sup>65</sup> ERDEM, s. 162.

<sup>66</sup> Aynı yönde Bkz. ŞAHİN, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi", s. 208-209.

## SONUÇ

Pay sahiplerinin kâr payı dağıtılmamasına ya da dağıtılan kâr payının miktarına dair yakınmaları, genel kurul kararlarının iptali ve haklı sebeple fesih davalarının en önemli gerekçeleri arasındadır. Zira pay sahiplerinin bir anonim şirkete ortak olmalarındaki temel motivasyon, elde edilecek şirket karının paylaşılması suretiyle gelir elde etmektir.

Bu çerçevede uzun süredir kâr payı dağıtılmaması, düzensiz kâr payı dağıtımı veya şirketin kazancıyla mukayese edildiğinde sürekli yetersiz tutarlarda dağıtım yapılması fesih talebi için haklı sebepler olarak görülmektedir. Yalnızca hiç kâr payı dağıtmama ya da az kâr payı dağıtma nedenlerine dayalı olarak fesih davası açılabileceği mümkün görülmele birlikte uygulamada genelde bu nedenlerin yanında başkaca kronikleşmiş yapısal sorunlara da dayanılmaktadır. Esasında uzun yıllara dayanan kar dağıtmama olgusunun bulunduğu bir somut örnekte şirketin yönetim şekli ile ilgili başkaca sorunların da var olması sürpriz değildir.

Pay sahibinin genel kurul kararının iptaline yönelik dava açıp açmaması ya da uzun yıllardır dağıtım yapılmayan bir durumda münhasıran bir veya birkaç genel kurul toplantısında kar dağıtmama kararına muhalif kalmaması, haklı sebeple fesih davası bakımından olumsuz bir değerlendirmeye gerekçe oluşturmamalıdır. Şirketin içerisinde bulunduğu dönemsel mali krizler, kar dağıtım yapılmamasını haklı ve meşru kılabilir fakat bu dönemlerin aşılmasından sonra da dağıtım yapılmaması, pay sahibi bakımından katlanılması beklenir bir külfet olarak nitelenemez.

Kâr payı dağıtımına dair fesih davalarında, mahkemece, kâr payı dağıtımına karar verebileceği gibi esas sözleşmede bir değişiklik öngörülerek asgari kar dağıtım tutarının belirlenmesi yönünde karar da verebilir. Hatta bu kararların birkaçının bir arada verilmesinin önünde bir engel yoktur. Bu kapsamda, mahkemenin genel kurul kararı olmaksızın kâr payı dağıtımını yapabileceği hatta yukarıda izah ettiğimiz tarzda esas sözleşme değişiklikleri dahi öngörebileceği kabul edilmektedir. İcra edilebilir olduktan sonra bu kararların feshin son çare olması ilkesine hizmet eden işlevsel kararlar olarak görülmesi gerektiği açıktır.

Bu noktada tek seferlik kâr payı dağıtımına karar verildiğinde hangi oranda dağıtım kararı verileceği veya esas sözleşmeye eklenecek asgari kar dağıtım oranının nasıl belirleneceği başka bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme kararı ile kar dağıtımını hususu henüz doktrin ve yargı kararları nezdinde üzerinde ittifak edilmiş bir konu olmadığından pekâlâ oran konusunda da net bir belirleme yapmak oldukça zordur. Hiç şüphesiz yine de talebe bağlılık ilkesinin istisnası gereği şirketten çıkarılmasına dahi karar verilebileceğini göze alarak fesih davası açan davacı bakımından tatmin edici bir oranın belirlenmesi zaruridir.

Özellikle haklı sebebin varlığı noktasında, atıf yapılan “azınlık ile çoğunluk arasındaki menfaatler dengesi” analizi, fesih davaların verilecek nihai kararın seçiminde dar bir çerçeve çizer kanaatindeyiz. Bu nedenle özellikle alternatif diğer kararların tercihinde, daha geniş bir kavram olan “şirket menfaati” nazara alınmalıdır. Zira anonim şirketlerin etki alanı, pay sahiplerinden ibaret görülemez.

Mahkemenin haklı sebebin varlığı ve verilecek nihai karar noktasındaki geniş takdir yetkisi, özellikle şirketten çıkarma kararının verilmesinde son derece hassas bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Özellikle kâr payı hakkı gibi vazgeçilmez bir mali haktan kaynaklı fesih davalarında, çıkarma yönünde karar verilecekse bu hususta pay sahibinin rızasının aranması gerektiğini düşünmekteyiz.

TTK m. 531 hükmünün, azınlığı koruyucu yönü itibariyle nisbi emredici bir hüküm olduğu değerlendirilmektedir. Hükmün bu özelliği nazara alınmak kaydıyla esas sözleşmede haklı sebep olabilecek haller belirlenebilir. Bunlar arasından her sene belirli bir oranda kâr payı dağıtılmamasının haklı sebeple fesih gerekçesi olarak öngörülmesi teorik olarak mümkündür.

Hissedarlar sözleşmesi ile pay sahiplerinin şirketin işleyişine dair birtakım hak ve yükümlülükler benimsemeleri mümkündür. Kâr payı dağıtımına dair hükümler içeren bu tür sözleşmelere aykırılıkların, şirketin de bu sözleşmelere taraf olması kaydıyla; haklı sebeple fesih davasına gerekçe olabileceği kanaatindeyiz. Yine de burada salt bir sözleşmeye aykırılığın yeterli olmayacağı; bu sözleşmede yer alan ve şirketin Kanun ve esas sözleşmeye uygun bir şekilde kazancını arttırmasını amaçlayan hükümlere açık aykırılığın, azınlık pay sahipleri nazarında ortaklığı çekilmez kılması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

### KISALTMALAR

AŞ	:	Anonim Şirket
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
Batider	:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
dpn.	:	dipnot
E.	:	Esas
eTTK	:	6762 Sayılı Eski Ticaret Kanunu
f.	:	fıkra
HD	:	Hukuk Dairesi
HD	:	Hukuk Dairesi
İÜHFİM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
m.	:	madde
MÜHFHAD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

### KAYNAKÇA

- AKER Halit, “Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 32, Sayı: 1, Mart 2016.
- AKIN Murat Yusuf, SULLU Muhammed, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk”, **MÜHFHAD**, C: 25, S: 1, Haziran 2019.
- ALTINOK ORMANCI Pınar, **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi**, İstanbul, 2011.
- ATİLA Beste, **Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi Davasındaki Fesih Dışı Çözüm Yolları**, İstanbul, 2019

- AYDOĞAN Fatih, “Anonim Şirketlerde Karar Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, **Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İstanbul, 2018.
- AYOĞLU Tolga, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 2, Y. 2013.
- BADAĞ Zehra, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kar Payı Hakkı**, İstanbul, 2018.
- BAHTİYAR Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, İstanbul, 2019.
- BONNAFOUS-BOUCHER Maria, RENDTORFF Jacob Dahl, **Stakeholder Theory A Model for Strategic Management**, Springer, 2016.
- BOZKURT Tamer, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, 2018.
- ÇAĞLAR Hayrettin, KAŞAK Esra, “Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshine İlişkin TTK M. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 65, S: 3, Eylül 2016.
- ÇAMOĞLU Ersin, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXXI, S.1, 2015.
- DONALDSON Thomas, PRESTON Lee E., “The Stakeholder Theory Of The Corporation: Concepts, Evidence, And Implications”, *Academy of Management Review*, S: 20, N: 1, 1995, s. 65.
- DURGUT Ramazan, KAPLAN Ahmet Emre, “Anonim Şirket Pay Sahiplerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 13, S: 171, Kasım 2018.
- ERDEM Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, İstanbul, 2019.
- HANAĞASI Emel, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasının Medenî Usûl Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, **BATİDER**, C: 32, S: 1, Mart 2016.
- NOMER ERTAN Füsün, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler”, **İÜHFİM**, C. LXXIII, S.1, 2015.
- NOMER ERTAN Füsün, “Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi”, **Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar)**, İstanbul, 2018.
- OKUTAN NILSSON Gül, **Anonim Ortaklıklarda Payscaleleri Sözleşmeleri**, İstanbul, 2003,



- ÖZTÜRK AKKARTAL Hanife, KANDIRALIOĞLU CUYLAN Çağla, “Şirketler Hukukunda Yan Sözleşmeler” **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 15(2), 2016, İstanbul.
- POROY Reha, TEKİNALP Ünal, ÇAMOĞLU Ersin, **Ortaklıklar Hukuku**, C. I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul, 2014.
- PULAŞLI Hasan, **Şirketin Hukuku Genel Esaslar**, 5. Baskı, 2017, İstanbul.
- SULU Muhammed, **Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı**, İstanbul, 2019
- ŞAHİN Ayşe, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Çerçevesinde Gündeme Genel Bazı Hukuki Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 9, S:117-118, Mayıs-Haziran 2014.
- ŞAHİN Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, İstanbul, 2013.
- TURANLI, Hüsnü, SEYMAN KORKMAZ, Seda, “Anonim Ortaklıklarda Kar Payı Alma Hakkı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 14 (1), 2015.
- TÜRKMEN Emre, “Adi Ortaklıkta Haklı Sebep Çıkarma Bağlamında TBK 633 Hükmüne Eleştirel Bir Bakış”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C: 13, S: 148, 2018.
- YANLI Veliye, “Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım”, **BATİDER**, C: 30, S: 1, Mart 2014.
- YANLI Veliye, “Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Tasarruf Yapılabilir mi?”, **İÜHFİM**, C. LV, S. 4, İstanbul, 1997.
- YASAMAN Hamdi, “Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi”, **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, İstanbul 2009.
- YAVAŞ Murat, “Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, **MÜHFHAD**, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Y: 2015, C. 21, S: 2.
- YÜKSEL Sinan H., “Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında Ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019/1, İstanbul, s. 382.

#### ELEKTRONİK KAYNAKLAR

Kazancı İçtihat Arama ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Arama [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr)

Jurix Akademik Yayın Portalı ([www.jurix.com](http://www.jurix.com))

Online makale ve akademik araştırma platformu ([www.dergipark.org.tr](http://www.dergipark.org.tr))

Online makale ve akademik araştırma platformu ([www.academia.edu](http://www.academia.edu))

# BAZ İSTASYONLARININ SEBEP OLDUĞU ZARARLARDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN HUKUKİ NİTELİĞİ

*The Legal Character of Liability Arising from the Damages Caused  
by Base Stations*

**Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT\* - Dr. Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ\*\***

Geliş Tarihi: 29.01.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Çağımızda teknoloji ve iletişim sektöründe büyük gelişmeler meydana gelmiştir. Daha önceki yüzyıllara nazaran teknolojinin gelişme hızı katlanarak artmaktadır. Bu çağdaki gelişmelerin en önemlilerinden biri de cep telefonlarının keşfi ve yaygınlaşması olmuştur. Cep telefonu teknolojisinin hızlı gelişimi ve artışı sonucu adeta küçük bir bilgisayar niteliğinde olan cep telefonları neredeyse herkesin eriştiği bir teknoloji haline almıştır. Cep telefonları ile iletişimin artması sonucu, bu ihtiyacı karşılamak amacıyla baz istasyonları da büyük bir hızla çoğalmıştır. Baz istasyonları önceleri çatı gibi yüksek taşınmazlar üzerine sabit bir şekilde kurulurken, son yıllarda minibüs gibi hareketli araçların üzerine monte edilerek mobil bir nitelik de kazanmıştır. Baz istasyonları elektromanyetik dalgalar aracılığıyla hizmet verirler. Bu teknolojinin nispeten yeni olması sonucu yaydığı elektromanyetik dalgaların insan sağlığı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurup doğurmayacağı bu alanın uzmanları arasında halen hararetle tartışılmaktadır. Toplumda baz istasyonlarının konut, işyeri ve okullara çok yakın kurulması durumunda insan sağlığı üzerinde olumsuz etkiler doğuracağı görüşü hakimdir. Baz istasyonlarının faaliyeti sonucu yayılan elektromanyetik dalgalar sebebiyle bir zarar oluştuğunda bu zarardan kimin, hangi hukuki sebeple sorumlu olduğu hususunda da belirsizlik bulunmaktadır. Bu çalışmada öncelikle baz istasyonlarının kurulması, yapısı ve zarar oluşturma riski incelenmiştir.

## ABSTRACT

In our age, great developments have occurred in the technology and communication sector. Compared to previous centuries, the rate of development of technology has been increasing exponentially. One of the most important developments in this era was the discovery and expansion of mobile phones. As a result of the rapid development and increase of mobile phone technology, mobile phones, which almost have a character of small computers, become a technology that is accessible by almost everyone. As a result of the increase in communication with mobile phones, base stations have multiplied rapidly in order to meet this need. While base stations were initially installed on high immovable properties such as roofs, in recent years they have been mounted on mobile vehicles such as minibuses and have gained a mobile character. Base stations serve by electromagnetic waves. As this technology is relatively new, whether the electromagnetic waves emitted will have negative consequences on human health is still highly debated among the experts in this field. The opinion in society is that if base stations are established very close to housing, workplaces and schools, it will have negative effects on human health. There is also uncertainty as to who is responsible on which grounds for the damage caused by electromagnetic waves emitted as a result of the activity of base stations. In this study, firstly the establishment, structure and risk of damages of base stations are examined.

\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi, f.canbolat@hacettepe.edu.tr, ORCID ID:0000-0003-2894-7119.

\*\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Görevlisi, azorluoglu@hacettepe.edu.tr, ORCID ID:0000-0001-7250-4097.

Akabinde baz istasyonları sonucu bir zarar doğması halinde kimin sorumlu olacağı konusu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesi ve sonrası dönem Yargıtay kararları da nazara alınarak değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Tehlike sorumluluğu, taşınmaz malikinin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, baz istasyonu, GSM operatörü

Subsequently who is responsible for the damage caused by electromagnetic waves emitted as a result of the activity of base stations by taking into consideration the era before and after the Turkish Code of Obligations No. 6098 and decisions of the Supreme Court of Appeals were also evaluated.

**Keywords:** Strict Liability, Liability of Real Estate Owner, Liability Without Fault, Base Station, GSM Operator

## GİRİŞ

Teknolojinin hızlı gelişimi sonucu iletişim sektörünün geldiği nokta itibarıyla cep telefonları, mobil Wi-Fi modemleri ve GPRS uygulamaları günlük hayatın olağan bir parçası haline gelmiştir. Cep telefonları artık yalnızca iki kişi arasında konuşmayı veya mesajlaşmayı sağlayan araçlar olmaktan çok daha fazlası haline gelmiştir. Günümüz teknolojisinin geldiği noktada, cep telefonları artık konuşma ve mesajlaşma özelliklerinin yanı sıra üstün özellikli birer kamera, takip cihazı, hatta küçük birer bilgisayar niteliğindedir. Cep telefonu kullanıcılarının ve cep telefonlarının özelliklerinin artması ile cep telefonları yediden yetmişe tüm toplum tarafından kullanılan araçlar özelliğini kazanmıştır. Cep telefonlarının kullanımındaki hızlı yükselişi, cep telefonları yoluyla sağlanan iletişimin de artmasına sebep olmuştur<sup>1</sup>. Cep telefonlarının artışı beraberinde baz istasyonlarının da artmasına yol açmıştır. Baz istasyonlarının çoğalması, bunların çevre ve insan sağlığı üzerinde uzun dönemde zarara neden olup olmadığı tartışmalarını da beraberinde getirmiştir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun resmî verilerine göre; "2017 yılı dördüncü çeyrekte 77,8 milyon olan mobil telefon abone sayısı %3,0 artışla 2018 yılı dördüncü çeyrekte 80,1 milyona çıkmıştır." <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/iletisim-hizmetleri-istatistikleri/haber-bulteni-2018-4.pdf>, (Erişim Tarihi: 18.06.2019).

<sup>2</sup> Konuya ilişkin bazı uzmanlar; baz istasyonlarının kansere yol açtığının kesinleştiğini ileri sürmektedirler, bkz. <https://www.haberler.com/prof-dr-seker-baz-istasyonlari-kansere-yol-aciyor-11537689-haberi/>, (Erişim Tarihi: 18.06.2019). bu konuya ilişkin TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası'nın basın açıklamasına göre, "EMO ve EMO Ankara Şubesi ile Ankara Tabip Odası, baz istasyonlarının şehir dışına çıkarılma kararını doğru bulurken, BTK, MOBİLSAD, TÜBİSAD, Teknoloji Bilgilendirme Platformu baz istasyonlarının şehir dışına çıkarılmasına karşıdır.", ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.emo.org.tr/genel/bizden\\_detay.php?kod=93451&tipi=5&sube=0](http://www.emo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=93451&tipi=5&sube=0), (Erişim Tarihi: 18.06.2019). Elektrik Mühendisleri Odası (EMO) Ankara Şubesi ile Ankara Tabip Odası tarafından "Cep telefonları ve baz istasyonları, merak edilen sorular ve yanıtları" adlı çalışmada bu konuya ilişkin değerlendirmelere yer verilmiş ve zarar riski olduğu vurgulanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.emo.org.tr/genel/bizden\\_detay.php?kod=93125&tipi=4&sube=14](http://www.emo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=93125&tipi=4&sube=14), (Erişim Tarihi: 18.06.2019). Karşıt görüşe göre ise; Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme Kurumu'nun Baz İstasyonları ve Sağlık başlıklı açıklamasında; mobil telefonlar ve baz istasyonları tarafından kullanılan RF (Radyo Frekans) dalgaların kanser yapacak nitelikte olmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.bthk.org.tr/tuketici/baz-istasyonlari-ve-saglik>, (Erişim Tarihi: 18.06.2019). Türkiye Kanserle Savaş Vakfı'nın internet sayfasında da benzer bir görüş ileri sürülmüş ve "Cep telefonları ve baz istasyonları iyonizan olmayan radyasyon kaynaklarıdır. Bu tip radyasyon DNA hasarı veya doğrudan hücre hasarı yapmaz. Ama bazı bilim adamları iyonizan olmayan radyasyonun melatonin sentezini azaltarak tümör gelişimini kolaylaştırdığını düşünmektedir. Bu konuda yapılmış olan hayvan çalışmalarında iyonizan olmayan radyasyon ve hayvanlarda kanser gelişimi arasında ilişki bulunmamıştır. Baz istasyonlarına veya radyo-televizyon vericilerine yakın yaşayan çocuklarda kanser riskini araştıran birkaç çalışmada da, bu riskte artış saptanmamıştır. Erişkinlerde de iyonizan olmayan radyasyon ve kanser ilişkisini araştıran çalışmaların büyük çoğunluğunda anlamlı ilişki tesbit edilmemiştir.

Cep telefonları ile kurulan iletişimin artışı sonucu baz istasyonlarının giderek yetersiz hale gelmesi ile Şehir merkezlerinde, ev çatılarında bu istasyonlar kurulmaya başlanmıştır<sup>3</sup>. Baz istasyonlarının kullanım alanı cep telefonları ile de sınırlı değildir. Bu istasyonlar elektronik haberleşmenin yanı sıra internet, GPRS, navigasyon, hasta takibi, görüntülü görüşmeler, dijital yayıncılık ve radyo gibi pek çok alanda kullanılmaktadır<sup>4</sup>. Özellikle apartman çatılarında bu istasyonların kurulması, apartmanlara da bir ek gelir kaynağı olduğundan adeta tercih edilir bir duruma gelmiştir. Bunun sonucu olarak neredeyse her mahallede, birden fazla bina üzerinde farklı GSM operatörlerine ait baz istasyonlarını görmek olağan bir hâl almıştır. İlerleyen süreçte bina üzerlerindeki sabit istasyonların yetersiz duruma gelmesi ile mobil istasyonlar oluşturulmuştur<sup>5</sup>. Bu mobil istasyonlar, insan yoğunluğunun yalnızca belirli dönemlerde arttığı niversiteler, yurtlar, konferans salonları, konser alanları ve stadyumlar gibi yerlerde de, buralarda yıl boyu sabit bir istasyon kurmak cazip olmadığından, sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır.

---

*Ancak unutulmamalıdır ki kronik maruziyetin etkileri geç ortaya çıkabilir. Sigara kullanımı dünyada yaygınlaştıktan 20 yıl kadar sonra akciğer kanseri dünyada patlamıştır. Baz istasyonu ve cep telefonu kullanımının da insan hayatına bu kadar yoğun girmesi yenidir ve uzun dönem etkileri takip edilecektir.”* açıklaması yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.kanservakfi.com/menekse-ve-yasam-dergisi-146/baz-istasyonlari-ve-kanser-55.html>, (Erişim Tarihi: 18.06.2019).

<sup>3</sup> Bir gazete haberine göre; Türkiye çapında toplamda 187 bin 808 adet baz istasyonu bulunmaktadır ve bu istasyonların konumları, ticar sır kabul edilerek açıklanmamaktadır. Haber için bkz. <https://t24.com.tr/haber/baz-istasyonlari-nin-sayisi-187-bine-ulasti-yerleri-ticari-sir-denerek-ilan-edilmiyor,826236>, (Erişim Tarihi: 18.06.2019).

<sup>4</sup> Aşıla, Namik L.; Baz İstasyonları ve Elektromanyetik Işınım, [http://www.emo.org.tr/ekler/5706a762e2dcd0d\\_ek.pdf](http://www.emo.org.tr/ekler/5706a762e2dcd0d_ek.pdf), (Erişim Tarihi: 20.09.2019), s. 1.

<sup>5</sup> rneğin; izmir Adliye Binası'nın yanında, adliye personelinin araçlarını park ettiği alanda, hakim, savcı, avukat ve vatandaşlar tarafından her gün kullanılan yapıların çok yakınında mobil olarak faaliyet gösteren GSM baz istasyonu konumlandırılmıştır. izmir Barosu, bu mobil baz istasyonunun keyfi olarak sıklıkla yer değiştirebilir olmasına da dikkat çekerek, insan sağlığını ciddi bir biçimde tehlikeye attığı gerekçesiyle, Anayasa'nın sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama hakkını koruyan maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Adalet Bakanlığı'na istasyonun kaldırılması talebinde bulunmuştur. Bu istasyonun bir araç üzerinde mobil olacak Şekilde kurulması sebebiyle adliye binasına ve çevredeki kreş gibi yapılara çok yakın mesafede bulunup, tümüyle GSM operatörünün inisiyatifine bağlı serbest ve yeri her an değişebilir mesafede durduğunu, bu durumun kanunî düzenlenmelere aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Adalet Bakanlığı tarafından verilen cevapta; araştırmaların baz istasyonlarının kullanıcılara yakınlığının sağlık açısından önemli sonuçlar doğurabildiğini gösterdiği vurgulanmaktadır. Buna göre yakın bir baz istasyonundan sinyal alan cep telefonu kullanıcısının, uzak bir yerden sinyal alan kullanıcıya göre sağlık açısından daha fazla etkilenebilir oluğuna dikkat çekilmiştir. Yine aynı cevapta; bu mobil baz istasyonunun geçici nitelikte kurulduğu ve gerekli çalışmaların tamamlanması ile kaldırılacağı, fakat GSM operatörü ile yapılan sözleşme bir ticar sır niteliğinde olduğundan bu sözleşmenin verilemeyeceği ifade edilmiştir. [https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/komisyonlar/cevre-komisyonu-yazismalar/yazismalar-1/Adliye\\_Baz\\_Istasyonu\\_Hakkinda\\_Adalet\\_Bakanligindan\\_Bilgi\\_Talebi.pdf](https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/komisyonlar/cevre-komisyonu-yazismalar/yazismalar-1/Adliye_Baz_Istasyonu_Hakkinda_Adalet_Bakanligindan_Bilgi_Talebi.pdf), (Erişim Tarihi: 18.06.2019).

Baz istasyonlarının bu şekilde ani ve adeta kontrolsüz artışı, zarar riskini de doğru orantılı olarak yükseltmektedir. Zarar riskinin yükselmesi bu zararın tazmini problemlerini ortaya çıkarmaktadır. Zararın giderilebilmesi için, baz istasyonlarından kaynaklanan sorumluluğun hukukî niteliğinin belirlenmesi, çerçevesinin çizilmesi ve sorumluların ortaya konulması gerekir. Bu çalışma, baz istasyonlarından kaynaklanan sorumluluğu incelemeye ve belirlemeye yöneliktir. Bu çerçevede öncelikle baz istasyonlarının kurulması, yapısı ve zarar oluşturma riski incelenecek; akabinde hukuki sorumluluk, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği sorumluluk rejimi dikkate alınarak Kanun değişikliği öncesi ve sonrası ayrı ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

## **I. GSM OPERATÖRLERİNE AİT BAZ İSTASYONLARININ KURULMASI, GÜVENLİK MESAFESİ VE SINIRLARI İLE ZARAR OLUŞTURMA RİSKİ**

### **A. GSM OPERATÖRLERİNE AİT BAZ İSTASYONLARININ KURULMASI**

Baz istasyonu; alıcı, verici ve güç ünitelerinden oluşan kule, direk, çatı ve bina gibi yerlere anten olarak kurulan mobil haberleşme sistemleridir. Baz istasyonlarının işlevi, mobil cihazlar aracılığıyla iletişim kurulmasını sağlamaktır. Baz istasyonları, belirlenen bölgede birden çok istasyondan oluşan bal peteği şeklinde ve her bir petek içerisinde bir baz istasyonu bulunacak tarzda kurulurlar. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu gereği baz istasyonlarının kurulmasına ilişkin standartlar, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından belirlenir. Baz istasyonlarının kurulma yeri ve kapsama alanı ise Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü ve Denetimi Hakkında Yönetmelik hükümleri uyarınca tespit edilir. Eğer bir baz istasyonu, mevzuata uygun olarak kurulmuşsa, BTK tarafından bir güvenlik sertifikası alır<sup>6</sup>.

5.11.2008 tarihinde kabul edilen ve 10.11.2008 tarihli Resmi Gazete 'de yayımlanan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) md 4 uyarınca "her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesi Devletin yetki ve sorumluluğu altına" alınmıştır. EHK md 3'de bu mevzuata ilişkin tanım ve kısaltmalara yer verilmiştir. EHK md 3/s'de "geçiş hakkı; işletmecilere, elektronik haberleşme hizmeti sunmak için gerekli şebeke ve alt yapıyı kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak gibi amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için

---

<sup>6</sup> <https://tuketici.btk.gov.tr/uploads/pages/tuketici-rehberi/baz-istasyonu-brosur.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.09.2019).

tanınan haklar” olarak tanımlanmıştır. EHK md 3/ş’de “geçiş hakkına konu olan kamuya ait ya da kamunun ortak kullanımında olan taşınmazlar da dahil olmak üzere, taşınmaz sahipleri ve/veya taşınmaz üzerindeki hak sahipleri” ise geçiş hakkı sağlayıcısı olarak düzenlenmiştir. Bu tanıma göre, taşınmazı üzerinde baz istasyonu kurulmasına izin veren taşınmaz maliki veya kat malikleri, bu Kanun kapsamında “geçiş hakkı sağlayıcısı” konumundadırlar. Böylece kanunkoyucu taşınmaz maliki ve kat maliklerini de kanun kapsamına almış ve diğer maddelerde de onlar için çeşitli yükümlülükler öngörmüştür (EHK m 28 ve 29).

## **B. GSM OPERATÖRLERİNE AİT BAZ İSTASYONLARININ KURULMASINDA GÜVENLİK MESAFESİ VE SINIRLARI**

21.04.2011 tarih ve 27912 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Cihazlarına Güvenlik Sertifikası Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik’in<sup>7</sup> amacı; elektromanyetik alan oluşturan sabit elektronik haberleşme cihazlarının kuruluş yeri, montajı, denetlenmesi ve Güvenlik Sertifikası düzenlenmesine ilişkin hususların belirlenmesi ve uluslararası standartlar temelinde elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerinin saptanmasıdır. Yönetmeliğin 6.md/ 1. bendinde sabit elektronik haberleşme cihazlarının antenden itibaren ve antenlerin yayın yönü dikkate alınarak Uluslararası Radyasyondan Koruma Kurulu’nun (IRPA)<sup>8</sup> belirlemiş olduğu güvenlik mesafesi hesabının nasıl yapılacağı düzenlenmiştir. 17.04. 2018 tarih ve 30394 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Elektronik Haberleşme Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddetinin Uluslararası Standartlara Göre Maruziyet Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Kontrolü ve Denetimi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile 21.04.2011 tarihli ve 27912 sayılı “Elektronik Haberleşme Cihazları Güvenlik Sertifikası Yönetmeliği’nde” değişiklik yapılmıştır.

30394 sayılı Yönetmelik’in 3.md ile 27912 sayılı Yönetmelik’in 6.md’nin diğer bentlerinde bu cihazların kurulmasına ilişkin getirilen sınırlamalar düzenlenmiştir. Bu sınırlamalara göre; önemli olan konulardan bir tanesi eğitim kurumlarıdır. Okul öncesi eğitim kuruluşlarının ve çocuk parklarının yakınında baz istasyonları kurulurken, güvenlik mesafesi hesabı bu alanların

---

<sup>7</sup> Bu Yönetmelik öncesinde daha önce pek çok mevzuat düzenlemesi vardı. Bu Yönetmeliğin çıkarılması ile birlikte daha önce düzenleme getiren tüm Yönetmelikler ortadan kaldırılmıştır. Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. Aşla, s. 3.

<sup>8</sup> IRPA - International Radiation Protection Association, <http://www.irpa.net/>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019). IRPA, ulusal ve bölgesel radyasyondan korunma topluluklarına üye radyasyondan korunma konusunda uzman olan kişilerin kurduğu bağımsız ve kar elde etme amacı gütmeyen bir dernektir; <http://www.irpa.net/docs/IRPA%20Strategic%20Programme%202016-2020.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019)

dış bahçe duvarından başlayarak hesaplanır. Aynı esas kamunun kullanımına ayrılmış park ve bahçelerdeki çocuk oyun alanları bakımından da uygulanır. Sağlık kuruluşları çevresinde kurulacak baz istasyonları bakımından da tıbbi cihazların etkilenmemesi amacıyla elektrik alan şiddet değerinin  $E= 3 \text{ V/m}^2$ 'yi geçemeyeceği şeklinde sınırlama getirilmiştir. Bu sınırlamalara göre özellikle çocuklara yönelik temel eğitim kurumlarının, park ve bahçelerin, bunun yanı sıra sağlık kuruluşlarının korunmaya çalışıldığı görülmektedir.

06.12.2016 tarih ve 29910 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hücresel Sistem Anten Tesisleri İle Telsiz Erişim Şebekelerinin Paylaşımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 8.md'de nüfusu 10.000'in altında olan ve 10.md'de ise, nüfusu 10.000 ve üzeri yerleşim yerleri için baz istasyonlarının yerleşim yerleri ve kurulması esasları düzenlenmektedir.

27.01.2018 tarih ve 30314 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme İstasyonlarına Yer Seçim Belgesinin Verilmesi Ve Ücretlerinin Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik ile amaçlanan, baz istasyonlarının kurulmasına ilişkin verilecek yer seçim belgesi karşılığında alınacak ücretin belirlenmesi ve yer seçim belgesi ile ilgili usul ve esasların belirlenmesidir. Yönetmeliğin 5.md/ 1. bendine göre "Belediye mücavir alan sınırları içerisinde elektronik haberleşme istasyonu kurulabilmesi için yetkili belediyeden yer seçim belgesi alınması zorunludur." Aynı maddenin 3. bendine göre ise, "Büyükşehirlerde yer seçim belgesi vermeye ve ücretini almaya büyükşehir belediyeleri, diğer yerlerde mücavir alan sınırlarına göre ilgili belediyeler yetkilidir." Yönetmelik hükmüne göre belediyelerden yer seçim belgesi almak için başvuru yapılmadan önce, BTK tarafından düzenlenmiş Güvenlik Sertifikası'nın alınmış olması gerekir.

### **C. GSM OPERATÖRLERİNE AİT BAZ İSTASYONLARININ ZARAR OLUŞTURMA RİSKİ**

Baz istasyonları, bal peteği yapısında olması gerektiğinden, insan yaşamının yoğunlaştığı şehir merkezlerinde de kurulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Baz istasyonları ile mobil cihazlar karşılıklı elektromanyetik dalgalar arasında gidip gelen frekanslar sayesinde çalışmaktadırlar. Bu noktada bir şehirde baz istasyonunun az sayıda ve şehir dışında olacak şekilde kurulması baz istasyonu ile mobil cihaz arasındaki elektromanyetik dalganın şiddetini arttırmakta ve bu da insan sağlığı bakımından risk oluşturabilmektedir.

Baz istasyonlarının zararları konusunda hazırlanan raporlara<sup>9</sup> göre mobil cihaz kullanan abone, baz istasyonuna ne kadar yakın olursa o denli daha az elektromanyetik dalgaya maruz kalır. Bu sebeple baz istasyonlarının şehir

---

<sup>9</sup> <https://tuketici.btk.gov.tr/uploads/pages/tuketici-rehberi/baz-istasyonu-brosur.pdf>, s. 3; <http://www.emrkoruma.com/.php?part=rz19>, (Erişim tarihi: 01.01.2019).



dışına kurulabilmesinin teknik olarak anlamlı olmadığı ifade edilmektedir. Baz istasyonlarını şehir dışında kurulmaları halinde bal peteği yapı bozulacağından aboneler ile baz istasyonları arasındaki elektromanyetik dalga şiddetinin arttırılacağı ve bunun da daha fazla maruziyete yol açarak halk sağlığını daha ciddi ölçüde bozabileceği ileri sürülmektedir. Aynı raporlarda Türkiye’de kabul edilen elektromanyetik limit değerlerin; Avrupa Birliği, Amerika, Kanada ve bu konuda bağımsız bir kuruluş olan Uluslararası Radyasyondan Koruma Komisyonu (ICNIRP) tarafından belirlenen değerlerin 2/9’u oranında olduğu vurgulanmaktadır. Başka bir ifade ile, 900 MHz için ICNIRP’nin kabul ettiği elektrik alan şiddeti 41 Volt/metre iken Türkiye bakımından bu değer cihaz başına 9,15 Volt/metre ile sınırlı tutulduğu üzerinde durulmaktadır. Aynı noktada birden fazla baz istasyonu bulunması halinde ise, ICNIRP’nin tavsiye ettiği değer 41 Volt/metre iken Türkiye’de bu değer 30,75 Volt/metre ile sınırlandırıldığına dikkat çekilmektedir<sup>10</sup>.

Baz istasyonlarının şehir merkezinde bal peteği olacak şekilde ve çok sayıda kurulması, baz istasyonu ile mobil cihaz arasındaki frekans şiddetini azaltmakla birlikte baz istasyonunun sayısının çok fazla olmasına sebep olmakta ve bu da o çevrede yaşayan kişilerin daha fazla sayıda baz istasyonu ile etkileşim kurma zorunluluğunu ortaya çıkarmakta ve böylece zarara uğrama ihtimalleri artmaktadır. Baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalganın insan sağlığı üzerinde olumsuz bir sonuç doğurup doğurmayacağı meselesi doktrinde tartışılmaya devam etmektedir<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> <https://tuketici.btk.gov.tr/uploads/pages/tuketici-rehberi/baz-istasyonu-brosur.pdf>, s. 4; <http://www.emrkoruma.com/index.php?part=rz19>; Aşila, s. 3-5; <http://www.bthk.org/tr/tuketici/baz-istasyonlari-ve-saglik>, (Erişim Tarihi: 01.01.2019); Sarıkahya, Nihan Merve, Bir İşyerinde Elektromanyetik Alan Ölçümü Yapılması ve Sonuçlarının İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Değerlendirilmesi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı Ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İş Sağlığı ve Güvenliği Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014, s. 39.

<sup>11</sup> Baz istasyonlarının bedensel zarar oluşturup oluşturmayacağı konusundaki tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çerezci, Osman/ Kartal, Zerrin/ Pala, Kayıhan/Türkkan, Alpaslan; Edt: Türkkan, Alpaslan, Elektromanyetik Alan ve Sağlık Etkileri, Bursa, 2012; II. Elektromanyetik Alanlar ve Etkileri Sempozyumu, Çevre ve İnsan Sağlığı İçin Emanet 2013, 8-9 Kasım 2013, İstanbul, 2014; Çerezci, Osman/ Şeker, Selim; Baz İstasyonları Nerelere ve Nasıl Kurulmalıdır?, Eleco 2014 Elektrik – Elektronik – Bilgisayar – Biyomedikal Mühendisliği Sempozyumu, 27 – 29 Kasım 2014, Bursa, 2014, s. 7-11; Güler, İnan/ Çetin, Tamer/ Özdemir, A. Rıza / Uçar, Nedim; Türkiye Elektromanyetik Alan Maruziyet Raporu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı, 2010; Türkkan, Alpaslan; Elektromanyetik Alanlar, Sağlık ve Korunma, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt 19, Sayı 3, Ankara, 2010, s. 114- 117; Baz İstasyonları ve Sağlık, <http://www.bthk.org/tr/tuketici/baz-istasyonlari-ve-saglik>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019); Establishing A Dialogue On Risks From Electromagnetic Fields, Radiation and Environmental Health Department Of Protection Of The Human Environment World Health Organization, Geneva, Switzerland, 2002, Electromagnetic Fields and Public Health: Mobile Phones, <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/electromagnetic-fields-and>

Tartışmalardan çıkan en önemli sonuç baz istasyonlarının zarar oluşturup oluşturmayacağı ve özellikle insan sağlığına olumsuz etkisinin olup olmayacağı hususu, baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalga şiddetine bağlı olduğudur. Zarar doğurma riskinin hiç bulunmadığını söyleyebilmek mümkün değilken, zararın oranını ne olacağı ve süreç içerisinde ne zaman ortaya çıkabileceği baz istasyonunun kurulduğu yere, baz istasyonunun yaydığı elektromanyetik dalga şiddetine, bu şiddete maruz kalma süresine, baz istasyonuna yakınlığa göre değişkenlik gösterebilmektedir.

## **II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU ÖNCESİNDE SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİ**

### **A. GENEL OLARAK**

Baz istasyonları çoğunlukla çatılara ve arazi üzerine sabit bir şekilde kurulur. Baz istasyonu sebebiyle bir zarar ortaya çıktığında zarar görenin, zararın

---

public-health-mobile-phones, (Erişim Tarihi: 01.10.2019); What Are The Health Risks Associated With Mobile Phones And Their Base Stations?, <https://www.who.int/features/qa/30/en/>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019); Electromagnetic Fields and Public Health, Base Stations and Wireless Technologies, <https://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs304/en/>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019); Ahlbom, Anders/Feychting, Maria/ Green, Adele C/ Kheifets, Leeka / Savitz, David A/Swerdlow, Anthony J.; Epidemiology of Health Effects of Radiofrequency Exposure, ICNIRP (International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection) Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspectives, Volume: 112, Number: 17, 2004, s. 1741- 1754; Ahlbom, Anders/Feychting, Maria/ Green, Adele C/Kheifets, Leeka / Savitz, David A/Swerdlow, Anthony J.; Epidemiologic Evidence On Mobile Phones and Tumor Risk: A Review, ICNIRP Sci Review, Epidemiology Volume: 20, Number: 5, 2009, s. 639-652; Swerdlow, Anthony J./ Feychting, Maria/Green, Adele C/ Kheifets, Leeka/Savitz, David A; Mobile Phones, Brain Tumours and the Interphone Study: Where Are We Now?, International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspect, Volume:119, Number: 11, 2011, s. 1534-1538; Sienkiewicz,Zenon/ van Rongen, Eric/ Croft, Rodney/ Ziegelberger, Gunde/Veyret, Bernard; A Closer Look At The Thresholds Of Thermal Damage: Workshop Report By An ICNIRP Task Group, Health Physics, Volume: 111, Number: 3, 2016, s. 300-306; Ahlbom, Anders/Cardis, Elisabeth/ Green, Adele C/Linet, Martha/ Savitz, David A/ Swerdlow, Anthony J; Review of the Epidemiologic Literature on EMF and Health, ICNIRP (International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection) Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspectives, Volume: 109, Supplement: 6, 2001, s. 911- 933; Baz istasyonları-Radyasyon, Baz İstasyonları İle İlgili Bilmeniz Gerekenler, Türk Radyasyon Onkolojisi Derneği, [https://www.trod.org.tr/hastalarimiz\\_icin.php?id=990](https://www.trod.org.tr/hastalarimiz_icin.php?id=990), (Erişim Tarihi: 01.10.2019); Atalay, Nesrin Seyhan; Elektromanyetik Kirlilik ve Etkileri, Korunma Yöntemleri, WHO Uluslararası Elektromanyetik Alan Projesi, Ulusal ve Uluslararası Politikalar, Bilişim Toplumuna Giderken Elektromanyetik Kirlilik Etkileri Sempozyumu 1999 Açılış Konuşmaları, <https://docplayer.biz.tr/9823941-Sempozyum-acilis-konferansi-prof-dr-nesrin-seyhan.html>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019); Conway, Laura; Edt: Dr David Morgan, Mobile Phones and Health, An Interim Report, British Medical Association Board of Science and Education, 2001.

tazminine yönelik olarak muhatap alabileceği iki ayrı kişi bulunmaktadır. Bunlar; taşınmazı üzerinde bu istasyon kurulan malik ve GSM operatörüdür.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun yürürlüğe girmeden evvel baz istasyonlarının yol açtığı zararların tazminine ilişkin verilen kararlar genel olarak mülkiyet hakkının içeriğine, komşu hakkına ve bu bağlamda taşınmaz malikinin sorumluluğuna dayandırılıyordu. Bu noktada sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi ve zararın tazmin edilmesi ile bu zarardan sorumlu olan kişilerin tespiti büyük sorunlara yol açıyordu. Yargı uygulaması da kendi içinde çelişkiler barındırıyordu. Bu sebeple zarar görenin zararını kimden tazmin edebileceğinin belirlenmesine ihtiyaç vardır.

2012 yılında kabul edilen Türk Borçlar Kanunu ile tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme getirilmeden önce baz istasyonlarından doğan zararın giderilmesi gerektiği konusunda doktrin ve Yargıtay hemfikirdi. Fakat sorumluluğun hukuki niteliğinin ne olması gerektiği tartışmalıydı. Bir görüş<sup>12</sup>; bu kararı sağlık hakkı, çevre hakkı, yaşama hakkı ve iletişim hakkı çerçevesinde çözmeye yönelmişti. Uygulamada Yargıtay, kararlarında<sup>13</sup> genellikle konuyu komşuluk hukukuna dayandırılıyordu. Zaman içerisinde bazı kararlarında<sup>14</sup> ise

<sup>12</sup> Kayakuzgun, Özge; Baz İstasyonları ve İnsan Hakları, Hukuk Gündemi Dergisi, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/hgdmakale/2009-1/10.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019), s. 37- 53, s. 40- 42.

<sup>13</sup> T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2005/9561, K. 2005/11042, T. 13.10.2005, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1hd-2005-9561.htm>, (Erişim Tarihi: 10.07.2019); Büyüksağış, Erdem, Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.1-19, s. 12; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/16434, K. 2004/971, T. 29.1.2004, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2003-16434.htm>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019); Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay- Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, İstanbul, 2016, s. 568, 569; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/11469, K. 2011/10833, T. 20.10.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2011-11469.htm>, (Erişim Tarihi: 03.07.2019); T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2010/8524, K. 2010/11242, T. 2.11.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2010-8524.htm>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019); T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2007/6544, K. 2008/2596, T. 3.3.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2007-6544.htm>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019); T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/15870, K. 2012/414, T. 18.1.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2011-15870.htm>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).

<sup>14</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/2954, K. 2004/10516, T. 27.9.2004, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2004-2954.htm>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019); T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2007/12688, K. 2008/11813, T. 14.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2007-12688.htm>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019); T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/16434, K. 2004/971, T. 29.1.2004, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2003-16434.htm>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019); Çekin, Mesut Serdar; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul, 2016, s. 63; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/4841, K. 2008/14685, T. 27.11.2008, <http://www.kazanci.com>.

Yargıtay, tehlike esasına da yaklaşmıştır. Hatta konuyu ele alırken komşuluk hukuku esası ile başlayıp, karar içerisinde sorumluluğu tehlike esasına yönelttiği de görülmektedir. Yargıtay bu kararlarında, baz istasyonlarından doğan sorumluluğun, kusura dayanmayan bir tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Sorumluluğun esasına ilişkin bu görüş ve yaklaşım farklılıklarının temelinde baz istasyonunun verdiği zarardan kimin veya kimlerin sorumlu tutulacağı meselesi vardır. Bu çerçevede sorumlu tutulabilecek kişilere ilişkin ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir.

## **B. ZARAR GÖRENİN GSM OPERATÖRÜNE DOĞRUDAN BAŞVURMASI SORUNU**

GSM operatörü ile üzerinde baz istasyonun kurulduğu taşınmazın maliki arasında baz istasyonunun kurulumuna ilişkin bir sözleşme akdedilmektedir. Taşınmaz maliki tek bir kişi olabileceği gibi paylı veya elbirliği mülkiyet durumunda birden fazla kişi olabilir. Ayrıca baz istasyonunun bir apartman üzerinde kurulması halinde taşınmaz maliki, kat maliklerinden oluşabilir. Sözleşme, GSM operatörü ile taşınmaz maliki arasında kurulduğundan, zarar gören kişi bu sözleşme bakımından bir üçüncü kişi durumunda ise bu durumda sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereğince bu sözleşmeye dayanarak bir hak talebinde bulunamaz<sup>15</sup>. Bu sebeple sözleşme temelinde GSM operatörünün sorumluluğuna başvuramayan üçüncü kişi, GSM operatörüne ancak haksız fiil sorumluluğu hükümlerine dayanarak başvurabilir. Bu noktada (818 sayılı) Kanunda düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk hali bulunmadığından haksız fiile ilişkin genel hükümler çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir.

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde haksız fiil sorumluluğu md 41'de düzenlenmekteydi. Haksız fiil sorumluluğunun doğması için fiil, fiilin hukuka aykırı olması, zarar, zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması ve ayrıca zarar verenin kusurunun bulunması gerekir. Baz istasyonu sebebiyle zarar gören kişi GSM operatörüne doğrudan başvurmak istediğinde baz istasyonunun kurulumuna ilişkin işlemin hukuka aykırılığının yanı sıra sorumlu tutulmak istenen GSM operatörünün kusurunun varlığını da ispat etmesi gerekir. Şayet baz istasyonun kurulumu, yetkili kuruluşun izni ile Kanun'da ve diğer düzenleyici işlemlerde öngörülen mevzuat hükümlerinde yer

---

com/kho2/ibb/files/4hd-2008-4841.htm, (Erişim Tarihi: 19.07.2019); T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2010/8524, K. 2010/11242, T. 2.11.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2010-8524.htm>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).

<sup>15</sup> T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2001/6667, K. 2001/7872, T. 18.9.2001; T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2005/2397, K. 2006/4619, T. 25.4.2006 ; T.C. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2003/13146, K. 2004/2781, T. 8.3.2004 ; T.C. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, E. 2010/8069, K. 2010/12991, T. 29.11.2010; <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi 19.07.2019).

alan standartlara uygun olduğu takdirde baz istasyonunun kurulumunun hukuka aykırılığında söz etmek mümkün olmayacaktır. Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında, baz istasyonlarının yaydığı radyasyon oranlarının uluslararası standartlar ile belirlenen limit değerlere uygun olduğu gerekçesiyle<sup>16</sup>, zarar görenlerin taleplerini reddetmiştir. Standartlara uygunluk, haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru ile ilişkili olsa da Yargıtay konuyu kusur üzerinden değerlendirmek suretiyle GSM operatörünün kusuru bulunmadığı gerekçesiyle sorumluluğunun doğmadığına hükmetmiştir. Bir başka kararında<sup>17</sup> doğrudan hukuka aykırılık unsuru üzerinden değerlendirme yapmak suretiyle yine tazminat talebini reddetmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde haksız fiil sorumluluğu üzerinden değerlendirme yapılmakta, hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının gerçekleşmediği gerekçesiyle tazminat talepleri GSM operatörleri bakımından reddedilmekteydi. Baz istasyonları bakımından bir kusursuz sorumluluk hali de bulunmadığından GSM operatörünün kusursuz sorumluluğuna da gidilmesi mümkün değildi.

### C. ZARAR GÖRENİN TAŞINMAZ MALİKİNE BAŞVURMASI SORUNU

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden evvel, baz istasyonlarının doğurduğu zararların giderilmesine ilişkin davalar, ağırlıklı olarak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu md 683, 730 ve 737'e dayandırılıyordu<sup>18</sup>. Baz istasyonunun yaydığı elektromanyetik dalgalardan dolayı oluşan zararın tazmini; mülkiyet

---

<sup>16</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/7078, K. 2011/8249, T. 12.7.2011; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/3701, K. 2011/5164, T. 5.5.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).

<sup>17</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/15870, K. 2012/414, T. 18.1.2012; <http://www.kazanci.com/>, (Erişim Tarihi 19.07.2019). Bu karar uyarınca, baz istasyonlarının insan sağlığına etkilerini belirlemek bakımından Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası İyonlaştırılmayan Radyasyondan Koruma Komisyonu (ICNIRP), Elektrik Elektronik Mühendisleri Enstitüsü (IEEE) gibi bir çok ulusal ve uluslararası kuruluşlar bir takım sınır değerler belirlemektedirler. Mevzuat gereğince baz istasyonlarının sağlığa ve çevreye zarar vermeyecek şekilde kurulmasına ilişkin kurallarını koymak, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığının (BTK) görev ve yetkisindedir. Baz istasyonları, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu md 37'ye dayanılarak BTK tarafından bu konuyu düzenleyen Yönetmelikteki yer, ölçü ve limit değerlere göre verilen güvenlik sertifikası gereğince kurulmaktadır.

<sup>18</sup> Konuya ilişkin kararlar için bkz. T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/11469, K. 2011/10833, T. 20.10.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2011-11469.htm>, (Erişim Tarihi: 03.07.2019); T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/1554, K. 2008/11727, T. 13.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2008-1554.htm>, (Erişim Tarihi: 03.07.2019); T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2002/478, K. 2002/1586, T. 7.2.2002, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1hd-2002-478.htm>, (Erişim Tarihi: 03.07.2019); T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2002/1812, K. 2002/2490, T. 28.2.2002, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1hd-2002-1812.htm>, (Erişim Tarihi: 03.07.2019).

hakkının içeriği, komşu hakkı ve taşınmaz malikinin sorumluluğuna konu edilerek giderilmeye çalışılıyordu.

TMK md 730 hükmünde taşınmaz malikinin sorumluluğu düzenlenmektedir. Bu hükmün amacı, taşınmaz mülkiyetinin malik tarafından taşkın olarak kullanılması sonucu komşular üzerinde meydana gelebilecek zararın önlenmesi veya meydana gelen zararın giderilmesidir<sup>19</sup>. Komşuluk hukukuna ilişkin TMK md 737 ve 738'in ihlali halinde de TMK md 730 uygulama alanı bulur<sup>20</sup>. TMK md 730 hükmünün kurduğu sorumluluk esası, komşuluk ilişkisine dayanır. Malik, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını kullanırken, hukuk düzeninin kendisine yüklediği ödevlere uygun hareket etmelidir. Buna göre malikin, komşuluk hakkı çerçevesinde rahatsızlık vermektan kaçınma ve zarar vermeme yükümlülüğü vardır. Malikin, mülkiyet hakkını Kanunda öngörülen ödevlere ve sınırlara aykırı olarak kullanması, mülkiyet hakkının taşkın kullanılması olarak değerlendirilir. Bu şekilde taşkın kullanım sebebiyle bir zarar ortaya çıkarsa malik, bu zararı karşılamakla yükümlüdür<sup>21</sup>. Örf ve âdete uygun ve kaçınılmaz nitelikte olan taşkınlıklar ise, hoş görülmelidir. Fakat bu taşkınlıklar sebebiyle de bir zarar ortaya çıkmışsa, zarar gören TMK md 730/II gereği zararının uygun bir bedelle denkleştirilmesini talep edebilir<sup>22</sup>.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu; kurtuluş kanıtı getirilemeyen bir kusursuz sorumluluktur. Sorumluluğun doğması bakımından malikin kusuru aranmamaktadır. Buna karşın eğer malikin zararın ortaya çıkmasında ayrıca bir kusuru da varsa, bu illiyet bağının kesildiğinin ileri sürülmesine engel olur. Bu ek kusur tazminatın belirlenmesinde de nazara alınır. Bunun yanı sıra zarar görenin de zararın gerçekleşmesinde veya artmasında bir (müterafik) kusurunun bulunduğu hallerde ise tazminattan indirim yoluna gidilebilir<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> Abik, Yıldız; Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3-4, s. 145-186, s. 836; Tandoğan, Haluk; Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981, s. 189; Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, 2018, s. 680; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 592, 597; Eren, Fikret; Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 463; İmre, Zahit; Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949, s. 184.

<sup>20</sup> Ertaş, Şeref; Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara, 2005, s. 392.

<sup>21</sup> Ayiter, Nuşin; Eşya Hukuku, Ankara, 1977, s. 137, 138; Gürsoy, Kemal/ Eren, Fikret/ Cansel, Erol; Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 598, 599, 646; Eren, Borçlar, s. 681.

<sup>22</sup> Ayiter, s. 137, 138; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 600, 601, Ertaş, s. 392, 393, 394; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 597. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına göre; ruhsatı alınarak yapılan bir inşaat, komşularına hoş görü sınırını aşan fakat önlenmesi de mümkün olmayan bir zarar vermiştir. Mahkeme, olayda komşunun bu taşkınlığa katlanmak zorunda olduğuna, ancak uğradığı zararın inşaat sahibi tarafından fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca giderilmesine karar vermiştir. BGE 91 II 100, benzer yönde karar için BGE 114 II 230; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 593, 594, 598.

<sup>23</sup> Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 648; Eren, Borçlar, s. 682; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 592.

TMK md 730 çerçevesinde sorumlu tutulan kişiler, aynı hak sahipleridir. Bu bağlamda esas olarak taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanılmasından dolayı malik sorumlu tutulmuştur. Malik dışında, sınırlı aynı hak sahipleri de, haiz oldukları sınırlı hakkın verdiği yetkiyi taşkın şekilde kullanmaları sonucu zarar doğarsa sorumlu olurlar. Baz istasyonun bir bina üzerine kurulması durumunda da taşınmaz malikinin sorumluluğu gündeme gelebilir, çünkü baz istasyonu da sonuçta bir “taşınmaz” üzerinde kurulur. Baz istasyonlarının üzerine kurulduğu binanın aynı hak sahipleri sorumlu olur. Buna karşılık, şahsî hak sahipleri ise, TMK md 730’a göre sorumlu olmazlar. Zira TMK md 730’da düzenlenen sorumluluk, objektif bir kusursuz sorumluluk hali ve istisnâî nitelikte olup, sorumlu tutulma bakımından aynı hak ile bağlantılıdır. Hâkimin, bu istisnai nitelikteki düzenlemeyi genişletmesi ve şahsi hak sahiplerine de uygulayabilmesi mümkün değildir. Örneğin; taşınmazı taşkın kullanmak suretiyle zarara sebep olan, kiracının sorumluluğuna TMK md 730 çerçevesinde gidilemez. Kiracının bu taşkın kullanımı sebebiyle taşınmazın maliki ve sınırlı aynı hak sahibi sorumlu olur<sup>24</sup>.

Zarardan sorumluluk bakımından zararın gerçekleştiği sırada malik olan kişi sorumlu olur. Buna göre baz istasyonunun kurulduğu taşınmaz örneğin; bir ev ise, bu taşınmazın maliki sorumlu olur. Sorumlu olmak için, mülkiyet hakkına sahip olmak yeterlidir, tapuda tescil işleminin yapılmış olması şart değildir. Örneğin; miras veya işgal gibi tescilden önce mülkiyetin kazanıldığı hallerde durum böyledir. Taşınmazın, elbirliği veya paylı mülkiyet ile birden fazla sahibi varsa, her biri zararın tümünden müteselsilen sorumlu olur. Örneğin; baz istasyonu bir arazi üzerine kurulmuşsa, bu arazi tek kişiye aitse malik; paylı veya miras vs sebebiyle elbirliği ile mülkiyet konusu ise maliklerin tümü birlikte sorumlu olmaya devam ederler. Kat malikleri bakımından ise; malikler bağımsız bölümlerden dolayı tek başlarına, ortak yerlerin kullanılmasından doğan zararlardan ise müteselsilen sorumlu olurlar. Eğer bu bir apartman ise, baz istasyonları genellikle çatıya kurulduğundan, çatı da kat maliklerinin ortak kullanım alanına girdiğinden, bir zarar doğması durumunda tüm kat malikleri bu zarardan müteselsilen sorumlu olurlar. Malikin davranışlarından sorumlu

---

<sup>24</sup> Ayiter, s. 146, 147; Ertaş, s. 400; Eren, Borçlar, s. 685- 687; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 592, 601; Petek, Hasan; Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu, Ankara, 2005, s. 374; Eren, Mülkiyet, s. 464, 469 vd; Honsell, Heinrich/Geiser, Thomas/Vogt, Nedim Peter; Zivilgesetzbuch, Basel : Helbing & Lichtenhahn, 2010-2011, § 679, N. 3, 26, 27; Oftinger, Karl; Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Zürich, 1958, s. 22; II/1, Zürich, 1960, s. 14 vd; Tandoğan, Mesuliyet, s. 202, 203, 205; Tandoğan, Haluk; Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981, s. 189; Gürsoy/Eren/ Cansel, s. 647; Badur, Emel; Gayrimenkul Malikin Sorumluluğu, TBB Dergisi, Sayı:3, Ankara, 2001, s. 835- 880, s. 852 vd; BGE 44 II 36; BGE 47 II 412; BGE 61 II 329; BGE 70 II 942; BGE 73 II 153; BGE 88 II 252; BGE 132 III 689.

olduğu kişilerin, mülkiyet hakkını kullanırken verdiği zararlardan, malik de sorumlu olur. Kamu mallarının taşkın kullanımı sonucu zarar doğarsa, zarardan kamu tüzel kişileri sorumlu olur. Sahipsiz mallar bakımından da aynı geçerlidir<sup>25</sup>. Zarara sebep olan taşkınlıktan sonra malik değişirse, zarardan eski malik sorumlu olur, yeni malik sorumlu olmaz<sup>26</sup>.

Taşınmaz malikinin sorumluluğunda tazminat talep edebilecek kişi yani zarar gören, komşudur. Komşu kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu bağlamda komşu, bitişik taşınmaz ile sınırlı değildir; mülkiyet hakkının taşkın kullanımından etkilenen, onlarla birlikte yaşayan, taşınmazı bir sınırlı aynı hakka veya şahsî hakka dayalı olarak kullanan, taşınmaza zilyet olanlar da zarar gördükleri takdirde talep hakkına sahiptirler. Fakat tesadüfen bir taşınmazda bulunan veya oradan geçen kimse, komşu sıfatını kazanmaz<sup>27</sup>. Baz istasyonu sebebiyle zarar görenler kural olarak baz istasyonu çevresinde yaşayan ve elektromanyetik dalgalara maruz kalan kişiler, başka bir deyişle üzerinde baz istasyonu kurulu olan taşınmaza komşu olanlardır.

Taşınmaz malikinin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için; taşkın bir kullanım olmalıdır. Bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı, mülkiyetin kanunî sınırları dışında kullanılırsa taşkınlık gerçekleşmiş olur. Örneğin; komşuluk hukukundan doğan ödevlerini çiğneyen malik, mülkiyet hakkını taşkın kullanmış olur. Patlayıcı maddeler bulunan yerde koruyucu önlemler almak gerekir. Benzer olarak belirli bir yükseklikten fazla inşaat yapılmamalı, malik kendi arazisinde kazı veya inşaat yaparken komşu arazideki binanın yıkılmasına yahut temelinin kaymasına veyahut çatlmasına neden olacak eylemler yapmamalıdır. Taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanılması, taşınmazın kullanılması veya işletilmesine ilişkin olmalıdır. Taşkınlık, taşınmaz malın sınırlarını aşarak etkilerini başka bir taşınmaz üzerinde göstermelidir. Zarar gören kişi bu zarara, zarar veren taşınmazın sınırları içinde uğrarsa TMK md 730 çerçevesinde sorumluluk doğmaz. Mülkiyet hakkının kötüye kullanımı da taşkınlık doğurabilir. Taşkınlık, bir insan davranışı sonucu doğmalıdır. Salt tabiat olaylarından doğan zararlar, taşınmaz malikinin sorumluluğuna yol açmaz<sup>28</sup>.

Taşınmaz malikinin sorumluluğunun gerçekleşmesi için mülkiyet hakkının taşkın kullanımı sonucunda zarar oluşması gerekir. Zarar yoksa sorumluluk

---

<sup>25</sup> Ertaş, s. 400; Eren, Borçlar, s. 686; Eren, Mülkiyet, s. 479, 480.

<sup>26</sup> Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 660, 661; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 596.

<sup>27</sup> Ertaş, s. 399, 400; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 601, 658, 659; Eren, Borçlar, s. 687; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 600; Eren, Mülkiyet, s. 477, 478; Tandoğan, Mesuliyet, s. 211; BGE 55 II 243; BGE 79 I 199; BGE 81 II 439; BGE 99 II 183.

<sup>28</sup> Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 654; Eren, Borçlar, s. 687- 692; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 599; Tandoğan, Mesuliyet, s. 208; Petek, s. 463; İmre, s. 185, 186.



da doğmaz. Bu zarar komđu taşınmaza yönelik fiziki bir zarar şeklinde veya doğrudan bitişik taşınmaza yönelik olamayan zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin; şehir merkezinde insanları rahatsız edecek şekilde kanunî sınırlamaların ötesinde aşırı gürültü ve aşırı koku yayılması sorumluluğa yol açabilir. Baz istasyonları bakımından da zarar, baz istasyonun yaydığı elektromanyetik dalganın kişinin vücut bütünlüğünde bozulmaya yol açması ve bu sebeple de tedavi görme zaruretinin ortaya çıkması şeklinde olabilir.

Taşınmaz malikinin sorumluluğuna sebep olan taşkınlık maddi nitelikte olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir. Örneğin; toz, duman, kurum maddi nitelikte taşkınlık iken; komđu bina olan akıl hastanesindeki akıl hastasının bir eve doğru sürekli bir şekilde taciz edici bakışları da manevi taşkınlık olarak kabul edilebilir. Buna göre psikolojik baskı oluşturan taciz edici her türlü davranış ve durum da manevi taşkınlık niteliğindedir<sup>29</sup>. Nitekim baz istasyonları bakımından “manevi taşkınlık” konusunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar psikolojik stres unsurunu kabul etmesi bakımından dikkate değer bir karardır <sup>30</sup>. Karara konu olayda davacının kızı önceden kanser rahatsızlığı yaşamıştır. Bu sebeple endişeli olan aile, evin karşısındaki boş arsaya baz istasyonu kurulması sonucu hastalığın nksedeceğinden korkmuştur. Davacılar, bu istasyonun kurulması sonucu psikolojik olarak hayatlarının etkilendiğini, sürekli bir endişe içinde yaşadıklarını beyan ederek istasyonun kaldırılması talebinde bulunmuşlardır. Yapılan incelemeler sonucu baz istasyonu limit değerler içerisinde faaliyet gösterse de, Mahkeme tarafından; para ile ölçülebilen bir zarar doğmasa dahi baz istasyonun yakınlığı, başka bir yerde kurulması olanağı olması ve davacının kızının rahatsızlığı sebebiyle ailenin yaşadığı psikolojik stres ile tedirginlik ve istasyonun zarar verme tehlikesi nazara alınarak zararın oluştuğu kabul edilmiş ve baz istasyonunun bulunduğu yerden kaldırılması yönünde hüküm kurulmuştur. Kararın gerekçesinde GSM operatörünün sorumluluğunun TMK md 737 sebebiyle doğduğu ifade edilmiştir. Bu karar ile Yargıtay aslında hem manevi taşkınlığa örnek vermiş hem de somut olarak maddi zarar doğmasa da manevi zararın oluştuğuna hükmetmiştir.

Sorumluluğun doğması için zararın yanı sıra söz konusu işin hukuka aykırı olması ve zarar ile mülkiyet hakkının taşkın kullanımı arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Taşkın kullanımı ile zararın, yani illiyet bağının varlığını ispat yükü, zarar gören üzerindedir. İlliyet bağının kesildiği durumlarda sorumluluk

---

<sup>29</sup> Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 600; Aydncık Midyat, şirin; Taşınmaz Malikinin İnaşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komđu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu, İHFMM, Cilt: LXXV, Sayı: 2, İstanbul, 2017, s. 609-658, s.644 .

<sup>30</sup> T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/4-147, K. 2012/327, T. 30.5.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 20.08.2019).

ortadan kalkacağından bunun gerçekleştiğini ispat yükü de sorumlu olana düşecektir<sup>31</sup>. Baz istasyonu sebebiyle bir zarar meydana geldiğinden hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olur. Ayrıca istasyonun zarara sebebiyet vermesi taşkınlık teşkil ettiğinden illiyet bağının kurulması sonucu baz istasyonu sebebiyle taşınmaz malikinin sorumluluğuna gidilebilir.

Taşınmaz malikinin sorumluluğu halinde eski hale getirme, tazminat ve tehlikenin giderilmesi şeklindeki üç hukuki yoldan biri tercih edilebilir. Taşkın kullanım sebebiyle maddi ve/veya manevi zarar meydana geldiğinde tazminat davası ile bunun giderilmesi sağlanabilir. Eğer taşkınlık halen devam ediyorsa tazminat davası ile birlikte eski hale iade davası da açılabilir. Bununla birlikte baz istasyonları bakımından daha önemli nitelik arz eden yol tehlikenin önlenmesi davası olabilir. Bu dava sayesinde, tehlikeye maruz kalan kişi, zarar meydana gelmeden önce de bir önleme davası açarak tehlikenin giderilmesini talep edebilir<sup>32</sup>.

## D. YARGITAY UYGULAMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay'ın baz istasyonlarına ilişkin kararları incelendiğinde 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun kabulünden önce baz istasyonları ile ilgili kararlarını TMK md 730 ve devamı hükümlerine dayandırdığı görülmektedir. Bu kararlara<sup>33</sup> göre; zarar görenler veya zarar görme tehlikesi

---

<sup>31</sup> Ayiter, s. 146, 147; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 598, 599, 650 vd; Ertaş, s. 392, 393, 394; Eren, Borçlar, s. 683- 685; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 598, 599; Eren, Mülkiyet, s. 467 vd; Tandoğan, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 204; İmre, s. 185- 188.

<sup>32</sup> Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 661, 662, 663; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 594- 596; Eren, Mülkiyet, s. 463, 481- 483.

<sup>33</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2010/4719, K. 2010/7549, T. 22.6.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2010-4719.htm>, (Erişim tarihi: 30.05.2019). Benzer yönde bir karar için bkz. T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2005/11132, K. 2005/10972, T. 17.10.2005, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2005-11132.htm>, (Erişim Tarihi: 13.06.2019); T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/2954, K. 2004/10516, T. 27.9.2004, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2004-2954.htm>; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2007/12688, K. 2008/11813, T. 14.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2007-12688.htm>; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/4841, K. 2008/14685, T. 27.11.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2008-4841.htm>; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/1554, K. 2008/11727, T. 13.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2008-1554.htm>; T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2011/12378, K. 2012/1470, T. 15.2.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/1hd-2011-12378.htm>; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/6419, K. 2008/8094, T. 12.6.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2008-6419.htm>; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/6419, K. 2008/8094, T. 12.6.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2008-6419.htm>; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/16434, K. 2004/971, T. 29.1.2004, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2003-16434.htm>; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/1554, K. 2008/11727, T. 13.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2008-1554.htm>; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/1554, K. 2008/11727, T. 13.10.2008, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2008-1554.htm>, (Erişim Tarihi:15.08.2019).

bulunanlar, konut ve iş yerlerine yakın kurulan baz istasyonlarının insan sağlığı ve çevre açısından zarara yol açtığı gerekçesiyle kaldırılmasını talep edebilirler. Kararlara konu olaylarda uyumsuzluğun, baz istasyonlarının kullanılmasının bir zarara yol açıp açmadığına bakılmaksızın onların kaldırılmasına veya zarar etkilerinin azaltılmasına yönelik alınacak önlemler ile zararın doğduğu hallerde bunların tazmini meselelerinde yoğunlaştığı görülmektedir.

Yargıtay'ın baz istasyonlarının kurulmasına ve kullanılmasına ilişkin yaklaşımı, modern dünyanın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiş olan cep telefonları ile haberleşmeyi sağlayan tesisler olması, cep telefonlarını kullanabilmek için bu tesislerin varlığının zorunlu olması ve bu tesisler sayesinde kitlelerin cep telefonu kullanma hizmeti aldıklarından ve iletişim sağlayabildiklerinden bu tesislerin sunduğu hizmet kamu yararı taşıdığı şeklindedir<sup>34</sup>.

Baz istasyonlarının kurulması her ne kadar kamu yararı özelliği taşısa da sunulan bu hizmet sonucunda şayet bir zarar oluşursa, Yargıtay bu zarardan sorumluluğun doğacağını, bunun bir kusursuz sorumluluk hali olduğunu, bu sorumluluğun baz istasyonu işletmesinin ağır tehlike doğurmaya müsait yapısından kaynaklandığını tespit etmektedir<sup>35</sup>. Yargıtay'ın bu dönemki kararlarında<sup>36</sup> sorumluluğun doğmaması bakımından baz istasyonunun insana ve çevreye zarar vermediğine, söz konusu insan ve çevre zararının tesis işletmesinden kaynaklanmadığını, bu noktada özellikle baz istasyonunun ilgili yönetmeliğe uygun bir biçimde kurulduğunu ve işletildiğini, kanuni sınırlar dışında tesisin radyasyon yaymadığını, dahası zararın bu tesisin faaliyetinden doğmadığını ispat edilmesini aramaktadır.

Baz istasyonlarının verdiği zararlar sebebiyle doğacak sorumlulukla ilgili ayrıntılı değerlendirmeler içeren bir kararında Yargıtay<sup>37</sup>, baz istasyonlarını haberleşme hizmetinin sağlanmasında önem taşıyan bir tesisi olarak değerlendirmiş ve bu hizmetin sağlanmasının bir kamu hizmeti olduğu, bu hizmetin görülmesinde de kamu yararının bulunduğunu açıkça vurgulamıştır.

---

<sup>34</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/1554, K. 2008/11727, T. 13.10.2008; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2003/16434, K. 2004/971, T. 29.1.2004; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/6419, K. 2008/8094, T. 12.6.2008; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019).

<sup>35</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/2954, K. 2004/10516, T. 27.9.2004; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2007/12688, K. 2008/11813, T. 14.10.2008; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/1554, K. 2008/11727, T. 13.10.2008; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files>, (Erişim Tarihi: 30.05.2019).

<sup>36</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2007/12688, K. 2008/11813, T. 14.10.2008; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2008/1554, K. 2008/11727, T. 13.10.2008; T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2004/2954, K. 2004/10516, T. 27.9.2004; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files>, (Erişim Tarihi: 30.05.2019).

<sup>37</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2010/4719, K. 2010/7549, T. 22.6.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2010-4719.htm>, (Erişim tarihi: 30.05.2019).

Fakat bu kamu hizmetinin sunulması suretiyle elde edilen yarar ile oluşabilecek zararın dengelenmesi de gerekir. Yargıtay'a göre elde edilebilecek hiçbir yarar, insan yaşamından daha değerli olmadığı gibi, sunulan hizmet kamu yararı özelliği taşıya bile kişilere zarar verilmesinin hoş görülemeyeceğini; bu noktada elde edilen yarar ile insan yaşamı üzerinde meydana gelebilecek zarar karşılaştırıldığında; ikincisine öncelik sağlanması gerektiğini ifade etmektedir.

Kararda yapılan tespite göre; bir istasyonun çalışması sonucu zarar meydana gelirse, istasyonun kanunî düzenlemelere uygun faaliyet gösteriyor olması bu zarardan sorumlu olunmayacağı ve faaliyete bu sınırlar içinde serbestçe devam edilebileceği anlamına gelmez. Kanuni düzenlemelere uygun faaliyet gösterilse bile sorumluluk doğabilecektir. Baz istasyonu, kanuni düzenlemelerde yer alan sınırlamalara uygun faaliyet göstermiyorsa zaten sorumluluğun doğacağı aşikârdır.

Yargıtay ilgili kararda sorumluluğun doğup doğmadığını irdelerken, tesisin yönetmelikteki değerlere uygun faaliyet göstermesinin, zararın oluşmasına yol açıp açmayacağını belirlenmesinde ölçü olmadığını, ayrıca radyasyon ölçüm sonuçlarının düşük olmasının zararın doğmayacağını göstermeyeceğini, bilakis istasyonun bulunduğu mevkiinin diğer konut ve işyerlerine yakınlığının da nazara alınması gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim söz konusu kararda, ayrıntılı gerekçeler ile baz istasyonun bulunduğu yerden kaldırılarak konut ve işyerlerine daha uzak bir mevkiye taşınmasına karar vermiştir.

Yargıtay, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun kabulünden önce baz istasyonlarının verdiği zararlar sebebiyle açılan davalarda sorumluluğu TMK md 730 temelinde ele almakta ve sorumlu kişiyi de taşınmaz maliki olarak değerlendirmektedir. Buna karşılık 2007'de verdiği bir kararında<sup>38</sup> ise TMK md 730 temelinde taşınmaz malikinin yanı sıra tehlike sorumluluğu belirlemesi yaparak baz istasyonu operatörünü (GSM) sorumlu tutmaktadır. Bu kararda dikkat çekici husus, TBK md 71 hükmü o tarihte henüz kabul edilmemiş olmasına rağmen, baz istasyonlarına ilişkin sorumluluğun tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmesidir. Bu tarihte baz istasyonları bakımından genel anlamda tehlike sorumluluğu düzenlenmediğinden Yargıtay'ın 01.07.2012 tarihinden önce verdiği kararlar, *de lege ferenda* bir bakış açısı ile ileriye görmesi açısından etkileyici olsa da hukukî dayanaktan yoksundur. Çünkü kusursuz sorumluluk halleri, kanunilik ilkesinden hareketle yalnızca kanunda sayılanlar ile sınırlıdır<sup>39</sup>. Kanunda düzenlenen kusursuz

---

<sup>38</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 2007/1801, K. 2007/15148, T. 29.11.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2007-1801.htm>, (Erişim Tarihi: 13.06.2019).

<sup>39</sup> Schöenberger, Beat; Hrsg: Sutter-Somm, Thomas/ Hafner, Felix/ Schmid, Gerhard/ Seelmann, Kurt; Generalklausel für die Gefaehrdungshaftung- ein sinnvolles Reformvorhaben?, Risiko und Recht, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004, Basel,

sorumluluk hallerinden başka bir kusursuz sorumluluk halinin yargı kararları ile getirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple Yargıtay'ın, tehlike sorumluluğunu düzenleyen TBK md 71 hükmünün kabulünden önce tehlike sorumluluğu belirlemesi yaparak verdiği kararlar, olması gereken hukuk açısından yerinde olsa dahi, hukukî temelden yoksundur.

### **III. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU SONRASI SORUMLULUĞUN BELİRLENMESİ**

#### **A. GENEL OLARAK**

Tehlike sorumluluğu, 2012 yılında Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü ile md 71'de ilk kez genel bir hükümlerle düzenlenmiştir. Bu hüküm ile genel olarak tehlike sorumluluğunun şartları ortaya konulmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu md 71 ile tehlike sorumluluğu genel bir hükümlerle düzenlenmeden önce, tehlike sorumluluğu halleri yalnızca özel kanunlar ile düzenlenmiştir.

Kusur sorumluluğu, haksız fiil hukukunun temelidir. 19. yüzyılda sanayi ve bilimin gelişmesi sonucu kusur sorumluluğunun yetersiz kalması ile birlikte "tehlike ilkesi"ne dayanan kusursuz sorumluluklar kabul edilmeye başlanmıştır. Fakat kusursuz sorumluluklar sınırlı sayı ilkesine tabidir ve yalnızca Kanunda sayılan ile sınırlıdır. 6098 sayılı Kanun'un kabulünden önce GSM operatörleri bakımından uygulanabilecek bir kusursuz sorumluluk hükmü bulunmamaktadır. 01.07.2012'de yürürlüğe giren TBK md 71 ile tehlike ilkesine dayanan bir kusursuz sorumluluk düzenlenmiştir. Baz istasyonlarının oluşturabileceği zarar tehlikesi sebebiyle bu istasyonlardan doğan sorumluluğun TBK md 71 hükmü çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği aşağıda inceleme konusu yapılacaktır. Ayrıca zarar görenin aynı zamanda taşınmaz makilinin sorumluluğuna gidip gidemeyeceği husus da bu başlık altında incelenecektir.

---

2004, s. 171-194, s. 177 vd, 192; Schlüchter, Fabio; Haftung für Gefährliche Tätigkeit und Haftung ohne Verschulden- das italienische Recht als Vorbild für das schweizerische?, Bern und Stuttgart, 1990, s. 320, 321; Wagner, Gerhard; Herausgeber: Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roand/ Oetker, Hartmut, Redakteur: Habersack, Mathias, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5, 6. Auf., München, 2013, s. 1772, 1773; Schaub, Renate; Herausgeber: Prütting, Hanns/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gert, BGB Kommentar, 9. Auf., 2014, s. 1747; Erişgin, Nuri; Derleyen: Çiğdem Kırcı, Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2013, s. 59- 101, s. 64, 65, dn 22; Büyüksağış, Erdem/ van Boom, Willem H.; Strict Liability In Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities and Their Risks, Georgetown Journal Of International Law, V.44, 2013, s. 609- 640, s. 616- 619; Furrer, Anderas/ Müller- Chen, Markus; Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 2008, s. 379; Üçışık, Güzin; Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28- 29 Mayıs 2009, GÜHF, Ankara, 2009, s. 127- 145, s. 138.

## B. ZARAR GÖRENİN GSM OPERATÖRÜNE DOĞRUDAN BAŞVURMASI SORUNU

TBK md 71 gereğince sorumluluğun doğması için önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti, bu faaliyet sonucu tipik tehlikenin gerçekleşmesi, tipik tehlike sonucu zararın doğması, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti ile zarar arasında illiyet bağı olması ve bu faaliyetin hukuka aykırı olması gerekir. Zarar doğduğunda işletme sahibi ve işleten müteselsilen sorumlu olurlar<sup>40</sup>. GSM operatörünün sorumluluğu bakımından çoğu zaman işletme sahibi ile işleten aynı kişidir.

Baz istasyonlarının kurulması ve işletilmesinin TBK md 71 anlamında sorumluluğu doğurabilecek bir faaliyet olup olmadığı ve aynı zamanda doğabilecek zarar sebebiyle GSM operatörüne doğrudan başvurma imkânının bulunup bulunmadığı TBK md 71 hükmündeki şartların değerlendirilmesi ile belirlenebilir.

Tehlike sorumluluğunun ilk şartı; önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyetinin varlığıdır. Bir işletmenin başlı başına niteliği veya yürüttüğü faaliyet ya da bu esnada kullanılan malzeme, araç veya güçler, henüz fiilen tehlike yaratmamış olsa da, uzman bir kişiden beklenebilecek her türlü özene rağmen, sık sık veya ağır zarar tehlikesi yaratmaya elverişli nitelikte ise önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet olarak kabul edilir<sup>41</sup>. Önemli ölçüde tehlike arz etme, fiilen bir tehlike yaratılmış olması anlamına gelmez. İşletmenin niteliği veya işletmenin faaliyeti sırasında kullanılan araç gereçlerin bir başka kişinin beden veya malvarlığı bütünlüğü üzerinde tehlike yaratmaya ve zarar vermeye elverişli olması şeklinde yorumlanmalıdır<sup>42</sup>.

Baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalgaların insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri, baz istasyonunun kurulduğu yere, baz istasyonunun yaydığı elektromanyetik dalga şiddetine, bu şiddete maruz kalma süresine, baz istasyonuna yakınlığa göre değişkenlik gösterebildiğinden baz istasyonun

---

<sup>40</sup> Eren, Borçlar, s. 521, 522; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, C: II, İstanbul, 2012. s. 3; Erişgin, md 71, s. 66, 67; Tiftik, Mustafa; Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara, 2005, s. 21.

<sup>41</sup> Köndgen, Johannes; Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefaehrdungshaftung, Berlin, 1976, s. 27, 28, 35; Fuchs, Maximilian; Deliktsrecht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefaehrdungshaftung, 7. Auf., Heidelberg, 2009, s. 233, 235, 236; Fedtke Jörg/ Magnus, Ulrich; Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., Germany, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 147- 176, s. 166; Widmer, Pierre; Switzerland, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, ECTIL, Helmut Koziol (Eds.), The Hague, London, New York, 2002, s. 323-350, s. 330, 331, 332, 333, 341.

<sup>42</sup> Oğuzman/ Öz, s. 186, 187.

kurulması ve işletilmesi, henüz fiilen tehlike yaratmamış olsa da, uzman bir kişiden beklenebilecek her türlü özene rağmen, zarar tehlikesi yaratmaya elverişli niteliği sebebiyle TBK md 71 bağlamında önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti olarak değerlendirilebilir.

TBK md 71 bağlamında sorumluluğun doğması için ikinci şart; işletme faaliyeti sonucu tipik tehlikenin gerçekleşmesidir. Türk Borçlar Kanunu'na kaynaklık eden Widmer/ Wessner Tasarısında tipik tehlike kriteri, karakteristik rizikonun gerçekleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu işletme faaliyetinde kullanılan malzeme veya güçlerden doğan özel tehlikeler tipik tehlike anlamına gelir<sup>43</sup>. Baz istasyonunun tipik tehlikesi, faaliyeti esnasında cep telefonları ile baz istasyonu arasında iletişimi sağlamak için kullanılan elektromanyetik dalgaların yarattığı tehlikedir. Yani baz istasyonun kendisinin inşa edilmiş olması yapı olarak "tipik tehlike"yi oluşturmamakta, bilakis söz konusu istasyonun devreye alınması ve faaliyetini sürdürdüğü sırada yaymış olduğu elektromanyetik dalgalar tipik tehlikeyi oluşturur. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu baz istasyonlarından yayılan elektromanyetik radyasyon değerlerinin 7/24 izlenmesi amacıyla bir proje yürütmektedir. Bu proje çerçevesinde okul, üniversite, hastane gibi yaşam alanlarının yakınına kurulan ölçüm cihazları ile sürekli ölçüm yapılmakta ve veriler online olarak BTK'nın web sitesinden yayınlanmaktadır. Bu denetimin sürekli olması da tipik tehlikenin gerçekleşme ihtimalini arttırmaktadır.

Sorumluluğun doğması bakımından bir diğer şart da; tipik tehlike sebebiyle zararın doğmasıdır. Tazminat hukukunun temel ilkelerinden biri olarak zarar yoksa sorumluluk da yoktur. Tehlike sorumluluğu bakımından tazminatın söz konu olması için tipik tehlike sonucu bir zarar doğması gerekir. Bu zarar da işletmenin faaliyetinden doğmalıdır. Baz istasyonlarının tipik tehlikesi, elektromanyetik dalgalardır. Zarar da bu elektromanyetik dalgalar sonucu yayılan radyasyon sebebiyle, kişinin beden bütünlüğünün etkilenerek zedelenmesi veya bozulması sonucu maddi ve manevi kayba uğramasıdır. Bu zararın ortaya çıkması ve tazmin edilmesinin gerekmesi TBK md 71 anlamında sorumluluğu ortaya çıkarmaktadır.

Tehlike sorumluluğu çerçevesinde aranan dördüncü şart; önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti ile zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Illiyet bağının bulunmadığı durumlarda sorumluluk doğmaz<sup>44</sup>. Şayet zararın,

---

<sup>43</sup> Köndgen, s. 27, 28, 35; Fuchs, s. 233, 235, 236; Fedtke/ Magnus, s. 166; Widmer, s. 330, 331, 332, 333, 341.

<sup>44</sup> Erişgin, Nuri; Tehlike Bağı, AÜHFD, 49 (1-4), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/292/2662.pdf>, (E.T.: 27.06.2016), s. 137– 154, s. 137; Esser, Josef / Schmidt, Eike, Schuldrecht, Lehrbuch, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Auf., Heidelberg, 1984, s. 521 vd.; Oftinger, I, s. 70 vd.; Korkusuz, Mustafa Halit; Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki

GSM operatörü işletmesinin tipik tehlikesinin gerçekleşmesi sonucu, başka bir deyişle GSM operatörünün yaydığı elektromanyetik dalgalar sebebiyle oluştuğu bu alanda uzman olan kişiler tarafından söylenebiliyorsa illiyet bağı kurulmuş kabul edilir<sup>45</sup>.

TBK md 71 anlamında sorumluluğun doğması için son şart ise; hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesidir. Tipik tehlikenin gerçekleşmesi sonucu meydana gelen zarar, mutlak haklarda oluşmuşsa hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olur. Beden bütünlüğü veya malvarlığında bir zarar meydana gelmesi, mutlak haklarda oluşan zarar olarak değerlendirilir<sup>46</sup>. Baz istasyonun faaliyeti sonucu meydana gelen tipik tehlikenin, kişinin beden bütünlüğünde veya malvarlığında zarar oluşturduğu durumlarda hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmiş olur.

Tehlike sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen sorumluluk tipleri içinde doğası gereği en ağır sorumluluk türüdür. Sorumluluğun doğması bakımından sorumlu kişilerin kusurlu veya gözetim ve denetim ödevini ihlal etmesi aranmaz. Zira sorumluluk, yürütülen faaliyetin mahiyetinden doğar.

Gelişen teknoloji içerisinde tehlike sorumluluğu alanına giren iş kolları ve işletme türleri hızla artmaktadır. Bu işletme türlerinden birini de GSM operatörlerinin kurduğu baz istasyonları oluşturmaktadır. Baz istasyonları artık toplumsal koşullar içerisinde vazgeçilmez bir duruma gelmiştir. Çünkü baz istasyonlarına duyulan ihtiyacın artması ile baz istasyonlarının sayısı da artmış, bununla bağlantılı olarak baz istasyonlarının oluşturduğu tehlike de doğru orantılı bir şekilde artmıştır. Baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalgaların insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olabileceği ileri sürülmektedir<sup>47</sup>. Baz istasyonlarının yaydığı radyasyona uzun süre maruz

---

Yeri, DÜHFD, C. 15-16, S. 22-23-24-25, 2010- 2011, s. 89- 99, s. 93; Brehm, Roland; Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. überarbeitete Auflage, 2013, s. 69.

<sup>45</sup> Erişgin, Tehlike Bağı, s. 143- 145; Erişgin, md 71, s. 85, 86; Widmer, s. 330, 331; Schönerberger, s. 176.

<sup>46</sup> Eren, Borçlar, s. 609, 610; Furrer/ Müller- Chen, s. 309, 310; Oftinger, I, s. 128- 129; Tandoğan, Mesuliyet, s. 18 vd; Atamer, Yeşim M.; Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, 1996, s. 27.

<sup>47</sup> Çerezci, Osman/ Kartal, Zerrin/ Pala, Kayıhan/Türkkan, Alpaslan; Edt: Türkkan, Alpaslan, Elektromanyetik Alan ve Sağlık Etkileri, Bursa, 2012; II. Elektromanyetik Alanlar ve Etkileri Sempozyumu, Çevre ve İnsan Sağlığı İçin Emanet 2013, 8-9 Kasım 2013, İstanbul, 2014; Çerezci, Osman/ Şeker, Selim; Baz İstasyonları Nerelere ve Nasıl Kurulmalıdır?, Eleco 2014 Elektrik – Elektronik – Bilgisayar ve Biyomedikal Mühendisliği Sempozyumu, 27 – 29 Kasım 2014, Bursa, 2014, s. 7-11; Güler, İnan/ Çetin, Tamer/ Özdemir, A. Rıza / Uçar, Nedim; Türkiye Elektromanyetik Alan Maruziyet Raporu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı, 2010; Türkkan, Alpaslan; Elektromanyetik Alanlar, Sağlık ve Korunma, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt 19, Sayı 3, Ankara, 2010, s. 114- 117; Baz İstasyonları ve Sağlık, <http://www.bthk.org/tr/tuketici/baz-istasyonlari-ve-saglik>, (Erişim



kalmanın da zarara yol açabileceği ifade edilmektedir.

Baz istasyonları, gerekli şartları taşıması halinde hukuki olarak kurulmasına izin verilen işletmelerdir. Baz istasyonunun işletilmesinde toplumun menfaati olsa da bu faaliyetten asıl menfaat elde eden işletme sahibi, başka bir deyişle söz konusu baz istasyonunun sahibi GSM operatörüdür. Baz istasyonlarından da, diğer tehlike sorumluluğu alanına giren faaliyetler gibi, topluma sağladığı fayda sebebiyle vazgeçilememektedir. Toplumun fayda sağlamış olması, oluşabilecek bir bedensel zararın tazminine engel oluşturmamalıdır. Kanaatimizce baz istasyonunun işletilmesi sebebiyle yüksek bir gelir elde eden GSM operatörünün bu faaliyetler sonucu elde ettiği nimetler karşısında baz istasyonları sebebiyle bir bedensel zarar meydana geldiğinde bunun oluşturacağı külfetlere de katlanması gerekir<sup>48</sup>.

TBK md 71 hükmünde yer alan şartlar gerçekleştiğinde baz istasyonun işletilmesi sebebiyle doğan zararların tazmini bu hüküm çerçevesinde mümkün

---

Tarihi: 01.10.2019); Establishing A Dialogue On Risks From Electromagnetic Fields, Radiation and Environmental Health Department Of Protection Of The Human Environment World Health Organization, Geneva, Switzerland, 2002, Electromagnetic Fields and Public Health: Mobile Phones, <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/electromagnetic-fields-and-public-health-mobile-phones>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019); What Are The Health Risks Associated With Mobile Phones And Their Base Stations?, <https://www.who.int/features/qa/30/en/>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019); Electromagnetic Fields and Public Health, Base Stations and Wireless Technologies, <https://www.who.int/peh-emf/publications/facts/fs304/en/>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019); Ahlbom, Anders/Feychting, Maria/ Green, Adele C/ Kheifets, Leeka / Savitz, David A/Swerdlow, Anthony J.; Epidemiology of Health Effects of Radiofrequency Exposure, ICNIRP (International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection) Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspectives, Volume: 112, Number: 17, 2004, s. 1741- 1754; Ahlbom, Anders/Feychting, Maria/ Green, Adele C/Kheifets, Leeka / Savitz, David A/Swerdlow, Anthony J.; Epidemiologic Evidence On Mobile Phones and Tumor Risk: A Review, ICNIRP Sci Review, Epidemiology Volume: 20, Number: 5, 2009, s. 639-652; Swerdlow, Anthony J./ Feychting, Maria/Green, Adele C/ Kheifets, Leeka/Savitz, David A; Mobile Phones, Brain Tumours and the Interphone Study: Where Are We Now?, International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspect, Volume:119, Number: 11, 2011, s. 1534-1538; Sienkiewicz,Zenon/ van Rongen, Eric/ Croft, Rodney/ Ziegelberger, Gunde/Veyret, Bernard; A Closer Look At The Thresholds Of Thermal Damage: Workshop Report By An ICNIRP Task Group, Health Physics, Volume: 111, Number: 3, 2016, s. 300-306; Ahlbom, Anders/Cardis, Elisabeth/ Green, Adele C/Linet, Martha/ Savitz, David A/ Swerdlow, Anthony J; Review of the Epidemiologic Literature on EMF and Health, ICNIRP (International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection) Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspectives, Volume: 109, Supplement: 6, 2001, s. 911- 933

<sup>48</sup> Çelik, Ahmet Çelik; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme İşletme Tehlikeleri Ve Tehlike Sorumluluğu, [http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/332\\_isletme-tehlikeleri-ve-tehlike-sorumlulugu.pdf](http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/332_isletme-tehlikeleri-ve-tehlike-sorumlulugu.pdf), (Erişim Tarihi: 07.10.2019); Uyumaz, Alper/ Tokat, Hüseyin; Demiryolu İle Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Akit Dışı Hukukî Sorumluluk, AÜHFD, Cilt: 65 Sayı: 3, 2016, s. 967-1022, s. 990; Tiftik, s. 17.

olabilecektir. Zarar tazmini bakımından önem taşıyan bir nokta TBK md 71/IV hükmüdür. TBK md 71/ IV hükmü gereğince “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.” hükümde geçen “faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş” ve “uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler” ifadelerinin nasıl yorumlanması gerektiği doktrinde son derece tartışılmış bir konudur. Kanaatimizce TBK md 71/I hükmü ile TBK md 71/IV hükmü bir bütün olarak yorumlanmalıdır. Buna göre tehlike sorumluluğunun söz konusu olduğu her halde TBK md 71/I hükmü uygulama alanı bulabilir. Bu noktada baz istasyonları ile ilgili sorumluluğun söz konusu olduğu her durumda TBK md 71 /I hükmü uygulanabilir. Baz istasyonunun mevzuatta düzenlenen limit değerler ve güvenlik mesafelerine uygun olarak kurulduğu ve işletildiği hallerde TBK md 71/IV hükmü de uygulama alanı bulabilir. Kanaatimizce TBK md 71/ IV hükmü ile kanunkoyucu bir fedakârlığın denkleştirilmesi düzenlemesi kabul etmeye çalışmaktadır. Bu kabulün arkasında da hali hazırda son derece riskli bir faaliyet yürüten, buna karşı bu faaliyet yoluyla kamuya bir hizmet sunan işletme sahibi ve işletenleri iktisaden bir nebze olsun koruma düşüncesi yer almaktadır. Buna göre baz istasyonu her türlü mevzuata ve standartlara uygun bir şekilde faaliyet gösterirken, bir eşya zararına sebebiyet verirse TBK md 71/IV hükmüne göre bu eşya zararı bakımından fedakarlığın denkleştirilmesi yoluna gidilmelidir. Fakat TBK md 71/IV hükmü baz istasyonunun faaliyeti sonucu doğan bedensel zararlar halinde uygulama alanı bulamaz. Çünkü fedakârlığın denkleştirilmesi sadece eşya zararları bakımından mümkündür. Anayasa ile de korunan yaşama hakkı ve beden bütünlüğü, korunması gereken en kutsal menfaattir. Bu değerler denkleştirmeye konu edilemez. Bu nedenle baz istasyonu, mevzuat ile öngörülen tüm önlemleri alarak ve standartlara uyarak faaliyet gösterse dahi, faaliyeti sonucunda bir bedensel zarar meydana gelirse sorumlular, bu zararı tümüyle tazmin etmelidir. Şayet baz istasyonu, mevzuat ile öngörülen limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uymaksızın faaliyet gösteriyorsa artık eşya zararları bakımında da fedakarlığın denkleştirilmesi gündeme gelmemeli ve baz istasyonun sahibi ve işleteni olan GSM operatörü hem eşya hem de beden zararlarını tümüyle tazmin etmelidir. Kanaatimizce bu şekilde, mevzuata uygun faaliyet gösteren GSM operatörleri ile göstermeyenler arasında objektif bir ayırım yapılmış olur ve gerekli önlemleri alan GSM operatörlerine kanunkoyucunun da niyeti doğrultusunda destek olunabilir. Bu durum mevzuata uygun faaliyet göstermeyen GSM operatörleri bakımından da, gerekli önlemleri almaları hususunda teşvik edici bir nitelik taşıyabilir.

### **C. ZARAR GÖRENİN AYNI ZAMANDA TAŞINMAZ MAKİLİNİN SORUMLULUĞUNA GİDİP GİDEMEYECEĞİ SORUNU**

Taşınmaz malikinin sorumluluğu kısmında<sup>49</sup> açıklandığı üzere mülkiyet hakkının taşkın kullanımı sonucu bir zarar meydana geldiğinde aynı hak sahipleri sorumlu olurlar. Baz istasyonlarının taşınmazlar üzerinde kurulma şekli bakımından bir değişiklik meydana gelmediğinden ve ayrıca TMK md 730 hükmünde baz istasyonlarından doğan sorumluluğu ortadan kaldıracak bir hüküm değişikliği de bulunmadığından 2012'den sonra da taşınmazları üzerine kurulmasına izin verdikleri baz istasyonları sebebiyle bir zarar meydana gelmesi halinde taşınmaz malikinin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür.

2012 yılında Türk Borçlar Kanunu'nun kabulü ile birlikte tehlike sorumluluğu öngörülmüş olduğundan, getirilen bu düzenleme GSM operatörüne doğrudan başvurunun yolunu açmıştır. Bu yeni düzenleme taşınmaz malikleri bakımından sorumluluğu daraltan veya kaldıran bir hüküm özelliğine sahip değildir. Bu sebeple zarar gören kişi dilerse TMK md 730 bağlamında taşınmaz malikine, dilerse TBK md 71 bağlamında GSM operatörüne veyahut da söz konusu hükümler çerçevesinde hem taşınmaz malikinin hem de GSM operatörünün birlikte sorumluluğuna başvurabilecektir. Zira TBK md 71 hükmünün uygulanması, TMK md 730 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmez. Doktrinde<sup>50</sup> de belirtildiği üzere İsviçre Federal Mahkemesi, TMK md 730 ile TBK md 69'a denk düşen hükümlerin somut olayda bir arada uygulanabileceğine hükmetmiştir. Bu karara göre; bir yapının bakım ve korumasındaki eksiklik sebebiyle komşu taşınmazın zarara uğraması halinde hem TMK md 730 hem de TBK md 69 hükümlerine gidilebileceğini içtihat etmiştir. Bu kararda da görüldüğü gibi GSM operatörünün faaliyetleri sonucu bir zarar meydana gelirse hem TBK md 71 sebebiyle GSM operatörüne, hem de TMK md 730 gereği baz istasyonunun üzerinde kurulduğu taşınmazın malikinin sorumluluğuna birlikte gidilebilir.

Zarar görenin hem taşınmaz malikini hem de GSM operatörünü birlikte sorumlu tuttuğu durumlarda GSM operatörü ile taşınmaz maliki bakımından müteselsil sorumluluğun doğduğu kabul edilmelidir<sup>51</sup>. Zira baz istasyonun

---

<sup>49</sup> Bkz. II.C.

<sup>50</sup> Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, s. 598, dn 1396.

<sup>51</sup> Müteselsil sorumluluk için bkz. Brehm, s. 625- 644, 688, 689; Oftinger, I, s. 335, 336; Eren, Borçlar, s. 1342- 1360; Oğuzman/ Öz, s. 436- 466; Dalcı Özdoğan, Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md.61 ve TBK md. 162 vd Hükümleri Bağlamında), Ankara, 2015, s. 64, 72; Gürsoy, Kemal Tahir; Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu; AÜHFD, Cilt: 30 Sayı: 1, Ankara, 1973, s. 57- 83, s. 57 vd.; Toker, Aylin; Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları, Yayınlanmamış Yüksekisans Tezi, Ankara, 2017, s. 101- 105, Koç, Nevzat; Türk Borçlar Kanununun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/>

işletilmesi suretiyle bir zarar doğmakta ve bu zarara sebep olanlar TBK md 61 anlamında söz konusu zarardan farklı hukuki sebeplerle sorumlu tutulmaktadır. Bu durumda taşınmaz maliki ve GSM operatörü, zararın tamamından sorumlu olmalıdır.

#### D. YARGITAY UYGULAMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Baz istasyonlarından doğan sorumluluğa ilişkin olarak Yargıtay'ın kararları incelendiğinde özellikle 2012 tarihinden önce verilen kararlarda baz istasyonlarından doğan sorumluluğun tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmeye başlandığı ifade edilmiştir<sup>52</sup>. De lege ferenda bir bakış açısı ile bu görüş takdire şayan görülsede hukuki temelden yoksun bir nitelik taşımaktaydı. Bu yönde yerleşik içtihat geliştirmiş olan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi idi. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, aynı yönde görüşünü 2011 yılındaki bir diğer kararında<sup>53</sup> da sürdürmüştür. 20.06.2011 tarihinde verdiği bir kararında<sup>54</sup> ise, baz istasyonunun mevzuatta belirtilen limit değerler içinde ve güvenlik mesafesine uygun olduğu gerekçesiyle baz istasyonunun kaldırılması talebini reddetmiştir. Benzer yönde bir diğer kararında<sup>55</sup> Yargıtay, aynı gerekçelerle baz istasyonunun kaldırılması talebini reddetmiştir.

TBK md 71'in kabul edilmesinden sonra verilen Yargıtay kararlarında GSM aleyhine açılan baz istasyonunun kaldırılması ve baz istasyonunun neden olduğu zararların tazminine yönelik davalarda<sup>56</sup> sorumluluğun belirlenmesi açısından

---

uploads/2014/01/18-Nevzat-KO%C3%87.pdf, (Erişim Tarihi: 05.10.2019), s. 1669- 1689, s. 1675- 1678, 1682; Kılıçoğlu, M. Ahmet; Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler, Türk Medeni Kanunu'nu Yürürlüğe Girişinin 80.Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretensdes Türkischen Zivilgesetzbuches (4-5. Oktober 2006), Ankara, 2007, s. 163- 183, s. 163- 165; Akartepe, Alpaslan; Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler Ve Değişiklikler, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, 2012, s. 159- 190, s. 184- 187; Kurt, Leyla Müjde; Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücû Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı, TBB Dergisi, S: 95, Ankara, 2011, s. 135- 162, s. 149, 150; Aşık, Sebanur; Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücû İlişkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 24- 33; Canbolat, Ferhat; Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2008, Y. 66, S.3, s. 68- 81, s. 69.

<sup>52</sup> Bkz. II.D.

<sup>53</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/2292, K. 2011/2156, T. 2.3.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2011-2292.htm>, (Erişim Tarihi: 05.11.2019).

<sup>54</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/7024, K. 2011/7211, T. 20.6.2011, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2011-7024.htm>, (Erişim Tarihi: 05.11.2019).

<sup>55</sup> T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2011/15711, K. 2012/907, T. 26.1.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/4hd-2011-15711.htm>, (Erişim Tarihi: 05.11.2019).

<sup>56</sup> T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2013/1882, K. 2013/3680, T. 12.3.2012; T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2012/13883, K. 2013/622, T. 18.1.2013; T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2017/448, K. 2017/9231, T.

11.12.2017; T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2014/25081, K. 2015/4282, T. 17.2.2015;

kriter olarak baz istasyonlarının ilgili Yönetmelik'e göre limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olarak işletilmekte olup olmadığı hususunu dikkate alınmıştır. Yargıtay'ın bir diğer kararında<sup>57</sup> sağlığa zarar verdiği iddiası ile davalı GSM şirketlerine ait baz istasyonlarının kaldırılması talebine ilişkin olarak verdiği bir kararında; baz istasyonunun 21.04.2011 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Yönetmelikte belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olup olmadığı ve ayrıca davacının sağlığında bir zarar oluşup oluşmadığının uzman bilirkişilerden alınacak raporlara göre belirlenmesini ve bu çerçevede karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. GSM operatörünün kurduğu baz istasyonunun kaldırılmasına yönelik açılan bir başka davada Yargıtay<sup>58</sup>, somut olaydaki baz istasyonunun mevzuata uygun kurulmuş olduğu ve davacının sağlığının bozulmasının baz istasyonundan kaynaklandığının bilimsel delillerle kanıtlanamadığı gerekçesiyle baz istasyonunun kaldırılması talebini reddetmiştir. Türk Borçlar Kanununun kabul edilmesinden sonra Yargıtay'ın kararına konu olan olaylarda, davaların doğrudan GSM operatörlerine yönelik olarak açıldığı, baz istasyonlarının kaldırılmasının talep edildiği ve doğan zararın da tazmininin istendiği görülmektedir. Yargıtay ise baz istasyonlarının kaldırılmasına ve zararın tazminine karar verilmesi bakımından bir ölçü getirmekte ve bu çerçevede baz istasyonunun kurulduğu yer bakımından ilgili Yönetmeliklerde öngörülen limit değerlerin ve güvenlik mesafelerinin uzman bilirkişilerce değerlendirilmesi sonucu alınacak raporlara göre karar verilmesini aramaktadır.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi ise verdiği kararında<sup>59</sup> daha geniş bir değerlendirme yapmakta; baz istasyonlarının toplum bakımından büyük fayda sağlayan işletmeler olsa da bu yarar karşılığında insanların zarar görmesinin kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır. Hiçbir hizmet, insan sağlığının korunmasından daha önemli olamaz. Hizmet kamuya yarar sağlasa dahi, insan sağlığına zarar veriyorsa bu durum nimet- külfet içerisinde değerlendirilemez. Bu sebeple tehlikenin varlığının saptanması halinde sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu karara göre baz istasyonlarının yaydığı

---

T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2016/5, K. 2019/3252, T. 9.4.2019; T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2015/5750, K. 2018/894, T. 8.2.2018; T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2016/8282, K. 2018/7704, T. 13.11.2018; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 07.10.2019).

<sup>57</sup> T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2012/13883, K. 2013/622, T. 18.1.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14hd-2012-13883.htm>, (Erişim Tarihi: 05.11.2019); T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2013/1882, K. 2013/3680, T. 12.3.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14hd-2013-1882.htm>, (Erişim Tarihi: 05.11.2019).

<sup>58</sup> T.C. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2016/596, K. 2018/5450, T. 11.9.2018, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/14hd-2016-596.htm>, (Erişim Tarihi: 05.11.2019).

<sup>59</sup> T.C. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E. 2013/2371, K. 2013/3777, T. 19.3.2013; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, (Erişim Tarihi: 07.10.2019).

radasyonun ilgili Yönetmelik'te belirtilen sınır değerlerinin altında olsa dahi sorumluluk, tehlike sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir. Benzer yönde bir diğer kararda<sup>60</sup> yer aldığı üzere baz istasyonunun para ile ölçülebilen bir zararı kanıtlanamamış olsa dahi, baz istasyonunun zarar verme ihtimali ve davacıların evine olan yakınlığı, bedensel olarak bir takım rahatsızlıklara yol açabileceğine ilişkin toplumdaki genel inanın davacılar da tedirginlik ve ümitsizlik yarattığı kabul edilerek baz istasyonunun kaldırılmasına karar verilmiştir.

Aynı yönde bir diğer karar da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiştir. Söz konusu karara<sup>61</sup> göre, evlerinin çok yakınına baz istasyonu kurulan davacılar derin bir kaygı ve umutsuzluk içerisinde buldukları gerekçesiyle baz istasyonunun kaldırılması talebiyle dava açmışlardır. Mahkeme Anayasa ile teminat altına alınan "Yaşama Hakkı"nın kutsallığına vurgu yaparak, bu hizmetin konutların bulunduğu bu alana bu denli yakın mesafede yapılmasında bir zorunluluk olmadığını belirtmiş ve "Yaşama Hakkı"nın en birincil hak olduğunu hatırlatarak tehdit altında olma tehlikesinin dahi iletişim hakkı gibi diğer Anayasal haklardan önce gözetilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Karara göre yaşam hakkının tehlikede olduğu hallerde diğer tüm temel hak ve hürriyetlerin de hiçbir değeri bulunmaz. Baz istasyonu mevzuatta öngörülen limit değerler ve güvenlik mesafelerine uygun olarak kurulsa ve işletilse dahi, zarar verenler sorumluluktan kurtulamaz. İşletme faaliyeti mevzuata uygun gerçekleştirilse dahi, zarar doğduğunda sorumluluk da doğar. Eğer baz istasyonu mevzuata uygun işletilmiyorsa hukuka aykırılık evleviyetle gerçekleşmiş olur. Karara göre bunun yanı sıra hâkim, yönetmeliklere göre değil, Kanuna, genel hukuk kurallarına ve sorumluluk ilkelerine göre karar vermelidir. Bu sebeple Yönetmeliğe bağlı olarak verilen sertifika, bağlayıcı olarak kabul edilemez.

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, her ne kadar Yönetmeliği ve orada öngörülen kriterleri ölçü alsada da Yargıtay 1., 8. Hukuk Daireleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "insan, yaşama hakkı" odaklı bir yorum ortaya koymakta, teknolojik gelişmelerin ve onun kullanılmasının toplum için fayda sağlasa da, bu fayda sağlamanın insan sağlığına zarar vermeyi haklı göstermeyeceği ve bu sebeple tüm mevzuata ve düzenleyici işlemlere uygun bir faaliyet bulunsada da baz istasyonunun işletilmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek zararların GSM operatörü tarafından tazmin edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Bu son kararlarda tespit edilen hususlar -karar gerekçesinde açıkça zikredilmemiş olsa da – bizim TBK md 71/IV'e ilişkin değerlendirmelerle örtüşmektedir. Bu sebeple

---

<sup>60</sup> T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E. 2014/25081, K. 2015/4282, T. 17.2.2015, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8hd-2014-25081.htm>, (Erişim Tarihi: 05.11.2019).

<sup>61</sup> T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/4-575, K. 2013/249, T. 20.2.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2012-4-575.htm>, (Erişim Tarihi: 05.11.2019).

GSM operatörü, düzenleyici işlemlerin tamamına uygun surette faaliyetlerini yürüttüğünü ileri sürerek tazminat ödemekten kurtulamayacaktır. Zira bedensel zararlar, hiçbir şekilde denkleştirmeye konu edilemez.

## SONUÇ

İletişimin önemli unsurları olan cep telefonları, mobil Wi-Fi modemleri ve GPRS uygulamaları günlük hayatın olağan bir parçası haline gelmiştir. İletişim araçlarının kullanımındaki hızlı yükseliş, bu iletişimin gerçekleşmesini sağlayan baz istasyonlarının sayısının da artmasına yol açmıştır. Baz istasyonları, insan yoğunluğunun yalnızca belirli dönemlerde arttığı yerlerde mobil istasyon olarak karşımıza çıkmakla birlikte çoğunlukla arazi veya bina üzerine sabit olarak kurulur. Baz istasyonlarının kurulmasına ilişkin standartlar, kanun gereği, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından belirlenir ve denetim de aynı kurum tarafından yürütülür.

Baz istasyonlarının çoğalması, bunların çevre ve insan sağlığı üzerinde uzun dönemde zarara sebep olup olmadığı tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Baz istasyonlarının zarar oluşturup oluşturmayacağı ve özellikle insan sağlığına olumsuz etkisinin olup olmayacağı, baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalga şiddetine bağlıdır. Zarar doğurma riskinin hiç bulunmadığını söyleyebilmek mümkün değilken, zararın oranını ne olacağı ve süreç içerisinde ne zaman ortaya çıkabileceği baz istasyonunun kurulduğu yere, baz istasyonunun yaydığı elektromanyetik dalga şiddetine, bu şiddete maruz kalma süresine, baz istasyonuna yakınlığa göre değişkenlik gösterebilmektedir.

Baz istasyonlarının zarara yol açması halinde sorumluluğun kime ait olacağı noktasında mevzuat ve uygulama farklılıklarını da dikkate alarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihi öncesi ve sonrası dönem şeklinde ikili bir ayırım yapmak gerekir.

TBK yürürlüğe girmeden önce baz istasyonlarının yol açtığı zararların tazminine ilişkin olarak mülkiyet hakkının içeriğine, komşu hakkına ve bu bağlamda TMK md 730 çerçevesinde taşınmaz malikinin sorumluluğuna gitmek mümkündür. Bu tür bir sorumluluk, baz istasyonunun bir "taşınmaz" üzerinde kurulduğu durumlarda söz konusu olur. TMK md 730 hükmünün amacı, taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanımı sebebiyle meydana gelebilecek zararın önlenmesi veya zarar ortaya çıktığında bu zararın giderilmesidir. TMK md 730 çerçevesinde zarardan sorumlu kişi maliktir. Sorumlu olmak için, mülkiyet hakkına sahip olmak yeterlidir, tapuda tescil işleminin yapılmış olması şart değildir. Bu çerçevede miras yoluyla taşınmazın intikali halinde sorumluluk mirasçılara ait olacaktır. Taşınmazın, elbirliği veya paylı mülkiyet ile birden fazla sahibi varsa, her biri zararın tamamından müteselsilen sorumlu olur. Baz istasyonu bir apartman üzerine, özellikle çatıya kurulmuşsa, çatı, kat

maliklerinin ortak kullanım alanına girdiğinden bir zarar doğması durumunda tüm kat malikleri bu zarardan müteselsilen sorumlu olurlar.

2012 öncesinde baz istasyonlarının yol açtığı zararların tazmini bakımından GSM operatörüne başvurulması, ancak haksız fiil (818 Sayılı BK. md.41) hükümleri çerçevesinde mümkündür. Zira sorumluluğa yol açacak kanunda düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk hali bulunmamaktadır. GSM operatörünün sorumluluğu için, baz istasyonunun kurulmasına ilişkin işlemin hukuka aykırı olması, GSM operatörünün kusurunun varlığı, zararın doğması ve illiyet bağının bulunması gerekir.

Yargıtay, 2012 öncesi dönem bakımından, GSM operatörüne yönelik davalarda haksız fiil sorumluluğu üzerinden değerlendirme yapmakta, hukuka aykırılık ve kusur unsurlarının gerçekleşmediği gerekçesiyle tazminat taleplerini GSM operatörleri bakımından reddetmekteydi. Buna karşılık baz istasyonlarının verdiği zararlar sebebiyle açılan davalarda sorumluluğu TMK md 730 temelinde ele almakta ve sorumlu kişiyi de taşınmaz maliki olarak değerlendirmekteydi. Hatta verdiği bir kararda Yargıtay, taşınmaz malikinin yanı sıra tehlike sorumluluğu belirlemesi yaparak baz istasyonu operatörünü (GSM) sorumlu tutmaktadır. Bu tarz “tehlike sorumluluğu” belirlemesi yapılarak verilen kararlar, olması gereken hukuk açısından yerinde olsa dahi, hukukî temelden yoksundur. Zira kusursuz sorumluluk halleri, kanunilik ilkesi gereğince sınırlı sayıdadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte, tehlike sorumluluğunu düzenleyen TBK. md.71 hükmünün baz istasyonlarının kurulması ve işletilmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek zararların tazmininde GSM operatörüne doğrudan başvurma imkânı getirip getirmediği önem kazanmıştır. Baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik dalgaların insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri, baz istasyonunun kurulduğu yere, baz istasyonunun yaydığı elektromanyetik dalga şiddetine, bu şiddete maruz kalma süresine, baz istasyonuna yakınlığa göre değişkenlik gösterebildiğinden baz istasyonunun kurulması ve işletilmesi, henüz fiilen tehlike yaratmamış olsa da, uzman bir kişiden beklenebilecek her türlü özene rağmen, zarar tehlikesi yaratmaya elverişli niteliği sebebiyle TBK md 71 bağlamında önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti olarak değerlendirilebilir. Bu durumda TBK md 71 hükmü çerçevesinde GSM operatörüne doğrudan başvurma ve tazminat talep etme imkanı vardır. GSM operatörünün sorumluluğu bakımından önem taşıyan husus, baz istasyonunun mevzuatta düzenlenen limit değerler ve güvenlik mesafelerine uygun olarak kurulduğu ve işletildiği hallerde, yani TBK md 71/ IV hükmünün uygulanmasının gündeme geldiği durumlarda, denkleştirmenin ancak eşya zararları bakımından mümkün olmasıdır. Buna karşılık faaliyet sonucunda bedensel zarar meydana gelirse, denkleştirmeye gidilmeksizin zararın tamamından GSM operatörü sorumlu olacaktır.



2012 sonrasında taşınmaz malikinin sorumluluğu konusunda, baz istasyonlarının taşınmazlar üzerinde kurulma şekli bakımından bir değişiklik meydana gelmediğinden ve ayrıca TMK md 730 hükmünde baz istasyonlarından doğan sorumluluğu ortadan kaldıracak bir hüküm değişikliği de bulunmadığından 2012’den sonra da taşınmazları üzerine kurulmasına izin verdikleri baz istasyonları sebebiyle bir zarar meydana gelmesi halinde taşınmaz malikinin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür.

Yargıtay, 2012 sonrası dönem bakımından, GSM operatörü aleyhine açılan baz istasyonunun kaldırılması ve baz istasyonunun neden olduğu zararların tazminine yönelik davalarda sorumluluğun belirlenmesi açısından kriter olarak baz istasyonlarının ilgili Yönetmelik’e göre limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olarak işletilmekte olup olmadığı hususunu dikkate almaktadır. Bu çerçevede baz istasyonunun kurulduğu yer bakımından ilgili Yönetmeliklerde öngörülen limit değerlerin ve güvenlik mesafelerinin uzman bilirkişilerce değerlendirilmesi sonucu alınacak raporlara göre karar verilmesini aramaktadır. Yargıtay daireleri farklı yaklaşımlar benimsemekle birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu “insan, yaşama hakkı” odaklı bir yorum ortaya koymakta, teknolojik gelişmelerin ve onun kullanılmasının toplum için fayda sağlasa da, bu fayda sağlamanın insan sağlığına zarar vermeyi haklı göstermeyeceği ve bu sebeple tüm mevzuata ve düzenleyici işlemlere uygun bir faaliyet bulursa da baz istasyonunun işletilmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek zararların GSM operatörü tarafından tazmin edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktadır. Tespit edilen bu hususlar, bizim değerlendirmelerimizle örtüşmektedir. Bu sebeple GSM operatörü, düzenleyici işlemlerin tamamına uygun surette faaliyetlerini yürüttüğünü ileri sürerek tazminat ödemekten kurtulamayacaktır. Zira bedensel zararlar, hiçbir şekilde denkleştirmeye konu edilemez.

Hiçbir ekonomik güç ve hiçbir teknolojik imkân ve onun kullanılması, insandan ve insan sağlığından daha kıymetli olamaz, olmamalıdır.

### **KAYNAKÇA**

**Abik, Yıldız;**

Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3-4, s. 145-186.

**Ahlbom, Anders/**

**Cardis, Elisabeth/**

**Green, Adele C/**

**Linnet, Martha/**

**Savitz, David A/**

**Swerdlow, Anthony J;**

Review of the Epidemiologic Literature on EMF and Health, ICNIRP (International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection) Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspectives, Volume: 109, Supplement: 6, 2001, s. 911- 933.

**Ahlbom, Anders/**

**Feychting, Maria/**

**Green, Adele C/**

**Kheifets, Leeka /**

**Savitz, David A/**

**Swerdlow, Anthony J.;**

Epidemiologic Evidence On Mobile Phones and Tumor Risk: A Review, ICNIRP Sci Review, Epidemiology Volume: 20, Number: 5, 2009, s. 639-652.

**Ahlbom, Anders/**

**Feychting, Maria/**

**Green, Adele C/**

**Kheifets, Leeka /**

**Savitz, David A/**

**Swerdlow, Anthony J.;**

Epidemiology of Health Effects of Radiofrequency Exposure, ICNIRP (International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection) Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspectives, Volume: 112, Number: 17, 2004, s. 1741-1754.

- Akartepe, Alpaslan;** Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler Ve Değişiklikler, EÜHFD, C. XVI, S. 1–2, 2012, s. 159- 190.
- Akkayan Yıldırım, Ayça;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFM, C. LXX, S.1, 2012, s. 203-220.
- Aşık, Sebanur;** Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.
- Aşıla, Namık L.;** Baz İstasyonları ve Elektromanyetik Işınım, [http://www.emo.org.tr/ekler/5706a762e-2dcd0d\\_ek.pdf](http://www.emo.org.tr/ekler/5706a762e-2dcd0d_ek.pdf), (Erişim Tarihi: 20.09.2019).
- Atalay, Nesrin Seyhan;** Elektromanyetik Kirlilik ve Etkileri, Korunma Yöntemleri, WHO Uluslararası Elektromanyetik Alan Projesi, Ulusal ve Uluslararası Politikalar, Bilişim Toplumuna Giderken Elektromanyetik Kirlilik Etkileri Sempozyumu 1999 Açılış Konuşmaları, <https://docplayer.biz.tr/9823941-Sempozyum-acilis-konferansi-prof-dr-nesrin-seyhan.html>, (Erişim Tarihi: 01.10.2019).
- Atamer, Yeşim M.;** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, 1996.
- Aydıncık Midyat, Şirin;** Taşınmaz Malikinin İnşaat Faaliyetleri Sebebiyle Komşu Taşınmaz Maliklerine Karşı Sorumluluğu, İÜHFM, Cilt: LXXV, Sayı: 2, İstanbul, 2017, s. 609-658.
- Ayiter, Nuşin;** Eşya Hukuku, Ankara, 1977.
- Badur, Emel;** Gayrimenkul Malikinin Sorumluluğu, TBB Dergisi, Sayı:3, Ankara, 2001, s. 835- 880.
- Başoğlu, Başak;** Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, İÜHFD, C.6, S.2, 2015, s. 29- 56.

- Brehm, Roland;** Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. überarbeitete Auflage, 2013.
- Büyüksağış, Erdem;** Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 1, 2006, s.1-19.
- Büyüksağış, Erdem/  
van Boom, Willem H.;** Strict Liability In Contemporary European Codification: Torn Between Objects, Activities and Their Risks, Georgetown Journal Of International Law, V.44, 2013.
- Canbolat, Ferhat;** Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 2008, Y. 66, S.3, s. 68- 81.
- Conway, Laura;** Edt: Dr David Morgan, Mobile Phones and Health, An Interim Report, British Medical Association Board of Science and Education, 2001.
- Çekin, Mesut Serdar;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, İstanbul, 2016.
- Çelik, Ahmet Çelik;** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme İşletme Tehlikeleri Ve Tehlike Sorumluluğu, [http://www.tazminathuku.com/dosyalar/332\\_isletme-tehlikele-ri-ve-tehlike-sorumlulugu.pdf](http://www.tazminathuku.com/dosyalar/332_isletme-tehlikele-ri-ve-tehlike-sorumlulugu.pdf), (Erişim Tarihi: 07.10.2019).
- Çerezci, Osman/  
Kartal, Zerrin/  
Pala, Kayıhan/  
Türkkan, Alpaslan;** Edt: Türkkan, Alpaslan, Elektromanyetik Alan ve Sağlık Etkileri, Bursa, 2012.

**Çerezci, Osman/**

**Şeker, Selim;**

Baz İstasyonları Nerelere ve Nasıl Kurulmalıdır?, Eleco 2014 Elektrik – Elektronik – Bilgisayar ve Biyomedikal Mühendisliği Sempozyumu, 27 – 29 Kasım 2014, Bursa, 2014.

**Dalcı Özdoğan, Nurcihan,**

Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md.61 ve TBK md. 162 vd Hükümleri Bağlamında), Ankara, 2015.

**Eren, Fikret;**

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, 2018, (Kısaltılmışı: Eren, Borçlar).

**Eren, Fikret;**

Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2014, (Kısaltılmışı: Eren, Mülkiyet).

**Erişgin, Nuri;**

Derleyen: Çiğdem Kırca, Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul, 2013, s. 59- 101, (Kısaltılmışı: Erişgin, md 71).

**Erişgin, Nuri;**

Tehlike Bağı, AÜHFD, 49 (1-4), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/292/2662.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.10.2019), s. 137– 154, (Kısaltılmışı: Erişgin, Tehlike Bağı).

**Ertaş, Şeref;**

Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara, 2005.

**Esser, Josef /**

**Schmidt, Eike;**

Schuldrecht, Lehrbuch, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Auf., Heidelberg, 1984, s. 521 vd.

**Fedtke Jörg/**

**Magnus, Ulrich;**

Editors: Koch, B.A./ Koziol, H., Germany, Unification Of Tort Law: Strict Liability, The Hague, London, New York, 2002, s. 147- 176.

**Fuchs, Maximilian;**

Deliktsrecht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung des Rechts der unerlaubten Handlungen und der Gefährdungshaftung, 7. Auf., Heidelberg, 2009.

**Furrer, Anderas/**

**Müller- Chen, Markus;** Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 2008.

**Güler, İnan/ Çetin, Tamer/**

**Özdemir, A. Rıza /**

**Uçar, Nedim;** Türkiye Elektromanyetik Alan Maruziyet Raporu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Araştırma ve Stratejiler Dairesi Başkanlığı, 2010.

**Gürsoy, Kemal Tahir;** Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu; AÜHFD, Cilt: 30 Sayı: 1, Ankara, 1973, s. 57- 83.

**Honsell, Heinrich/Geiser,**

**Thomas/Vogt, Nedim Peter;** Zivilgesetzbuch, Basel : Helbing & Lichtenhahn, 2010-2011.

**İmre, Zahit;** Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949.

**İnceoğlu, Murat/**

**Kurtulan, Gökçe;** TBK m. 71/f.4 Hükmünde Alternatif Çözüm: Örtülü Boşluk, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, İKÜHFD, C. 15, S. 2, İstanbul, 2016, s. 45-60.

**Kayakuzgun, Özge;**

Baz İstasyonları ve İnsan Hakları, Hukuk Gündemi Dergisi, <http://www.ankarabaru-su.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2009-1/10.pdf>, (Erişim Tarihi: 19.07.2019), s. 37- 53.

**Kılıçoğlu, M. Ahmet;**

Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler, Türk Medeni Kanunu'nu Yürürlüğe Girişinin 80.Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretensdes Türkischen Zivilgesetzbuches (4-5. Oktober 2006), Ankara, 2007, s. 163- 183.

- Koç, Nevzat;** Türk Borçlar Kanununun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/18-Nevzat-KO%C3%87.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.10.2019), s. 1669- 1689.
- Korkusuz, Mustafa Halit;** Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri, DÜHFD, C. 15-16, S. 22-23-24-25, 2010-2011, s. 89- 99.
- Korkusuz, Refik;** Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğunun Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), GÜHFD, Ankara, 2009, s. 149-207.
- Köndgen, Johannes;** Haftpflichtfunktionen und Immaterialscha-den am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefaehrdungshaftung, Berlin, 1976.
- Kurt, Leyla Müjde;** Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücû Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı, TBB Der-gisi, S: 95, Ankara, 2011, s. 135- 162.
- Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay- Özdemir, Saibe;** Eşya Hukuku, İstanbul, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, C: II, İstanbul, 2012.
- Oftinger, Karl;** Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Zürich, 1958.
- Oftinger, Karl;** Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1, Zürich, 1960.
- Petek, Hasan;** Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu, Ankara, 2005.
- Sarıkahya, Nihan Merve,** Bir İşyerinde Elektromanyetik Alan Ölçümü Yapılması ve Sonuçlarının İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Değerlendirilmesi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı Ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İş Sağlığı ve Güvenliği Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014.

- Schaub, Renate;** Herausgeber: Prütting, Hanns/ Wegen, Gerhard/ Weinreich, Gert, BGB Kommentar, 9. Auf., 2014.
- Schönenberger, Beat;**  
**Hrsg: Sutter-Somm, Thomas/**  
**Hafner, Felix/ Schmid, Gerhard/**  
**Seelmann, Kurt;** Generalklausel für die Gefaehrdungshaftung-ein sinnvolles Reformvorhaben?, Risiko und Recht, Festgabe zum schweizerischen Juris-tentag 2004, Basel, 2004.
- Schlüchter, Fabio;** Haftung für Gefaehrliche Taetigkeit und Haf-tung ohne Verschulden- das italienische Rech-t als Vorbild für das schweizerische?, Bern und Stuttgart, 1990.
- Sienkiewicz, Zenon/**  
**van Rongen, Eric/**  
**Croft, Rodney/**  
**Ziegelberger, Gunde/**  
**Veyret, Bernard;** A Closer Look At The Thresholds Of Thermal Damage: Workshop Report By An ICNIRP Task Group, Health Physics, Volume: 111, Number: 3, 2016, s. 300-306.
- Swerdlow, Anthony J./**  
**Feychting, Maria/**  
**Green, Adele C/**  
**Kheifets, Leeka/**  
**Savitz, David A;** Mobile Phones, Brain Tumours and the Interphone Study: Where Are We Now?, International Commission for Non-Ionizing Radiation Protection Standing Committee on Epidemiology, Environmental Health Perspect, Volume:119, Number: 11, 2011, s. 1534-1538.
- Tandoğan, Haluk;** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumlu-luk Hukuku, Ankara, 1981, (Kısaltılmışı: Tandoğan, Kusura Dayanmayan).



- Tandoğan, Haluk;** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961, (Kısaltılmışı: Tandoğan, Mesuliyet).
- Tiftik, Mustafa;** Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Ankara, 2005.
- Toker, Aylin;** Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Ankara, 2017.
- Türkkan, Alpaslan;** Elektromanyetik Alanlar, Sağlık ve Korunma, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt 19, Sayı 3, Ankara, 2010.
- Uyumaz, Alper/**
- Tokat, Hüseyin;** Demiryolu İle Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Akit Dışı Hukukî Sorumluluk, AÜHFD, Cilt: 65 Sayı: 3, 2016, s. 967-1022.
- Üçışık, Güzin;** Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28- 29 Mayıs 2009, GÜHF, Ankara, 2009.
- Wagner, Gerhard;** Herausgeben: Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roand/ Oetker, Hartmut, Redakteur: Habersack, Mathias, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5, 6. Auf., München, 2013.
- Widmer, Pierre;** Switzerland, Unification of Tort Law: Strict Liability, Bernhard A. Koch, ECTIL, Helmut Koziol (Eds.), The Hague, London, New York, 2002, s. 323-350.
- Yücel, Özge;** Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, Ankara, 2014.

## BİR KURUMSAL TAHKİM MERKEZİ ÖRNEĞİ: İBEROAMERİKAN TAHKİM MERKEZİ

*Iberoamerican Arbitration Center; CIAR*

**Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY\* - Dr. Öğr. Üyesi Murat ERDEM\*\***

Geliş Tarihi: 04.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

İberoamerikan Tahkim Merkezi, İber yarımadası ve Amerika kıtasında Latin kimliği bulunan devletlerin bünyesinde bulunan merkeze üye işletmelerin kendi ülkelerinde veya diğer bir devletin bünyesinde bulunan işletmelerle veya devletle yapmış olduğu ticari iş ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde başvurulmuş bir tahkim merkezidir. Bu çalışma tahkim kurumunun soydaşlık bağlarına ve soydaşlık ile dil birlikteliğinin ticari ilişkilere katkısı bakımından önemlidir.

**Anahtar Kelimeler:** İberoamerikan Tahkim Merkezi, Tahkim, Uluslararası Tahkim, Hakem, On-line Tahkim

### ABSTRACT

The Iberoamerican Arbitration Center is an arbitration center that is used in the settlement of disputes arising from the commercial affairs and transactions made by the member companies of the center, which are within the body of the states with Latin identity in the Iberian Peninsula and the American continent, in their own countries or with the state or another state. This study is important in terms of the contribution of the arbitral institution to the ties of patriarchy and to the commercial relations of paternity and language.

**Key Words:** Iberoamerican Arbitration Center, Arbitration, International Arbitration, the Arbitral, On-line Arbitration

---

\* Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: ozbayibrahim@hotmail.com, ORCID ID:0000-0002-3820-6501.

\*\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: murat.erdem@asbu.edu.tr, ORCID ID:0000-0002-7285-270X.

## A. KURUMSAL TAHKİM KAVRAMI

Sözcük anlamı itibarıyla, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın hakemler eliyle çözümlenmesi demek olan<sup>1</sup> tahkim, tarafların aralarındaki mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın hakem veya hakemlerce çözüme kavuşturulması için yaptıkları bir anlaşmanın<sup>2</sup> sonucu olarak, devlet tarafından denetlenen, kararları kesin hüküm teşkil eden ve mahkeme kararları gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir<sup>3</sup>. Tahkimle ilgili birçok ayırım yapılmaktadır.

- <sup>1</sup> Bkz. **Garner, Bran A.**, Black's Law Dictionary, 7th Edition, St. Paul, Minn., 1999, s. 100; **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 4. Bası, Ankara 2012, s. 715- 716.
- <sup>2</sup> Tahkim sözleşmesi hakkında geniş bilgi için bkz. **Aydemir, Fatih**, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi, İstanbul 2017.
- <sup>3</sup> Bkz. **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul- Ekim 2019, s. 591. Tahkime ilişkin benzer tanımlar için bkz. **Lew, Julian D. M.**: Applicable Law in International Commercial Arbitration, A Study in Commercial Arbitration Avwards, Oceana Publications, New York 1978, s. 11- 13; **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku,, C. III, İstanbul- Mart 2017, s. 2593- 2594; **Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. VI, İstanbul 2001, s. 5937; **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel**, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 785 vd; **Konuralp, Cengiz Serhat**; Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 126; Özbay, İbrahim/ Korucu, **Yavuz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407- 444), Ankara 2016, s. 4; **Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol**, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2019, s. 423 vd.; **Karadaş, İzzet**, Ulusal (İç) Tahkim, Ankara, 2013, s. 21; **Yeğengil, Rasih**; Tahkim (L'arbitrage), İstanbul, 1974, s. 95; **Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin**, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 721; **Alangoya, H. Yavuz/ Yıldırım, M. Kâmil / Deren Yıldırım, Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı B. 8., İstanbul 2011, s. 595; **Görgün, Şanal/ Börü, Levent/ Toraman, Barış/ Kodakoğlu, Mehmet**, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019, s. 767; **Sarisözen, M. Serhat**, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, B. 1., İstanbul 2005, s. 5; **Tanrıver, Süha**, Makalelerim I (1985-2005), Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, B. 1, 2005, s. 132; **Deren Yıldırım, Nevhis**, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, ABD., S. 60, Y. 2002/4, s. 37; **Koral, Rabi**, İç Hukukumuzda Tahkim, İÜHFM.,C. XIII, S. 3, İstanbul 1947, s. 1039; **Yeşilirmak, Ali**, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Birlikçilik ve Tahkim, B. 1, İstanbul, Nisan 2011, s. 58; **Nomer, Ergin/ Ekşi, Nuray/ Öztekin Gelgel, Günseli**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, B. 4, İstanbul, Mart 2013, s. 1; **Gençcan, Ömer Uğur**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, s. 1351; **Yeşilova, Bilgehan**, Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1), Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan I İzmir 2010, DEÜHFD., C. 11, Özel Sayı 2009, s. 739; **Selçuk, Seyhan**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2018, s. 1; **Özkan, Cafer**, Baro Hakem Kurulları ve Karşılaşılan Sorunlar, İzmir BD.,Y. 68, S. 3, Temmuz 2003, s. 54; **Doğanay, İsmail**, Hakem Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Tarafından Bozulması Halinde Hakemler, Bu Bozma Kararına Karşı Direnme (İsrar) Kararı Verebilirler mi?, BATİDER, IX Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 4- 5 Nisan 1997, s. 31; **Dayınlarlı, Kemal**, Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtrısına Armağan (1902-1985), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Kasım 1986, s. 775; **Erdoğan, Celâl**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Her Konu Hakkında Geniş Açıklama ve 2188 Yargıtay Emsal Kararı, Ankara 1982, s. 605; **Erman, Eyüp Sabri**, Hakem İntihabını Hâkime veya Mahkemeye Bırakan Tahkim Klozu Geçerli Midir, ABD, S. 5-6, 1976, s. 345; **Dayınlarlı, Kemal**; Uncitral Kurallarına

Bu ayırımlardan birisi de ad hoc (arizi) tahkim- kurumsal tahkim ayırımıdır.

Ad hoc (arizi) tahkim, taraflar arasındaki somut bir olay üzerinden ve taraflarına hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve bu tahkim usulünde uygulanacak maddi hukuk kurallarını kendilerinin bizzat tayin ettiği ve hakemleri bu şekilde yetkili kıldıkları ve hiçbir örgütün aracılığı söz konusu olmayan tahkim türüdür<sup>4</sup>. Onun için münferit ve geçici olan bu tahkim, tarih boyunca süre gelmiş en sade tahkim türüdür<sup>5</sup>. Özellikle devlet veya kamu kurumlarının taraf olduğu yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ad hoc tahkim yaygın bir şekilde tercih edilmektedir<sup>6</sup>.

Kurumsal tahkime gelince; kurumsal tahkim (*institutional arbitration*), tahkimin taraflarca belirlenen bir tahkim kurumu tarafından yönetildiği tahkim türüdür. Kurumsal tahkimde, tahkim yoluna başvuracak tarafların tahkimin işleyişine ilişkin usul ve kuralları belirlemesine gerek yoktur. Bu tahkim türünde, tahkim kurumunun önceden hazırlanmış, uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usul kuralları söz konusudur<sup>7</sup>. Tahkimde uygulanacak kuralların önceden öngörülebilir olması ise, kurumsal tahkimin tercih edilmesinin sebeplerinin en önemlisidir<sup>8</sup>. Kurumsal tahkim, belli bir kurum tarafından önceden tespit edilen kurallara göre yapılan ve bu kurallara uygunluğu ilgili kurumunun teminatı altında olan bir tahkim söz konusudur<sup>9</sup>.

---

Göre Uzlaşma ve Tahkim, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş B. 3, Ankara 2012, s. 1; **Ertabak, Ünal**, Tahkim Sözleşmesi ile İlgili İhtilaflar, İstanbul 2009, s. 109; **Huysal, Burak**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010, s. 7; **Söğüt, İpek Seveda**; Roma Hukukunda Tahkim, B. 1, İstanbul, 2011, s. 5; **Özcan, Erkan**; Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulaması, Ankara 2014, s. 13; **Küçükgüngör, Erkan**, Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum), BATİDER, C. XIX, S. 3, Ankara, Haziran 1998, s. 138; **Karadaş, İzzet**, Ulusal (İç) Tahkim, Ankara, 2013, s. 4.

<sup>4</sup> **Şanlı, Cemal**, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 96; Özbay/ Korucu, s. 21; **Balcı, Muharrem**, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul, 1999, s. 109; **Konuralp**, s. 140; **Yeşilirmak**- Doğrudan Görüşme, s. 76; **Kalpsüz, Turgut**, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer 2. Tıpkı Basım, Ankara, 18- 29 Mart 1996 (s. 339- 379), s. 365 **Tanriver**, s. 138. Ayrıca bkz. <http://www.internationalarbitrationlaw.com/> international-ad-hoc-arbitration (E.T. 04.08.2018). *Ad hoc tahkimin* kurumsal tahkimin karşılığı (daha doğru ifade ile karşıtı) olduğu yönünde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyav/ Hanağası**, s. 785.

<sup>5</sup> **Karadaş**, s. 38; **Tanriver**, s. 138.

<sup>6</sup> **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel**, s. 3.

<sup>7</sup> **Akıncı, Ziya**, Türkiye’de MTO Tahkimi, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, İÜHF, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2012, s. 40; Şanlı- Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 69; **Birsel, M. Tevfik**, Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, Ege Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Yıl. 1, Sa. 1, İzmir 1980, s. 101; **Karadaş**, s. 38; **Konuralp**, s. 141; **Yeşilirmak**- Doğrudan Görüşme, s. 75- 76; **Tanriver**, s. 137.

<sup>8</sup> **Konuralp**, s. 141.

<sup>9</sup> **Kalpsüz**-, İnşaat Sözleşmeleri, s. 364. Bu tahkim türüne “müessesevi veya organize tahkim” adı da verilmektedir (**Kalpsüz**- İnşaat Sözleşmeleri, s. 363).

Tahkim kurumları tarafından sunulan hizmetler ve yerine getirilen işlevler kurumlara göre çeşitlilik gösterir. Tahkim kurumları sadece hakem tayininde rol oynayan üçüncü bir kişi veya otorite değil, bunun yanında tahkim sürecini idari bakımdan gözetim ve denetim altında tutan ve bu amaca hizmet etmek üzere yetiştirilmiş sürekli personel bulunduran organizasyonlardır<sup>10</sup>.

Kurumsal tahkimin en önemli avantajlarından biri de tahkim kurumlarının sunmuş oldukları idari hizmetlerdir. Tahkim kurumlarının idari hizmetleri sayesinde hakem kurulu uygun bir zaman dilimi içerisinde oluşturulacak ve tahkim süreci mümkün olan en kısa sürede başlayacaktır. Kurumsal tahkim hakemler için de ad hoc (arızı) tahkime göre daha avantajlıdır. Zira ücretlerinin taraflarca değil kurum tarafından ödenmesi daha güvenlidir<sup>11</sup>. Kurumsal tahkimin taraflar açısından sorun oluşturan yönü pahalı bir yol olmasıdır. Zira kurumsal tahkimde idari hizmetlere çok fazla harcama yapılabilmektedir. Bunun yanında kurumun içerisindeki bürokrasi bazı durumlarda tahkimin yavaş işlemesine de neden olabilmektedir. Bununla birlikte bu iki dezavantaj tahkim kurumları arasında ve uyumsuzluğun niteliğine göre de farklılık gösterebilmektedir<sup>12</sup>.

**Ülkemizde (iç) kurumsal tahkime ilişkin merkezlere şu kurumlar örnek olarak verilebilir:**

- İstanbul Ticaret Odası (İTO) nezdinde kurulan tahkim merkezi (İTOTAM),
- İzmir Ticaret Odası (İzmir TO) Tahkim Merkezi,
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) nezdindeki TOBB Tahkim Divanı,
- Türkiye Barolar Birliği (TBB) Tahkimi,
- 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulan tahkim k-merkezi ISTAC,
- 5684 sayılı Sigortacılık Kanununda öngörülen ve Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından yürütülen tahkim,
- TÜRSAB Tahkim Kurulu<sup>13</sup>

Milletlerarası ticaret uygulamasında da, uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözümlenmesi için organize edilmiş bazı kurumlar<sup>14</sup> mevcuttur. Bu tahkim kurumları içerisinde; en çok bilinenleri<sup>15</sup> şunlardır:

- Milletlerarası Ticaret Odası (International Commercial of Commerce;

---

<sup>10</sup> Tanrıver, s. 137; Konuralp, s. 141.

<sup>11</sup> Konuralp, s. 142.

<sup>12</sup> Konuralp, s. 143.

<sup>13</sup> Bkz. **Ulukuş Bulut, Şaziye Tuba**, MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2018, 29, dn. 77.

<sup>14</sup> Bu kurumların, *oda*, *merkez*, *divan*, *enstitü*, *birlik* veya *kurum* gibi farklı şekillerde ifade edildiği görülmektedir.

<sup>15</sup> Bu merkezlerin yüzlercesinin bulunduğu ifade edilmektedir (**Şanlı-** Uluslararası Ticari Akitler, s. 243).

- kısaca MTO veya ICC) Tahkim Divanı<sup>16</sup>,
- Rusya Modern Tahkim Kurumu (Russian Institute of Modern Arbitration; kısaca RIMA)<sup>17</sup>,
  - Amerikan Tahkim Birliği/ Kurumu/ Odası (American Arbitration Association; kısaca AAA)<sup>18</sup>,
  - Londra Uluslararası Tahkim Divanı/ Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration; kısaca LCIA)<sup>19</sup>,
  - Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez (The International Centre for the Settlement of Investment Disputes; kısaca ICSID)<sup>20</sup>;
  - Hollanda Tahkim Enstitüsü (Netherlands Arbitration Institute, NAI)<sup>21</sup>,
  - Stocholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu (The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce)<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Bkz. **Borba, İgor M.**, Internaional Arbitration: A comparative study of the AAA and ICC rules. Milwaukee, WI, December 2009, s. 75 vd.; **Şanlı-** Uluslararası Ticari Akitler, s. 24- 250-.

<sup>17</sup> Bkz. **Russian Arbitration Center**, Arbitration Rules, Russian Arbitration Center at the Autonomous Non-Profit Organisation "Russian Institute of Modern Arbitration", Moscow-2019 (www.centerarbitr.ru)

<sup>18</sup> Amerikan Tahkim Birliği/ Kurumu (American Arbitration Association AAA) hakkında geniş bilgi için bkz. **Karayağın, Yaşar**, Amerika Birleşik Devletlerinde ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinde Tahkim (Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler- Tartışmalar, 29 Kasım- 4 Aralık 1965), s. 655; Şanlı, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2. Bası, İstanbul- Nisan 2002, s. 258- 260. "AAA Milletlerarası Tahkim Kuralları (American Arbitration Association International Arbitration Rules)" hakkında bkz. **Fouchard, Philippe/ Gaillard, Emmanuel/ Goldman, Bertthold**, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague- London- Boston, 1999, s. 1068-1080; **Meade, Robert E.**, Arbitration Overview: The AAA's Role in Domestic and International Arbitration, Journal of International Arbitration, 1984 (s. 263- 271); **Borba**, s. 46 vd.; **Keser Berber**, s. 181.

<sup>19</sup> LCIA hakkında geniş bilgi için bkz. **Şanlı-** Uluslararası Ticari Akitler, s. 250- 252- **Keser Berber, Leyla**, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, B. 1, İstanbul 1999, s. 182 vd.; **Gerbay, Rémy**, The London Court of International Arbitration, Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland (Ed. By. Lew, QC, Julian D.M./ Bor, Harris/ Fullelove, Gregory/ Greenway, Joanne), Chapter 4, 2013 Kluwer Law International BV, The Netherlands, s. 51- 74.

<sup>20</sup> ICSID, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlet ile aralarındaki yatırım uyuşmazlıklarının giderilmesi için devletler arasında akdedilmiş bir konvansiyon ile kurulmuş bir tahkim merkezidir (Bkz. **Ataman-Figanmeşe, İnci**, Son On Yıl İçinde Türkiye'nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları, Türkiye'de MTO Tahkimi, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, İÜHF, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2012, s. 18 vd.; **Şanlı-** Uluslararası Ticari Akitler, s. 244- 245.

<sup>21</sup> Bkz. Netherlands Arbitration Institute: Mediation Rules in force as from 1 March 2009, Rotterdam 2009.

<sup>22</sup> Bkz. **Müller, Eva**, How Do International Institutions Select Arbitrators? Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC Institute), Journal of International Arbitration, 2000, 17 (3) (157–161); **Şanlı-** Uluslararası Ticari Akitler, s. 256- 258. Tüm bu tahkim

- Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi (Dubai International Arbitration Center; kısaca DIAC),
- İsviçre Ticaret Odaları Tahkim Kurumu (Chamber of Commerce in Switzerland)<sup>23</sup>,
- Avusturya Federal Ekonomi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi (International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber- Vienna Internatiaonal Centre; kısaca VIAC)<sup>24</sup>,
- Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (The Singapore International Arbitration Center; kısaca SIAC),
- Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center; kısaca WIPO),
- Resmi Alman- Fransız Sanayi ve Ticaret Odası Tahkim Merkezi (kısaca; COFACI)<sup>25</sup>.
- Türkiye Cumhuriyeti ile İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi” (kısaca İslam Tahkim Merkezi)<sup>26</sup>.

## B. ÇALIŞMANIN ÖNEMİ

Son günlerde yaşadığımız tahkime ilişkin bazı gelişmeler, bu tür kurumsal tahkim merkezlerinin ve tahkime ilişkin yapılan milletlerarası antlaşmaların ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Örneğin, 25 Ocak 2020 tarih ve 31019 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Türkiye Cumhuriyeti ile İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı<sup>27</sup> Tahkim Merkezi’nin Türkiye’de Kurulması Hakkında Antlaşmanın Onaylanması Hakkında Karar

---

kurumları dışında, milletlerarası ticari uygulamada, bitkisel yağ sektörünün (FOSFA), pamuk sektörünün (Liverpool Cotton Rules) ve hububat sektörünün (The Grain and Feed Trade Association Arbitration Tribunal; kısaca GAFTA) kendine özgü tahkim kurumlarının bulunduğu bilinmektedir (Bkz. **Akıncı**, s. 40).

<sup>23</sup> Bkz. **Ulukuş Bulut**, s. 29.

<sup>24</sup> Bkz. **Şanlı-** Uluslararası Ticari Akitler, s. 255- 256.

<sup>25</sup> Bkz. **Keser Berber**, s. 183.

<sup>26</sup> İslam Tahkim Merkezi hakkında bkz. aşağıya. A-2.

<sup>27</sup> İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT), 25 Eylül 1969 tarihinde kurulmuştur. Teşkilatın amacı, Üye Devletler arasında işbirliği ve dayanışmayı güçlendirmek, İslam Dünyasının hak ve çıkarlarını korumaktır. 57 üyesi bulunmaktadır. Bu ülkeler: Afganistan, Arnavutluk, Azerbaycan, Bahreyn, Bangladeş, Benin, Birleşik Arap Emirlikleri (BAE), Brunei Darüsselam, Burkina Faso, Cezayir, Cibuti, Çad, Endonezya, Fas, Fildişi Sahili, Filistin, Gabon, Gambiya, Gine, Gine Bissau, Guyana, Irak, İran, Kamerun, Katar, Kazakistan, Kırgızistan, Komorlar, Kuveyt, Libya, Lübnan, Maldivler, Malezya, Mali, Mısır, Moritanya, Mozambik, Nijer, Nijerya, Özbekistan, Pakistan, Senegal, Sierra Leone, Somali, Sudan, Surinam, Suriye (\*Buna karşılık Suriye’nin üyeliği 14-15 Ağustos 2012 tarihlerinde Mekke’de düzenlenen 4. Olağanüstü İİT Zirvesi’nde askıya alınmıştır) Suudi Arabistan, Tacikistan, Togo, Tunus, Türkiye, Türkmenistan, Uganda, Umman, Ürdün, Yemen.

(Karar sayısı: 2064)” bu anlamda önem arz etmektedir. Zira Türkiye, İslam Teşkilatı Örgütü’ne kuruluşundan beri üyedir.

Böylece; İstanbul’da düzenlenen İslam İşbirliği Teşkilatı (İİT) Ekonomik ve Ticari İşbirliği Daimi Komitesinin (İSEDAK) 35. Toplantısında tarihi bir atım atılmış ve uzun süredir gündemde olan *Tahkim Merkezi* nihayet kurulmuştur. Teşkilat üyesi ülkeler arasındaki ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol üstlenmesi beklenen Tahkim Merkezi’nin merkezinin İstanbul olması ayrıca önemlidir. Ayrıca İSEDAK’ın, 57 üye, 5 gözlemci ülke ve 1,7 milyarlık nüfusuyla, Birleşmiş Milletlerden sonra, en fazla üyeye ve temsil kapasitesine sahip uluslararası kuruluş olması da bu konuda vurgulanması gereken bir diğer husustur<sup>28</sup>. Ayrıca bu merkezin, İslam ülkeleri arasındaki ticareti ve yatırımları daha da yukarı çekeceği, herhangi bir ihtilaf durumunda, tarafsız, objektif, saygın, kuralları baştan net olarak konulmuş, bir başvuru merciinin bulunmasının tüm tarafları koruyacağı ve o ülkeyi, iş adamları nezdinde daha cazip kılacağı tahmin edilmektedir<sup>29</sup>.

İşte bu çalışmamızda bu kurumsal tahkim merkezi (CIAR) incelenecek olması, “Türkiye Cumhuriyeti ile İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi” (kısaca İslam Tahkim Merkezi) bakımından da model olabilecek bir tahkim merkezidir.

---

<sup>28</sup> Bkz. <http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa> (Erişim Tarihi, 20.01. 2010). Ayrıca İslam İşbirliği Teşkilatı (Organisation of Islamic Cooperation; kısaca OIC) bünyesinde yatırımcı devlet uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik “ICSID” niteliğinde bir merkezin kurulmasına yönelik çalışmaların da ayrıca devam ettiği belirtilmektedir (Bkz. **Kumtepe, Yusuf/ Loschi, Riccardo**, Investment Dispute Settlement Body of the Organisation of Islamic Cooperation: A Dead End for Claims under the OIC Investment Agreement? December 29, 2019, s. 1-2).

<sup>29</sup> Bkz. Rifat Hisarcıklıoğlu’nun konuşması (<http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa> (Erişim Tarihi, 20.01. 2020). **Merkezin kuruluş amacı** ile ilgili olarak ise şu hususlar belirtilebilir: “TBMM’ye sunulan genel gerekçe metninde, İİT Üyesi ülkelerdeki firmaların kendi aralarındaki uyuşmazlıkları çözmek için Teşkilata üye olmayan ülkelerdeki tahkim merkezlerine başvurmalarının, Teşkilat içinde kalabilecek büyük bir kaynağın bu ülkelere aktarılmasına neden olduğu aktarılmaktadır. Merkez öncelikle bu kaynağın üye ülkelerde kalması amacıyla kurulduğu ortaya konulmaktadır. Türkiye açısından ise merkezin İstanbul’da kurulmasının İİT üyesi ülkeler ile ilişkilerimizin gelişmesine katkı sağlayacağı ve uzun vadede Türkiye ekonomisine olum etkilerinin olacağı belirtilmektedir. Türkiye’nin tahkim alanında lider bir konuma gelmesinin hedeflendiği belirtilen gerekçe belgesinde, İİT Tahkim Merkezi’nin tahkim alanında ülkemizin konumunu daha ileriye taşıyacağı değerlendirilmiştir. Merkezin hedefleri ise Tüzüğünde şu şekilde aktarılmaktadır: 1. İİT Üyesi Devletlerin veya İİT Üyesi olmayan devletlerin tabiiyetine sahip gerçek veya tüzel kişilere ilişkin Merkeze yönlendirilmiş ticaret ve yatırımcı uyuşmazlıklarının çözümünün kolaylaştırılması, 2. İİT Üyesi Devletlerde tahkim ve diğer uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin teşvik edilmesi, 3. Tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözümü alanlarında bilgi düzeyinin artırılması ve becerilerin ve uzmanlığın geliştirilmesi, 4. İİT Üyesi Devletlerde uyuşmazlık çözüm mevzuatı ve uygulamalarının reformuna yönelik tavsiyelerde bulunulması” (Bkz. <http://www.ista.org.tr/tr/blog/islam-isbirligi-teskilati-tahkim-merkezi>. Erişim Tarihi: 31. 01. 2020).



Çalışmamızda İbero-Amerikan Tahkim Merkezi'nin amacı, kuruluşu, Tahkim Merkezine (CIAR) üyelik ve ortaklık; bu Tahkim Merkezinin idari organları ile merkezdeki usul konularına değinilecektir.

### C. İBEROAMERİKAN TAHKİM MERKEZİ (CIAR<sup>30</sup>)

İbero-Amerikan Konferansı'nı oluşturan 22 (yirmi iki) ülkenin<sup>31</sup> her birinde faaliyette bulunan işletmeler ve/veya tüzel kişilikler arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik, İbero-Amerikan karakterine sahip yeni bir tahkim kurumu, 2012 yılında Brasilia Şehri İşbirliği Çerçeve Anlaşması'nın imzalanmasıyla oluşturulmuştur<sup>32</sup>.

Latin Amerika Odaları ile iş ve ticaret kuruluşlarının anlaşması, İbero-Amerikan Avukatlar Birliği (UIBA) tarafından temsil edilen baro ve dernekler ile İbero-Amerikan Genel Sekreteri (SEGIB) ve Latin Amerika Adalet Bakanları Konferansının (COMJIB) işbirliği ile İbero-Amerikan Tahkim Merkezi (CIAR), 16 ve 17 Kasım 2012 tarihlerinde Cádiz'de düzenlenen ve " Cádiz Anayasası'nın Bienalinde-İkinci Yüzyılında- Yenilenen İlişki "sloganiyla XXII. Devlet Başkanları Zirvesi kapsamında fikri temeli oluşturulmuştur. Aralık 2014'te Meksika'nın Veracruz kentinde, Devlet Başkanlarının 24. Zirve Toplantısında merkezin kuruluşu için nihai beyanname karara bağlanmıştır. CIAR'ın kuruluş belgelerinin imzalanması 18 Mart 2015 tarihinde Arjantin'in Buenos Aires şehrinde gerçekleştirilmiştir. Barolar, üniversiteler ve ticari işletmeleri kapsayan 63 kuruluş CIAR'ın kuruluşuna katkı sağlamıştır. CIAR'ın öncelikli amacı, Latin Amerika ülke hükümetleri tarafından desteklenen küçük ve orta ölçekli işletmelerin (KOBİ) uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla giderilmesidir. CIAR'ın ilk toplantısı FACA'nın (en la sede de la Federación Argentina de Colegios de Abogados) merkezinde yapılmış ve CIAR'ın başkanlığının Kosta

---

<sup>30</sup> CIAR "Centro Iberoamericano de Arbitraje" kelimelerinin baş harflerinden oluşmaktadır. Kelimenin sonundaki "AR" harfleri ise "Arbitraje" kelimesinin kısaltılmasından ibarettir. Bundan sonra çalışmada CIAR kısaltması kullanılacaktır.

<sup>31</sup> <https://www.segib.org/?document=calendario-de-actividades-de-la-conferencia-iberoamericana-2019-2020> Erişim Tarihi: 19 Eylül 2019; Arjantin, Bolivya, Brezilya, Şili, Kolombiya, Kosta Rika, Küba, Ekvator, El Salvador, İspanya, Guetemala, Porto Riko, Honduras, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Portekiz, Dominik Cumhuriyeti, Uruguay, Venezuela. Bkz. <https://www.turkkon.org/tr/organizasyon-tarihcesi> Erişim Tarihi: 21 Ekim 2019; Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyi Kurulmasına Dair Nahcivan Anlaşması (İmza tarihi: 3 Ekim 2009) ile kurulan Türk Keneşi/Türk Konseyi'nin ilk Zirve Toplantısı "Ekonomik ve Ticari İşbirliği" temasıyla 20-21 Ekim 2011 tarihlerinde Almatı'da gerçekleştirilmiştir, Toplantı vesilesiyle, Konsey'in kurumsallaşmasına ilişkin anlaşma ve tüzükler sonuçlandırılmıştır. Ayrıca, Zirve münasebetiyle, üye ülkelerin iş çevrelerini bir araya getirecek Türk İş Konseyi tesis edilmiştir.

<sup>32</sup> **Barney Cruz, Óscar**, El Centro Iberoamericano de Arbitraje, <http://www.forjib.org/el-centro-iberoamericano-de-arbitraje/>, Erişim Tarihi: 19 Eylül 2019.

Rika'da, Sekreterliğinin İspanya'da<sup>33</sup>, tahkim işlevini denetleme merkezinin ise Brezilya'da olmasına karar verilmiştir. Ayrıca üye sayısı 3'ten 5'e çıkarılmış ve yine CIAR bütçesi onaylanarak, üyelerin yıllık aidatları belirlenmiştir. Mayıs 2015'te Dominik Cumhuriyeti'nin Santo Domingo şehrinde düzenlenen UIBA ( la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados) delegelerinin biraraya geldiği Konsey toplantısında, coğrafi olarak işletmelerin kurumsal varlığının uygun olduğu yerlerde CIAR temsilciliklerinin açılması ve CIAR'a üye devletlerin ulusal hakem listelerinin CIAR'a entegre edilmesi konuları ele alınmıştır<sup>34</sup>. 19 Mart 2015'te CIAR Tüzüğü<sup>35</sup> ve 1 Ocak 2016 tarihinde ise yönetmelik<sup>36</sup> yürürlüğe girmiştir.

Çalışmamızda CIAR'ın idari organları, üyelik ve uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde uygulanacak kurallar ve kurumlara yer verilmiştir.

#### **D. İBEROAMERİKAN TAHKİM MERKEZİNDE (CIAR) ORTAKLIK, MERKEZE KABUL, ORTAKLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜĞÜ, ORTAKLIĞIN SONA ERMESİ**

##### **1. Tahkim Merkezinde (CIAR) Ortaklık ve Merkeze Kabul**

CIAR Tüzüğüne göre, merkez içerisinde oluşturulan ortaklık kategorisi şu şekildedir;

- a. Merkezin kurucuları,
- b. Merkezin kuruluşundan sonraki ortak sayısı
- c. Merkezin saygınlığına ve gelişmesine katkıda bulunmuş olanlardır.

Onursal üyelerin atanması için Yönetim Kurulu'nun önerisi ve Genel Kurulun kararı gerekir.

CIAR mevzuatında belirtilen şekil ve şartlarda anlaşmaya taraf tüm kurumlar üye olabilir. Tüzel kişilerin yanı sıra odalar ve ticari kuruluşlar, ticaret ve sanayi veya diğer benzerleri organlar ile bireysel olarak federe, il, eyalet, bölge

---

<sup>33</sup> Sekreterlik merkezinin Madrid olması dolayısıyla sekreter seçim usulünün Madrid Barosunun belirleyeceği kurallara göre belirlenmesine karar verilmiştir.

<sup>34</sup> **Cruz Miramontes, Rodolfo / Cruz Barney, Oscar** : Arbitraje Utilización y práctica en México y en los Tratados comerciales internacionales, Barcelona, Wolters Kluwer-BOSCH, 2013; **Miguel Díaz, Luis** Arbitraje, privatización de la justicia, 2a edición/Bası, México, Editorial Themis, 1998, p./Sayı XV; ", **Cruz Razo, Juan Carlos**: La Legitimación del Consejo de la Judicatura Federal en las controversias Constitucionales, s. 27 vd., s. 28 dn. 1, El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Vigésima Tercera Época, Tomo XXIX, Primer Semestre 2016; <http://www.24cumbreiberoamericana.gob.mx/wp-content/uploads/2014/12/1.Declaracion-Veracruz-JEG-E.pdf>; [https://www.basham.com.mx/ mailing/El\\_Foro\\_nov\\_2018.01.pdf](https://www.basham.com.mx/ mailing/El_Foro_nov_2018.01.pdf) Erişim Tarihi: 01 Mart 2019.

<sup>35</sup> [http://centroiberoamericanodearbitraje.org/wp-content/uploads/2015/09/REGLAMENTO\\_GENERAL\\_DE\\_FUNCIONAMIENTO\\_CJAR\\_es.pdf](http://centroiberoamericanodearbitraje.org/wp-content/uploads/2015/09/REGLAMENTO_GENERAL_DE_FUNCIONAMIENTO_CJAR_es.pdf) Erişim Tarihi: 01 Mart 2019.

<sup>36</sup> [http://centroiberoamericanodearbitraje.org/wp-content/uploads/2015/09/REGLAMENTO\\_DE\\_ARBITRAJE\\_CJAR\\_es.pdf](http://centroiberoamericanodearbitraje.org/wp-content/uploads/2015/09/REGLAMENTO_DE_ARBITRAJE_CJAR_es.pdf) Erişim Tarihi: 01 Mart 2019.

baroları veya avukat dernekleri ile söz konusu bölgede ve kar amacı gütmeyen ve CIAR'ın amaçları ve hedefi ile ilişkisi olan avukatların ve diğer varlıkların veya kuruluşların oluşturduğu dernekler üye olabilmektedir. İbero-Amerikan ülkelerinin tüzel kişilikleri (İbero-Amerikan Devlet ve Hükümet Zirvesi'nin kararlaştırdığı üyeliğe göre), merkezin amaçlarının geliştirilmesine katkı sağlayabilirler. Gerçek kişiler, kurucu veya ortak olarak kabul edilmeyecektir. Yeni üyelik için başvuranların başvurduğu ülkenin ve kurucu üye ülkenin izni aranır. Genel Sekreterlik ilgili başvuru ve kurucu ülke ile ilgili izin işlemleri için 15 gün iletişim sağlamalıdır. Bu süre içerisinde iletişim sağlanamaması durumunda üyelik başvurusu kabul edilir ancak üyelik için Tüzüğün 16. Maddesinde belirtilen özel çoğunluk gerekli olacaktır (Tüzük m. 5, 6).

## 2. Ortakların Hak ve Yükümlülüğü

CIAR Tüzüğüne göre, üyelerin hak ve yükümlülükleri şunlardır:

1. Genel kurul toplantılarına katılım ve oy kullanmak,
2. Merkezin oluşturduğu kurullara seçilmek<sup>37</sup>,
3. Ortaklar tarafından toplantıda değerlendirmek üzere gerekli olan belge ve bilgileri almak,
4. Hakem listelerinin hazırlanmasına katılmaktır. Ayrıca ülke ve uzmanlık derecesine göre hakem sayısı belirleme de kotaya sahip olmaktır. Her ülke, bünyesindeki ortaklar ile anlaşarak hakem sayısını belirlemekten sorumludur.
5. Genel Kurul tarafından belirlenen ücretleri ve olağan ve olağanüstü katkıları ödemek,
6. Merkez tarafından kararlaştırılan yayın ve destek işlerini gerçekleştirmek,
7. Tüzüğün getirdiği diğer yükümlülüklerle ve Merkez tarafından kabul edilen yönetmelik ve standartlar ile Genel Kurul kararlarına uymak şeklindedir. Onursal üyelerin (gerçek veya tüzel kişiler) aidat ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır ayrıca oy kullanma hakkı olmadan genel kurula katılabilirler (Tüzük m. 7).

## 3. Ortaklığın sona ermesi

Ortaklar, CIAR Tüzüğünde yer alan sebeplerden herhangi birine dayanarak merkezden ayrılmak isteyebilir veya merkez tarafından çıkarılabilir. Üyenin

---

<sup>37</sup> Görevlerde seçim yapılması durumunda, oy hakkı olan ve belirlenen kotalarla güncel olan her üye/ortak katılabilir. Oylama gizli olacak ve seçim derneğin sağladığı oy pusulasında yapılacaktır. Her durumda, Tüzükte kendisi için gerekli olan ve Genel Kurul tarafından onaylanan şartları yerine getirmesi gerekir. Adaylar ilk oylamada salt çoğunluğu, ikincisinde ise basit çoğunluğu elde etmelidir. Bir pozisyon için iki veya daha fazla aday varsa ve hiçbiri ilk oylamada salt çoğunluk elde edemezse, en çok oy alan iki aday ikinci oylamaya katılır. Adayların oyların çoğunluğunun alamadığı durumlarda ilgili pozisyon boş kalır (Tüzük m.25- 28).

çıkma talebi yazılı olarak Merkeze bildirildikten sonra ön şart olmaksızın Yönetim Kurulu tarafından görüşülür ve karara bağlanır. Ayrıca ortaklığın gerektirdiği şartları yerine getirmeyenler ortaklıktan çıkarılır. Yine Merkez'in feshi durumunda<sup>38</sup> ortaklık sona erer. Giriş, üyelik aidatı ve diğer ödemelerde üç taksit üst üste ödeme yapmayan ortağa bu durum bildirilir. Ödeme yapılmaması durumunda üyelik hakkı sona erer. Bu üyelerin iletildiği hakem listeleri dikkate alınmaz ve ataması yapılan hakemler görev üstlenemez (Tüzük m. 6,7,8).

Üyelikten ihraç dosyaları, bu amaçla oluşturulmuş Disiplin Kurulunda görüşülür. Disiplin Kurulu; Denetim Kurulundan iki üye, Yönetim Kurulu üyeleri ve kayıtlı üye dışındaki ülke tarafından seçilen iki üyeden oluşur. Bu devletin seçtiği iki üye öğretim üyesi sıfatına sahip olmalıdır. Disiplin Kurulunun bu kararı Genel Kurulda ortakların 2/3 çoğunluğu ile kesin olarak karara bağlanır (Tüzük m. 10).

## **E. İBEROAMERİKAN TAHKİM MERKEZİNİN (CIAR) İDARİ ORGANLARI**

### **1. Genel Kurul**

Genel Kurul tüm ortakların katılımı ile toplanır. Olağanüstü toplantıya çağrılabilir. Genel kurul denetim kurulu ve OSFA (secretario del Órgano Supervisor de la Función Arbitral)<sup>39</sup> üyelerini belirler. Ayrıca Tüzük gereği verilen diğer görevleri yerine getirir. Genel kurul tarafından tüzük ve yönetmeliklerinin değiştirilmesi<sup>40</sup>; Başkan, Başkan Yardımcısı, Genel Sekreter, OSFA, Yürütme Kurulu, Denetleme Kurulunun veya üyelerin 1 / 3'ünün teklifi ile yapılabilir. Değişikliğin yürürlüğe girmesi için, bu amaç için toplanan Olağanüstü Genel Kurul toplantısında hazır bulunan üyelerin 2 / 3'ünün olumlu oyu gerekir. Tüzük değişikliği durumunda, değişikliklerin derhal Dernekler Kayıt Defterine gönderilmesi ve işlenmesi gerekmektedir. Yapılan değişiklikler ayrıca Genel Sekreterlik tarafından ortaklara bildirilir (Tüzük m. 24; m. 31-35).

### **2. Yönetim Kurulu**

Yönetim Kurulu; Başkan, Başkan Yardımcısı ve Genel Sekreterden oluşur. Kararlarını oy çokluğu ile alır. Yönetim Kurulunun görevleri şunlardır:

- a. Genel Sekreterliğin denetimi,
- b. Onursal üyelerin atanmasını Merkeze önermek,

---

<sup>38</sup> Merkezin feshi halinde; Tasfiye Kurulu, Yürütme Kurulu ve Denetim Kurulu birlikte görev yapar. Tasfiye sonucunda elde edilen mal varsa, benzer amaçlı birliğe tahsis edilir (Tüzük m. 29,30).

<sup>39</sup> Bu terim Türkçeye "Tahkim Fonksiyonu Denetleme Kurulu Sekreteri" olarak çevrilebilir.

<sup>40</sup> Tüzük değişiklik talebi yönetim kurulu tarafından ortaklara 30 gün öncesinden bildirilmelidir (Tüzük m. 33).

- c. Genel Sekreterlik tarafından hazırlanan ve Merkezin yönetimi ile ilgili Denetim Kurulunun yetkilerine atıfta bulunulmayan raporları bildirmektir (Tüzük m. 23).

### **3. Denetim Kurulu**

Denetim Kurulu, iki yıl için Genel Kurul tarafından seçilen beş kişiden oluşur. Kararlarını oy çokluğu ile alır. Denetim Kurulunun görevleri şunlardır:

- a. Tüzük ve Yönetmeliğe uygun olarak, idari ve mali denetim ve Merkez tarafından oluşturulan kurallara ve bütçe ilkelerine uyulup uyulmadığını denetlemek,
- b. Genel Sekreterliğin hazırladığı raporlar ile ilgili görüş bildirmektir (Tüzük m. 21).

### **4. Denetleme Organı (OSFA)**

#### **a. Yapısı ve Görevleri**

Merkez, Yönetmelikte yer alan tahkim fonksiyonu ile entegrasyonu sağlamak için Denetleme Organını (OSFA) oluşturmuştur (Tüzük m. 11). OSFA, aşağıda yetkilendirilmiş organlar tarafından önerisi yapılan üyeler içinden Genel Kurul tarafından ataması yapılan üç kişiden oluşur. Aday önerileri şu şekildedir:

1. OSFA'nın bulunduğu merkezin kurucu ortakları, aralarından biri yedek olmak üzere üç aday önerir,
2. Yönetim Kurulu, üç kişi önerir,
3. Herhangi bir ortak en fazla üç aday önerebilir. Önerilen üye toplamından, OSFA'nın üç üyesi seçilecektir. Genel Kurul her öneriden bir asil ve bir yedek üye seçecektir. Genel kurul seçimde basit çoğunlukla karar verir. Üye veya üyelerin boşalması durumunda, süreç sadece seçilmemiş üye pozisyonu için yapılacaktır (Tüzük m. 12).

OSFA, başkan ve sekreteri üyeleri arasından atanır. Herhangi bir üye, Başkan veya Genel Sekreterin talebi üzerine veya her durumda en az üç ayda bir toplanacaktır. OSFA'nın aldığı kararlarda oy çoğunluğu geçerlidir. Alınan kararlar tüm üyelere bildirilir. OSFA kararları, merkeze kayıtlı en az iki üye devletin tüm üyelerin asgari % 10'una karşılık gelmesi şartıyla genel kurul tarafından gözden geçirilebilir (Tüzük m. 13).

OSFA'nın görevleri ise şunlardır:

- a) Hakem listesini, her ülkenin üyeleri tarafından kabul edilen önerilere göre oluşturmak ve güncellemek,
- b) Genel Sekreterliğe Merkez listesinden hakem veya hakemlerin seçimini önermek ve yönetmelik gereği görevlendirmek. Ancak merkezin yöneticisi olan kişiler hakem olarak teklif edilemez.

- c) Yönetmelik gereği hakemlere ilişkin usulsüzlük ve / veya şikâyetlere ilişkin dosyalara bakmak,
- d) Amaca ilişkin işlem ve faaliyetlerle ilgili düzenlemeyi genel kurul onayına sunmak,
- e) Hakemlerin CIAR listesine entegrasyonu için gerekli şartları genel kurulun onayına sunmaktır (Tüzük m. 14).

#### **b. Hakemlerin Teklif Edilmesi ve Atanması**

Üye devletlerden hakem listesine katılmak isteyen avukatlar ve hukukçular, mensubu oldukları devletin iştirakine veya ortaklarına özgeçmiş ve dâhil olmak istedikleri kurumsal ve geçici tahkim prosedürleri listesini içeren taleple taraf avukatı, hakem, eş hakemler, hakem heyeti başkanı ve sekreter olarak katılabilirler. Ayrıca, Merkezin kurallarını kabul etmek için resmi bir taahhüt ve özellikle de Merkezin Tüzüklerinde yer alan hükümlere atıfta bulunacaklardır. Talebi alan iştirak belgeyi inceleyerek açıklama ve ek belgeler isteyip istememesine bağlı olarak değerlendirmesini OSFA'ya sunacaktır. Hakemin ilgili listeye dâhil edilmesine ilişkin OSFA tarafından verilen karara<sup>41</sup> itiraz edilebilir. Gerekçeli olarak verilen itiraz kararına karşı kurula itiraz mümkündür. Kurulun kararı kesindir (Tüzük m. 15).

Her üye devlet için hakemlerin sayısı 50'yi aşamaz ve OSFA her ülkenin hakem sayısını belirler iken nüfusu ve ortak sayısı bakımından orantılı davranmak zorundadır (Tüzük m. 17).

OSFA tarafından oluşturulan hakem listelerinden Genel Sekreterlik uygun olabilecek hakem veya hakemlerin atanmasını Merkez adına yapar. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, Genel Sekreterlik objektif ve tarafsızlık ilkelerine uygun ve uyuşmazlık taraflarının uyuşu ile örtüşmeyecek şekilde atama yapar. Genel Sekreterliğin talebi ile OSFA, Yönetmeliğin öngördüğü durumlarda Merkez listesinden hakem veya hakemlerin seçilmesini önerebilir. Her durumda, Merkezin yöneticisi kişi hakem olarak teklif edilemez. Taraflar, istisnai durumlarda, kurumun hakem listesinin bir parçası olmayan ve Merkezin düzenlemelerinde belirtilen şartları yerine getiren bir veya üç hakemin atanmasını CIAR ile yazılı anlaşma yaparak teklif edebilirler. Bu teklif OSFA tarafından değerlendirilir (Tüzük m. 18) .

---

<sup>41</sup> OSFA'nın bu konudaki kararları adil, orantılılık ve uzmanlık kriterlerine uygun olmalıdır. OSFA müracaat eden üye her devletin adaylarının yeterliliklerini ve deneyimlerini içeren bilgiler (uzmanlık alanı, Merkezin işlem dili olan İspanyolca ve / veya Portekizce dillerini bilmesi ve sektörel bilgileri) ışığında güncel elektronik dosyadan takip edilebilecek hakem listesi oluşturulacaktır. OSFA hakemlerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin uygun önlemleri almakla yükümlüdür (Tüzük m. 16).

Hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı ile mesleki etik kurallarına aykırı davranışları dolayısıyla ile ilgili olarak herhangi bir üye, tahkim yargılamasının tarafları ve hakemleri bu durumu öğrenme tarihinden itibaren 30 gün içinde OSFA'ya yazılı olarak başvurabilirler. OSFA ekli belgelere dayanarak soruşturmacı atar ve 10 gün içinde durumu taraflara bildirir. İlgili hakem 15 gün içinde yazılı savunma vermek zorundadır. OSFA dosya hakkında takipsizlik, başvurunun reddi ve yeni belge ve bilgi talebi şeklinde kararlardan birini verecektir. İnceleme sonucunda hafif ihlal kararı için kınama, ciddi ihlal için ise 3 ay ile 2 yıl arası hakemliğin askıya alınması kararı verilecektir. Hakem listesinin bir parçasını oluşturmayan tarafların teklifi ile atanan hakemler ise çok ciddi sayılan bir ihlal için görevden alınma cezası, bu ceza tahkim konusu miktarın % 20 si oranında para cezasına dönüştürülebilir. Yaptırımlar, ortak/ üye tarafından Hakem Yönlendirme Komitesine temyiz edilebilir (Tüzük m. 19-20).

## F. İBEROAMERİKAN TAHKİM MERKEZİ (CIAR) BAKIMINDAN YARGILAMA VE USULLE İLGİLİ ÖNEMLİ HUSUSLAR

### 1. Tahkim Yeri

Taraflar tahkim yeri<sup>42</sup> konusunda daha önce anlaşma yapmadıklarında, bu yer, usul ekonomisine uygun şekilde Merkez tarafından belirlenir. Karar tahkim yerinde verilir. Buna karşılık, hakem heyeti görüşmelerini uygun gördüğü herhangi bir yerde yapabilir. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflar hakem heyeti, duruşma yapmak için uygun gördüğü herhangi bir yerde veya başka bir amaç için de görüşebilir (Yönetmelik m. 17)<sup>43</sup>.

### 2. Tahkim Dili

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tahkim dili İspanyolca veya Portekizce'dir. Hakem heyeti, dava veya cevap dilekçesine ekli belgeler ile dava sırasında asıl dilde sunulan belgelerin veya ek belgelerin taraflarca kararlaştırılan veya hakem heyeti tarafından belirlenen dille veya dillere yapılan çevirilerle birlikte verilmesini talep edebilir (Yönetmelik m. 18)<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Tahkim yerinin belirlenmesi birçok bakımdan önem taşımaktadır. Örneğin, tahkim yeri tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukun belirlenmesi açısından önem taşımaktadır (Bkz. **Yeşilirmak, Ali**, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması, İstanbul, Şubat 2018, s. 27)

<sup>43</sup> Karş. MTK, m. 9: "*Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir (f. 1). Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir (f. 2)*". Geniş açıklamalar için bkz. **Kalpsüz, Turgut**, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010, s. 40- 41. Ayrıca karşı 2017 tarihli ICC (MTO) Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları, m.18.

<sup>44</sup> Karş MTK, m. 10-C; 2017 tarihli ICC (MTO) Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları, m. 20.

### 3. Seri Yargılama Usulü

Taraflar, tahkim yargılamasını bu maddede belirtilen seri usulle yapılabileceğini<sup>45</sup> ve genel tahkim yargılama rejimini aşağıdaki şartlarla değiştirebilir:

- a. Merkez, hakemlerin atanması için süreleri kısaltabilir.
- b. Taraflar belgelenenler dışındaki iddialarının ispatlarını talep ederse, söz ve uzmanlık ifadesinin yanı sıra sözlü sonuçlar için tek bir duruşma yapılır.
- c. Hakemler, tarafların dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonraki 4 (dört) ay içerisinde karar vermelidir. Hakemler, karar vermek için bir aylık ek bir süre kullanabilirler.
- d. Tahkim anlaşması hakem seçilmesini öngörmedikçe, tek bir hakem tayin edilecektir.

Tarafların anlaşmasına ek olarak, seri yargılama usulü, taraflar dinlendikten sonra, yargılamanın toplam tutarının, (karşı dava ve yargılama giderleri dahil) 250.000 (iki yüz elli bin) doları aşmadığı durumlarda Merkez kararıyla aksi hüküm yoksa uygulanır. Merkez bu miktarı güncelleyebilir veya bu miktara ilişkin eşdeğer tutar belirleyebilir. Tahkim dosyasının seri usul ile çözümünde verilen karar kesindir (Yönetmelik m. 43).

### 4. Tarafların CIAR Tahkim Merkezine On-Line Başvuru Yapabilmeleri

Taraflar, CIAR Tahkim Merkezine başvuruyu “on line”<sup>46</sup> yapabilirler. Tarafların başvurusu Merkez tarafından bu amaç için öngörülen veya yetkilendirilen herhangi bir elektronik yolla mümkün olabilir.

Merkez ve hakemler, tahkim süreci için zaman sınırını ve hükmün verilmesini eşitlik, duruşma ve çelişki ilkelerini gözeterek uyuşmazlığın niteliğine göre belirler. Bunun şartları şu şekilde olacaktır:

- a. Tahkim anlaşması bir hakem heyeti seçimini şart koşmadıkça, tek bir hakem tayin edilecektir.

---

<sup>45</sup> Belirtmek gerekir ki, seri yargılama usulü hükümleri, tahkimin hızlı ve etkin bir şekilde yapılmasını amaçlamaktadır (Bkz. **Yeşilirmak**- ICC Tahkim Kuralları, s. 153). Ayrıca karşı. 2017 tarihli ICC (MTO) Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları, m. 30.

<sup>46</sup> Konu ile ilgili olarak bkz. **Kallel, Sami**, Online Arbitration, Journal of International Arbitration, 2008, 25 (3), 2008 (s. 345–353); **Yüksel, Bozkurt/ Ebru, Armağan**, Online International Arbitration, Ankara Law Review Vol.4 No.1 (Summer 2007), pp.83-93, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1542/16895.pdf>; Erişim Tarihi: 19 Eylül 2019. Uyuşmazlıkların genel olarak on-line çözümü için ayrıca bkz. **Donahey, M. Scott**, Current Developments in Online Dispute Resolution, Journal of International Arbitration, 1999, 6 (4) (s. 15-1 30); **Dohaney, M. Scott**, Dispute Resolution in Cyberspace, Journal of International Arbitration, 15 (4) , 1998 (s. 127- 168).



- b. İletişim sadece elektronik olarak yapılacaktır. Taraflar, elektronik ortamda on-line tahkime başvurudan itibaren belgelerini yönetmeliğin 3/1. maddesi gereği, 2 iş günü içinde göndermelidir. Bu başvuru belgelerin asıllarının merkeze gönderilmesi kuralını kaldırmaz.
- c. Hakemlerin katılımı mümkün olmadıkça, duruşmalar video konferans yoluyla gerçekleştirilecektir.
- d. Hakemler, tarafların dilekçelerini sunmalarını takip eden takip eden 3 ( üç ) ay içerisinde karar vereceklerdir<sup>47</sup>. Hakemler karar vermek için bir aylık ek süre kullanabilirler. Hakemler tarafından imza edilen karar, dijital formata ek olarak, basılı kopyalarla birlikte taraflara gönderilecektir.
- e. Uyuşmazlık değeri 50.000 (ellibin doları) aşmayan tüm davalarda (karşı dava ve yargılama giderleri dahil) on-line tahkime başvuru zorunludur. Taraflar anlaşması ile bu miktarı aşan uyuşmazlık içinde on-line tahkime başvurulabilir. Merkez bu miktarı güncelleyebilir veya bu miktara ilişkin eşdeğer tutar belirleyebilir. Tahkim dosyasının “online” usul ile çözümünde verilen karar kesindir (Yönetmelik m. 44).

## SONUÇ

Türk Dili Konuşan Ülkeler İşbirliği Konseyine (Türk Keneşi/Türk Konseyi) üye ve gözlemci devletlerin hukuk alanında işbirliğinin yansımaları olarak CIAR modelinden hareketle “Türk Konseyi Tahkim Merkezi” kurulması veya tercihe göre Konsey sekreterliğinin Türkiye’de bulunması nedeniyle İstanbul Tahkim Merkezi mevzuatı kapsamında değerlendirilmesinin Konseyin hukuk alanındaki önemli yapı taşlarından birini oluşturacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca söz konusu kurumsal tahkim merkezi (CIAR) “Türkiye Cumhuriyeti ile İslam Ticaret, Sanayi ve Tarım Odası Arasında İslam İşbirliği Teşkilatı Tahkim Merkezi” (kısaca İslam Tahkim Merkezi) bakımından da önemli hükümler barındıran ve model teşkil edebilecek bir tahkim merkezi konumundadır. Bu anlamda özellikle dünyada gönül coğrafyamızdaki ülkelerle tahkim konusunda işbirliğinin sağlanması ülkemiz bakımından oldukça önem kazanmaktadır.

---

<sup>47</sup> Hakemlerin verebileceği kararlar ve hukuki sonuçları için bkz. **Özbek, Mustafa Serdar**, Tahkim Yargılamasında Hakem Kararı, TNBHD, Y. 6, S. 2, Ankara 2019, s. 118- 120 (s.117-198).

## KAYNAKÇA

- **Akıncı, Ziya**, Türkiye’de MTO Tahkimi, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, İÜHF, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2012 (s. 40- 52)
- **Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil / Deren Yıldırım, Nevhis**, Medenî Usul Hukuku Esasları, Tıpkı B. 8., İstanbul 2011.
- **Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel**, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara 2019..
- **Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/ Erdoğan, Ersin**, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2018.
- **Ataman-Figanmeşe, İnci**, Son On Yıl İçinde Türkiye’nin Muhatap Olduğu ICSID Davaları, Türkiye’de MTO Tahkimi, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, İÜHF, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2012 (s. 18- 35)
- **Balcı, Muharrem**, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul, 1999.
- **Barney Cruz, Óscar**, El Centro Iberoamericano de Arbitraje, <http://www.forjib.org/el-centro-iberoamericano-de-arbitraje/>, Erişim Tarihi: 19 Eylül 2019.
- **Birsel, M. Tefvik**, Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, Ege Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Yıl. 1, Sa. 1, İzmir 1980.
- **Bozkurt Yüksel/ Armağan Ebru**, Online International Arbitration, Ankara Law Review Vol.4 No.1 (Summer 2007), pp.83-93, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1542/16895.pdf> Erişim Tarihi: 19 Eylül 2019.
- **Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol**, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2019.
- **Cruz Miramontes, Rodolfo / Cruz Barney, Oscar**: Arbitraje Utilización y práctica en México y en los Tratados comerciales internacionales, Barcelona, Wolters Kluwer-BOSCH, 2013.
- **Cruz Razo, Juan Carlos**, La Legitimacion del Consejo de la Judicatura Federal en las controversias Constitucionales, s. 27 vd., s. 28 dn. 1, El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Vigésima Tercera Época, Tomo XXIX, Primer Semestre 2016, <http://www.24cumbreiberoamericana.gob.mx/wp-content/uploads/2014/12/1.Declaracion-Veracruz-JEG-E.pdf>; [https://www.basham.com.mx/mailling/El\\_Foro\\_nov\\_2018.01.pdf](https://www.basham.com.mx/mailling/El_Foro_nov_2018.01.pdf), Erişim Tarihi: 01 Mart 2019.
- **Dayınlarlı, Kemal**, Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hâtırasına Armağan (1902-1985), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Kasım 1986.

- **Dayınlarlı, Kemal**; Uncitral Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş B. 3, Ankara 2012.
- **Deren Yıldırım, Nevhis**, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, ABD., S. 60, Y. 2002/4.
- **Doğanay, İsmail**, Hakem Mahkemesi Kararlarının Yargıtay Tarafından Bozulması Halinde Hakemler, Bu Bozma Kararına Karşı Direnme (İsrar) Kararı Verebilirler mi?, BATİDER, IX Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 4- 5 Nisan 1997.
- **Dohaney, M. Scott**, Dispute Resolution in Cyberspace, Journal of International Arbitration, 15 (4) , 1998 (s. 127- 168).
- **Donahay, M. Scott**, Current Developments in Online Dispute Resolution, Journal of International Arbitration, 1999, 6 (4) (s. 15- 30).
- **Erdoğan, Celâl**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Her Konu Hakkında Geniş Açıklama ve 2188 Yargıtay Emsal Kararı, Ankara 1982.
- **Erman, Eyüp Sabri**, Hakem İntihabını Hâkime veya Mahkemeye Bırakan Tahkim Klozu Geçerli Midir, ABD, S. 5-6, 1976, (s. 343- 349).
- **Ertabak, Ünal**, Tahkim Sözleşmesi ile İlgili İhtilaflar, İstanbul 2009.
- **Fouchard, Philippe/ Gaillard, Emmanuel/ Goldman, Bertthold**, On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague- London- Boston, 1999.
- **Garner, Bran A.**, Black's Law Dictionary, 7th Edition, St. Paul, Minn., 1999.
- **Gençcan, Ömer Uğur**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013.
- **Gerbay, Rémy**, The London Court of International Arbitration, Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland (Ed. By. Lew, QC, Julian D.M./ Bor, Harris/ Fullelove, Gregory/ Greenway, Joanne), Chapter 4, 2013 Kluwer Law International BV, The Netherlands, s. 51- 74.
- **Görgün, Şanal/ Börü, Levent/ Toraman, Barış/ Kodakoğlu, Mehmet**, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019.
- **Huysal, Burak**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010.
- **Kallel, Sami**, Online Arbitration, Journal of International Arbitration, 2008, 25 (3), 2008 (s. 345–353).
- **Kalpsüz, Turgut**, İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer 2. Tıpkı Basım, Ankara, 18- 29 Mart 1996 (s. 339- 379) (Kalpsüz- İnşaat Sözleşmeleri).

- **Kalpsüz, Turgut**, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010.
- **Karadaş, İzzet**, Ulusal (iç) Tahkim, Ankara, 2013.
- **Keser Berber, Leyla**, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, B. 1, İstanbul 1999.
- **Konuralp, Cengiz Serhat**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- **Koral, Rabi**, İç Hukukumuzda Tahkim, İÜHFM.,C. XIII, S. 3, İstanbul 1947, (s. 1038- 1081).
- **Kumtepe, Yusuf/ Loschi, Riccardo**, Investment Dispute Settlement Body of the Organisation of Islamic Cooperation: A Dead End for Claims under the OIC Investment Agreement? December 29, 2019 (s. 1- 3).
- **Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. VI, İstanbul 2001.
- **Küçükgüngör, Erkan**, Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum), BATİDER, C. XIX, S. 3, Ankara, Haziran 1998, (s. 137- 150).
- **Lew, Julian D. M.**: Applicable Law in International Commercial Arbitration, A Study in Commercial Arbitration Awards, Oceana Publications, New York 1978.
- **Meade, Robert E.**, Arbitration Overview: The AAA’s Role in Domestic and International Arbitration, Journal of International Arbitration, 1984 (s. 263- 271).
- **Miguel Díaz, Luis**, Arbitraje, privatización de la justicia, 2a edición/Bası, México, Editorial Themis, 1998, p./Sayı XV.
- **Müller, Eva**, How Do International Institutions Select Arbitrators? Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC Institute), Journal of International Arbitration , 2000, 17 (3) (157–161).
- **Nomer, Ergin/ Ekşi, Nuray/ Öztekin Gelgel, Günseli**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, B. 4, İstanbul, Mart 2013.
- **Özbay, İbrahim/ Korucu, Yavuz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407- 444), Ankara 2016.
- **Özbek, Mustafa Serdar**, Tahkim Yargılamasında Hakem Kararı, TNBHD, Y. 6, S. 2, Ankara 2019, s. 118- 120 (s.117-198).
- **Özcan, Erkan**; Sigorta Tahkim Komisyonu Nezdinde Tahkim Uygulaması, Ankara 2014, (s. 54- 61).
- **Özkan, Cafer**, Baro Hakem Kurulları ve Karşılaşılan Sorunlar, İzmir BD.,Y. 68, S. 3, Temmuz 2003.

- **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul- Ekim 2019
- **Pekcanitez/ Yeşilirmak**, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, C. III, İstanbul- Mart 2017.
- **Sarisözen, M. Serhat**, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, B. 1., İstanbul 2005.
- **Selçuk, Seyhan**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2018.
- **Söğüt, İpek Sevda**; Roma Hukukunda Tahkim, B. 1, İstanbul, 2011.
- **Şanlı, Cemal**, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986 (**Şanlı- Esasa Uygulanacak Hukuk**).
- **Şanlı, Cemal**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2. Bası, İstanbul- Nisan 2002 (**Şanlı- Uluslararası Ticari Akitler**).
- **Tanrıver, Süha**, Makalelerim I (1985-2005), Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, B. 1, 2005, (s. 125- 150).
- **Ulukuş Bulut, Şaziye Tuba**, MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 2018
- **Yeğengil, Rasih**; Tahkim (L'arbitrage), İstanbul, 1974.
- **Yeşilirmak, Ali**, Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem Bilirkişilik ve Tahkim, B. 1, İstanbul, Nisan 2011 (Yeşilirmak- Doğrudan Görüşme).
- **Yeşilirmak, Ali**, ICC Tahkim Kuralları ve Uygulanması, İstanbul, Şubat 2018 (Yeşilirmak- ICC Tahkim Kuralları).
- **Yeşilova, Bilgehan**, Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine -Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak- Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/I), Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan I İzmir 2010, DEÜHFD., C. 11, Özel Sayı 2009, (s. 739- 818).
- **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş B. 4, Ankara 2012.

## İNTERNET KAYNAKLARI

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

[www.centerarbitr.ru](http://www.centerarbitr.ru)

[www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/islam-isbirligi-teskilati.tr.mfa)

[www.ista.org.tr/tr/blog/islam-isbirligi-teskilati-tahkim-merkezi](http://www.ista.org.tr/tr/blog/islam-isbirligi-teskilati-tahkim-merkezi)

[www.segib.org](http://www.segib.org)

[www.turkkon.org/tr](http://www.turkkon.org/tr)

[www.forjib.org/el-centro-iberoamericano-de-arbitraje](http://www.forjib.org/el-centro-iberoamericano-de-arbitraje)

[www.24cumbreiberoamericana.gob\\_](http://www.24cumbreiberoamericana.gob_)

[www.basham.com\\_](http://www.basham.com_)

<http://centroiberoamericanodearbitraje.org>

<http://centroiberoamericanodearbitraje.org>

<http://dergiler.ankara.edu.tr/>

## KISALTMALAR CETVELİ

**ABD** : Ankara Barosu Dergisi

**B**: Bası

**BATİDER**: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

**Bkz**: Bakınız

**C**: Cilt

**DEÜHFD**: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

**İzmir BD**: İzmir Barosu Dergisi

**İÜHFM**: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

**m**: madde

**Tüzük**: Reglamento General de Funcionamiento del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR)

**Y**: Yıl

**Yönetmelik**: Reglamento de Arbitraje del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR)

**S**: Sayı

**TNBHD**: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi



# SORUMLULUK SİGORTALARINDA ZARAR GÖRENİN DOĞRUDAN DAVA HAKKI\*

*The Right to a Direct Action by Injured Party in Liability Insurance*

**Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK\*\***

Geliş Tarihi: 07.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Sorumluluk sigortalarında sigortalının zarar verdiği kişi, kanun gereği doğrudan taleplerini sigortacıya yöneltebilir. Zarar görenin doğrudan dava hakkı olarak anılan bu hukuki imkân, sözleşmenin nisbiliği ilkesine kanun koyucunun getirdiği bir istisnadır. Çalışma kapsamında da zarar görenin doğrudan dava hakkının hukuki niteliği ortaya konulmuş ve zarar görene temin ettiği koruma izah edilmiştir. Zarar görenin doğrudan sigortacıya başvuru hakkının tabi olduğu şartlar ve 2018 yılının sonunda Türk Ticaret Kanunu kapsamında öngörülen “zorunlu arabuluculuk” şartı karşısında bu talebin durumu da değerlendirilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** sorumluluk sigortaları, sigortalı, zarar gören üçüncü kişinin doğrudan dava hakkı, sözleşmenin nisbiliği ilkesi, zorunlu arabuluculuk

## ABSTRACT

In liability insurances, the person injured by the insured, can direct their demands to the insurer as required by law. This legal opportunity, referred to as the direct action right of the injured, is an exception brought by the legislator to the principle of relativity. Within the scope of this study, the legal nature of the direct action right of the injured party was revealed and the protection provided to the injured one was explained. The condition of this claim was also evaluated against the conditions under which the injured person was entitled to apply directly to the insurer and the “mandatory mediation” requirement envisaged under the Turkish Commercial Code at the end of 2018.

**Key words:** liability insurances, insured, direct action right of the injured party/person, principle of relativity, mandatory mediation.

\* Bu makalenin hazırlanması aşamasında kıymetli görüşlerini benden esirgemeyen saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Vural Seven, Dr. Öğr. Üyesi Kübra Yetiş Şamlı ve Araş. Gör. İpek Oğuz'a sonsuz şükranlarımı sunarım.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, e-mail: eba@istanbul.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4856-9733..



## GİRİŞ

Sözleşme kural olarak sadece bu borç ilişkisinin taraflarını ilgilendirir. Taraflar arasında bir bağıllık ilişkisi niteliği taşıy ve kural olarak ancak tarafları için hak ve borç doğurur. Buna “sözleşmenin nisbîliği” ilkesi adı verilir. Bununla beraber sözleşmenin tarafları<sup>2</sup> yahut kanun koyucu bu ilkeye istisna getirebilir. Söz konusu kurala sorumluluk sigortaları kapsamında da getirilmiş bir istisna mevcuttur ki işbu çalışmanın konusunu bu istisna oluşturmaktadır.

Sorumluluk sigortalarında sigortalının<sup>3</sup> zarar verdiği kişi, sigorta sözleşmesinin tarafı değil; bir üçüncü kişidir. Zarara uğrayan bu üçüncü kişi, sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığı halde sigortacıdan zararın giderilmesini talep edebilir. Zarar görenin sigortacıya karşı sahip olduğu bu imkanı “doğrudan dava hakkı” (TTK m. 1478<sup>5</sup>) olarak adlandırılır<sup>6</sup>. İşbu çalışma kapsamında

<sup>1</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017, s. 18.

<sup>2</sup> Bu istisnalardan ilk akla gelecek olan ilişkinin “üçüncü kişi yararına” sözleşme niteliğini haiz olmasıdır. Taraflar bir üçüncü kişiyi çeşitli sebeplerle aralarındaki sözleşmeyle irtibatlandırmış olabilir. Üçüncü bir kişinin bir sözleşme ile irtibatlandırılmış olması, anılan üçüncü kişiyi sözleşmenin tarafı haline getirmeyebilir; sadece ilgili sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğine haiz olup olmadığına irdelenmesini gerektirir. Üçüncü kişi kavramı bir hukukî işlemin kurulması söz konusu olan durumlarda, bu hukukî işlemin kurulmasına katılmayan kişiyi ifade eder. İşlemi kuranlar “taraf”; işlemin kurulmasına dahil olmayanlar ise “üçüncü şahıs” olarak adlandırılır (bkz. Şener Akyol, Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2008, s. 11). Söz konusu kurum ve sonuçlarına işbu çalışma kapsamında doğrudan dava hakkının hukuki nitelendirmesini de ilgilendirdiğinden gerektiği ölçüde değinilecektir (bkz. I).

<sup>3</sup> Türk Ticaret Kanununun sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümlerinde (m. 1473-1485) sözleşmenin tarafı olan “sigorta ettiren” kavramı yerine, sigorta sözleşmesine sorumluluğu konu edilen kişiyi vurgulamak amacıyla “sigortalı” kavramı kullanılmıştır (bkz. m. 1477). Çalışma kapsamında sigorta ettiren ve sigortalı terimlerinin hukuk tekniğine uygun şekilde kullanılmasına gayret edilecektir.

<sup>4</sup> Türk Ticaret Kanunu Tasarısında (17.10.2005) m. 1478’in kenar başlığı ve metnin içeriği zarar görenin sigortacıya karşı sahip olduğu talep hakkı “doğrudan doğruya” ileri sürülebilir bir talep olarak nitelendirirken; kanunlaşan madde metninde “doğrudan isteyebilir”, başlıkta ise “Doğrudan dava hakkı” ifadesi tercih edilmiştir (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, çevrimiçi, Lexpera İçtihat, 15.12.2019). KTK m. 97’de aynı imkan “Doğrudan Doğruya Talep ve Dava Hakkı” Karayolları Taşıma Kanunu m. 21’de ise “Doğrudan Doğruya Talep Hakkı” şeklinde isimlendirilmiştir. Aynı imkan için farklı ifadeler kullanılmış olunması isabetli değilse de bu çalışma kapsamında Türk Ticaret Kanununun lafzına uygun olarak “doğrudan dava/ doğrudan talep” ifadesi kullanılacaktır.

<sup>5</sup> TTK m. 1478’in madde başlığı “Doğrudan dava hakkı” ise de zarar görenin maddeye dayanan talebini/taleplerini mutlaka dava açarak ileri sürmesi mecburiyeti bulunmaz. Keza madde metninde yer alan “doğrudan sigortacıdan isteyebilir” ifadesi de bu çıkarımı destekler mahiyettedir (bkz. Ecehan Yeşilova Aras, Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 27).

<sup>6</sup> Doğrudan talep hakkı ilk kez 865 sayılı Ticaret Kanununda m. 981’de akabinde; önceki (6762 sayılı) Ticaret Kanununda sadece yangın dolayısıyla sorumluluk sigortalarına ilişkin

doğrudan talep/dava hakkının zarar görene temin ettiği koruma, kurumun hukuki niteliği göz önüne alınarak irdelenecek ve zarar görenin sigortacıya karşı sahip olduğu hakkı dava yoluyla kullanmak istediği takdirde TTK m. 5/ A<sup>7</sup> uyarınca “arabulucuya” başvurusunun kendisi için bir dava şartı teşkil edip etmediği noktasına da değinilecektir.

## I. DOĞRUDAN TALEP/DAVA HAKKININ HUKUKEN NİTELENDİRİLMESİ

### A. Yapılan Nitelendirmenin Önemi ve İşlevi

Bir kurumun hukukten nitelendirilmesi: (1) ilgili kurumun ilk başta tabi olacağı hükümleri belirgin kılar; (2) kurumun ilgisine bahşettiği imkanları berraklaştırır; (3) hukuk dünyasındaki yerini belirginleştirir. Şu halde zarar gören üçüncü kişinin doğrudan talep hakkının kendisi için hukukten ne anlam ifade ettiği hakkın hukukten nitelendirilmesini gerekli kılar. Zikredilen nitelendirme:

- Sigorta sözleşmesiyle zarar görenin talebi arasındaki ilişki ve dolayısıyla;
- Sigortacının talep karşısında zarar gören üçüncü kişiye/kişilere karşı sahip olduğu savunmalar;
- Zarar görenin talebini ileri sürmek için yerine getirmesi gereken şartlar ve;
- Zarar görenin hakkını mahkeme nezdinde yahut hakem heyeti huzurunda ileri sürmek istemesi halinde izlemesi icap eden yol üzerinde etkili olur.

---

m. 1310'da düzenlenmiştir. Ayrıca 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 112, KTK m. 97 (zorunlu sorumluluk sigortaları için tanınan bu hak sonrasında m. 100 ile ihtiyari sorumluluk sigortaları için de zarar görene tanınmıştır), Karayolları Taşıma Kanunu m. 21'de de zarar görene sorumluluk sigortacısına doğrudan başvurma imkanı bahşedilmiştir. 6102 sayılı Ticaret Kanunu yürürlüğe girmeden önce zarar görenin diğer sorumluluk sigortaları kapsamında sigortacıya başvuru imkanı bulunup bulunmadığı tartışılmıştır (Tartışmanın ayrıntısı için bkz. Rayegân Kender, “Motorlu Nakil Vasıtalarının İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortalarında Zarar Gören Üçüncü Şahıs Türk Hukukunda Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Dava Hakkına Sahip Midir?” İÜHFİM, C.XXXIX, 1973, s. 221-245; Reşat Atabek, “Zarar Görenin Doğrudan Sigortacıya Müracaat Hakkı”, BATİDER, C. VI, 1971, s. 111 vd.; Yarg. HGK., E. 1995/11-980, K. 1996/18, T. 31.01.1996; Yarg. 11. HD., E. 2003/1585, K. 2003/7134, T. 30.6.2003; Yarg. HGK., E. 2008/10-402, K. 2008/411 T. 28.5.2008, çevrimici, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası -16.12.2019). Ancak TTK m. 1478 bu imkanı tüm sorumluluk sigortaları için getirmek suretiyle söz konusu tartışmayı noktalamıştır.

<sup>7</sup> 19.12.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile Türk Ticaret Kanunu’na 5/A maddesi eklenmiştir. İlgili madde uyarınca: “Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” Yeni düzenleme ile konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir.

Bu takdirde zarar gören üçüncü kişinin sorumluluk sigortacısı karşısındaki konumunun belirlenmesi için öncelikle TTK m. 1478 uyarınca kendisine tanınan hak, hukuken nitelendirilmelidir<sup>8</sup>.

## B. Sorumluluk Sigortası ve Zarar Gören Üçüncü Kişi

Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin kendi yahut bir başkasının (sigortalı) sorumluluğuna yol açma ve dolayısıyla bu sorumluluğun malvarlığının pasifinde artış meydana getirme ihtimalini prim karşılığı teminat altına alan bir sigorta türüdür<sup>9</sup>. Sorumluluk sigortası niteliği gereği sadece sözleşmenin taraflarıyla değil, sigortalının faaliyetlerinden zarar görme ihtimali bulunan üçüncü kişilerle de ilgilidir. Bu sebeple sorumluluk sigortası bir yandan sigortalının üçüncü kişilere verebileceği zararların giderilmesi için sigortalının malvarlığının azalmasının önüne geçmeyi amaçlarken<sup>10</sup>; diğer yandan da sigortalının fiillerinden zarar gören üçüncü kişilerin zararının tazminine yöneliktir<sup>11</sup>. Bununla beraber sorumluluk sigortası her sözleşme ilişkisi gibi kural olarak sadece tarafları arasında hak ve borç meydana getirir. Bir diğer ifadeyle üçüncü kişinin uğradığı zararı giderimde zarar verenin (sigortalı) üzerindeki yükü hafifletmek için sorumluluk sigorta ettirilir. Gelineen noktada ifade edilebilir ki sorumluluk sigortası, sigortalı ile onun eylemlerinden zarar

<sup>8</sup> Yabancılık unsuru içeren bir sorumluluk sigortasında, zarar görenin doğrudan dava hakkı bulunup bulunmadığı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 34/4 gereği, sigorta sözleşmesinin tabi olacağı hukuk uyarınca açıklığa kavuşturulur.

<sup>9</sup> Sorumluluk sigortası doktrinin getirdiği kriterler esas alındığında: (1) rizikonun konusuna göre yapılan ayırmada malvarlığı sigortaları içerisinde yer alır. (2) ihtiyacın karşılanması prensibi uyarınca zarar sigortalarının pasif zarar sigortası kapsamında mütalaa edilebilir. (bkz.: Rayegân Kender, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 387; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 303). Kanunun sigorta sözleşmelerine dair sınıflandırması esas alındığında ise: Sigorta sözleşmeleri Türk Ticaret Kanunu’nda (1) mal/(2) zarar sigortaları kısmında yer alır. Bu sebeple zarar sigortalarına ilişkin hükümler kural olarak sorumluluk sigortalarında da uygulanır. Ancak sorumluluk sigortalarında malvarlığının pasif kısmının sigorta güvencesi altına alınması amaçlandığından, mal/zarar sigortalarına ilişkin bütün hükümler bu tür sigortalarda aynen uygulanamaz. Örneğin, zarar/mal sigortalarına ilişkin eksik veya aşkın sigorta ilkeleri sorumluluk sigortalarında uygulanmaz (Kemal Şenocak, “Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği”, AÜHFD, cilt: 58, S.1, s. 191); Birgül Sopacı Öztuna, “Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı”, BATİDER, Cilt XXIV, S. 15, 2011, s. 17.

<sup>10</sup> Bir kişinin sorumluluğunun sigorta sözleşmesine konu edilmiş olması, bu kişinin üçüncü kişilere olan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, ancak sigortalının malvarlığındaki olumsuz etkilerin bertarafına hizmet eder (Tekin Memiş, “Zorunlu Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortacının Sorumluluğunun Niteliği ve Sebepsiz Zenginleşme” XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 24 Aralık 2004, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 72; Reşat Atabek, Sigorta Hukuku, İstanbul, 1950, s. 407.).

<sup>11</sup> Memiş, s. 79; Ayhan, Çağlar, Özdamar, s. 305; Yeşilova Aras, s. 30, Atabek, s. 1.

görenlerin menfaatlerini dengelemeyi hedef tutan sui generis bir sigorta türüdür<sup>12</sup>.

Sorumluluk sigortalarına ilişkin hükümlerde sözleşmenin nisbiliği ilkesine istisna getirilmiş ve zarar gören kimsenin doğrudan sigortacıya müracaat hakkı düzenlenmiştir<sup>13</sup> (TTK m. 1478). Zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya doğrudan başvurma hakkının olması, madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi<sup>14</sup> sorumluluk sigortasının<sup>15</sup> bir üçüncü kişi lehine/yararına sözleşme<sup>16</sup> olduğu anlamına gelmez<sup>17</sup>. Sorumluluk sigortasında sigortacının

<sup>12</sup> Işıl Ulaş, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2012, s. 764; Ayhan, Çağlar, Özdamar, s. 304.

<sup>13</sup> Madde gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “Söz konusu madde ile zarar gören üçüncü kişinin doğrudan doğruya sigortacıya talep karşı talep ve dava hakkı düzenlenmiştir. 6762 sayılı Kanunun 1310 uncu maddesinde sadece yangın dolayısıyla sorumluluk sigortaları ile ilgili olarak doğrudan doğruya dava hakkı düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu Kanun dışında da, özellikle zorunlu sorumluluk sigortalarında, doğrudan doğruya talep ve dava hakkı kanunlarla (Karayolları Trafik Kanununda ve Borçlar Kanununda olduğu gibi) ya da genel şartlarla kabul edilmiştir. Sorumluluk sigortalarında asıl amaç her ne kadar sigortalının üçüncü kişiye vermiş olduğu zarar nedeniyle ödeyeceği tazminata bağlı olarak mal varlığında meydana gelen azalmanın telafisi de, bunun yan sonucu zarar görenin de bir an önce zararının giderilmesini ve sigortalının ödeme güçsüzlüğüne karşı üçüncü kişilerin korunmasıdır. Ayrıca, zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurması da zarar veren durumundaki sigortalıyı rahatlatıcı bir etki yaratacak ve sigortalının da sorumluluk sigortası ile sağlanmak istediği amaca daha kolay ulaşmasını sağlayacaktır. Fakat getirilen düzenleme hiçbir şekilde sorumluluk sigortasını üçüncü kişi lehine sözleşme durumuna sokmaz. Zira, halen menfaati sigorta edilen bizzat sigortalının kendisidir.” (çevrimiçi, Lexpera İçtihat-16.12.2019).

<sup>14</sup> bkz. dn. 13.

<sup>15</sup> Şu husus atlanmamalıdır ki her sözleşme ilişkisi gibi sorumluluk sigortası da bir üçüncü kişi lehine kurulabilir. Örneğin A, kızı B'nin zorunlu trafik mali sorumluluk sigortasına ilişkin sözleşmeye taraf olabilir. Bu takdirde sigorta sözleşmesinin tarafı (sigorta ettiren) A iken, sorumluluğu sigorta sözleşmesine konu edilen (sigortalı) B'dir (Aynı yönde bkz. Kerim Atamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş”, BATİDER, Cilt XXVII, Sayı 1, s. 39; Yeşilova Aras, s. 69).

<sup>16</sup> Üçüncü şahıs yararına kurulan sözleşmelerde üçüncü kişiye, kararlaştırılan edimi borçludan talep konusunda yahut borçlunun ifa edeceği edimi kabul hususunda bir yetki tanınması mümkündür ve geçerlidir. Nitekim bu husus TBK m. 129 uyarınca açıkça düzenlenmiştir. Sözleşme ile “sözleşmeye taraf olmayan bir şahıs” lehine bir hak tanınması söz konusu olduğu için, bu tür sözleşmelere “üçüncü şahıs yararına/lehine sözleşme” denilmekte ve kendi içerisinde iki farklı türü bulunmaktadır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişi, edimin ifasını talep etme yetkisine sahip iken; eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeler bakımından üçüncü kişinin aynı yetki ile donatıldığını söylemek mümkün olmayacaktır; ona tanınan yetki sadece “kendisine yapılacak ifayı kabul” ile sınırlıdır (TBK m. 129; eBK m. 111). Bu sebeptendir ki tam üçüncü kişi yararına sözleşme doktrinde “asıl/gerçek üçüncü kişi yararına sözleşme” olarak da adlandırılmaktadır. Bir üçüncü kişi yararına sözleşmenin tam yahut eksik oluşu, sözleşen tarafların iradesi esas alınmak suretiyle açıklığa kavuşturulması gereken bir husustur (bkz. Akyol, s. 5 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, s. 19).

<sup>17</sup> Memiş, s. 75; Ali Bozer, Sigorta Hukuku Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, Ankara, Ankara,

sigorta sözleşmesinden ileri gelen asli edim yükümlülüğü sigortalıyı zarar gören üçüncü kişinin tazminat taleplerinden kurtarmaktır<sup>18</sup>.

Her ne kadar mağdurun sigortacıya karşı doğrudan doğruya alacak hakkı sahibi olması zarar veren kişinin geçerli bir sorumluluk sigortası sözleşmesinin tarafı olmasına<sup>19</sup> bağlıysa da; zarar gören kişinin sahip olduğu doğrudan dava hakkı bu sigorta sözleşmesinden doğmaz<sup>20</sup>. Zira üçüncü kişinin bu hakkı yukarıda da belirtildiği üzere kanundan doğar<sup>21</sup>. Doğrudan talep hakkı sorumluluk sigortalarında, sözleşmenin niteliği gereği zarar gören kimsenin karşısında zararın sorumlusu olan iki farklı kişinin bulunmasını temin eder. Bu kişiler: (1) zarar veren/sigortalı, ikincisi ise sorumluluk sigortacıdır. Zikredilen kişilerin

---

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2. Bası, 2009, s. 131; Kender, s. 388; Kemal Şenocak, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2000, s. 62; Yael Strub, "Das direkte Forderungsrecht gegen den Versicherer, de lege lata - de lege ferenda" Haftung und Versicherung, 8 (2), 2009, 146, çevrimiçi, SWISSLEX -16.12.2019.

<sup>18</sup> Sopacı Öztuna, s. 20. Alman hukukunda zarar görene doğrudan sigortacıya başvuru imkanı bahsedilen hallerde sigorta sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme ile açıklanamayacağı, zira zarar görenin bu imkan sayesinde sigorta sözleşmesinden dolayı olarak faydalanıyorsa da sigorta ettirenin zarar görene böyle bir koruma sağlamayı hedef tutmadığı ifade edilir (bkz. Rolf Heusser, Das direkte Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer, Zurich, 1979, s. 34, çevrimiçi, [https://archive.org/search.php?query=Rolf+Heusser%2C+Das+direkte+Forderungsrecht+des+Geschädigten+gegen+den+Haftpflichtversicherer&sin=TXT&sort=titleSorter&and\[\]=languageSorter%3A%22German%22](https://archive.org/search.php?query=Rolf+Heusser%2C+Das+direkte+Forderungsrecht+des+Geschädigten+gegen+den+Haftpflichtversicherer&sin=TXT&sort=titleSorter&and[]=languageSorter%3A%22German%22) -17.12.2019). Bu görüş dikkate alındığında sorumluluk sigortasının üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu görüşüyle (bkz. Akyol, s. 43); sigorta hukuku itibarıyla üçüncü kişi lehine ve yararına sözleşmenin ayrı kurumlar olduğu, sorumluluk sigortasının da üçüncü kişi lehine değil, yararına sözleşme olduğu görüşüne (bkz. Yeşilova Aras, s. 72; Kender, s. 226; Atamer, s. 54) iştirak etmek mümkün değildir.

<sup>19</sup> Yahut onun sorumluluğunu konu alan bir sözleşmenin sigortalısı konumunda olmasına (sigortalı olmasına).

<sup>20</sup> "Mağdurun hukuki konumu fenomenolojik olarak sigorta sözleşmesine bağlanmış olup, hukuken kanuna dayanmaktadır." Bkz. Kemal Şenocak, "Karayolları Trafik Kanununa Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı", BATİDER, Cilt XXV, S. 4, 2009, s. 279 (bundan sonra "Alacak" olarak anılacaktır); Karl Oftinger, Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht-B.I Allgemeiner Teil, Auflage 5, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1995 s. 364.

<sup>21</sup> bkz. Giriş; "Sözleşme ile mağdura doğrudan doğruya alacak hakkı kazandırılacak olursa, mağdurun sigortacı karşısındaki talep hakkının kaynağını sigorta sözleşmesi ve dolayısıyla sigorta ettiren tarafından ödenen prim teşkil ederdi. Oysa, mağdurun doğrudan doğruya talep hakkı kanuna dayanmakta ve doğumu için de bir sigorta sözleşmesinin varlığına gerek bulunmamaktadır. Mağdurun talep hakkının doğumu, sorumluluk sigortası sözleşmesinden tamamen bağımsızdır. Dolayısıyla, mağdura tanınan talep hakkının varlığı, sorumluluk sigortası sözlenmesine bir etkide bulunmaz" bkz. Şenocak, Alacak, s. 280.

zarar görene karşı sorumluluklarının kaynağı<sup>22</sup> ise birbirinden farklıdır<sup>23</sup>.

### C. Sigortacı ve Sigorta Ettirenin Zarar Görene Karşı Sorumluluğu

Zararın asıl sorumlusu zarar veren sigortalıdır<sup>24</sup>. Bu kimse bizzat sigorta ettiren kimse olabileceği gibi sigorta ettirenin fiillerinden sorumlu olduğu bir kimse de olabilir<sup>25</sup>. Tüm hukuk sistemlerindeki gibi Türk hukukunda da benimsenen esas zararın, zarar veren tarafından giderilmesidir. Sigortacı zarara sebep olmadığından teknik anlamda zararı gidermekle yükümlü değildir. Sigortacının durumu ve zarar veren karşısındaki konumu kefalet sözleşmesinde kefillik (TBK m. 483) ya da garanti sözleşmesinde garanti veren kimsenin durumuna benzetilir<sup>26</sup> ve sorumluluk sigortacısının esasında kendi sebep olmadığı fakat sözleşme ile üstlendiği<sup>27</sup> bir başkasına ait borcu yerine

<sup>22</sup> Sorumluluk kavramı temelde, sorumluluğun kaynağına işaret eden “-den sorumluluk” ve sorumlu kişinin bu durumu hasebiyle talepte bulunulabilecek giderim araçlarının sınırlılığına dair bir belirleme yapan “ile sorumluluk” olmak üzere iki ayrı hususu ifade eder. “Sorumluluğun kaynağı” esas alınarak yapılan ayırmada, fiil ehliyetini haiz bir kimsenin; hukuki işlem vasıtasıyla bir yüküm altına girdikten sonra bu yükümü yerine getirmemesi kendisinden zarar giderimi istenebilmesi yahut giderim istenebilecek durumda olması anlamında kullanıldığında, “sözleşmesel/akdi sorumluluğun” varlığına işaret edilir. Buna karşın taraflar arasında herhangi bir borç ilişkisi bulunmamasına rağmen hukuka aykırı bir fiili ile bir başkasına zarar veren kişinin bu zararı giderim yükümlülüğü de sorumluluğun “sözleşme/akit dışı” alanına işaret eder. Belli hallerde bir fiil hem sözleşmeye aykırılık hem de sözleşme dışı sorumluluk hükümlerinin kapsamında mütalaa edilebilecek nitelikte olabilir. Bu takdirde sorumluluk sebeplerinin yarışması gündeme gelir. (Hüseyin Hatemi, Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2. Cilt, 1994, s. 1 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku Birinci Kitap Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul, Beta Basım Yayın A.Ş., 1995, s. 59 vd.).

<sup>23</sup> Türk hukukunda sigortacıyla sigortalının, zarar görene karşı sorumluluğunun hukuki niteliğinin de birbirinden farklı olduğu kabul edilir (bkz. Memiş, s. 75; Yeşilova Aras, s. 31).

<sup>24</sup> Zarar gören üçüncü kişinin sadece kendisine karşı dava ve taleplerini yöneltmesi halinde, sigortalı kendisinin değil, sigortacısının dava edilmesi gerektiğini ileri süremez (bkz. Ergun Özsunay, “Trafik Kazasında Zarar Gören Üçüncü Kişinin Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Alacak Hakkı”, Trafik Sigortası V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 25-28 Nisan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1973, s. 403).

<sup>25</sup> Şu husus da atlanmamalıdır ki TTK m. 1473/2 uyarınca: “Sigorta, sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yapılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar. Bu durumda sigorta bu kişilerin lehine yapılmış sayılır.”

<sup>26</sup> Şenocak, Alacak, s. 280.

<sup>27</sup> Nitekim Alman hukukunda sigortacının “kanun gereği (VVG § 115) sigortalının borcuna katıldığı” kabul edilir (bkz. Yeşilova Aras, s. 51, dn. 102). Esasında burada borcun üstlenilmesi amacıyla bir borca katılmanın varlığından bahsedilebilir. Bu hal kural olarak ilk borçlu (zarar veren sigortalı) ile borca katılan (sigortacı) arasında iç ilişkide ilk borçluyu alacaklıya karşı ifade bulunmaktan kurtarmak üzere bir anlaşmanın varlığını gerektirir ki bu şartın, sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla tamam olduğu kanun koyucu tarafından TTK m. 1478’in ihdas

getirdiği, bu sebeple sigortacının “farazi bir sorumlu kişi” olduğu ifade edilir<sup>28</sup>.

Sigortacı, sigorta sözleşmesi uyarınca himaye altına alınan rizikonun<sup>29</sup> gerçekleşmesi halinde sorumludur<sup>30</sup>. Şu halde sigortacıyla sigortalının sorumluluğunun kaynakları birbirinden farklıdır. Zarar veren (sigortalı) kimsenin sorumluluğu sözleşme, kanun veya haksız fiil gibi sözleşme dışı bir sorumluluk olabilir. Sigortacının sorumluluğunun kaynağı sigortalıya karşı sigorta sözleşmesi<sup>31</sup> iken; zarar gören kişiye karşı sorumluluğunun kaynağı<sup>32</sup> doğrudan kanundur<sup>33</sup>.

Doğrudan talep/dava hakkının kanundan doğan bir talep olduğu ifade edildikten sonra bu imkânın sözleşme hükümleriyle bertaraf edilip edilemeyeceğine de değinilmelidir. Sorumluluk sigortaları için emredici hükümlerin belirlendiği TTK m. 1486’da doğrudan dava hakkının düzenlendiği

---

edilmesiyle gerçekleştiği kabul edilmiştir. Dış ilişkide her ikisi de alacaklıya (zarar gören üçüncü kişi) karşı müteselsilen sorumludur (bkz. Seda Yıldız Portakal, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Borca Katılma, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 32).

<sup>28</sup> Özsunay, s. 403; Memiş, s. 75; Yeşilova Aras, s. 31.

<sup>29</sup> Sigortacının sorumluluğunun ilk şartı sigortalının sorumlu olmasıdır. Şayet sigortalı kimsenin sorumlu olmadığı bir hal söz konusu ise bu durumda sigorta şirketinin de sorumluluğundan bahsedilemez. Zira bu takdirde riziko gerçekleşmiş olmaz. Keza sigortalının üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu (zararı giderim yükümlüsü olduğu) her halde de sigortacıya başvurulabilmesi imkan dahilinde değildir. Sigorta sözleşmesinin himayesi/koruması kapsamında olan, bir diğer ifadeyle sözleşme kapsamında sigortacı tarafından üstlenilen riziko tanımına uygun hal ve şartlar altında sigortacıya başvurulabilir (Memiş, s. 78; Yeşilova Aras, s. 35; Serdar Acar, Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 60).

<sup>30</sup> “Şayet sigorta ettiren/zarar veren/işleten ile sigortacı arasında bir sözleşme bulunmuyor ise bu durumda sigortacının sorumlu olmayacağı da açıktır.” (Bkz. Memiş, s. 78; Özsunay, 403.); “Doğrudan talep hakkının ikinci şartı; sigortalının, sorumluluğunun doğmuş olmasıdır.” (bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 745).

<sup>31</sup> Memiş, s. 78; Yeşilova Aras, s. 78.

<sup>32</sup> Şenocak, Alacak, s. 280.

<sup>33</sup> Bu sebeple zarar gören ile sigortacı arasındaki ilişki sorumluluk sigortası sözleşmesi esaslarına tabi değildir. Zarar görene yapılan ödeme sigorta bedeli olarak değil, uğradığı zararın tazminine yönelik sigorta bedelini aşmayan tazminat miktarının ifası olarak isimlendirilmelidir. Nitekim KTK m. 95 de bu durumu teyit eder mahiyette: “Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri” sürülemeyeceğini hüküm altına almıştır. Keza TTK m. 1484, zorunlu sigortalar bakımından sigortacının ödeme yükümlülüğünü bir adım daha ileri götürmüştür. Madde uyarınca: “(1) Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder. (2) Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur.” (Maddenin savunmalara etkisi ile ilgili bkz. II/A.).

m. 1478 yer almaz. İlgili durum sözleşmeyle doğrudan dava hakkının kaldırılıp kaldırılmayacağı tartışmasını beraberinde getirir<sup>34</sup>. Doğrudan dava hakkının düzenlendiği hükmün lafzı, hükmün amacı ve zarar gören üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olmadığı dikkate alındığında zarar gören üçüncü kişinin bu hakkının sigorta sözleşmesiyle bertaraf edilemeyeceğinin kabulü yerinde olur<sup>35</sup>. Keza doktrinde doğrudan kanun uyarınca zarar gören kişiye tanınan bu hak üzerinde sigortacı ile sigorta ettirenin tasarrufta bulunmasının zaten mümkün olmadığı ve sigorta sözleşmesi ile bu hakkın kaldırılması veya sınırlandırılmasının da geçersiz olacağı bu sebeple hükmün TTK m. 1486'da emredici olduğunun ayrıca belirtilmesine gerek görülmediği ifade edilir<sup>36</sup>.

Zarar gören üçüncü kişinin sigortacıdan doğrudan talebi sigortalıyı ödemeye muhatap bırakabileceği "*tazminat miktarının ödenmesidir*"<sup>37</sup>. Doğrudan dava hakkıyla zarar görene, zarar verenin (sigortalı) sorumluluk sigortasına "aracısız ve vasitasız" bir şekilde ulaşma imkanı bahşedilmek istenmiş ve böylelikle zarar gören bir ön dava ile zarar verenin kendisine karşı sorumlu olduğunu tespit ettirme yükünden kurtarılmıştır<sup>38</sup>. Şu halde sigortacının zarar görene karşı sorumlu olması, sorumluluk sigortasının kurulmuş olmasına kanunun bağladığı bir sonuçtur. İlgili kanuni sonuç sigortacının, zarar gören üçüncü kişinin bu zararını tazmin borcunu sigortalı ile birlikte üstlenmiş kabul edilecek olmasıdır<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Ayrıntısı için bkz. Sopacı, Öztuna, s. 15 vd.; Atamer, s. 86; Yeşilova Aras, s. 78 vd.

<sup>35</sup> Ayhan, Çağlar, Özdamar, s. 314 vd.

<sup>36</sup> Atamer, s. 86.

<sup>37</sup> Şenocak, Alacak, s. 281.

<sup>38</sup> Yeşilova Aras, s. 30; Peter Goldsmith, "The Third Party (Rights Against Insurers) Act 1930", International Insurance Law Review, 1995, s. 379, çevrimiçi, <https://archive.org/search.php?query=The%20Third%20Party%20%28Rights%20Against%20Insurers%29%20Act%201930&sin=TX-T-18.12.2019>. Doğrudan dava hakkı esasında usul ekonomisi ilkesine hizmet eder ve zarar görenin daha çok mağdur olmaması için tazminat alacağını doğrudan sigortacıdan tahsil edebilmesini temin eder. Zira zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan dava hakkı bulunmamış olsaydı, öncelikle bir ön dava ile zarar görenin sorumluluğunu tespit ettirmesi icap ederdi.

<sup>39</sup> Doktrinde doğrudan dava hakkının hukuki niteliğine ilişkin görüşlerden "*borca katılma ve borcun üstlenilmesi görüşleri*" ayrı hukuki nitelendirmelere işaret eden görüşler gibi izah edildiği tespit edilmiştir (bkz. Yeşilova Aras, s. 65 vd.). İlgili izah ise Alman hukukçularına atfedilmiştir. Fakat ne Alman ne de İsviçre Borçlar Kanununda borca katılma, borcun üstlenilmesinden ayrı bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bilakis zikredilen hukuk düzenlerinde borca katılma borcun üstlenilmesinin bir türü olarak ele alınır (Alman hukukunda ilk olarak kümülatif borç üstlenme -*kumulative Schuldübernahme*- terimi kullanılmış, daha sonra "*borca katılma diye sözü edilen sözleşme*", kavramına yer verilmiştir. Borca katılma kavramına ise 1911 tarihli kararlarda rastlamak mümkündür: bkz. RGZ 51, 120, 122. İsviçre hukuku için bkz. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich, 1988, s. 587, çevrimiçi, <http://www.eugenbucher.ch/obligationenrecht/or-allgemeiner-teil-2-auflage-1988/> -19.12.2019). Türk doktrinde ilgili görüşler aynı kaynağa



## II. DOĞRUDAN DAVA HAKKININ SINIRLARI: SİGORTACININ SAVUNMALARI

Sigorta şirketi ile zarar gören kimse arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmaz. Ancak zarar verenin sigortacıyla arasında bir sözleşme vardır. Bu takdirde zarar görenin karşılaşma ihtimali bulunan savunmalar: (1) zarar görenin sigortacıya başvurma imkanını elde ettiği, sigortalının sorumluluğunu gündeme getiren “sorumluluk ilişkisinden” ileri gelenler ve (2) sigortacıyla zarar veren sigortalı arasındaki “sözleşme ilişkisinden” ileri gelenler olmak üzere iki başlık altında irdelenebilir.

### A. Sorumluluk İlişkisinden Doğan Savunmalar

Sorumluluk sigortalarında sigortacıya doğrudan başvurunun ilk şartı sigortalının sorumlu olmasıdır. Zarar veren kişinin zarar görene karşı sorumluluk unsurlarındaki eksiklik<sup>40</sup> yahut sahip olduğu her savunma<sup>41</sup>, sigortacının da zarar görene karşı sahip olduğu bir savunma niteliğindedir<sup>42</sup>. Zira sigortacı ve zarar veren sigortalı aynı zararın gideriminden (zarar gören üçüncü kişinin zararı) farklı hukuki sebeplerle<sup>43</sup> müteselsilen sorumludur<sup>44</sup>. Bu takdirde TBK m. 164 gereği müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya karşı, “müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def’i ve itirazları ileri sürebilir<sup>45</sup>.” Bunun

---

atfen izah edilmiş (bkz. Yeşilova Aras, s. 65 vd.) ve fakat neden iki ayrı görüş gibi ele alındığı hususu netleştirilmemiştir.

<sup>40</sup> Türk sorumluluk hukukunda sorumluluğun kurulabilmesi için (haksız fiil yahut sözleşmeye aykırılık) hukuka aykırı fiil, zarar, nedensellik bağı ve kural olarak kusur şartlarının teşekkül etmiş olması icap eder. Meğerki bir kusursuz sorumluluk hali mevcut olsun (bkz. M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 13). Örneğin A arabasıyla kurallara uygun seyir halinde iken B intihar etmek amacıyla otobana A'nın arabası önüne atlayıp arabanın çarpmasıyla sakat kaldığı takdirde zarar görenin kusuru nedensellik bağını keseceğinden A, B'nin zararını gidermekle mükellef değildir.

<sup>41</sup> Türk hukukunda tazminatın fonksiyonu uğranılan zararın telafi edilmesidir. Bu sebeple sigortacı zararın başka vesileler (başta sigortalı olmak üzere) ile tazmin edilmiş olduğu hallerde bu durumu bir savunma olarak ileri sürebilir. Zira bu gibi hallerde zarar görenin artık bir zararı yoktur. Uğradığı zarar giderilmiştir.

<sup>42</sup> Acar, S, s. 51.

<sup>43</sup> TBK m. 61: “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”

<sup>44</sup> Memiş, s. 81; Acar, S, s. 51; Faruk Acar, “Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında Hakim Kendiliğinden Sadece Sigorta Şirketini Tazminata Mahkum Edebilir mi?”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 1, S. 6, 2003, s. 1406; Yeşilova Aras, s. 89; Karahasan, s. 770.

<sup>45</sup> Hatta TBK m. 164/2 uyarınca: “Müteselsil borçlulardan biri ortak def’i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur.” Bu takdirde sigortacının sorumluluk unsurlarındaki eksiklere rağmen zarar görene ödeme yapması halinde sigortalıya/sigorta ettirene karşı sorumluluğu gündeme gelecektir.

içindir ki TTK m. 1475'te: "Sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildireceği; sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildireceği" düzenlenmiştir.

Zarar gören kimsenin doğrudan sigortacıya başvurma hakkı, bağımsız bir hak değildir. İlgili hak tazminat talebine bağlı (tazminat talebinin varlığına muhtaç) fer'i (yan) bir haktır<sup>46</sup>. Bunun sonucu olarak kendisine bağlandığı hakkın kader ve kapsamına tabidir. Sigortacı, sigortalının sorumlu olmadığı zararlardan sorumlu olmadığı gibi sigortalının yahut bir üçüncü kişinin<sup>47</sup> zararı gidermesi, ibra edilmiş olması halinde de sorumluluğu, fer'i bir sorumluluk olduğundan sona erer<sup>48</sup>.

### B. Sigorta Sözleşmesinden Doğan Savunmalar

Daha önce de ifade edildiği gibi<sup>49</sup> sigortacı "sigortalının sözleşmede öngörülen<sup>50</sup>" (TTK m. 1473) bir olayın meydana getirdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Sigortacının sorumluluğu kanundan doğsa da kanun koyucu bu sorumluluğu sigorta sözleşmesi sebebiyle öngörmüştür<sup>51</sup>. Bu yüzden sigortacı ancak sözleşmeyle üstlendiği rizikonun gerçekleşmesi halinde zarar görene karşı sorumludur<sup>52</sup>.

Sigorta sözleşmesi zarar gören ile sigortacı arasında kurulmuş bir ilişki değildir<sup>53</sup>. Zarar görenin talepleri de bu sözleşmeye dayanan talepler değildir. Bu

<sup>46</sup> Memiş, s. 82; Özsunay, s. 403; Bu konu ile ilgili olarak bkz. Rayegan Kender, "Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Teori ve Uygulamada Mesuliyet Sigortaları", III. Sigorta Semineri, Bildiriler-Tartışmalar, s. 26 vd.

<sup>47</sup> Örneğin TTK m. 1484/3'de de açıkça ifade edildiği şekliyle: "Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer."

<sup>48</sup> Memiş, s. 82. Bununla beraber TTK m. 1476 gereği: "Ancak, sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren onbeş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınamaz."

<sup>49</sup> Bkz. I/C.

<sup>50</sup> TTK m. 1473 uyarınca getirilen bir diğer sınırlama da sigorta sözleşmesi süresi kapsamında gerçekleşmeyen olaylara dayanılarak sigortacıya başvurulamayacak olmasıdır. Bununla beraber geçmişe etkili sigorta yapıldığı takdirde varılan sonuç değişecektir (bkz. Acar, S, s. 68; geçmişe etkili sigorta için bkz. Kender, s. 401). Ancak zararın kaynağı olay, poliçe süresi içerisinde gerçekleşmekle beraber olayın sebep olduğu zarar sürenin dolmasından sonra meydana gelmişse kural olarak sigortacıya başvurulabilir (TTK m. 1473).

<sup>51</sup> Acar, S, s. 66.

<sup>52</sup> "...sigortacının özel şartlar yoluyla sözleşmede öngörülen olay kavramını sınırsızca daraltması, sigorta genel şartları ile engellenebilir (SK m. 11/1). Genel şartlarda bu kavrama dair üçüncü kişi lehine tanımlamalar yer aldığında sigortacı zaten bu genişlikte bir teminat sağlamayı sözleşmeyle üstlenmiş olur." (bkz. Acar, S, s. 66).

<sup>53</sup> Zarar gören sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığı gibi sözleşmeden yararlanan üçüncü kişi konumunda da değildir. Bir diğer ifadeyle sorumluluk sigortası sözleşmesi üçüncü kişi yararına sözleşme olarak kurulsu dahi bu sözleşmeden yararlanan üçüncü kişi zarar

sebeple prensipte sigorta sözleşmesinden ileri gelen savunmaların zarar gören ile sigortacı arasındaki hukuki ilişkide devreye girebilmesi imkan dahilinde değildir<sup>54</sup>. Nitekim KTK m. 95 uyarınca zorunlu trafik sigortasında sigorta sözleşmesiyle zarar görenin sigortacıya yönelttiği talepler arasındaki ilişki açık hükme bağlanmış ve: “Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran hallerin zarar görene karşı ileri” sürülemeyeceği<sup>55</sup> ifade edilmiştir<sup>56</sup>.

Bununla beraber kanun koyucu, sigortacının sorumluluğunda “sigorta bedeli”nin bir üst sınır olduğu kıstasını getirerek (TTK m. 1478) sigortacı için öngörülebilirliği temin etmiştir. Bir diğer ifadeyle sigortacının zarar görene karşı sorumluluğu, zarar veren sigorta ettirenin sorumluluk sigortası sözleşmesinde belirlenen sigorta bedeli kadardır<sup>57</sup>. Zarar sigorta bedelini

---

gören değildir. Şu husus da hemen ifade edilmelidir ki zarar görenin, sigortacıyla arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da sigortacıya karşı “kanundan doğan” bir takım ödevleri bulunur. Bu kapsamda:

1. TTK m. 1479 gereği zarar gören sigortacıya sorumluluğu gündeme getiren olay ve uğradığı zarar konusunda bilgi vermekle yükümlüdür: “*Sigortacı, zarara sebep olan olayın ve zarar miktarının belirlenmesi amacıyla, zarar görenden bilgi isteyebilir. Zarar gören, sağlanması ihtimali bulunan ve istenilmesi haklı görülebilecek ilgili tüm belgeleri sigortacıya vermek zorundadır. Zarar görenin bu zorunluluğa uymaması hâlinde, durumun zarar görene yazılı bildirilmiş olması kaydıyla, sigortacının sorumluluğu, zorunluluk yerine getirilmiş olsaydı ödemek zorunda kalacağı miktarla sınırlıdır.*” Söz konu bilgi verme ödevinin zarar gören için bir külfet teşkil ettiği ifade edilir (bkz. Yeşilova Aras, s. 133).

2. Zarar gören, sigortacının sahip olduğu halefiyet imkanına (TTK m. 1481/1) halel getirirse, zarar verici şekilde davranırsa sigortacıya karşı sorumlu olur. Söz konusu hüküm zarar görene sigortacının alacak hakkını (*halefiyete dayalı*) koruma yükümlülüğü ihdas eder (aynı yönde bkz. Yeşilova Aras, s. 134) ve bu yönüyle esasında bir özel koruma normudur (Yükümlülük ile külfet arasındaki farkın ayrıntılı izahı için bkz. Atamer, s. 40).

<sup>54</sup> Şayet sorumluluk sigortası, zarar gören yararına/lehine kurulmuş bir sözleşme (üçüncü kişi yararına sözleşme) niteliğinde olsaydı; bu takdirde üçüncü kişi sözleşme ilişkisinden ileri gelen tüm defi ve itirazların muhatabı konumunda olurdu. Zira üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişinin sahip olduğu alacak hakkı *alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisine dayanır*. Bu durumun bir sonucu olarak da alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin hükümlerine tabidir (bkz. Akyol, s. 181).

<sup>55</sup> Örneğin A, alkol alıp aracıyla trafiğe çıktığında ve bir başka araca çarptığında, sigortacı üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdür. Bununla beraber sigortacı, KTK m. 95/2 uyarınca da açıklığa kavuşturulduğu şekliyle alkollü araç kullanarak sigorta sözleşmesine aykırı davranan sigorta ettirene, zarar gören üçüncü kişiye yapmış olduğu ödemeyi rücu edebilir (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vural Seven, “Alkollü Araç Kullanma ile İlgili Değişikliğin Sigorta Şirketinin İspat Yüküne Etkisi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), s. 2521-2529).

<sup>56</sup> Bu noktada şu hususa da işaret edilmelidir ki zorunlu sigortalar bakımından ihdas edilen bu hüküm, doğrudan dava hakkıyla sigorta sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğine büründüğü görüşünü de zayıflatır. Zira yararına sözleşme akdedilen kişinin talep edebileceği alacak, sözleşme ilişkisi kapsamında bu alacağın varlığını sürdürmesine bağlıdır.

<sup>57</sup> Çetin Aşçıoğlu, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara, 1989,

aşılıyor ise sigortacının sorumluluğu sigorta poliçesinde belirlenen sigorta bedeli kadardır; sigortacı sadece bu bedel kadarını ödemekle yükümlüdür<sup>58</sup>. Bu durum sorumluluk sigortasının üçüncü kişi yararına sözleşme olmasından değil<sup>59</sup>; sigortacının üstlendiği sorumluluğun sigorta sözleşmesindeki bedelle sınırlı olmasından ileri gelir<sup>60</sup>. Şu halde sigortacı ile zarar veren/sigorta ettiren kimsenin zarar gören kimseye karşı sorumluluğu müteselsilen sorumlu olsa da bu teselsül, sigorta bedeli ile sınırlıdır<sup>61</sup>.

Sigortacının zarar gören kişiye karşı sorumluluğunu sınırlandıran kanun hükümlerinden biri de sigortacının sorumlu olacağı süreye ilişkindir. Zira TTK m. 1478'de açıkça ifadesini bulduğu üzere: "sigorta bedeline kadar olan kısmının tazmini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla" sigortacıdan talep edilebilir<sup>62</sup>. Bu süreye riayet edilmemesi halinde sigortacı zamanaşımı def'ini ileri sürmek suretiyle zarar görene ödeme yapmaktan kurtulabilir<sup>63</sup>.

Sigortacının zarar görene karşı sorumluluğu ile ilgili özellik arz eden hallerden biri de zarar veren sigortalının zarara kasten sebep olduğu hallerdir. TTK m. 1477'nin açık lafzı uyarınca: "Sigortacı, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz"<sup>64</sup>.

s. 86; Karahasan, s. 777. Şu husus da ifade edilmelidir ki zorunlu mali trafik sorumluluk sigortalarında her yıl sigortacının sorumluluk sınırı (limit), Resmi Gazete'de ilan edilir. Sigorta koruması da bu sınırlar içinde geçerli olduğu gibi doğrudan dava hakkının zarar görenin tazminat talebinin karşılanma imkanı da bu sınır esas alınarak belirlenir.

<sup>58</sup> Bu durum zarar gören kişinin sigorta sözleşmesi bedelini aşan kısmı zarar veren sigortalıdan da talep edemeyeceği anlamına gelmez. Zarar veren sigortalı kimsenin sorumluluğu Türk sorumluluk hukuku esasları uyarınca bütün malvarlığı ile ve sınırsızdır.

<sup>59</sup> Aksi yönde bkz. Yeşilova Aras, s. 99, 114.

<sup>60</sup> Söz konusu sigorta bedelinin kapsamında yargılama masraflarını yer almadığı kabul edilir (bkz. Acar, S, s. 62). TTK m. 1474/1 de bu masrafların sigortacının ödeyeceği miktarın hesaplanmasında dikkate alınmayacağını destekler mahiyettedir: "Sigortalı aleyhine bir istem ileri sürüldüğünde, isteme ilişkin makul giderler sigortacı tarafından karşılanır; sigorta bedelini aşan giderlerin ödenebilmesi için sözleşmede hüküm bulunmalıdır."

<sup>61</sup> Karahasan, s. 768; Acar, S, s. 59; Memiş, s. 82; Yeşilova Aras, s. 87.

<sup>62</sup> Bu takdirde doğrudan dava hakkı sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler gibi alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl (TTK m. 1420) ve sorumluluk sigortalılarına özel olarak her halükarda sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar (TTK m. 1482).

<sup>63</sup> Bu savunma sigortacının kişisel/şahsi savunmalarındandır. Zarar veren sigortalı zarara sebep olan olay hangi borç ilişkisine denk geliyorsa o ilişki için öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde kendisine yöneltilen tazminat taleplerini karşılamak durumundadır. Bununla beraber şayet zikredilen süre (sorumluluğu doğuran olayın meydana getirdiği borç ilişkisi için öngörülen zamanaşımı süresi) dolmuşsa bu savunma sigortacı tarafından da zarar görene karşı ileri sürülebilir.

<sup>64</sup> "Sigortacının kasten olduğu rizikolardan dolayı sorumlu olmayacağı şeklindeki genel ilke, sorumluluk sigortası için de aynen benimsenmiştir. Aksi taktirde, sigortalı sigortasına güvenerek, vermiş olduğu zarar nedeniyle kendinin mal varlığından herhangi bir azalma olmayacağından kasıtlı olarak karşı taraf zarar verebilir. Bu ise kabul edilebilir bir sonuç değildir." (bkz. TTK gerekçe, çevrimiçi, Lexpera İçtihat-22.12.2019).

Sigortacının sahip olduğu savunmalarla ilgili olarak izaha muhtaç maddelerden biri de TTK m. 1480'dir. Zira ilgili hüküm, sigortacının sigortalıya karşı zaten sahip olmadığı takas savunmasını elinden alır. Maddeye göre: "Sigortacı, zarar görene ödeyeceği sigorta tazminatını, sigorta sözleşmesinden doğan alacakları ile takas edemez<sup>65</sup>." Takas alacaklı ile borçluluk sıfatının karşılıklılık arz etmesi halinde iki alacağın birbirine denk ve muaccel olması kaydıyla ileri sürülebilen ve borcu sona erdiren bir haldir<sup>66</sup>. Ancak sigortacıyla zarar gören üçüncü kişi arasındaki ilişkiye yakından bakıldığında: zarar gören prim ödeme borçlusu/sigorta sözleşmesinden doğan borçların borçlusu değildir. Şu halde sigortacı zarar görene ödemesi icap eden tutarı sigorta sözleşmesinden ileri gelen alacakları ile bu madde olsun olmasın takas edemez<sup>67</sup>. Bu haliyle madde tarafların hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmez<sup>68</sup>. Bununla birlikte şayet ilgili madde KTK m. 95 ve TTK m. 1484 ile paralel ele alınırsa sigortacının zarar görene karşı ileri sürebileceği/süremeyeceği savunmalar hususunda kanun koyucunun bu maddeyle neyi ifade etmek istediği açıklığa kavuşur. Zikredilen maddeyle vurgulanan (TTK m. 1480) esasında zarar görenin sigorta ilişkisine (sözleşmeye) yabancı bir üçüncü kişi olduğu ve bu sözleşme ilişkisi kaynaklı savunmaların özel olarak kanunda zikredilmedikçe kendisine karşı ileri sürülemeyeceğidir.

<sup>65</sup> Üçüncü kişi yararına sözleşmede TBK m. 141 uyarınca: "Üçüncü kişi yararına borçlanan kişi, bu borcu ile sözleşmenin diğer tarafından olan alacağını takas edemez." Ancak taraflar bunun aksini kararlaştırabilir (bkz. Akyol, s. 221 vd.).

<sup>66</sup> M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 457.

<sup>67</sup> Yeşilova Aras, s. 115.

<sup>68</sup> Söz konusu durum madde gerekçesiyle de adeta tasdik edilmiştir: "*Takas, birbirine karşı aynı cinsten edimleri borçlanan tarafların bu karşılıklı borçları fiilen ödemek külfetinden bir yoldur. Bu noktada takastan bahsedilmek için alacaklar arasında karşılıklılık ilişkisinin bulunması gerekir. Alacaklar arasındaki karşılıklılıktan amaç, alacakları takas edecek her iki tarafın birbirine borçlu olmasıdır. Dolayısıyla, taraflardan biri üçüncü bir şahıstan olan alacağını başka bir şahıstan olan alacağı ile takas edemez. Tasarının bu maddesi ile bu ilke çerçevesinde ele alınmıştır. Şöyle ki, zarar gören ile sigortacı arasında bir karşılıklılık yoktur. Bu nedenle sigorta sözleşmesinden dolayı sigorta ettirenden olan alacağı ile zarar görene ödeyeceği sigorta tazminatını takas edemez. Ancak, bu durum doğrudan doğruya zarar görene ödenecek olan tazminatlar içindir. Eğer zarar gören zararını, zarar veren durumdaki sigortalıdan almış ve sigortalı da zarar görene ödediği tazminatı sigortacısından talep etmişse, doğal olarak, sigortacının sigorta ettirene karşı olan alacağı ile sigorta ettirene ödeyeceği tazminatı takas edebilme hakkı vardır. Her ne kadar Tasarının 1431 inci maddesinde, ödenecek tazminat ile prim alacakları arasında takasa getirilmiş bir istisna varsa da, burada sorumluluk sigortalarından farklı olarak sigortalı sözleşmenin tarafı olmasa bile menfaati sözleşmeye teşkil eden, diğer bir ifade ile sözleşme ile ilgili kişidir. Halbuki, sorumluluk sigortalarında zarar gören sigorta sözleşmesinden tamamen bağımsız sözleşme dışında kalan bir kişidir. Bu nedenle de burada takas açısından bir istisna yaratılmamıştır.*" (bkz. TTK gerekçe, çevrimiçi, Lexpera İçtihat-22.12.2019).

TTK m. 1484 ile ilgili dikkat çekilmesi icap eden bir başka nokta ise kanun koyucunun zorunlu sorumluluk sigortalarında, sözleşmenin bu niteliğini ve varlık sebebini dikkate alarak sigortacının sorumluluğunu söz konusu madde ile bir adım daha ileri taşımış olduğudur. TTK m. 1484/1-2 esasında sigortacının ödeme yapma yükümlülüğü bulunmayan hallerde de “zorunlu sigorta miktarına” kadar sorumluluğunun devam edeceğini ve belirli bir süre sigorta sözleşmesinin sona erdiği gerekçesiyle ödeme yapmaktan imtina edemeyeceğini hüküm altında almıştır<sup>69</sup>.

TTK m. 1484/1’e göre: “Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.” Şu halde sigortalının sigorta sözleşmesi uyarınca yerine getirmesi icap eden görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi halinde<sup>70</sup> sigortacı ödeme yapma yükümlülüğünden tamamen yahut kısmen kurtulmuş olsa da<sup>71</sup> bu durum zarar gören üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez<sup>72</sup>. Yine aynı maddenin takip eden fıkrasına göre: “Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur.” Kanun koyucu bu madde ile sözleşmenin sona erdiğini, zarar gören kişiye karşı da ileri sürmek isteyen sigortacının, sona ermeyi yetkili mercilere bildirmesi şartına bağlı kılmıştır<sup>73</sup>. Bu madde ile de (TTK m. 1484/2) sorumluluk sigortacısına başvurulması için zarar veren kişi ile sigortacı arasında bir sigorta sözleşmesinin mevcut olması gerektiği kuralına zorunlu sorumluluk sigortalarının kendine özgü düzeninde istisna getirilmiştir.

Gelinen noktada şu husus ifade edilmelidir ki kanun koyucu tüm sorumluluk sigortası sözleşmeleri için getirmiş olduğu doğrudan dava hakkını düzenlerken sigortalı, sigortacı ve zarar görenin menfaatleri arasında bir denge kurmaya çalışmıştır. Kanun koyucu sigortacıya karşı dava/talep hakkının kanundan kaynaklandığını vurgulamış (TTK m. 1480) ancak bu hakkın sigorta sözleşmesiyle de bir şekilde ilişkili olduğuna da dikkat çekmiştir (TTK m. 1478/1477).

---

<sup>69</sup> TTK m. 1484/1, sigortacının ifa yükümlülüğünün doğduğu hallerde devreye girer. Şayet sigortacının ifa yükümlülüğü hiç doğmamışsa (*sigortalı zarara kasten sebep olmuşsa örneğin*) bu takdirde TTK m. 1484/1 uyarınca yine de sigortacının bir ödeme yükümlülüğünün varlığından bahsedilemeyecektir. Keza sigorta sözleşmesinin sona erdiği hallerde de 1 aylık süre içerisinde gerçekleşen rizikonun da sigortacının ifa yükümlülüğünü doğurabilecek nitelikte olup olmadığı irdelenecektir. Bu takdirde bu süreçte sigortalının kasten zarara sebep olduğu hallerde TTK m. 1484/2 uyarınca sigortacının bir ödeme yükümlülüğünden bahsedilemez.

<sup>70</sup> Ör: TTK m. 1474.

<sup>71</sup> Doktrinde TTK m. 1477 uyarınca zarara kasten sebep olunması halinde de bu hükmün uygulanacağı savunulsa da (bkz. Ayhan, Çağlar, Özdamar, s. 315 vd.) hükmü bu şekilde anlamak sigorta hukuku sistemine aykırı olur.

<sup>72</sup> Atamer, s. 96; Yeşilova Aras, s. 107.

<sup>73</sup> Atamer, s. 96.

### III. DOĞRUDAN TALEP HAKKININ USULİ BOYUTU

#### A. Görevli Mahkemenin Tespiti Sorunu

Zarar görenin sigortacıya karşı sahip olduğu doğrudan talep hakkı dava yoluyla kullandığı halde sigortacıya karşı ikame edeceği davada görevli mahkemenin belirlenmesi icap eder<sup>74</sup>. Doktrinde doğrudan dava hakkının Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiş olduğu gerekçesiyle sigortacıya karşı açılan davada sigorta sözleşmesinin türü ne olursa olsun Asliye Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilir<sup>75</sup>. Zira TTK m. 4 uyarınca “bu

<sup>74</sup> Zarar verene karşı açılan dava (sonradan bu davaya sigorta şirketi dahil de olsa/yahut sigorta şirketi zarar veren sigortalıyı savunmayı üstlense) zarar gören ile zarar veren arasındaki hukuki ilişki ve tarafların özellikleri dikkate alınarak belirlenir. Örneğin A şahsına ait aracıyla B'ye (yaya) çarptığında B'nin A'ya yahut A karşı açacağı davada görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. Bununla beraber şehirlerarası yolda yolcu taşıyan iki şirket aracının çarpışması halinde TTK m. 4/1 gereği her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olduğu için Asliye Ticaret Mahkemesinde görülür. Ancak uyuşmazlık konusu tazminat talebi KTK'ya dayanan bir talep olduğu haller hariç sigortacıyla birlikte zarar veren ikame edilecek dava özel görevli mahkeme olan Asliye Ticaret Mahkemesinde görülecektir. Zira Yargıtay'ın yerleşik içtihadı davalılardan biri için genel diğer için özel mahkeme görevli ise ilgili davanın “özel mahkemede” açılması gerektiği yahut bu ikisine ayrı ayrı açılan davaların özel mahkemede birleşeceği yönündedir (bkz. Hakan Pekcanitez, Hülya Taş Korkmaz, Mine Akkan, Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Dinamik Kitap, 2. Sürüm. 2018, s. 238; Yarg. 17. HD., E. 2018/2662, K. 2018/12461, T. 19.12.2018; Yarg. 20. HD, E. 2016/49, K. 2016/2603, T. 02.03.2016; Yarg. 18. HD, E. 2015/12202, K. 2015/286, T. 13.01.2015; Yarg. HGK, E. 2005/2-572, K. 2005/551, T. 28.09.2005; Yarg. HGK, E. 2012/2-775, K. 2012/116, T. 07.03.2012 (çevrimiçi, Lexpera İctihat-23.12.2019). Bu kararlarında Yargıtay davanın KTK'dan kaynaklığını dikkate almaz. Örneğin Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 12.12.2016 tarihli ve 2016/12209 Esas, 2016/12104 karar numaralı uyuşmazlıkta:“...O halde gerek davalı araç sürücüsü ve gerekse de davalı sigorta şirketinin sorumluluğu aynı maddî olaydan kaynaklanmış ve zarar tek olmakla, davaların birlikte görülmesi zorunludur. Bütün talepler yönünden ihtilafın özel mahkeme olan asliye ticaret mahkemesince çözüme kavuşturulması gerekir. Mahkemece, birlikte görülmesi gereken davaların sonradan tefrik edilmesi, göreve ilişkin kuralları değiştirmez...” yönünde hüküm tesis etmiş ve uyuşmazlığın Karayolları Trafik Kanunundan doğmasının bir farklılık meydana getirmeyeceği yönünde hüküm tesis etmiştir (bkz. çevrimiçi, Kazancı İctihat Bilgi Bankası -22.12.2019).

<sup>75</sup> Sigorta sözleşmesinin TKHK m. 3 uyarınca bir tüketici işlemi olması halinde zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı yönelteceği davada Tüketici Mahkemelerinin görevli olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır (bkz. Rayegân Kender, “Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Cilt 8, S. 2, 2011, Cilt 9, S. 1, 2012). Bunun yanında zarar görene doğrudan dava hakkı tanınmasının sigorta sözleşmesini üçüncü kişi yararına sözleşme haline getirdiğini savunan Yeşilova Aras, davaya dayanak teşkil eden hükmün Ticaret Kanununda yer alması sebebiyle Asliye Ticaret Mahkemesinin görevli olduğunu ifade eder (bkz. Yeşilova Aras, , s. 141). Ancak bir sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında görevli mahkeme sözleşme ilişkisinin niteliği esas alınarak belirlenir. Bu takdirde sigorta sözleşmesi TTK'da düzenleniyor olsa da tüketici işlemi niteliğinde ise çelişkiye düşmemek için Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir. Unutulmamalıdır ki satış

kanunda (TTK)” düzenlendiği için ticari dava niteliğindedir ve ticari davalara bakmakla görevli tayin edilmiş mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir. Ancak Karayolları Trafik Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar için görevli mahkemenin neresi olduğu ayrıca ele alınmalıdır<sup>76</sup>. Zira KTK m. 91 vd. uyarınca işletenin sorumluluğu, mali sorumluluk (trafik sigortası) sigortası yaptırma zorunluluğu ve bu sigorta sözleşmesinin esasları düzenlenmiştir.

Zarar görenin sigortacıya karşı sahip olduğu başvuru hakkı ve bu başvurunun akibeti/tabii olacağı esaslar KTK m. 91 vd. uyarınca açıklığa kavuşturulmuştur. Şu halde zorunlu trafik sigortasından ileri gelen uyuşmazlıklarda zarar görenin sigortacıya karşı sahip olduğu doğrudan talep/dava hakkı Türk Ticaret Kanunundan değil, Karayolları Trafik Kanunundan doğar. Bu durumda ilgili talebin dava yoluyla ileri sürülmesi ihtimalinde görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi<sup>77</sup> olduğu kabul edilmelidir<sup>78</sup>.

sözleşmesi TBK m. 206 vd. hükümleri uyarınca düzenlenmesine rağmen tüketici işlemi niteliğindeki satış sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme Tüketici Mahkemesidir. Bununla beraber doğrudan talep/dava hakkının sigorta sözleşmesine böyle bir nitelik (üçüncü kişi yararına sözleşme) kazandırmadığının kabul edildiği ihtimalde, bu tartışma da gündeme gelmez. Zira TKHK m. 3 tüketici işlemi tanımlar ki bu durum bir hukuki işlemin varlığını gerekli kılar. Eğer zarar gören ile sigorta ettiren/sigortalı arasında bir tüketici işlemi bulunmuyorsa (ki çok istisnai hallerde böyle bir işlemin varlığından bahsedilir. ÖR: hekimin sorumluluğu) sigortacıya karşı ikame edilen davalarda Tüketici Mahkemelerinin görevi de tartışma konusu edilemeyecektir.

<sup>76</sup> Sigorta uyuşmazlıklarının çoğu bu nevi uyuşmazlıklardır. Zira 2017 yılında poliçe türleri bazında Sigorta Tahkim Komisyonu yapılan başvurulara bakıldığında, başvuruların %98’lik kısmının (Zorunlu Trafik % 95, Kasko % 3) kara araçları ve kara araçları sorumluluk sigortalarından doğan uyuşmazlıklara ilişkin olduğu görülmektedir. 2016 yılında zorunlu trafik poliçelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin başvuruların tüm başvurular içindeki payı % 94 iken 2017 yılında % 1’lik bir artışla % 95 (80.503/84.456) olmuştur. Kasko sigortalarına ilişkin yapılan başvurular ise 2016 yılında olduğu gibi 2017 yılında da %3 olarak gerçekleşmiştir (bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu 2017 Faaliyet Raporu, çevrimiçi, <http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu2017.pdf> -23.12.2019).

<sup>77</sup> Bununla beraber Yargıtay, yeni tarihli kararlarında ilgili uyuşmazlığın sigorta sözleşmesinden kaynaklandığı ve bu sözleşmenin de Türk Ticaret Kanununda düzenlendiğinden bahisle Asliye Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu yönünde hüküm tesis etmektedir (bkz. Yarg. 17. HD., E. 2014/11559, K. 2014/11089, T. 10.7.2014; Yarg. 17. HD., E. 2018/5947, K. 2018/12463, T. 19.12.2018; Yarg. 17. HD., E. 2018/2662, K. 2018/12461, T. 19.12.2018, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası -24.12.2019).

<sup>78</sup> Bir uyuşmazlık ticari dava olarak nitelendirilmesinin en önemli sonuçlarından biri de talep edilecek faiz türüne doğrudan etki etmesidir. Zira ticari davalarda temerrüt faizi oranı, avans faiz (%19,50) üzerinden belirlenirken, ticari olmayan uyuşmazlıklar için adi faiz (% 9) oranı uygulanır (bkz. çevrimiçi, <http://www.udhb.gov.tr/images/istatistik/d7e934b57c712d4.pdf> -24.12.2019). Aynı yönde bkz. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı, Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 391.



Bununla beraber doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre sorumluluk sigortaları genel olarak TTK da düzenlendiğinden, zorunlu trafik sigortası da sorumluluk sigortaları arasında yer aldığından bu davalar ticari davadır ve dava şartı arbuluculuğa tabidir. Trafik sigortasının aynı zamanda Karayolları Trafik Kanununda düzenlenmiş olması sonucu bu görüş uyarınca ulaşılan sonucu değiştirmez<sup>79</sup>.

Keza meydana gelen bir trafik kazasında aracı hasarlanan kişi kasko sigortacısına başvurup zararını giderdiğinde, kasko sigortacısı hasarlı aracın sorumlulara karşı sahip olduğu haklarına halef olur<sup>80</sup>. Halefiyet çerçevesinde zarar gören yerine sorumluluk sigortacısına dava ikame ettiği ihtimalde görevli mahkeme yine Asliye Hukuk Mahkemesi olacaktır. Zira sigortacı bu durumda halefi olduğu kişi gibi değerlendirilir<sup>81</sup>.

## B. Zorunlu Arbuluculuk ve Doğrudan Dava Hakkı

TTK 5/A hükmü gereği: “Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arbulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” Bu takdirde zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı ikame edeceği dava, ticari dava niteliğinde olduğu hallerde<sup>82</sup> dava şartlarının teşekkül etmiş kabul edilebilmesi arbuluculuğa başvurulmuş olmasına da bağlıdır.

Gelinen noktada sigorta uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözüldüğü haller için<sup>83</sup> de bu dava şartı olan arbuluculuğun aranıp aranmayacağı hususu açıklığa

---

<sup>79</sup> Karasu, Rauf, “Sigorta Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arbuluculuk” Ankara Barosu tarafından 02.04.2019 tarihinde düzenlenen Sigorta Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arbuluculuk Sempozyumunda sunulan tebliğ- <https://www.youtube.com/playlist?list=PL4jCA0s9Z5BAmvGqblN0Sa8VATsfdN94V>, çevrimiçi-31.03.2020.

<sup>80</sup> TTK m. 1472: “Sigortacı, sigorta tazminatını ödemediğinde, hukuken sigortalının yerine geçer. Sigortalının, gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.” Bu takdirde örnekte aracı hasarlanan kişi önce sorumluluk sigortacısına dava açmış ve fakat sonrasında kendi kasko sigortacısı ödeme yaparak kendisine halef olmuşsa dava Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmeye devam edilecektir (bkz. Yarg. İBGK., T. 22.03.1944, E. 1939/37, K. 1944/9).

<sup>81</sup> Aziz Serkan Arslan, “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 88, 2010, s. 213; Ulaş, s. 144.

<sup>82</sup> Bkz. III/A.

<sup>83</sup> SK m. 30: “Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak

kavuşturulmalıdır. Zikredilen sorunun cevaplanabilmesi için sigorta tahkiminin niteliği bir diğer ifadeyle zorunlu<sup>84</sup> yahut ihtiyari olup olmadığı ve bir tahkim sözleşmesine dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Zira Arabuluculuk Kanunu m. 18/A, fıkra 18 uyarınca: “Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.” Sigorta tahkiminin zorunlu tahkim olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır<sup>85</sup>.

Bir görüş, gerek ihtiyari gerekse zorunlu sigortalarda tahkime başvurmak için sigortacılık yapan kuruluşların, sigortalının sigortacılık tahkimine başvurmak zorunda olmadığı<sup>86</sup>; sigortacılık tahkimini zorunlu tahkim olarak kabul etmemenin daha doğru olduğunu ifade eder<sup>87</sup>. Bununla beraber sigortacılık tahkiminin ihtiyari olduğu söylemenin pek kolay olmadığı ve sigorta tahkiminin “nevi şahsına münhasır” olduğunu savunan görüşler de bulunur<sup>88</sup>.

*isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir. İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim usulünden faydalanabilir. Sigorta tahkim sistemine üye olmayan kuruluşlar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu giderlerine katılım Hazine Müsteşarlığınca ayrıca belirlenir.”*

<sup>84</sup> Tahkim bir uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözülmesinin kararlaştırılmasıdır. Bu sebeple uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine karar verecek olan kişi kural olarak taraflardır (ihtiyari tahkim). Ancak uyuşmazlık taraflarının uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeye iradesi bulunmasa da yasa gereği (zorunlu tahkim) ilgili uyuşmazlığın çözümü için hakeme başvurulması icap eder (bkz. Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 728; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 722 vd.; Pekcanitez, Korkmaz, Akkan, Özekes, s. 2356).

<sup>85</sup> Pekcanitez, Taş Korkmaz, Akkan, Özekes, s. 2356; Mehmet Özdamar, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 840.

<sup>86</sup> Zorunlu sigortalarda, Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olmayan kuruluşlar, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan taraf tahkime gitmek isterse buna itiraz edemez. Fakat gerek anılan kuruluşlar gerekse sigorta ettiren/sigortalı tahkim yerine uyuşmazlıklarının çözümü için mahkemeye de başvurabilir (bkz. SK m. 30). İhtiyari sigortalarda ise sigortacılık tahkimine başvuru için sisteme üye olunması veya sigorta sözleşmesinde uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine ilişkin hüküm bulunması gereklidir.

<sup>87</sup> Pekcanitez, Taş Korkmaz, Akkan, Özekes, s. 2356; Işıl Ulaş, “Sigortacılıkta Tahkim”, BATİDER, S. 4, 2007, s. 240.

<sup>88</sup> “...Türk hukukuna Sigortacılık Kanunu ile giren tahkimin nevi şahsına münhasır bir sistem olduğunu öncelikle belirtmek gerekir. Gerçi yukarıda yapılan izahatlar ile sistemin mehz ülke hukuklarından alındığı ve bizim tahkim sistemimize yabancı olduğu ifade edilebilir. Öğretide görüş serdeden yazarların da haklı olarak belirttikleri gibi sigorta tahkimi klasik “zorunlu- ihtiyari” tahkim sistemi içerisinde kendisine kolay bir yer bulamamaktadır.

Keza sigorta tahkim sisteminin bir taraf için zorunlu (sigorta şirketi) diğer taraf için ihtiyari (sigortalı/sigorta ettiren) olması sebebiyle “nispi zorunlu tahkim” olarak nitelendirilmesinin isabetli olacağı da savunulur<sup>89</sup>.

Sigorta tahkiminin ihtiyari olarak nitelendirilmesi halinde dava şartı olan arabulucuya başvuru şartı ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıklar için uyuşmazlık hakem önünde çözülecek olsa da aranacaktır. Bununla beraber ne zorunlu ne de ihtiyari kabul edildiği takdirde zorunlu olduğu bahisle arabuluculuğun dava şartı olmaya devam edeceği savunulabilir.

Doktrinde ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk şartını öngören 7155 sayılı Kanununun 20. maddesinin “dava açılmadan önce” arabulucuya başvurulmuş olmasını aradığını ve madde kastedilenin adli mahkemelerde görülen dava olduğunu savunur. Bu görüş uyarınca sigorta tahkiminde görülen uyuşmazlıklarının, düzenlemenin kapsamında dahil olmadığı zira “hukuk davası” olarak zikredilen nevide bir adli yargı davası olmadığı ifade edilir. Şu halde bu görüş uyarınca arabuluculuğa başvurma zorunluluğu sadece genel mahkemeler karşısında bir anlam ve değer ifade eder<sup>90</sup>. Ancak tahkim suretiyle uyuşmazlığın çözümü halinde bir dava olmadığı savunulamaz. Nitekim HMK m. 426 (dava tarihi) ve m. 428 (dava ve cevap dilekçesi) uyarınca da açıklığa kavuşturulduğu şekliyle tahkim de bir yargı faaliyetidir ve tahkimde görülen uyuşmazlık da “hukuk davası” teşkil eder<sup>91</sup>.

---

*Ancak Sayın Ulaş'ın iddia ettiği gibi bu sistemi tamamen ihtiyari tahkim olarak nitelemek kanaatimizce çok mümkün değildir. Her ne kadar sigorta şirketlerinin sisteme girişleri zorunlu tutulmamış olsa da, sektördeki rekabetten dolayı hemen hemen tüm şirketlerin Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla bu noktada sadece baştaki ihtiyarilik özelliği sebebiyle sistemin tamamını ihtiyari tahkim olarak nitelemek mümkün değildir. Sigorta tahkim sistemini Sayın Ulusoy gibi nispi zorunlu tahkim sistemi şeklinde ifade etmek yerine, karma tahkim sistemi kavramını kullanmak kanaatimizce daha doğrudur. Yukarıda da belirtildiği gibi sigorta şirketinin sisteme üye olmasının zorunlu olmaması ve üye olduktan sonra tahkim başvurularını reddedememesi, sistemin karma bir yapıya sahip olduğu izlenimini doğurmaktadır. Bundan dolayı sigorta tahkim sistemini zorunlu, ihtiyari veya nispi zorunlu gibi sıfatlar yerine karma olarak nitelendirmek daha uygun olacaktır...” (bkz. Özdamar, s. 840).*

<sup>89</sup> Erol Ulusoy, “Finans Hukukunda Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu, Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 14.01.2009, s. 238.

<sup>90</sup> Bu görüş ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, Rauf; “Tahkim 235 binden fazla davayı önledi” <https://www.sigortamedya.com.tr/tahkim-235-binden-fazla-davayi-onledi/>, çevrimiçi-31.03.2020. Buna ek olarak Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti kararlarına göre de sigorta konusunda sigorta kuruluşu ile uyuşmazlığa düşen kişinin dava açmadan önce arabulucuya başvurmak zorunda değildir. Sigorta kuruluşu ile bir tahkim anlaşması yapması veya Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olan sigorta kuruluşunun bu şekilde yaptığı aleni icabını kabul etmesi hâlinde, arabulucuya ayrıca gitmesine gerek bulunmaz. Bkz. Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti Kararı (05/11/2019 - 2019/İHK-16045).

<sup>91</sup> **Atalı, Ermenek, Erdoğan**, s. 725.

Konu özelinde sorumluluk sigortalarında tahkim şartı bakımından zorunlu sorumluluk sigortaları ve ihtiyari sorumluluk sigortaları için bir ayrıma gidilmesi uygun olabilir. Buna göre (1) zorunlu sorumluluk sigortalarında sigortacı için tahkim zorunludur. Şu halde bu niteliğinden hareketle (tarafardan en az biri için bu yolun zorunlu olması) TTK m. 5/A uyarınca zorunlu tahkim şartına tabi olmadığı savunulabilir. (2) ihtiyari sorumluluk sigortaları için ise sigorta tahkim sistemine kayıtlı/üye olan sigortacılara karşı sigorta tahkimine başvuru imkanı bulunur (bkz. SK m. 30). Bu takdirde buraya kaydolmakla sigorta şirketinin, tahkim sözleşmesinin kurulmasına yönelik umuma yapılmış bir icap beyanında bulunduğu, sigortalının da başvuruyu gerçekleştirmekle aralarında bir tahkim sözleşmesi kurulduğu savunulabilir. Bu halde de yine zorunlu arabuluculuk şartı (TTK m. 5/A anlamında) sorumluluk sigortası sözleşmeleri için bertaraf edilmiş olur<sup>92</sup>.

Ancak bu konu esasında kanunla açıkça düzenlenmesi icap eden bir konudur. Zira AY m. 142 gereği: “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.” Söz konusu madde hukuk güvenliği ilkesi uyarınca yargılamaya ilişkin her hususun “kanunla düzenlenmesi” zorunluluğuna işaret eder. Bu sebeple sigorta uyuşmazlıklarında tahkime başvurulacağı vakit arabuluculuğun bir dava şartı olup olmadığı kanunla açıkça düzenlenmelidir.

## SONUÇ

Bu çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1. Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin kendi yahut bir başkasının (*sigortalı*) sorumluluğuna yol açma ve dolayısıyla bu sorumluluğun malvarlığının pasifinde meydana getireceği artış ihtimalini prim karşılığı teminat altına alan bir sigorta türüdür. Sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin (yahut sigortalının) zarar verdiği kişi, sigorta sözleşmesinin tarafı değil; bir üçüncü kişidir. Zarara uğrayan bu üçüncü kişi, sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığı halde sigortacıya karşı zararının giderilmesi talebini ileri sürebilir. Sigortacıya karşı sahip olunan bu imkan kanun koyucu tarafından “doğrudan dava hakkı” (TTK m. 1478) olarak adlandırılır.
2. Doğrudan dava hakkıyla ilgili en büyük tartışma söz konusu hakkın hukuken nitelendirilmesiyle ilgilidir. Doktrinde ilgili hakkın zarar gören üçüncü kişiye tanınmasıyla artık sorumluluk sigortası ilişkilerinin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ele alınması gerektiği savunulduğu gibi; bu hakkın sigorta sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi için tek

---

<sup>92</sup> TTK m. 5/A ve Arabuluculuk Kanunu m. 18/18’in amacından hareket ederek aynı sonuca varan (zorunlu arabuluculuk şartının mevcut olmadığı) görüş için bkz. **Ekmekeçi, Özkes, Atalı, Seven**, s. 396 vd.

başına yeterli olmayacağı da savunulur.

3. Zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya doğrudan başvurma hakkının olması, madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi sorumluluk sigortasının bir üçüncü kişi lehine/yararına sözleşme olduğu anlamına gelmez. İlgili hak zarar gören üçüncü kişinin daha etkin bir şekilde korunması maksadıyla getirilmiştir ve bu hak kanundan doğar. Sigorta sözleşmesinin kurulmasıyla sigortacının rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta bedeli kadar sigortalıyla müteselsilen sorumlu olmasını temin eder.
4. Doktrinde sigortacının durumu ve zarar veren karşısındaki konumu kefalet sözleşmesinde kefillik (*BK m. 483*) ya da garanti sözleşmesinde garanti veren kimsenin durumuna benzetilir ve sorumluluk sigortacısının esasında kendi sebep olmadığı fakat sözleşme ile üstlendiği, bir başkasına ait borcu yerine getirdiği, bu sebeple sigortacının “*farazi bir sorumlu kişi*” olduğu ifade edilir.
5. Bu hakkın zarar görene tanınmış olması zarar verenin sorumluluğunu sona erdirmez ancak zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurabilmesinin ilk şartı sigorta ettiren kimsenin (*yahut sigortalının*) sorumlu olmasıdır. Zarar veren kişinin zarar görene karşı sorumluluk unsurlarındaki eksiklik yahut sahip olduğu her savunma, sigortacının da zarar görene karşı sahip olduğu bir savunma niteliğindedir.
6. Bununla beraber kanun koyucu sigortacının ticari faaliyet yürütüyor olması ve öngörülebilirliğin sigortacı için önemini dikkate alarak rizikonun gerçekleşmesi halinde sigorta bedeli kadar zarar görene karşı sorumlu olacağını hüküm altında almıştır. Ayrıca sigortacı riziko sigorta süresi içerisinde gerçekleşmiş olmak kaydıyla kendisine sigorta sözleşmesinin tabi olduğu zamanaşımı süresi içerisinde başvurulması halinde zararı gidermekle yükümlüdür. Keza sigortalının kasten sebep olduğu zararların giderilmesi için sigortacıya başvurulması emredici kanun hükmü gereği (*TTK m. 1481*) imkan dahilinde değildir.
7. Sigortacıya doğrudan başvuru hakkı ticaret kanununda düzenlendiği için kural olarak ticari dava niteliğindedir. Aksini savunmak da mümkün olmakla birlikte Karayolları Trafik Kanunu uyarınca kurulan zorunlu mali mesuliyet sigortaları çerçevesinde gündeme gelen uyuşmazlıklar bu niteliği haiz olmadığı ifade edilebilir. Zira burada zarar gören üçüncü kişinin dava hakkı Türk Ticaret Kanunundan değil, özel kanun niteliğindeki Karayolları Trafik Kanunundan doğar. Şu halde bu kanun kapsamındaki doğrudan başvuru hakkına ilişkin uyuşmazlıklar (yahut hakkın dava yoluyla kullanılması), Asliye Ticaret Mahkemesinde değil, Asliye Hukuk Mahkemesinin görev alanına girer.
8. Bu nitelendirmenin hayati bir önemi vardır ki o da ticari dava niteliğini haiz olan uyuşmazlıklar için *TTK m. 5/A* hükmü gereği arabuluculuğun bir dava şartı olmasıdır. Sigorta uyuşmazlıkları tahkim yoluyla da çözüme kavuştur-

rulabilir. Bu takdirde tahkime başvurulmadan evvel arabulucuya gidilmesi gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulmalıdır. Arabuluculuk Kanunu m. 18/18 uyarınca tahkimin zorunlu olduğu hallerde arabuluculuk bir dava şartı olmaktan çıkar. Bununla birlikte Sigorta Hakem Heyeti kararları uyarınca Sigorta Tahkimine başvurulduktan sonra ayrıca arabuluculuğa gitme şartının olmayacağı yönündedir.

9. Ancak sigorta tahkiminin hukuki niteliği tartışmalıdır. Tahkimin zorunlu nitelikte olup olmadığı doktrinde bırakılabilecek bir tartışma değildir. Bu sebeple sigorta tahkiminde bir dava şartı olarak arabulucuya başvurunun aranıp aranmayacağı hukuk güvenliği ilkesi gereği kanunla açıklığa kavuşturulmalıdır.

#### KAYNAKÇA

- **Acar, Faruk**, “Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında Hakim Kendiliğinden Sadece Sigorta Şirketini Tazminata Mahkum Edebilir mi?”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 1, S. 6, 2003, s. 1401-1413.
- **Acar, Serdar**, Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012 (Acar, S).
- **Akyol, Şener**, Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2008.
- **Arslan, Aziz Serkan**, “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 88, 2010, s. 195-224.
- **Aşçıoğlu, Çetin**, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara, 1989.
- **Atabek, Reşat**, “Zarar Görenin Doğrudan Sigortacıya Müracaat Hakkı”, BATİDER, C. VI, 1971, s. 111-154.
- **Atabek, Reşat**, Sigorta Hukuku, İstanbul, 1950.
- **Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin**, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- **Atamer, Kerim**: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Zarar Sigortalarına Giriş”, BATİDER, Cilt XXVII, Sayı 1, s. 21-106.
- **Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet**, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- **Bozer, Ali**, Sigorta Hukuku Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, 2. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2009.
- **Bucher, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich, 1988.
- **Ekmekçi, Ömer/Özekes Muhammet/Atalı Murat/Seven Vural**, Hukuk

Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

- **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- **Goldsmith, Peter**, “The Third Party (Rights Against Insurers) Act 1930”, International Insurance Law Review, 1995.
- **Hatemi, Hüseyin**, Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2. Cilt, 2. Bası, 1994.
- **Heusser, Rolf**, Das direkte Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer, Zurich, 1979.
- **Karahasan, Mustafa Reşit**, Sorumluluk Hukuku Birinci Kitap Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul, Beta Basım Yayın A.Ş., 1995.
- **Kender, Rayegan**, “Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, Teori ve Uygulamada Mesuliyet Sigortaları”, III. Sigorta Semineri, Bildiriler-Tartışmalar, s. 1-15.
- **Kender, Rayegân**, “Motorlu Nakil Vasıtalarının İhtiyari Mali Mesuliyet Sigortalarında Zarar Gören Üçüncü Şahıs Türk Hukukunda Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Dava Hakkına Sahip Midir?” İÜHFİM, C.XXXIX, 1973, s. 221-245.
- **Kender, Rayegân**, Türkiye’ de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- **Kender, Rayegân**, “Sigorta Hukukunda Tüketicinin Korunması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Cilt 8, S. 2, 2011, Cilt 9, S. 1, 2012, s. 1-27.
- **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017.
- **Kuru, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- **Memiş, Tekin**, “Zorunlu Trafik Mali Mesuliyet Sigortasında Sigortacının Sorumluluğunun Niteliği ve Sebepsiz Zenginleşme” XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 24 Aralık 2004, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 72-85.
- **Oftinger Karl/Stark Emil W.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht-B.I Allgemeiner Teil, Zürich, Polygraphischer Verlag, Auflage 5, 1995.
- **Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- **Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

- Özdamar, Mehmet, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 831-855.
- Özsunay, Ergun, “Trafik Kazasında Zarar Gören Üçüncü Kişinin Sigortacıya Karşı Doğrudan Doğruya Alacak Hakkı”, Trafik Sigortası V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 25-28 Nisan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1973, s. 389-429.
- **Pekcanitez Hakan/Taş Korkmaz Hülya/Akkan Mine/Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, 2. Sürüm, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Dinamik Kitap, 2018.
- **Seven, Vural**, “Alkollü Araç Kullanma ile İlgili Değişikliğin Sigorta Şirketinin İspat Yüküne Etkisi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22 (3), s. 2521-2529.
- **Sopacı Öztuna, Birgül**, “Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı”, BATİDER, Cilt XXIV, S. 15, 2011, s. 15-50.
- **Strub, Yael**, “Das direkte Forderungsrecht gegen den Versicherer, de lege lata - de lege ferenda” Haftung und Versicherung, 8 (2), 2009.
- Şenocak, Kemal, “Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği”, AÜHFD, cilt: 58, S.1, s. 189-229.
- Şenocak, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2000.
- Şenocak, Kemal, “Karayolları Trafik Kanununa Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı”, BATİDER, Cilt XXV, S. 4, 2009, s. 277-294 (“Alacak”).
- **Ulaş, Işıl**, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitapevi, 2012.
- **Ulaş, Işıl**, “Sigortacılıkta Tahkim”, BATİDER, S. 4, 2007, s. 239-268.
- **Ulusoy, Erol**, “Finans Hukukunda Tahkim”, II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu, Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 14.01.2009, s. 203-252.
- **Yazıcıoğlu Emine/Öğüz Şeker, Zehra**, Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2019.
- **Yeşilova Aras, Ecehan**, Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- **Yıldız Portakal, Seda**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Borca Katılma, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016.



### ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- Karasu, Rauf; “Tahkim 235 binden fazla davayı önledi” <https://www.sigortamedya.com.tr/tahkim-235-binden-fazla-davayi-onledi/>, çevrimiçi-31.03.2020.
- Karasu, Rauf, “Sigorta Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” Ankara Barosu tarafından 02.04.2019 tarihinde düzenlenen Sigorta Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Sempozyumunda sunulan tebliğ- <https://www.youtube.com/playlist?list=PL4jCA0s9Z5BAmvGqbl-NOSa8VATsfdN94V>, çevrimiçi-31.03.2020.
- [https://archive.org/search.php?query=Rolf+Heusser%2C+Das+direkte+Forderungsrecht+des+Geschädigten+gegen+den+Haftpflchtversicherer&sin=TXT&sort=titleSorter&and\[\]=languageSorter%3A%22German%22](https://archive.org/search.php?query=Rolf+Heusser%2C+Das+direkte+Forderungsrecht+des+Geschädigten+gegen+den+Haftpflchtversicherer&sin=TXT&sort=titleSorter&and[]=languageSorter%3A%22German%22)
- <https://archive.org/search.php?query=The%20Third%20Party%20%28Rights%20Against%20Insurers%29%20Act%201930&sin=TXT>
- <http://www.eugenbucher.ch/obligationenrecht/or-allgemeiner-teil-2-auf-lage-1988/>
- <http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu2017.pdf>
- <http://www.udhb.gov.tr/images/istatistik/d7e934b57c712d4.pdf>
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi (<https://www.lexpera.com.tr/kullanici-profil>)
- HEINONLINE (<https://heinonline.org>)
- SWISSEX (<https://www.swisslex.ch/de/recherche/search/new>)

### KISALTMALAR LİSTESİ

- Art.** : Artikel (Madde)  
**AÜHFĐ** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  
**AY** : Türkiye Cumhuriyeti Anayasası  
**B/bkz.** : B/bakınız  
**BATİDER** : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi  
**dn.** : dipnot  
**E.** : Esas  
**eBK** : 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu  
**HD.** : (Yargıtay) Hukuk Dairesi  
**HGK** : (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu  
**İÜHFĐM** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

<b>K.</b>	: Karar
<b>KTK</b>	: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
<b>m.</b>	: madde
<b>R.G.</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: Sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>SBE</b>	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
<b>SK</b>	: 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBK</b>	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
<b>TMK</b>	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
<b>TTK</b>	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
<b>VVG</b>	: Gesetz über den Versicherungsvertrag
<b>Yarg.</b>	: Yargıtay



## 6331 SAYILI KANUN'UN 13. MADDESİ KAPSAMINDA ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

*Right to Refrain from Working within in the Scope of Article 13 of Law No. 6331*

**Nihal AKSOY\***

Geliş Tarihi: 18.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

İşverenin işçileri koruma ve gözetme borcu ile iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. İşveren tarafından bu yükümlülük yerine getirilmediği durumda işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı doğar.

Çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin olarak hazırladığımız bu çalışmamızda, hakkın genel özellikleri, mevzuatımızdaki yeri, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13'te yer alan terimler ve bu terimlere ilişkin açıklamalar yer alacaktır. Bu açıklamalar takip edilerek çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımına dair şartlar incelenecektir. Hakkın kullanımı açısından şartların varlığı ve uygulanması gereken usulün izlenmesiyle hakkın sonuçları açıklanacaktır.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki; çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin mevzuatımızda iki düzenleme yer almaktadır. Bunlardan birincisi, İş Kanunu'nda yer alan ücretin gününde ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınma hakkıdır. Diğeri ise İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13'te yer alan, çalışma ortamında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlikelerin meydana gelmesi halinde çalışanların kaçınma hakkıdır. İnceleme konumuz İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında olduğundan ücretin gününde ödenmemesi sebebiyle iş görmekten kaçınma hakkı çalışmamıza alınmamıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Yükümlülüğü, Ciddi ve Yakın Tehlike.

### ABSTRACT

The employer has an duty of care over workers and obligation to take necessary measures against risks that may cause occupational accidents and diseases. If the obligation is not fulfilled, the worker has the right to refrain from working.

In this study we prepared, regarding the right to refrain from working; general characteristics of the right, its place in our legislation, the terms in article 13 of the Occupational Health and Safety Law and descriptions of these terms will be included. Following these explanations, the conditions regarding the use of the right to refrain from working will be examined. In terms of the use of the right, presence of conditions and consequences of the right as a result of the procedure will be described.

We have to mention before the beginning of the study, there are two regulations in our legislation on the right to refrain from working. First one is the right to refrain from working because the wage is not paid on the day which is included in the Labor Law. The other one is employee's right to refrain from working in the event of dangers related to occupational health and safety in the workplace which is included in the Article 13 of the Occupational Health and Safety Law. Because of our work subject is under the Occupational Health and Safety Law, the right to refrain from working because the wage is not paid on the day is not included in our study.

**Keywords:** The Right to Refrain From Working, Occupational Health and Safety Law, Employer's Duty of Care Over Workers, Serious and Immediate Danger.

\* T.C. Adalet Bakanlığı Hakim Adayı, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, e-posta: nihal.aksoy@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-2716-5433.

## GİRİŞ

Çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin mevzuatımız; başta ILO sözleşmeleri olmak üzere uluslararası anlaşmalar ve Avrupa Birliği normları, iç hukukumuzdaki yargı içtihatları ve öğretilerdeki görüşler dikkate alınarak hazırlanmıştır.

İş sağlığı, çalışanların fiziksel, ruhsal ve aynı zamanda sosyal açıdan tam bir iyilik halinde olmalarını ifade eder<sup>1</sup>. İş güvenliği ise, çalışanların sağlığının korunması için önceden alınması ve çalışma ilişkisinin devamınca sürdürülmesi gereken önlemler ile faaliyetleri kapsar<sup>2</sup>. 1950 yılında ILO – WHO Komitesi tarafından kabul edilen ve 1995 yılında revize edilen tanıma göre; iş sağlığı ve güvenliği, işle ilgili yaralanma ve hastalıkların önlenmesinin yanı sıra işçilerin sağlığının korunması ve geliştirilmesi ile ilgilenen, çalışma koşullarının ve çevrenin iyileştirilmesini amaçlayan bir disiplindir<sup>3</sup>.

Çalışanların iş sağlıkları ve güvenlikleri açısından meydana gelen bir tehlike durumunda iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini ifadan kaçınması; Anayasayla koruma altına alınan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı<sup>4</sup> ile yakından ilişkilidir<sup>5</sup>. Aynı zamanda bu tehlike durumu çalışanların iş görme edimini ifadan kaçınması için haklı bir nedendir<sup>6</sup>.

İşyerlerinde meydana gelen iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan mağduriyetin önlenmesi amacıyla çalışanlara çalışmaktan kaçınma hakkının tanınması iş hukukunun amacıyla da bağdaşmaktadır. Bu hakkın tanınması ile bir yandan taraflar arasındaki sözleşme ayakta tutulurken diğer yandan işveren iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma konusunda zorlanmaktadır<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> BALKIR, Zehra Gönül; İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak 2012, s. 14. YILMAZ, Fatih; Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.

<sup>2</sup> YILMAZ, s. 7.

<sup>3</sup> “Occupational safety and health is identified as the discipline dealing with the prevention of work-related injuries and diseases as well as the protection and promotion of the health of workers. It aims at the improvement of working conditions and environment.” Bkz: [www.ilo.org/safework](http://www.ilo.org/safework) Erişim Tarihi 16.03.2020.

<sup>4</sup> “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

<sup>5</sup> BALKIR, s. 14.

<sup>6</sup> AYDINLI, İbrahim; İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşverenleri Sendikası, C. 19, S. 4, Temmuz 2004, s. 18. BALIK, Derya; İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 27, 2010, s. 1004.

<sup>7</sup> SÜZEK, Sarper; İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, İHSGHD, S. 6, Nisan-Haziran 2005, s. 615.

Geçimi için iş sözleşmesinden doğan iş görme edimini ifa etmek zorunda kalan çalışanın vücut bütünlüğü ve sağlığı ile ücreti arasında bir tercih yapmasını beklemek gerek Anayasal haklara gerekse uluslararası hukukta kabul edilen insan hakları değerlerine aykırılık teşkil edecektir<sup>8</sup>. Bu nedenle kişilerin sözleşmenin konusu olan edim dışındaki yaşam ve sağlık hakları temel normlar tarafından güvence altına alınmıştır<sup>9</sup>. 4857 sayılı Kanun m. 24/1-a bendinde açıkça belirtildiği üzere işin yapılması işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlike olursa işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkını kullanması mümkündür. Ancak çalışanın fesih hakkını kullanması, işini kaybetmesine yol açacağından öncelikle tercih edilmesi gereken bir yol değildir. Çalışanların iş ilişkilerini düzenleyen İş Hukukunun amacına da ters hareket edilmiş olacaktır. Amacımız her zaman işçi yararına yorum ilkesi<sup>10</sup> doğrultusunda iş sözleşmesinin ayakta kalmasıyla birlikte işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri almaya zorlanması olmalıdır<sup>11</sup>.

### 1. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Mevzuatımızdaki Yeri

Hukumumuzda işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin ilk yenilik 4857 sayılı Kanun'da "*İşçilerin Hakları*" başlığını taşıyan m. 83'te düzenlenmiştir<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 2, S. 15-16, Mart-Haziran 1994, s. 3. GÖKTAŞ, Seracettin; Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 212.

<sup>9</sup> ÖZDEMİR, Erdem; İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, Aralık 2014, s. 413.

<sup>10</sup> ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. B., Ekim 2019, s. 26.

<sup>11</sup> ENGİN, Murat; Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEUHF, S. 1, 2003, s. 93. SÜZEK, s. 615.

<sup>12</sup> İşçilerin hakları MADDE 83 (Yürürlük Başlama: 10.06.2003 Yürürlük Bitiş: 30.12.2012)  
İşçilerin hakları

MADDE 83 - İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul aynı gün acilen toplanarak kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar işçiye yazılı olarak bildirilir.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde talep, işveren veya işveren vekiline yapılır. İşçi tesbitin yapılmasını ve durumun yazılı olarak kendisine bildirilmesini isteyebilir. İşveren veya vekili yazılı cevap vermek zorundadır.

Kurulun işçinin talebi yönünde karar vermesi halinde işçi, gerekli iş sağlığı ve güvenliği tedbiri alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.

İşçinin çalışmaktan kaçındığı dönem içinde ücreti ve diğer hakları saklıdır.

İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kararına ve işçinin talebine rağmen gerekli tedbir alınmadığı işyerlerinde işçiler altı iş günü içinde, bu Kanunun 24 üncü maddesinin (I) numaralı bendine uygun olarak belirli veya belirsiz süreli hizmet akitlerini derhal feshedebilir.

Bu Kanunun 79 uncu maddesine göre işyerinde işin durdurulması veya işyerinin kapatılması halinde bu madde hükümleri uygulanmaz."

Bu maddeye göre; iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınmaması sonucunda ortaya çıkacak *yakın, acil ve hayati bir tehlike* sonucunda işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilmekteydi. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile anılan bu madde yürürlükten kaldırılmıştır.

6331 sayılı kanun m. 13'te yer alan "*Çalışmaktan Kaçınma Hakkı*" başlıklı hüküm ile iş kazasına neden olabilecek, çalışanları *ciddi ve yakın* bir tehlike ile karşıya bırakabilecek, vücut bütünlüğü ve sağlığı açısından sorun yaratabilecek bir durumun ortaya çıkması halinde gerekli önlemler alınıncaya dek çalışanların kendi güvenliklerini sağlamasına olanak verilmiştir.

İş Kanunu mülga m. 83'ün gerekçesinde "*İşçiler iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir işyeri ortamında çalışmaya zorunlu tutulamazlar. Bu durumda bulunan işçilere iş sözleşmelerini haklı nedenle feshetme veya belirli koşullarla çalışmaktan geçici bir süre kaçınma imkanı tanınmıştır.*" denilmekle; çağdaş hukuk sistemlerine ve uluslararası hukuka uygun bir amaçla, tehlike karşısında işçilerin kişilik değerlerinin iş görme edimine tercih edildiği anlaşılmaktadır<sup>13</sup>. Gerçekten de iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alınmayan, mesleki risklerin her an ortaya çıkabileceği bir çalışma ortamında çalışanların çalışmaya zorlanamayacağı ve çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabileceği açıktır.

İş Kanunu m. 83'ün mülga olması ve 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle çalışmaktan kaçınma hakkı değişikliğe uğramıştır. İş Kanunu m. 83'te hakkın kullanılabilmesi için tehlikenin yakın, acil ve hayati olması gerekirken, 6331 sayılı Kanun m. 13'te bu hakkın kullanılabilmesi ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığını şart koşmuştur. Kanımızca yapılan bu değişiklik çalışanların hakkını genişletici olması sebebiyle yerinde olmuştur.

1981 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 sayılı ILO sözleşmesinin 13. ve devamındaki maddelerinde de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir; "*Sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle, haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygunsuz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulama uygun bir şekilde korunacaktır.*"<sup>14</sup>. 07.01.2004 tarih ve 5038 sayılı Kanun ile 155 sayılı ILO Sözleşmesi kanunlaşmış ve 22 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

---

<sup>13</sup> BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz; İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Fasıkül Hukuk Dergisi, C. 4, S. 30, İstanbul, Mayıs 2012, s. 23. GÖKTAŞ, s. 215.

<sup>14</sup> 155 No'lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme için bkz: [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377299/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm)

## 2. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Hukukî Niteliği

Çalışmaktan kaçınma hakkı; 6331 sayılı Kanun ve 4857 sayılı Kanun'un mülga 83. maddesinde yer almadan önceki dönemde her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa da Yargıtay kararları ve öğreti tarafından kabul edilmekte idi<sup>15</sup>. Çalışanların böyle bir hakka sahip olup olmadığı, sahip olması halinde hangi hukuki sebebe dayanarak bu hakkı kullanabileceği öğretide tartışma konusu olmuştu<sup>16</sup>. Günümüzde çalışmaktan kaçınma hakkı, çalışanın vücut bütünlüğü ve sağlığına yönelik ciddi ve yakın tehlike karşısında, işveren tarafından gerekli önlemler alınincaya dek çalışmaktan kaçınmasını hukuka aykırı kabul etmeyen ve iş sözleşmesinin ihlali sonucunu doğurmayan kanundan doğan bir hak olarak kabul edilmektedir.

Her ne kadar mevzuatımızca çalışmaktan kaçınma hakkı çalışanlara tanınmış ve çerçevesi çizilmiş olsa da hakkın hukuki niteliğinin incelenmesi konuyu daha iyi açıklayabilmemiz açısından önem arz etmektedir<sup>17</sup>.

### 2.1. Mücbir Sebebe Dayalı Olduğu Görüşü

Mücbir sebep, borçlunun borcunu ifasını mutlak ve kaçınılmaz olarak engelleyen, borçludan bağımsız olarak meydana gelen, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır<sup>18</sup>. TBK m. 136'da borçluyu borcundan kurtaran bir hukuki imkan olarak yer almaktadır<sup>19</sup>.

Çalışmaktan kaçınma hakkının mücbir sebebe dayandırılması halinde, hakkın yalnızca mücbir sebep oluşturan şiddetli rüzgâr, yangın, sel, fırtına, toprak kayması, don olayı, deprem gibi karşı konulamaz hallerin varlığında kullanılması mümkün olacağından kullanım alanı oldukça sınırlanmış olacaktır<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 375. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5.

<sup>16</sup> ŞAHİN EMİR, Asiye, İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Seçkin Yayıncılık, 1. B. Ankara, Ekim 2015, s. 151. SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem; İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerini İhlalin Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 69.

<sup>17</sup> GÖKTAŞ, s. 216.

<sup>18</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s.557. SARIBAY ÖZTÜRK, s.70. SUR, Melda; İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 400.

<sup>19</sup> "MADDE 136- Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür."

<sup>20</sup> SUR, 404. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 70.



Hakkın yalnızca mücbir sebebe dayandığının kabulünün yerinde olmadığı yönünde olan ve bizim de katıldığımız öğretilerdeki görüşe göre; çalışanların hayatı ve sağlığını tehlikeye sokan durum işverenin faaliyeti ve işyerinde yapılan işe ilişkin olduğundan tehlike çoğu zaman öngörülebilir ve kaçınılabılır niteliktedir<sup>21</sup>. Bunun yanında çalışmaktan kaçınma hakkı tehlikenin devamı süresince kullanılan geçici bir hak olup çalışanın iş sözleşmesinden doğan edim borcunu tamamen ortadan kaldırmaz<sup>22</sup>. Öngörülemezlik, kaçınılmazlık ve haricilik gibi mücbir sebebin temel niteliklerinin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını karşılayamadığı görülmektedir<sup>23</sup>. Çalışmaktan kaçınmayı gerektiren tehlike mücbir sebepten kaynaklanabilecekse de hakkın kaynağını bu yönde genellemek mümkün değildir<sup>24</sup>. Mücbir sebepten farklı tehlike durumlarında da çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı mümkün olabileceğinden hakkın kaynağının mücbir sebep olduğu söylenemez<sup>25</sup>.

## 2.2. Zaruret Haline Dayalı Olduğu Görüşü

Zaruret hali; kişinin, kendisinin veya bir başkasının şahsını veya malvarlığını, yakın bir zarar veya derhal meydana gelebilecek bir tehlikeden korumak için üçüncü bir kişinin malvarlığına zarar vermesi olarak tanımlanmaktadır<sup>26</sup>. TBK m. 64/1' de "*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*" şeklinde düzenlenen zaruret halinde kişinin kusuru ortadan kaldırılmaktadır<sup>27</sup>. Böylece; Medeni Hukukta haksız fiil, Ceza Hukukunda suç teşkil etmesine rağmen; üçüncü kişinin malvarlığına zarar verilmesi zaruret halinde hukuka uygun hale gelmektedir. Zaruret halinde gerçek bir zararın önlenmesi, korunan menfaatin feda edilecek menfaatten üstün veya ona eşit olması unsurunun gerçekleşmesi de gerekmektedir<sup>28</sup>.

Çalışmaktan kaçınma hakkı açısından; zaruret halinde çalışanın vücut bütünlüğünün bozulması tehlikesi karşısında işverenin ekonomik çıkarlarının daha az önem arz ettiği açıktır. İşyerinde tehlikenin çalışanın vücut bütünlüğünü, sağlığını ve güvenliğini tehdit etmesi halinde, çalışanın kendisine yönelik tehlikeden kurtulmak amacıyla çalışmaktan kaçınması işverenin ekonomik çıkarlarına verdiği orantılı bir zarar olarak kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Bu sebeple, çalışanın işverenin ekonomisine verdiği zararın zaruret halinden kaynaklandığı ifade edilmektedir<sup>30</sup>.

---

<sup>21</sup> GÖKTAŞ, s. 216.

<sup>22</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5-6. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 70. GÖKTAŞ, s. 216.

<sup>23</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5-6. GÖKTAŞ, s. 216.

<sup>24</sup> SUR, s. 404.

<sup>25</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 71. SUR, s. 404. GÖKTAŞ, s. 216.

<sup>26</sup> EREN, s. 609. GÖKTAŞ, s. 216. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 72. SUR, s. 404.

<sup>27</sup> EREN, s. 609.

<sup>28</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 9.

<sup>29</sup> SUR, s. 404. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 72.

<sup>30</sup> SUR, s. 404.

Öğretide çalışmaktan kaçınma hakkının zaruret haline dayandırılmasının mümkün olmadığı yönünde görüşler de yer almaktadır. Buna göre; iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması doğrudan işvereni iş gücünden mahrum bırakmaya ve ekonomik çıkarlarına aykırı davranmaya yönelik olduğundan çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki kaynağı zaruret hali olarak değerlendirilemez<sup>31</sup>.

### 2.3. Temel Bir Güvenlik Hakkı Olduğu Görüşü

Bir tehlike ile karşı karşıya kalan her canlı doğası gereği oradan kaçmak, tehlikeden uzaklaşmak ve kendisini korumak ister<sup>32</sup>. Doğal olarak insan da tehlike karşısında kendisini koruma refleksi ile hareket ederek o ortamdan ayrılma ihtiyacı hisseder<sup>33</sup>. Bu sebeple kişinin vücut bütünlüğünü tehdit eden bir durum karşısında çalışmaya devam etmesi kendisinden beklenemeyecektir. Yaşam hakkı tüm menfaatlerin üstünde korunduğundan tehlikeli bir durumun ortaya çıkması halinde çalışmaktan kaçınılabılır. Öğretide de çalışanın bu durumda çalışmaktan kaçınmasının temel bir güvenlik hakkı olduğu ve dolayısıyla çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin bu çerçevede belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>34</sup>.

Çalışmaktan kaçınma hakkının işverenin koruma ve gözetme borcunun yerine getirilmemesi sebebiyle tehlike durumunda çalışanın şahsen kullanabileceği bir temel güvenlik hakkı olduğu ve işverenin koruma ve gözetme borcunu yerine getirmemesinin bir yaptırım olduğu da ifade edilmektedir. Ancak çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenme amacı da göz önünde bulundurulduğunda yaptırım niteliği taşımamaktadır. Bahsedilen görüş işverenin koruma ve gözetme borcuna aykırılığın böyle bir yaptırım getirmediği, başkaca bir yaptırımının olmaması gerekçeleri ile eleştirilmiştir<sup>35</sup>.

### 2.4. Ödemezlilik Def'i Olduğu Görüşü

Ödemezlilik def'i, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflara karşı edim yerine getirilinceye ya da edimin yerine getirilmesi teklif edilinceye dek kendi edimini yerine getirmekten kaçınma imkânı veren hukuki bir haktr<sup>36</sup>. Ödemezlilik def'i, teminat ve baskı fonksiyonlarına sahiptir<sup>37</sup>. Ödemezlilik def'ini ileri süren taraf kendi ediminin karşılıksız kalmasına engel olurken karşı tarafın edimi ifa etmesi için baskı kurmuş olur<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> GÖKTAŞ, s. 217. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 72.

<sup>32</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 4. AYDINLI, s. 16. SUR, s. 404.

<sup>33</sup> AYDINLI, s. 17. SUR, s. 404.

<sup>34</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5. GÖKTAŞ, s. 157. AYDINLI, s. 17. SUR, s. 404. ŞAHİN EMİR, s. 133.

<sup>35</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 9. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 72. GÖKTAŞ, s. 217. ŞAHİN EMİR, s. 153.

<sup>36</sup> EREN, s. 73. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B, C.1, İstanbul 2017, s. 339.

<sup>37</sup> EREN, s. 986. OĞUZMAN/ÖZ, s. 339.

<sup>38</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 339.

İş sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, koşulları oluştuğunda her iki taraf da ödemezlik def'ini ileri sürebilecektir. Çalışmaktan kaçınma hakkı ödemezlik def'i olarak; işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önlemlerin alınması için işveren üzerinde baskı işlevi görmektedir. Ayrıca bu önlemler yerine getirilinceye kadar çalışanın edimini yerine getirmeyip çalışmaktan kaçınmasına imkân sağlayarak teminat işlevi görmektedir.

Aksi yöndeki görüş ise; tehlike durumunda çalışmaktan kaçınmanın çalışanın sağlığına yönelik tehlikeden korunması amacıyla gerçekleştirildiği, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önlemleri almasını sağlama amacının olmadığı yönündedir<sup>39</sup>. Zira işverene işçiyi gözetme borcuna uygun davranması ve iş sağlığı ve güvenliğine uygun çalışma koşullarının oluşturması için çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmak bir baskı oluşturmayacağından söz edilebilir<sup>40</sup>. Ayrıca ödemezlik def'ini düzenleyen TBK m. 97 hükmü düzenleyici bir hukuk kuralı olup taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler ise emredici nitelikte<sup>41</sup> olup aksi kararlaştırılmaz. Bu sebeple işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması bir def'i olarak değerlendirilemeyecektir<sup>42</sup>.

## 2.5. İşverenin Temerrüdü Olduğu Görüşü

Taraflara karşılıklı edimler yükleyen sözleşmelerde alacaklı, borçlunun kendisine sunduğu ifayı haklı bir nedenin varlığı olmaksızın kabul etmez yahut ifanın yerine getirilmesi amacıyla yapması gereken edimleri yapmazsa alacaklı temerrüdüne düşecektir. 6098 sayılı Kanun'un 106. maddesinde yer aldığı üzere; ifayı kabul için hazırlık hareketlerinin yapılmaması ifadan kaçınma olarak değerlendirilir ve bu şekilde borcun ifasının önüne geçildiği halde de alacaklı temerrüde düşer<sup>43</sup>.

Çalışanın iş görme edimini yerine getirebilmesi için işverenin yapması gereken hazırlık fiilleri<sup>44</sup> ise iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktır<sup>45</sup>. Bu önlemler, iş yapılırken işyerinin fiziki çevre koşullarından kaynaklanan sebeplerle çalışanların vücut bütünlüklerinin bozulmaması için tüm risklere karşı alınan önlemlerdir<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> GÖKTAŞ, s. 218; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 6.

<sup>40</sup> GÖKTAŞ, s. 218. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 6.

<sup>41</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 374.

<sup>42</sup> GÖKTAŞ, s. 218.

<sup>43</sup> GÖKTAŞ, s. 215. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 6.

<sup>44</sup> Türk Borçlar Kanunu m. 417/2'ye göre; "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür".

<sup>45</sup> AYDINLI, İbrahim, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 235.

<sup>46</sup> NARTER, Sami; İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ekim 2014, Ankara s. 145.

İşverenin, işyerini iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uygun olarak hazır etmesi, kanundan ve iş sözleşmesinden kaynaklanan işçileri gözetme ve koruma borcundan ileri gelmektedir<sup>47</sup>. TBK m. 408; işverenin iş görme edimini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi halini düzenlemektedir. Bu doğrultuda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamak suretiyle çalışanlara uygun çalışma ortamı sunmayan ve işin görülmesine engel olan işveren temerrüde düşmüş olacağı öğretilmektedir<sup>48</sup>.

Öğretilde yer alan bir görüşe göre; işverenin çalışanlara uygun çalışma ortamı sunmamasında kusurlu olup olmamasının da temerrüde düşmesinde önemi yoktur. İşverenin kusuru dışında ortaya çıkan hastalık, elektrik kesintisi, hammadde yokluğu gibi sebeplerle iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınamamış olması işvereni temerrüde düşmekten kurtarmaz<sup>49</sup>. İşverenin, yerine getirmesi gereken hazırlık fiillerini tamamlamaması nedeniyle çalışan bu fiiller tamamlanıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilecektir<sup>50</sup>. Bu sebeple çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki niteliğinin işverenin temerrüdü olduğu ifade edilmektedir<sup>51</sup>.

### 3. Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Koşulları

Çalışanlarca çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında; ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanların, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak kaçınma hakkının kullanılması düzenlenmektedir. Anılan maddenin 3. fıkrasında ise ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın çalışmaktan kaçınma imkanı yer almaktadır.

#### 3.1. Kurul veya İşverene Başvurarak Çalışmaktan Kaçınma Hakkının Kullanılması

Çalışanlar; ciddi ve yakın tehlike ile karşılaştıkları takdirde kurula başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul, iş sağlığı ve güvenliği kuruludur. 6331 sayılı kanunun 22. maddesinin 1. fıkrasında "*...Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur...*" denilerek hangi işyerlerinde kurulacağı gösterilmiştir.

<sup>47</sup> AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 235. ŞAHİN EMİR, s. 55. NARTER, s. 55.

<sup>48</sup> BAYCIK, Gaye; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi, 2013, S. 3, s. 118. EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8.B. İstanbul 2017, s. 377.

<sup>49</sup> GÖKTAŞ, s. 221. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 74.

<sup>50</sup> SUR, s. 405.

<sup>51</sup> SOYER, s. 681.

Kurulun olmadığı işyerlerinde ise başvuru işverene yapılacaktır. İşverenin tanımı ise yine 6331 sayılı kanunun 3. maddesinde “... *Çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları...*” denilerek yapılmıştır.

Çalışanların başvurusu neticesinde kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını verir ve durum tutanakla tespit edilir. Kurul veya işverenin kararı çalışanlara ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

### 3.1.1. Ciddi ve Yakın Bir Tehlikenin Varlığı

Çalışanın sağlığını, ruh ve vücut bütünlüğünü tehdit edecek nitelikte ciddi ve yakın tehlikenin olması hakkın kullanımı açısından öncelikli koşuldur. Kanun, ciddi ve yakın nitelikteki tehlikenin tanımını vermemiştir. Öğretide yer aldığı üzere; *ciddi tehlike*, iş kazasına sebep olabilecek, çalışanın vücut ve ruh bütünlüğüne zarar verebilecek nitelikte olan tehlikedir<sup>52</sup>. Tehlikenin ciddi olması, işin normal riskin üzerinde bir ağırlığa sahip olması olarak da tanımlanmaktadır<sup>53</sup>. *Yakın tehlike*, tehlikenin halen gerçekleşmemiş ancak kısa bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşebilir olması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>54</sup>. Tehlikenin yakınlığını, sonuçlarını her an gösterebilecek olan tehlike şeklinde de açıklayabiliriz. Bu iki niteliğin birlikte olması kanunun lafzından anlaşıldığı kadarıyla şarttır. Örnek verilecek olursa; depo bölümünde bulunan ham maddelerin alev alması ve yangın çıkması ciddi ve yakın bir tehlikedir<sup>55</sup>. Çalışanların sağlığı ve hayatları için bir tehlike meydana gelmiş bulunmaktadır. Bu kavramlar soyut şekilde tanımlansa da her iki unsurun da varlığı çalışma ortamındaki somut şartlara göre belirlenmelidir<sup>56</sup>.

4857 sayılı Kanun'da çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımında tehlikenin ölçütü “*yakın, acil ve hayati*” şeklinde iken 6331 sayılı kanunda “*ciddi ve yakın*” olarak belirlenmiştir. Bu şekilde hakkın kullanım kapsamı genişletilerek çalışanların lehine bir düzenleme getirilmiştir. Mevcut düzenleme ile ciddi ve yakın tehlikenin hayati bir tehlike olması gerekmemektedir. Önemli her türlü fiziksel ve ruhsal zarar veya hasar bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>57</sup>.

89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde yer alan işçinin hakları kısmında “... *ciddi ve acil bir tehlike arz eden herhangi bir çalışma durumu ve*

---

<sup>52</sup> GÜNER, Recep; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 131, Temmuz 2017, s. 73. <https://jurix.com.tr> (Erişim Tarihi 11.01.2020)

<sup>53</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Turhan Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2014, s. 1377. AYDINLI, s. 19.

<sup>54</sup> DEMİRCİOĞLU, Murat/ KAPLAN, Hasan Ali; Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınları, Şubat 2016, s. 180, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1377. AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 238. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 10.

<sup>55</sup> GÜNER, s. 73.

<sup>56</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 10.

<sup>57</sup> ÖZDEMİR, s. 415.

*koruma düzenlemelerindeki eksiklikler hakkında derhal işvereni bilgilendirip...*<sup>58</sup> şeklinde belirtilerek, ciddi ve yakın tehlikenin meydana gelmesinin işverene bildirilmesi düzenlenmiştir. İşverenin yükümlülükleri kısmında ise yine “... ilk yardım, yangınla mücadele, işçilerin tahliyesi ve ciddi ve yakın tehlike durumunda yapılması gereken önlemler için gerekli önlemleri almak...”<sup>59</sup> denilerek ciddi ve yakın tehlike kavramları kullanılmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bahsi geçen direktif doğrultusunda hazırlandığından mevzuatta da bu şekilde yer almıştır.

Öğretide “ciddi ve yakın” tehlike yerine, kanunun daha da koruyucu bir ifade içermesi; anılan şartların birlikte aranması yerine “ciddi veya yakın” yahut “ciddi ve yakın veya hayati” şeklinde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>60</sup>. Nitekim uzun vadede tehlike yaratacak şekilde çalışanların maruz kaldıkları tehlike “yakın” nitelikte olmadığından, çalışanların çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen maddeden yararlanamayacaklardır<sup>61</sup>. Örneğin, meslek hastalıkları uzun süre mesleki risklere maruz kalınması sonucu meydana gelmekle birlikte uzun süre sonra kendini gösterir. Pnömonyoz<sup>62</sup> veya silikoz gibi tozlara<sup>63</sup>, asbeste, kurşuna maruz kalınması, kanserojen maddelerle temas halinde olunması, yüksek ses veya titreşim çalışması<sup>64</sup> gibi durumlarda uzun süre sonra meydana gelecek hayati tehlikelerde çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılamayacaktır<sup>65</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre<sup>66</sup>, yaşamsal tehlike yaratan mesleki riskler de bu kanun kapsamında korumaya alınarak yeniden düzenlenmelidir. Aksi yöndeki görüş<sup>67</sup> ise; düzenlemenin isabetli olduğu, yaşamsal tehlikenin ciddi ve yakın olmadıkça çalışmaktan kaçınma hakkının

<sup>58</sup> “... immediately inform the employer of any work situation presenting a serious and immediate danger and of any shortcomings in the protection arrangements...” <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1> Erişim Tarihi 15.12.2019

<sup>59</sup> “... take the necessary measures for first aid, fire-fighting, evacuation of workers and action required in the event of serious and imminent danger...” <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1> Erişim Tarihi 15.12.2019

<sup>60</sup> SÜZEK, s. 908. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 393. BAYCIK, s. 117. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 615. GÖKTAŞ, s. 221. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.377. ENGİN, s. 88. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 79. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1377.

<sup>61</sup> SÜZEK, s. 908. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 393. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1377. GÜNER, Recep; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Mali Çözüm Dergisi, S. 138, s. 259.

<sup>62</sup> BAYCIK, s. 116.

<sup>63</sup> KILIÇ, s. 134.

<sup>64</sup> GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 259.

<sup>65</sup> ENGİN, s. 89. BAYCIK, s. 117. SÜZEK, s. 908.

<sup>66</sup> SÜZEK, s. 908. BAYCIK, s. 117. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 615. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 377. GÖKTAŞ, s. 221. ENGİN, s. 88. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 79.

<sup>67</sup> SOYER, M. Polat; İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 682-683.

kullanımından başka önlemlerle bertaraf edilebileceği, hakkın kullanımının çalışan tarafından en son başvurulması gereken yol olduğu yönündedir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için tehlikenin işin niteliğinden değil, gerekli güvenlik önlemlerinin alınmamış olmasından doğması gerektiği görüşü öğretide ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Çalışanların yaptığı işten kaynaklanmasa da işyerindeki gürültü, toz gibi durumlar ciddi ve yakın tehlike oluşmasına neden oluyorsa çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılabilir<sup>69</sup>. Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımı için tehlikenin doğumunda işverenin kusurunun olup olmaması da önemli değildir<sup>70</sup>. İşverenin önlem alma yükümlülüğü işçinin yürüttüğü faaliyet veya işin yapıldığı yer ile sınırlandırılmaz<sup>71</sup>. Önlem alınmadan çalışılması her türlü riski beraberinde getirdiğinden işbu hak bahsedilen ihtimallerden bağımsız olarak çalışanların yaşam hakkı göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Uyuşmazlık halinde ciddi ve yakın tehlikenin varlığı hususu hakim tarafından belirlenecektir<sup>72</sup>.

Depremde kolonları hasar görmüş işyerinde tadilat yapılmadan işçilerin çalıştırılması<sup>73</sup>; yapı iskelesinde düşmeye karşı gerekli önlemlerin tam olarak alınmamış olması, iskelenin ana ve ara korkuluk sisteminde eksiklerin olması, asma iskelelerde çalışan işçilerin güvenlik halatı olmaksızın çalışmaları, iskelenin uygunluk belgesinin olmaması, elektrik kablolarının yalıtkan kısımlarının zarar görmesi ve aşınması sonucu gerilim altında bulunan iletkenlerin doğrudan temas riski oluşturacak şekilde ortaya çıkması<sup>74</sup>; oksijen gaz kaynağında manometrenin kırık olması ve tam olarak bir sızıntının olup olmadığının anlaşılabilmesi<sup>75</sup>, bir benzinlikte benzin depolarında sızıntı olmasına rağmen bu depoların yenilenmemesi<sup>76</sup> gibi haller ciddi ve yakın tehlike hallerine örneklerdir.

Öğretide yer alan bir görüşe göre; çalışanların çalışmaya başlarken kabul ettikleri varsayılan tehlikeleri öne sürerek çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmaları mümkün değildir<sup>77</sup>. Buna rağmen çalışmaktan kaçınılması durumunda işin haksız bırakılması durumu meydana gelmiş olacaktır.

---

<sup>68</sup> SOYER, s. 685.

<sup>69</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 393. ÖZDEMİR, s. 416. GÖKTAŞ, s. 222.

<sup>70</sup> ENGİN, s. 88.

<sup>71</sup> GÖKTAŞ, s. 222.

<sup>72</sup> GÖKTAŞ, s. 222. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 7.

<sup>73</sup> AYDINLI, İ.; İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşverenleri Sendikası, C. 19, S. 4, Temmuz 2004.

<sup>74</sup> GÜNER, Çalışanların Hakları, s. 50-55.

<sup>75</sup> GÜNER, Çalışanların Hakları, s. 50-55.

<sup>76</sup> ŞAHİN EMİR, s. 160.

<sup>77</sup> SUR, s. 408. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 5.

### 3.1.2. İşçinin Başvurusu

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ciddi ve yakın tehlikenin yanında durumun tespiti de kanun koyucu tarafından aranan bir koşuldur. Çalışan tarafından durumun tespit edilmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesi talebini içeren başvuru; iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun olmadığı işyerlerinde işverene yapılır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 22. maddesi iş sağlığı ve güvenliği kurulunun 50 ve daha fazla çalışanı olan ve altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde kurulmasını öngörmüştür. Bu sebeple, anılan niteliklere sahip olmayan işyerinde başvuru doğrudan işverene yöneltilecektir.

Çalışanların tehlikenin tespitine ilişkin kurula veya işverene yapacağı başvurunun şekli kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle çalışanlar başvurularını yazılı ya da sözlü olarak yapabileceklerdir. İspat kolaylığı ve çalışanların haklarının korunması açısından başvurunun yazılı şekilde yapılması ve onaylı bir nüshasının geri alınması yerinde olacaktır<sup>78</sup>. Kurul acil olarak toplanarak karar verir. Acil olarak toplanmaları ile kastedilen, çalışanların talepte bulunduğu gün toplanmalarıdır<sup>79</sup>. İşverene başvuru halinde de; işveren tehlikenin ciddi ve yakın nitelikte olup olmadığına dair kararını derhal verir ve durumu tutanakla tespit eder<sup>80</sup>.

Başvuruda bulunma, hakkın kullanımı açısından kurucu ve zorunlu bir unsurdur<sup>81</sup>. Ciddi ve yakın tehlikenin varlığı hususunun teknik özellikler taşıması nedeniyle çalışanların bu yönde objektif tespitte bulunmaları mümkün olamayabilecektir<sup>82</sup>. Bu sebeple çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin varlığına ilişkin kararı kendilerince veremeyecektir. Öğretide kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre; çalışanlarca objektif bir değerlendirmenin yapılamayacağı bir konuda başvuruda bulunmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasına imkan tanımak hakkın kötüye kullanımı ve çalışanların sadakat borcuna aykırı davranmasına neden olabileceğinden; başvuruda bulunma şartının aranması yerinde bir düzenlemedir<sup>83</sup>.

Çalışanlar başvuruda bulunmaksızın çalışmaktan kaçınırlarsa ciddi ve yakın bir tehlike bulursa dahi çalışanlar mazeretsiz işyerine devamsız duruma düşmüş sayılabileceklerdir; meğer ki önlenemez nitelikte ciddi ve yakın tehlike bulunsun<sup>84</sup>. Objektif tespitte bulunulmadan çalışmaktan kaçınılması

---

<sup>78</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 78.

<sup>79</sup> SÜZEK, s. 908.

<sup>80</sup> ÖZDEMİR, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, s. 418.

<sup>81</sup> SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 609-622. ENGİN, s. 91. GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 257. EKMEKÇİ, s. 73.

<sup>82</sup> SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. SÜZEK, s. 909. GÖKTAŞ, s. 222. SUR, s. 410.

<sup>83</sup> SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 615. SUR, s. 410. SOYER, s. 684. GÖKTAŞ, s. 224.

<sup>84</sup> SÜZEK, s. 910.



sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden işveren sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilecektir<sup>85</sup>.

### 3.1.3. Kurul veya İşverenin Kararı

Kurul veya işverenin, başvuru sonucunda ciddi ve yakın tehlikenin varlığı yönündeki kararı ile çalışanlar çalışmaktan kaçınabilecektir. 6331 sayılı Kanun m. 13/1'de yer aldığı üzere; karar tutanakla tespit edilir ve çalışanlara yazılı olarak bildirilir. Karar verilmesi sonucunda çalışılmaktan kaçınılması halinde bu durum grev olarak kabul edilemez ve kanun dışı grevin sonuçları işverence uygulanamaz<sup>86</sup>.

Önemle belirtmemiz gerekir ki; tehlikenin varlığı yönünde karar verilmiş olmakla birlikte işveren bu tehlikeye yönelik olarak önlemlerin alınmış olduğu, çalışmaktan kaçınılamayacağı şeklinde herhangi bir iddiada bulunamaz<sup>87</sup>. Kanundan doğan ve şartları gerçekleşen çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanların iş görme edimini ifadan kaçırdıkları sonucuna varılamaz.

Öğretide yer alan bir görüşe göre; kurula başvuru halinde talepleri yönünde bir karara varılarak çalışmaktan kaçınma haklarını kullanan işçiler bu durumu derhal işverene bildirmek durumundadır<sup>88</sup>. Ancak bu halde işverene yapılması gereken bildirim hakkın kullanımı açısından ön şart olarak kabul edilemez. Hakkın kullanımı açısından yalnızca iki kurucu unsur vardır; ciddi ve yakın tehlikenin varlığı ile başvuruda bulunma<sup>89</sup>.

Tartışılması gereken bir diğer husus ise, ciddi ve yakın tehlikenin varlığına rağmen kurulun veya kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverenin işyerinde ciddi ve yakın bir tehlikenin mevcut olmadığı yahut bu nitelikte bir tehlike olmasına rağmen işverenin gerekli tüm önlemleri aldığı yönünde karar vermesi halinde çalışanların haklarının durumudur. Öğretide yer alan bir görüşe göre; TBK m. 408'de<sup>90</sup> yer alan işverenin temerrüdü hükmünden yola çıkarak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayarak çalışanın iş görme edimini kabulde hazırlık fiillerini yerine getirmemesi sebebiyle işveren temerrüde düşmektedir<sup>91</sup>. Şartların varlığı halinde çalışan bu hükümden yararlanarak çalışmaktan

---

<sup>85</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.7.

<sup>86</sup> SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. BAYCIK, s. 121. İNCİRLİOĞLU, s. 11.

<sup>87</sup> SÜZEK, s. 908-909.

<sup>88</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 4.

<sup>89</sup> SÜZEK, s. 908.

<sup>90</sup> "a. İşverenin temerrüdü hâlinde MADDE 408- İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir."

<sup>91</sup> SUR, s. 405. SÜZEK'in detaylı açıklaması için bkz: 909.

kaçınabilecektir<sup>92</sup>. Diğer bir görüşe göre ise; bahsi geçen halde 6331 sayılı kanun m.13/3'ten yararlanılmalıdır. Çalışanlarca gerekli önlemin alınması talep edildiği halde işverence önlem alınmaması ile önlenemez nitelikte ciddi ve yakın tehlike meydana gelir. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte olduğu durumlarda çalışanlarca başvuruda bulunma koşulu uygulanmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılabilir<sup>93</sup>.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması için iş sağlığı güvenliği kurulunun kararının aranmasının isabetli olduğu ve bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>94</sup>; konunun teknik özellikler taşıması nedeniyle çalışanların buna kendiliğinden karar vermesi güçtür. Bu durumda, çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılamayacaktır<sup>95</sup>. Nitekim, anılan niteliklere sahip tehlikenin tespiti teknik bir konu olduğundan işçinin bu konuda yeterli bilgisinin olmaması veya yanlış tespitte bulunması ihtimalinde objektif değerlendirme yapılamayacaktır.

#### **3.1.4. Tehlikenin Devamı Halinde Tehlikeli Bölgeyi Terk Etme Hakkı**

Tehlikenin devamı halinde işveren, çalışanların işi bırakıp çalışma yerlerinden ayrılarak güvenli bir yere gidebilmeleri için gereken düzenlemeleri önceden yapar. İşveren 6331 sayılı Kanun m. 12<sup>96</sup> gereğince tehlikeli bölgenin nasıl terk edilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeleri yapma ve talimatları verme yükümlüdür<sup>97</sup>. Yasa gereği hazırlanmış olması gereken bu yerlere tahliye halinde gidilecektir. Çalışanlar böyle bir yerin olmaması durumunda tehlikeden uzak bir yere gidebilirler.

Kanunun 12/1-b maddesinde “... Durumun devam etmesi hâlinde, zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemez.” denilmektedir. Öğretide işbu hükmün zıt anlamı göz önünde bulundurularak zorunluluk olması durumunda işverenin gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanların da işlerine devam etmelerini isteyebileceği yönünde görüş bulunmaktadır. Ancak bahsi geçen zorunluluk halinin son derece sınırlı

---

<sup>92</sup> SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 617. BAYCIK, Yeni Düzenlemeler, s. 118. ENGİN, s. 87. SÜZEK, s. 910.

<sup>93</sup> SÜZEK, s. 910. AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 240.

<sup>94</sup> EKMEKÇİ, Ömer; 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayınları, İstanbul, 2005, s. 75. ÖZDEMİR, s. 419.

<sup>95</sup> BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 30. BALIK, s. 1004.

<sup>96</sup> 6331 sayılı kanunun 12/1-a maddesi; “Ciddi, yakın ve önlenemeyen tehlikenin meydana gelmesi durumunda işveren; çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılarak güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir.”

<sup>97</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, İstanbul, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, 2012, s. 75-76.

yorumlanması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız<sup>98</sup>. Aksi halde 6331 sayılı kanunun 13. maddesi ile öngörülen hak işlevsiz hale gelecektir.

### 3.2. Çalışanların Başvuruda Bulunmaksızın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

6331 sayılı kanunun 13. maddesinin 3. fıkrası<sup>99</sup> gereğince, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uyulması hakkın kullanımı açısından kurucu unsur olmaktan çıkar<sup>100</sup>. Bu haller; iş kazasının veya mesleki riskin artık kaçınılmaz ve somut koşullarda alınabilecek herhangi bir tedbirle engellenemeyecek olduğu hallerdir<sup>101</sup>. Çalışma ortamının çalışanlarda ciddi, yakın ve önlenemez nitelikte tehlike oluşturduğu kanaatini oluşturması makul karşılanabilir ise çalışmaktan kaçınma hakkının varlığı kabul edilir<sup>102</sup>. Tehlikenin önlenemez nitelikte olması yönünde kanaatin oluşması noktasında çalışanların yaş, kıdem, tecrübe gibi sübjektif özellikleri göz önüne alınır<sup>103</sup>.

Çalışmamızda örnek olarak vermiş olduğumuz “ciddi ve yakın” tehlikelerin “önlenemez” olduğu bazı durumlar şunlardır; Yapı iskelesinde düşmeye karşı gerekli önlemlerin olarak alınmamış olması, iskelenin korkuluk sisteminin olmaması, çalışanlara kişisel koruyucu donanım olarak emniyet kemeri verilememesi; oksi-gaz kaynağında sızıntının olması; ıslak ve nemli bir çalışma ortamında elektrik kablolarının gerilim bulunan kısımlarının açığa çıkması<sup>104</sup>.

Önlenemez nitelikteki tehlikenin tespiti çalışanların sübjektif durumuna yani kişisel özelliklerine bırakılmıştır. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte oluşuna dair karar verecek kişi çalışan olduğundan burada objektif ölçütler yerine çalışanın tecrübesi, mesleği, kıdemi, yaşı, sağlığı gibi sübjektif ölçütler göz önünde tutulmalıdır<sup>105</sup>. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda tehlikeli bölgeyi terk eden çalışanların işvereni en kısa sürede bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu bilgilendirme 6331 sayılı kanunun 13/1 maddesindeki usulden farklı olmakla birlikte, çalışanların durumun

---

<sup>98</sup> DEMİRCİOĞLU/ KAPLAN, s. 181. BAYCIK, s. 122.

<sup>99</sup> İSGK m.13/3: “Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.”

<sup>100</sup> AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 240. SÜZEK, s. 955. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/ BAYSAL, s. 1379. BAYCIK, s. 121. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 99. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 378.

<sup>101</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 10. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1380. ÖZDEMİR, s. 422.

<sup>102</sup> SÜZEK, s. 910. ÖZDEMİR, s. 422.

<sup>103</sup> SÜZEK, s. 910. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1380.

<sup>104</sup> GÜNER, Çalışanların Hakları, s. 50-55.

<sup>105</sup> SÜZEK, s. 910. İNCİROĞLU, Lütfi; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Beta Yayınevi, C. 20, S. 1, 2014, s. 814. BAYCIK, s. 122. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 10.

değerlendirilmesinin gerçeğe uygunluğu konusunda ihtilaf halinde durumun ispatı bakımından işverenin zamanında bilgilendirilmiş olması bakımından önem arz edecektir<sup>106</sup>. Çalışanın bu konuda takdir yetkisi sınırsız olmayıp bu yetkiyi dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun kullanmalıdır<sup>107</sup>.

Çalışanlar tehlikenin ciddi, yakın ve önlemez nitelikte olduğuna dair yanlış değerlendirmede bulunabilir. Bu halde çalışma ortamının anılan nitelikte bir tehlikeyle karşı karşıya kalındığı düşüncesini uyandırmasının makul sayılabileceği, çalışanın sübjektif özelliklerinin bu düşüncenin oluşmasında normal karşılanabileceği hallerde çalışmaktan kaçınmanın kanuna uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>108</sup>.

Kanunda çalışanların ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli bölgeye gideceği belirtilmektedir. 6331 sayılı kanunun 13. maddesinde yer alan güvenli yer ile aynı kanunun 12. maddesinde belirtilen yerin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir<sup>109</sup>.

#### 4. Hakkın Kullanımı ve Sonuçları

##### 4.1 Hakkı Kullanabilecek Kişiler

4857 sayılı Kanun'un mülga 83. maddesinde “*yakın, acil ve hayati bir tehlikeyle karşı karşıya kalan işçinin*” çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Bu dönemde kanunun çalışmaktan kaçınma hakkını yalnızca İş Kanunu kapsamındaki işçilere tanıdığı anlaşılmaktadır. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile bu hakkı kullanabilecek kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Şöyle ki; 6331 sayılı kanunun 3. maddesinin 1-b bendinde çalışanın tanımı “... *Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi...*” denilerek verilmiştir. Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın denildiğinden; memur, stajyer, çırak gibi tüm bağımlı çalışanların<sup>110</sup> kamu veya özel sektör ayrımı yapılmaksızın madde kapsamında korunduğu anlaşılmaktadır<sup>111</sup>. Konuya ilişkin tek istisna, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 2/2 kapsamında kanun kapsamı dışında tutulan faaliyet ve kişilerdir.

Burada belirtmemiz gerekir ki; alt işveren işçileri ve geçici işçiler de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek kişiler arasında yer alır<sup>112</sup>. Alt

<sup>106</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1380. CANIKLIOĞLU, s. 67.

<sup>107</sup> ÖZDEMİR, s. 422.

<sup>108</sup> SÜZEK, s. 910.

<sup>109</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1357. AYDINLI, Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 242. NARTER, s. 171. ÖZDEMİR, s. 422.

<sup>110</sup> BALKIR, s. 4.

<sup>111</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 375. BAYCIK, s. 107. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1357. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.356-357.

<sup>112</sup> AYDINLI, s. 21. BALIK, s. 1007. SOYER, s. 682. ENGİN, s. 90. ŞAHİN EMİR, s. 171. Alt işverenin işçilerinin çalışmaktan kaçınma hakkını yalnızca alt işverene karşı kullanabileceği yönde ki görüş için bkz: ÖZDEMİR, s. 426.

işveren işçileri ve geçici işçiler işverenin varsa kendi işçileri ile aynı ortamda iş görme edimini ifa ettiğinden aynı tehlikelere maruz kalmaktadır. İşveren ile alt işveren işçileri ve geçici işçiler arasında doğrudan bir iş sözleşmesi olmasa dahi işverenin koruma gözetme yükü bu kişiler için de geçerlidir. 6331 sayılı kanunun 13. maddesi ile korunan hak çalışanların yaşam hakkı olduğundan çalışanın işverenin işçisi, alt işveren işçisi veya geçici işçi olması herhangi bir önem arz etmemektedir. Anayasal bir hak olan yaşam hakkı herkes için geçerlidir.

Tartışılması gereken bir diğer husus, grev yasaklarının bulunduğu işlerde veya greve katılmayacak işçilerin bulunduğu işyerlerinde hakkın kullanımınıdır. Öğretideki ve bizim de katıldığımız görüşe göre; greve katılmayacak işçiler ve grev yasaklarına ilişkin yasal düzenlemelerin amacı ile İSGK m. 13'te korunan hukuki yarar farklıdır. Yaşam hakkı her şeyin üstünde ve anayasal bir hak olduğu için bu kişilerin de gerek bireysel gerekse toplu olarak iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceklerdir<sup>113</sup>.

#### 4.2. Hakkın Kullanım Süresi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda hakkın kullanım süresi ile ilgili açıkça bir ifade olmamakla birlikte, m. 13/2'de "*... gerekli tedbirler alınincaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.*" denmektedir. Bu sebeple; önlemlerin alınması koşulu gerçekleşmeden, çalışanların da çalışmaya başlaması beklenemez<sup>114</sup>. Öyle ki; bu durum bir süreye bağlı değildir<sup>115</sup>.

Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanlara işveren tarafından başka bir iş önerilebilmesi konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Hakkın kullanımını sonucunda, çalışanların başka bir işte çalıştırılmasının mümkün olmadığı yönündeki görüşte; 6331 sayılı kanunun İşin Durdurulması başlıklı 25. maddesi görüşün hukuki dayanağı olarak kabul edilmektedir; m. 25/6 "*İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür.*" İşin durdurulması durumunda işverenin yönetim hakkı genişletilerek çalışanın onayına gerek kalmaksızın başka bir işte çalıştırılabilecektir. Ancak bu madde çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanlar açısından esas alınamaz. İşin durdurulması ve çalışmaktan kaçınma hakkını gerektiren birbirinden farklı hukuki konulardır. Öyle ki; 6331 sayılı Kanunun 25'inci maddesi kapsamında iş durdurulan yerlerde çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılamaz<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> SOYER, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, s. 686.

<sup>114</sup> BAYCIK, s. 118. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 395. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 11. GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 257. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 377.

<sup>115</sup> BAYCIK, s. 118. SÜZEK, s. 909. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. NARTER, s. 172. AYDINLI, s. 19.

<sup>116</sup> GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 258. AKI, s. 10. İNCİROĞLU, s. 815. ÖZDEMİR, s. 419.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımını gerektirmeyecek şekilde tehlikeden uzak ve duruma uygun bir iş teklifinin işverence yapılabileceği yönündeki ve bizim de katıldığımız görüşe göre; çalışanın teklifi kabul etmesi sadakat borcunun bir gereğidir<sup>117</sup> meğer ki; ücret ve çalışma koşullarında çalışan aleyhine bir değişiklik olsun. İşçinin bu teklifi kabul etmemesi ise iş sözleşmesinin işverence haklı feshi olarak kabul edilebilecektir<sup>118</sup>. Aksi halde çalışanın çalışmaktan kaçınması haksız hale gelecek ve işveren iş sözleşmesini haklı fesih ile sonlandırabilecektir.

Tehlikeye ilişkin tüm tedbirler alındıktan sonra çalışma ortamında tehlikenin ortadan kalkması durumunda çalışanın iş görmesi beklenebilecektir<sup>119</sup>. Tehlikenin kendiliğinden ortadan kalkması da mümkündür. Bu aşamadan sonra m. 13 çerçevesinde çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasından bahsedilemeyecektir<sup>120</sup>. Çalışma ortamındaki tehlikenin ortadan kalmış olduğu durumda çalışanın işi bırakmaya devam etmeleri hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve işveren açısından geçerli veya haklı fesih sebebi olabilecektir<sup>121</sup>.

### 4.3. Çalışılmamasına Rağmen Hakların Saklı Kalması

Çalışanların ciddi ve yakın tehlike sonucunda çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması işveren ve çalışanlar arasındaki iş sözleşmesini sona erdirmeyecektir. Sözleşme ayakta olmakla birlikte çalışan tarafından iş görme borcu ifa edilmemektedir. Ancak çalışanın sadakat borcu ile işverenin çalışanın ücretini ödeme ve çalışanı koruma ve gözetme borcu devam etmektedir<sup>122</sup>.

İş sözleşmesinin sona ermemesi ve çalışanın iş görme borcunu ifa etmemesi her ne kadar iş sözleşmesinin askıya alınması hali ile benzerlik gösterse de bu durumun askı hali olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>123</sup>. İş sözleşmesinin askıya alınmasının en önemli sonucu işverenin çalışana ücret ödeme borcunun ortadan kalkmasıdır<sup>124</sup>. Çalışmaktan kaçınma halinde ise işveren ücret ödeme borcundan kurtulmaz.

Öğretide iş sözleşmesinin bu dönemde askıda olduğunun kabul edilmesi gerektiği de belirtilmektedir<sup>125</sup>. Ciddi ve yakın tehlike halinde çalışan açısından

<sup>117</sup> BAYCIK, s. 119. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 142. İNCİROĞLU, s. 818. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 390.

<sup>118</sup> SÜZEK, s. 909. GÖKTAŞ, s. 227. BALIK, s. 1006.

<sup>119</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 11. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 394. ŞAHİN EMİR, s. 165. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1382.

<sup>120</sup> SUR, s. 412. BALIK, s. 1005.

<sup>121</sup> SUR, s. 413. SOYER, s. 682. GÖKTAŞ, s. 226. AYDINLI, s. 19. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 11. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1382.

<sup>122</sup> SARIBAY ÖZTÜRK, s. 133. GÖKTAŞ, s. 229.

<sup>123</sup> GÖKTAŞ, 172.

<sup>124</sup> SÜZEK, Sarper; İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 124.

<sup>125</sup> SÜZEK, s. 909.

ifa imkansızlığının meydana gelmiştir. İfa imkansızlığı geçici olmakla birlikte işçinin kusuru da bulunmamaktadır. Bu durumda işverenin ifayı kabul imkansızlığı doğar. Bu doğrultuda iş sözleşmesinin askıya alınma koşullarının gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilecektir<sup>126</sup>. Kural olarak iş sözleşmesinin askıya alındığı hallerde ücret ödeme borcu ortadan kalksa da Kanun bazı hallerde ücret ödenebileceğinden bahsetmektedir. 6331 sayılı Kanun'un 13. maddesinin de bu hallerden biri olduğu ve bu doğrultuda iş sözleşmesinin askıya alındığının kabul edileceği ifade edilmektedir<sup>127</sup>.

6331 sayılı kanunun 13. maddesinde sayılan şartların sağlanması ile çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışanın tüm hakları saklıdır<sup>128</sup>. Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan çalışan fiilen çalışmasa da çalışmış gibi kabul edilir<sup>129</sup>. Bu nedenle çalışmadıkları bu dönemde de ücret ile kanundan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları kazanacaklarının kabulü gerekir<sup>130</sup>. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli çalışmadığı bu dönemde fiilen çalışmış sayılır<sup>131</sup>.

Hakkın kullanımı süresince çalışanın ücret hakkının yanında tüm sosyal güvenlik hakları da saklıdır<sup>132</sup>. Bu süre boyunca malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primleri de aynı şekilde işverence ödenmelidir<sup>133</sup>.

#### 4.4. İş Sözleşmesinin Feshi

Ciddi ve yakın tehlikenin ortaya çıktığı işyerinde işverence gerekli önlemlerin alınmaması sonucunda çalışanlar iş sözleşmelerini feshedebileceklerdir<sup>134</sup>. İSGK m.13/4'te "... tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmeleri feshedilir." denilmekle; çalışanlara haklı nedenle derhal fesih hakkı tanındığı açıktır. İş Kanunu'na tabi olan çalışanların İK m. 24/2-f bendi gereğince "... yahut çalışma şartları uygulanmazsa..." ifadesine dayanarak iş sözleşmelerini feshedebilmeleri için gerekli koşul İSGK m. 13/1'de yer alan kurul veya işverene başvurudur<sup>135</sup>. Çalışma şartlarının içeriğine iş sağlığı ve güvenliği hukukundan doğan hakların da girdiği tartışmasız bir gerçektir.

İşyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamış olmaması sebebi başlı başına yeterli değildir. Ciddi ve yakın tehlikenin meydana gelmesi sonucunda çalışanlarca 6331 sayılı kanunun 13. maddesinde yer alan usul takip

---

<sup>126</sup> SÜZEK, Askı, s. 124. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 153.

<sup>127</sup> SÜZEK, s. 909. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 153.

<sup>128</sup> SUR, s. 402. SÜZEK, İşçilerin Hakları, s. 616. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 394.

<sup>129</sup> ŞAHİN EMİR, s. 175. GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 259.

<sup>130</sup> BAYCIK, s. 120. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1382. SOYER, s. 687. ENGİN, s. 87.

<sup>131</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1383.

<sup>132</sup> GÖKTAŞ s. 231. GÜNER, Kaçınma Hakkı, s. 258.

<sup>133</sup> GÖKTAŞ s. 232. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 394.

<sup>134</sup> İNCİROĞLU, s. 816.

<sup>135</sup> SÜZEK, s. 908.

edilir ve buna rağmen işveren tarafından tehlikenin ortadan kaldırılmasına yönelik önlemler alınmazsa iş sözleşmesi feshedilebilir<sup>136</sup>. Çalışanın fesih hakkının, işverenin önlem alması için gerekli makul sürenin sonunda doğacağı kanaatindeyiz.

Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre; Gerekli usul takip edilmeden çalışanlar tarafından fesih gerçekleştirilirse haksız fesih gündeme gelecektir<sup>137</sup>. Aksi yöndeki görüşte; işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması durumunda 6331 sayılı kanunun 13. maddesinde yer alan usulün takip edilmesine gerek olmadığı, İK m. 24/2-f'de yer alan çalışma şartlarının uygulanmaması hükmüne dayanarak haklı nedenle derhal fesih hakkının kullanılabileceği ifade edilmektedir<sup>138</sup>.

Kanaatimizce ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı halinde, işverence gerekli önlemlerin alınmaması sonucunda anılan usulün takip edilerek iş sözleşmesinin feshedilmesi çalışan için daha uygun bir yoldur. Tehlikenin niteliği konusunda objektif bir değerlendirme yapılmış ve hakların korunabilmesi açısından belgelendirilebilme imkânı olacaktır. Nitekim amacımız her zaman çalışanın korunması olduğundan kanunda yer alan usulün takip edilmesi çalışanın haklarının korunması açısından daha uygun olacaktır.

Çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan ve çalışması beklenemeyen çalışanın işveren tarafından gerekli önlemlerin alınmaması sonucunda yapacağı fesih herhangi bir süreye bağlı olmayacaktır<sup>139</sup>. Bu maddeye dayanarak sözleşmenin feshinde başta kıdem tazminatı olmak üzere haklı nedenle fesihden doğan tüm haklar kullanılır; meğer ki işverence gerekli önlemlerin alınmadığına ilişkin çalışan yanlış bir değerlendirmede bulunmuş olsun<sup>140</sup>.

Değirmemiz gereken bir diğer önemli husus da ciddi ve yakın tehlike halinde yalnızca özel hukuk sözleşmesi ile çalışanların tabi oldukları kanun hükümlerine göre sözleşmelerini feshedebilmeleridir. Kanun koyucu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında çalışanlara 6331 sayılı kanunda yer alan ciddi ve yakın tehlike hallerinde dahi fesih hakkı tanımamaktadır<sup>141</sup>. Bu kapsamda çalışan devlet memurları kanun veya idari sözleşme ile girmiş oldukları statüden yine aynı düzenlemelerde belirtilen şekilde ayrılabilirler<sup>142</sup>.

Çalışanların bu hakkı kullanması sebebiyle işten çıkarılması, iş güvencesi kapsamında çalışanlar açısından geçersiz fesih, iş güvencesi kapsamı

<sup>136</sup> ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 394.

<sup>137</sup> NARTER, s. 174. EKMEKÇİ, s. 192.

<sup>138</sup> SÜZEK, s. 911. NARTER, s. 169. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 1383. BAYCIK, s. 121. SARIBAY ÖZTÜRK, s. 202. ÖZDEMİR, s. 430.

<sup>139</sup> GÖKTAŞ, s. 233.

<sup>140</sup> BAYCIK, s. 122.

<sup>141</sup> BAYCIK, s. 119.

<sup>142</sup> ŞAHİN EMİR, s. 183.



dışında kalanlar açısından ise kötü niyetli fesih oluşturacaktır<sup>143</sup>. İşverenin iş sözleşmesini çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması sebebiyle haklı nedenle feshetmesi söz konusu olmaz<sup>144</sup>.

## SONUÇ

Çalışanlara İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 13'te açıkça tanınan çalışmaktan kaçınma hakkı ile amaçlanan, ülkemizde iş yerlerinde maalesef ki çokça meydana gelen iş kazaları ve çalışanların meslek hastalıklarına yakalanmasının azaltılması ve mümkün olduğunca yok edilmesidir. İşbu maddeye başvurulması sonucunda; çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin varlığı halinde kurul veya işverene başvurarak çalışmaktan kaçınabilecek, önlenemez nitelikte ciddi ve yakın tehlike durumunda ise başvuruda bulunmadan tehlikeli ortamdan uzaklaşarak vücut ve ruh sağlığını koruyabilecektir. Bu doğrultuda çalışmamızda iş kazaları ve meslek hastalıklarını önleyici nitelikteki çalışmaktan kaçınma hakkı incelenmiştir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenen çalışmaktan kaçınma hakkı anılan kanunun yürürlüğe girmesinden önce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 83. maddesinde düzenlenmişti. Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun kabulü ile iş sağlığı ve güvenliğine yönelik düzenlemeler bağımsız ve geniş bir kapsamda ele alınarak uluslararası mevzuat ile uyumlu hale getirilmiştir.

Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın; memur, stajyer, çırak gibi tüm bağımlı çalışanlar kamu veya özel sektör ayrımı yapılmaksızın 6331 sayılı Kanun kapsamında korunmaktadır. Kanun koyucu tarafında bazı istisnalar dışında tüm bağımlı çalışanların koruma altına alınması kanımızca yerinde olmuştur. Alt işveren işçileri ve geçici işçiler açısından anılan haktan yararlanıp yararlanamayacaklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ne var ki; asıl işverenin işçileri ile aynı risklere maruz kalan alt işveren işçileri ve geçici işçiler açısından da işverenin koruma ve gözetme yükü geçerlidir. Bu sebeple alt işveren işçileri ve geçici işçilerin de çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecek kişiler arasında yer aldığı kanaatindeyiz.

İş Kanunu mülga m. 83 çerçevesinde çalışmaktan kaçınılabilmesi için çalışan açısından iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınmaması sonucunda ortaya çıkacak yakın, acil ve hayati bir tehlikenin var olması gerekmektedir. 6331 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile anılan tehlikenin "ciddi ve yakın" nitelikte olması şartı aranmaktadır. Yapılan değişiklik 89/391 sayılı AB Direktifi ve 155 sayılı ILO Sözleşmesi ile uluslararası mevzuata uyumlu hale getirilmiştir. Hayati şartının çıkarılmasının hakkın kullanım kapsamı

---

<sup>143</sup> BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, s. 37.

<sup>144</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 818.

genişlettiği ve çalışanların lehine bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Ancak uzun vadede tehlike yaratacak şekilde çalışanların maruz kaldıkları tehlike “yakın” nitelikte olmadığından, çalışmaktan kaçınma hakkında yararlanmaları bir başka açıdan engellenmektedir.

alışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için çalışanın iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun olmadığı işyerlerinde ise işverene başvurması gerekmektedir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını vermelidir. Ciddi ve yakın tehlikenin tespiti teknik özellikler taşıdığından çalışanların bu yönde objektif tespitte bulunmaları mümkün olamayabilecektir. Çalışanlar tarafından objektif bir değerlendirmenin yapılamayacağı bir konuda başvuruda bulunmaksızın çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasına imkan tanımak hakkın kötüye kullanımı ve çalışanların sadakat borcuna aykırı davranmasına neden olabileceğinden; başvuruda bulunma şartının aranmasının yerinde olduğunu söyleyebiliriz.

Kanun koyucu, ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte olduğu durumlarda ise başvuruda bulunulması şartını gözetmemiştir. Önlenemez nitelikteki tehlikenin tespiti çalışanların sübjektif durumuna bırakılmıştır. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez nitelikte oluşuna dair karar verecek kişi çalışan olduğundan burada çalışanın tecrübesi, mesleği, kıdemi, yaşı, sağlığı gibi ölçütler göz önünde tutulmalıdır. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda tehlikeli bölgeyi terk eden çalışanların işvereni en kısa sürede bilgilendirmesi yeterli olacaktır.

alışmaktan kaçınma hakkının kullanması işveren ve çalışanlar arasındaki iş sözleşmesini sona erdirmez. alışan tarafından iş görme borcu ifa edilmemekte ancak sadakat borcu ile işverenin ücret ödeme ve koruma gözetme borcu devam etmektedir. alışmaktan kaçınıldığı sürece çalışanın ücret hakkının yanında tüm sosyal güvenlik hakları da saklıdır. Bu süre boyunca malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası primleri de işverence ödenmelidir.

Çalışma ortamındaki tehlikenin ortadan kalmış olduğu durumda çalışanların iş görme edimini yerine getirmesi gerekmektedir. Çalışanların işi bırakmaya devam etmeleri hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve işveren açısından geçerli veya haklı fesih sebebi olabilecektir.

Ülkemizde iş kazaları ve sonucunda meydana gelen yaralanma, ölüm, çalışma kaybı oranlarına baktığımızda çalışanların işlerini kaybetme korkusuyla çalışmaktan kaçınma hakkına başvurmaktan çekindiklerini anlıyoruz. alışmaktan kaçınma hakkı ile meydana gelebilecek iş kazası ve meslek hastalıklarına yakalanmanın azaltılması ve mümkün olduğunca yok edilmesi hedeflenmektedir. Işverenin işçiyi koruma ve gözetme yükümlülüğü ile yakından ilişkili olan bu hak hem çalışan hem de işveren açısından son derece büyük öneme sahiptir. Nitekim lkemizde her ay yaklaşık 100 çalışanın iş

kazası sonucu hayatını kaybettiği göz önüne alındığında çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin düzenlemelerin ve hakkın kullanımının önemi anlaşılmaktadır.

### **KISALTMALAR**

AY	: Anayasa
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
f.	: Fıkra
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İK	: İş Kanunu
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
vd.	: Ve devamı

### **KAYNAKÇA**

- AYDINLI, İbrahim; İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Çimento İşverenleri Sendikası, C. 19, S. 4, Temmuz 2004, s. 16-29.
- AYDINLI, İbrahim; İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015. (Hukuki ve Cezai Sorumluluk)
- BALIK, Derya; İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 27, 2010, s. 1002-1011.
- BALKIR, Zehra Gönül; İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkının Korunması: İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Organizasyonu, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 2, S. 1, Ocak 2012, s. 56-91.
- BAYCIK, Gaye; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi, 2013, S. 3, s. 104-170.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen; 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri, Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, İstanbul, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, 2012, s. 27-84.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. B., Ekim 2019.

- DEMİRCİOĞLU, Murat/ KAPLAN, Hasan Ali; Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınları, Şubat 2016.
- EKMEKÇİ, Ömer; 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, Legal Yayınları, İstanbul, 2005.
- ENGİN, Murat; Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEUHFD, S. 1, 2003, s. 77-94.
- EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku - Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 17. B., 2014.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 8. B. İstanbul 2017.
- GÖKTAŞ, Seracetin; Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz; İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Önlemlerin Alınmaması Sebebiyle İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 4, S. 30, İstanbul, Mayıs 2012, s. 23-38.
- GÜNER, Recep; 6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Mali Çözüm Dergisi, S. 138, s. 255-260. (Kaçınma Hakkı)
- GÜNER, Recep; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 123, Kasım 2016, s. 50-55. (Çalışanların Hakları)
- GÜNER, Recep; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 131, Temmuz 2017, s. 73-76.
- İNCİROĞLU, Lütfi; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Beta Yayınevi, C. 20, S. 1, 2014, s. 809-822.
- KILIÇ, Leyla; İşverenin İş sağlığı ve Güvenliği Kavramı ve 4857 Sayılı İş Kanunu Madde 77 Kapsamında İşverenin Yükümlülüğü, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 22, Haziran 2011, s. 91-100.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin Red Hakkı, Türk Kamu-Sen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 2, S. 15-16, Mart-Haziran 1994, s. 3-12.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş; İş Hukuku, Turhan Kitapevi, 6. Baskı, Ankara 2014.
- NARTER, Sami; İş Sağlığı ve Güvenliğinde İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Ekim 2014.

- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. B, C.1, İstanbul 2017.
- ÖZDEMİR, Erdem; İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, Aralık 2014.
- SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem; İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerini İhlalin Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 2013.
- SOYER, M. Polat; İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 1, İstanbul 2011, s. 657-691.
- SUR, Melda; İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 395-414.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 18. B., Beta Yayınları, Eylül 2019.
- SÜZEK, Sarper; İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri, İHSGHD, S. 6, Nisan-Haziran 2005, s. 609-622. (İşçilerin Hakları)
- SÜZEK, Sarper; İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 115-133. (Askı)
- ŞAHİN EMİR, Asiye; İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Seçkin Yayıncılık, 1. B. Ankara, Ekim 2015.
- YILMAZ Fatih; Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2009.

#### **ELEKTRONİK KAYNAKLAR**

<http://mevzuat.tbmm.gov.tr>

<https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1>

<https://www.ilo.org>

<https://jurix.com.tr>

<http://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

# SOKAK FOTOĞRAFÇILIĞI ve KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

## *Street Photography and Personal Data Protection*

Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL\*

Geliş Tarihi: 21.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

Bu çalışma, kamusal alanlarda çekilen gerçek kişilerin fotoğraflarına ilişkindir. Çalışmanın kapsamına kamuya mal olmuş kişilerin fotoğrafları, haber değeri taşıyan fotoğraflar ve özel alanlarda çekilen fotoğraflar girmemektedir. Gerçek kişilerin amatör veya profesyonel bir fotoğrafçı tarafından kamusal alanda fotoğraflanmasının kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel hukuk mevzuatı ışığında hukuki bir sorun oluşturup oluşturmadığı çalışma kapsamında değerlendirilmeye çalışılmıştır. Çalışmada öncelikle fotoğrafın kişisel veri ve özel nitelikli kişisel veri niteliği, özellikle yüz tanıma teknolojileri karşısındaki durumu incelenmiştir. Yüz tanıma alanında kullanılan yazılımlar, yüz ölçülerini kaydederek analiz etmekte, karşılaştırmakta ve bir yüzü diğer yüzlerden ayırt edebilmektedir. Bu nedenle sokakta fotoğrafı çekilen herhangi bir kişinin kim olduğunun anlaşılmayacağı şeklinde bir yaklaşım günümüz teknolojik seviyesi karşısında artık kabul edilebilir değildir. Çalışmada sokak fotoğrafçılığı açısından pratikte karşılaşılabilecek değişik ihtimaller çerçevesinde durum değerlendirilmiştir. Çalışma neticesinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu\*\* (KVKK) kapsamındaki istisnalara girmiyorsa, kamusal alanda belirli bir kişiye odaklanmış, kişinin yüzünün belirlenmiş şekilde görüleceği fotoğraflarda, fotoğrafı çekilecek kişinin önceden rızasının alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca fotoğrafçının her durumda etik kurallara da uyması gerektiği düşünülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Sokak fotoğrafçılığı, kamusal alan, özel alan, kişisel veriler, yüz tanıma yazılımları

### ABSTRACT

This study is related to the photographs of real persons taken in the public spaces. The photographs of a public figure, newsworthy photographs and photographs taken in the private areas are not in the scope of the study. Whether photographing real persons by an amateur or a professional photographer in public space is a legal problem or not under the private law regulations related to personal data protection has been tried to be evaluated within the scope of the study. In the study, first of all, the personal data and sensitive data character of the photograph before the facial recognition technologies have been examined. The softwares used in facial recognition area analyse the facial measurements, compare them and differentiate a face from the others. For this reason, it is no longer an acceptable approach at today's technological level that it is not possible to recognize a person who has been photographed in the street. In the study, the situation has been evaluated within the frame of different possibilities that can be encountered in terms of street photography. As a result of the study, if it does not fall into the exceptions within the scope of the Law on Protection of Personal Data, it is concluded that the photographs that would focus on a particular person in the public area and the person's face is going to be clearly visible should be taken with the prior consent of the person that is going to be photographed. It is also believed that the photographer must always comply with the ethical rules.

**Anahtar Kelimeler:** Street photography, public space, private space, personal data, facial/face recognition softwares

\* Dokuz Eylül Üniversitesi, Bilişim ve Teknolojileri Hukuku Doçenti, e-posta: armaganbozkurt@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-5347-044X; Yazar, sokak fotoğrafçılığı hakkında çalışma yapması konusunda kendisine esin kaynağı olan Prof.Dr.Asuman Altay'a, Prof.Dr.Mehmet Koştumoğlu'na ve fotoğraf sanatçısı Mehmet Turgut'a içtenlikle teşekkür eder.

\*\* 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kabul Tarihi 24.03.2016, RG. T.07.04.2016, S.29677.

“Bir resim on bin kelimeye bedeldir.”<sup>\*\*\*</sup> (Çin atasözü)

## GİRİŞ

Fotoğraf bir kişiyi belirli veya belirlenebilir kılması nedeniyle kişisel veri teşkil etmektedir. Kişisel verilerin toplanması da dâhil olmak üzere işlenmesinde uyulması gereken kurallar Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda düzenlenmiştir. Sokaktaki herhangi bir kişinin yüzü görünür şekilde fotoğrafının çekilmesi onun kişisel verisinin toplanması olarak değerlendirilebilir. Bu çalışma kamusal alan olan sokakta bulunan, kamuya mal olmuş kişilerden olmayan, çekilmesinde haber değeri bulunmayan, günlük hayatın akışı içindeki kişilerin fotoğraflarının çekilmesine ilişkindir. Çalışmada sokakta dolaşan sıradan insanların fotoğraflarının onlardan habersiz veya rızaları olmadan çekilmesinde özel hukuk bakımından hukuki sorun olup olmadığı incelenecektir. Bunun için öncelikle fotoğrafın kişisel veri niteliği değerlendirilecektir. Daha sonra günümüz teknolojileri karşısında fotoğrafın işlenmesiyle elde edilen özel nitelikli kişisel veri özelliğine değinilecektir. Fotoğrafın yüz tanıma yazılımlarıyla işlenmesi, bir gerçek kişinin yüzünün haritasının çıkarılması durumunda fotoğraf özel nitelikli kişisel veri haline de gelebilir. Fotoğrafın çekilmesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat ışığında açık rıza alınması gereken ve gerekmeyen durumlara da değinilecektir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca kişisel verilerin işlenmesi için ilgili kişinin açık rızasının alınması gerekmektedir. Bu gerekliliğin sokak fotoğrafçılığı açısından pratikte uygulanmasında doğabilecek sorunlara çalışma kapsamında değinilmeye çalışılmıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun uygulanmasına istisna teşkil eden durumlar fotoğraflar açısından ele alınmaya çalışılmıştır. Çalışmada fotoğrafların çekildiği yere göre nasıl değerlendirilmesi gerektiğine değinilmiştir. Çalışmadaki açıklamalar, uygulamadan örneklerle, yabancı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerle karşılaştırmalar ve konuya ilişkin kararlarla desteklenmeye çalışılmıştır.

Çalışmada kullanılan bazı terimlerin yazımına ilişkin açıklama yapmak gerekmektedir. Çalışmada veri kelimesi tekil anlamda kullanılmıştır. Çoğul olarak söylenmek istendiğinde veriler denmiştir<sup>1</sup>. Türkçe’de tekil olarak veri, çoğul olarak veriler şeklinde söyleyiş yerleşmiştir. Nitekim Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda da kullanım bu şekildedir.

<sup>\*\*\*</sup> **SPEAKE, Jennifer**, Oxford Dictionary of Proverbs, 6th Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2015, s.247.

<sup>1</sup> Veri İngilizce’de *data* olarak ifade edilmektedir. *Data*, Latince *datum* kelimesinin çoğuludur. Aslında *data* veya veri dendiğinde çoğul bir ifade kullanılmış olmaktadır. Ancak günümüzde *datum* kullanılmamakta daha ziyade İngilizce’de *data* terimi hem tekil hem çoğul olarak kullanılmaktadır. **ROGERS, Simon**, “Data Are or Data Is?”, Yayınlanma tarihi 08.07.2012, <https://www.theguardian.com/news/datablog/2010/jul/16/data-plural-singular> (Erişim 13.02.2020); <https://grammarist.com/usage/data/> (Erişim 13.02.2020).

İnternet kelimesinin özel isim<sup>2</sup> olması nedeniyle ilk harfi yakın zamana kadar büyük olarak yazılmaktaydı. Çünkü internet, *interconnected networks* ifadesinin kısa hali olarak bütün dünyadaki ağlar arasındaki ağ anlamında kullanıldığında İngilizce’de *the Internet* şeklinde yazılmaktaydı. Bilgisayarlar arasındaki herhangi bir ağ ifade edilmek isteniyorsa ilk harfi küçük yazılmaktaydı<sup>3</sup>. Bununla birlikte Amerika Birleşik Devletleri’nde Birleşik Basın Stil Kitabı’nda (*Associated Press Style Book*) 2016 yılında ilk harfin küçük yazılacağı belirtilmiştir<sup>4</sup>. Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde de internetin ilk harfi hâlihazırda küçük olarak yazılmaktadır<sup>5</sup>. Bu nedenle biz de bu çalışmada interneti ilk harfi cümle içinde küçük olacak şekilde yazdık.

## I. GENEL OLARAK FOTOĞRAF

### A. Fotoğraf Terimi, Fotoğrafın Tarihi ve Dijital Fotoğraf Makineleri

Fotoğraf kelimesi Türkçe’ye Fransızca’dan Fransızca’ya ise İngilizce’den geçmiştir. Kelimenin kökeni eski Yunancadır. Eski Yunanca’da *phôs, phôt* ışık ve *graphê* yazı, kayıt anlamına gelmektedir. Fotoğraf ise ışık ve kayıt kelimelerinin birleşmesiyle oluşmaktadır. Fotoğrafın karşılığı ışık ile kaydetmedir<sup>6</sup>. Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde ise çeşitli araç ve malzeme kullanarak görüntüyü özel bir yüzey üzerinde sabitleme şeklinde tanımlanmaktadır<sup>7</sup>.

1021 yılında fotoğrafın makinesinin atası sayılabilecek karanlık kutu (*camera obscura*) yapılmıştır. 1550’li yıllarda ise karanlık kutudaki küçük deliğin önüne mercek konulması suretiyle görüntü iyileştirilmiştir. 1676 yılında küçültülen kutuya bir ayna yerleştirilerek ilk refleks makinenin yapılması ve 1685’te teleobjektifin kullanılması fotoğraf makinesi gelişimini belli bir noktaya getirmiştir<sup>8</sup>. Fotoğraf makinesiyle ilk fotoğraf 1826 yılında çekilmiştir. Bugünkü anlamda fotoğraf ise ilk defa Fransa’da 1830’lu yılların sonunda başlamıştır. Joseph Nicéphore Niépce kurşun kalay alaşımından yapılmış ve katranla kaplanmış bir levhayı ışığa tutmak için taşınabilir bir karanlık kutu

---

<sup>2</sup> <https://oyungezer.com.tr/haber/internet-ozel-isim-olmaktan-cikti-nette-kiyamet-koptu/detay> (Erişim 13.02.2020).

<sup>3</sup> <https://capitalizemytitle.com/ufaqs/should-internet-be-capitalized/> (Erişim 13.02.2020).

<sup>4</sup> **D’ORAZIO, Dante**, “The Associated Press Style Guide Will No Longer Capitalize Internet”, Yayınlanma tarihi 02.04.2016, 2:00pm EDT, <https://www.theverge.com/2016/4/2/11352744/ap-style-guide-will-no-longer-capitalize-internet> (Erişim 13.02.2020).

<sup>5</sup> Önceleri Türk Dil Kurumu’nun web sayfasında da “i” harfi ilk harf olarak büyük yazılmaktaydı. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim 13.02.2020).

<sup>6</sup> <https://www.nisanyansozluk.com/?k=foto%C4%9Fraf> (Erişim 09.01.2020).

<sup>7</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim 09.01.2020).

<sup>8</sup> **PARLAK BÖRÜ, Şafak**, Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.4 ve dn. 3 ve devamında anılan yazarlar.



(*camera obscura*) kullanmıştır. Bu, hızla solmayan ve kaydedilen ilk görüntüdür. Niépce'in bu başarısının ardından fotoğraf alanında kullanılan malzemeler ve deneyler artmıştır. Niépce ile işbirliği içinde bulunan Louis Daguerre sonrasında *daguerreotype* denilen modern fotoğraf filmlerinin selefini geliştirmiştir. Sonrasında *daguerreotype*'in yerini daha ucuz olan emülsiyon plakalar ya da diğer söylenişleriyle ıslak plakalar almıştır. 1870'li yıllarda ise Richard Maddox kuru jelatin plakaları geliştirmiştir. Böylelikle fotoğraf makinelerinin elde taşınabilir şekilde boyutları küçülmüş, pozlama süreleri azalmış ve mekanik örtücü/enstantane/obturatör<sup>9</sup> (*mechanic shutter*) geliştirilmiştir. 1888 yılında Kodak Şirketi ilk defa ticari fotoğraf makinesi satmıştır. 1948 yılında Polaroid Şirketi anlık görüntü elde edilmesini geliştirmiştir. 1950'li yıllarda Japon Asahi Şirketi (sonradan adı Pentax olmuştur) ve Nikon Şirketi SLR (*single lens reflex*) tipi fotoğraf makinelerini üretmişlerdir<sup>10</sup>. SLR objektifi değiştirilebilen filmli makinelere verilen isimdir<sup>11</sup>. 1991 yılında Kodak Şirketi ilk dijital fotoğraf makinesini üretmiştir. Onun arkasından Canon, Nikon, Pentax ve diğer üreticiler gelişmiş dijital fotoğraf makinelerini piyasaya sürmüşlerdir. Bunlara kısaca DSLR (*digital single lens reflex*) makineler denmektedir<sup>12</sup>. DSLR makineler objektifi değiştirilebilen dijital fotoğraf makinelerdir<sup>13</sup>. 2000 yılı itibarıyla fotoğraf çekebilen mobil telefonlar üretilmeye başlanmıştır<sup>14</sup>.

Dijital fotoğraf makinelerinin filmli makineler ile karşılaştırılması halinde birtakım avantajları bulunmaktadır. Dijital fotoğraf makinelerinde anlık olarak çekilen fotoğrafları izlemek ve silmek mümkündür. Dijital fotoğraf makinelerinde çekilen fotoğraflar harici hafıza kartında (*SD memory card*), taşınabilir bellekte (*flash memory*), bilgisayarda, harici sabit diskte (*hard disc*) veya bulutta (*cloud*) saklanabilir. Dijital fotoğraf makineleriyle yapılan çekimler sonrasında fotoğraflar üzerinde bu amaca uygun hazırlanmış bilgisayar programları sayesinde değişiklikler yapılabilir, fotoğraflar düzenlenebilir. Dijital fotoğraf makinelerinde film kullanılmadığından ve fotoğraflar dijital yollarla paylaşılabilirdiğinden masraflar azalmaktadır. Ayrıca internet bağlantısı ve mobil telefon teknolojisi sayesinde fotoğraflar çok hızlı bir şekilde yayılmaktadır. Kullanıcı taleplerine göre artırılabilen ya da azaltılabilen oranda,

---

<sup>9</sup> KANBUROĞLU, Özer, 100 Soruda Dijital Fotoğraf, Say Yayınları, 2.Baskı, İstanbul 2010, s.17.

<sup>10</sup> MASONER, Liz, "A Brief History of Photography and the Camera", Yayınlanma tarihi 01.03.2019, <https://www.thesprucecrafts.com/brief-history-of-photography-2688527> (Erişim 16.01.2020).

<sup>11</sup> LAÇALAR, İlker, "DSLR ve SLR Farkı Nedir? Fark, Avantaj ve Dezavantajları Nelerdir?", Yayınlanma tarihi 23.10.2011, Güncellenme tarihi 10.07.2014, <https://www.fotopedi.org/dslr-ve-slr-nedir-farklari-nelerdir-585> (Erişim 16.01.2020).

<sup>12</sup> MASONER.

<sup>13</sup> LAÇALAR.

<sup>14</sup> MASONER.

bir ağ üzerinden –tipik olarak internet üzerinden- bilişim kaynaklarının sağlanması hizmeti anlamına<sup>15</sup> gelen bulut bilişim sayesinde çekilen çok sayıda fotoğrafın depolanması<sup>16</sup>, istenildiği zaman, istenilen yerden bunlara ulaşılması kolaylaşmıştır.

## B. Sokak Fotoğrafçılığı

1918 yılında İngiltere’de sokakta fotoğraf makinesi ile ücret karşılığında insanların portrelerini çeken kişilere sokak fotoğrafçısı denmekteydi. Her iki Dünya Savaşı döneminde sokak fotoğrafçılığı, savaş fotoğrafçılığı ve foto-muhabirlik şemsiyesi altında değerlendirilmiştir. Foto-muhabirlerden başka sıradan insanların hobi olarak fotoğraf çekmesi film maliyetlerinden dolayı bu dönemlerde pek görülmemekteydi. Yukarıda da açıklandığı üzere fotoğraf makinelerinin amatör kişilerin de satın alabileceği şekilde uygun hale gelmesiyle birlikte özel olarak poz verilmeden, spontane çekilen ve sosyal doküman niteliğinde fotoğrafların çekilmesi başladı. Henri-Cartier Bresson ve Diane Arbus 1950’li yıllarda günlük hayata ilişkin sokak fotoğrafçılığını başlatan ve bugünkü haline gelmesinde etkili olan kişiler olarak belirtilebilir<sup>17</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde Robert Frank sokaktaki günlük hayata ilişkin fotoğraf çekmiştir ve sokak fotoğrafçılığını popüler hale getirmiştir. Frank’in 1958’de Amerikalılar (*Americans in 1958*) isimli günlük hayattan sokak fotoğraflarını içeren kitabı bulunmaktadır<sup>18</sup>.

Türkiye’de 19.yüzyılın sonlarında yayılan fotoğraf, ilk olarak Osmanlı İmparatorluğu döneminde gelen gezginler tarafından tanıtılmıştır. Ocak 1894 tarihinde Sultan II.Abdülhamid Yıldız Sarayı’nda tam teşekküllü bir fotoğraf stüdyosu kurulmasını emretmiştir. Sultan II.Abdülhamid’in albümleri altı fotoğrafçının Halep, Şam, Adana, İzmir, Çankırı, Denizli, Bağdat, Edirne, Manisa, Aydın, Bursa, İzmit, Selanik, Kastamonu, Trabzon, Beyrut ve İstanbul’daki okulları ve diğer yerleri ve oralardaki günlük yaşamı gösteren

---

<sup>15</sup> Bulutun tanımı ve geniş açıklama için bkz. **BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru**, *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları*, Ankara 2016, s.23 vd.

<sup>16</sup> Teknolojik gelişmeler neticesinde son dönemde veriler büyük ölçüde bulutta saklanmaktadır. Ayrıca sosyal paylaşım siteleri yoğun olarak kullanılmaktadır. Bu durumlar kişisel verilerin işlenmesinde bireylerin korunması bakımından yeni önlemlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bkz. **BAŞALP, Nilgün**, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.21, S.1, İstanbul 2015, s.85.

<sup>17</sup> **THE HISTORY PRESS**, “The History of Street Photography”, <https://www.thehistorypress.co.uk/articles/the-history-of-street-photography/> (Erişim 06.02.2020).

<sup>18</sup> **SWEET, Michael Ernest**, “A Brief History of Street Photography”, *Yayınlanma Tarihi 21.05.2017*, <https://streetphotography.com/a-brief-history-of-street-photography/> (Erişim 07.02.2020).

fotoğraflardan oluşmaktadır<sup>19</sup>. Günümüzde de varlığını sürdüren Türkiye'deki en eski fotoğrafçılık derneği, 1959 yılında Nurettin Erkiliç'in altı arkadaşı ile birlikte kurduğu Erenköy Amatör Foto Kulübü'dür<sup>20</sup> (1962'de adını değiştirmiş hali ile İstanbul Fotoğraf ve Sinema Amatörleri Derneği-İFSAK).

Günümüzde sokak fotoğrafçılığı kamusal alanda çekilen ve çekildiği yerdeki yaşamı belgeleyen çağdaş bir fotoğraf dalı olarak tanımlanabilir<sup>21</sup>. Sokak fotoğrafçılığında sokak ile ifade edilmek istenen kamuya açık ve özel alan olmayan kamusal alanlardır. Sokak fotoğrafları genellikle spontane, anlık veya bir başka ifadeyle doğallığın ön planda olduğu, İngilizce'de *candid* şeklinde ifade edilen poz verilmeden çekilen fotoğraflardır<sup>22</sup>. Türkiye'de sokak fotoğrafçılığı konusunda en bilinen isimlerden bir tanesi özellikle İstanbul'daki günlük hayatı fotoğraflayan Ara Güler'dir<sup>23</sup>.

Sokak fotoğrafçılığının değişik türleri bulunmaktadır. Sokak stili ya da sokak modası fotoğrafçılığı denilen türünde sokaktaki sıradan insanların kıyafetleri, giyimleri, stilleri bakımından öne çıkanlarının fotoğrafları çekilmektedir. Fotoğrafçı sokak stili fotoğrafçılığında modayı gözlemlemekte ve belli bir zamanda ve yerdeki insanların giyim tarzlarını belgelemiş olmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde Bill Cunningham ile popüler hale gelen sokak stili fotoğrafçılığında, Cunningham kamusal alanda örneğin sokakta, caddede bulunan ve kıyafetini, stilini beğendiği profesyonel model olmayan sıradan kişileri çekmiştir ve bunları 1970'li yıllarda New York Times'da yayınlamıştır. Cunningham'a göre sokak stili fotoğrafçılığı modanın raporlanmasının yeni yoludur<sup>24</sup>.

Sokak fotoğrafçısının sürekli yanında fotoğraf ekipmanı bulundurması gerekir. Çünkü sokakta çekilmeye değer bir kare yakalandığında ekipman almaya giderse anlık olarak oluşan kare yok olmuştur. Bunun için fotoğraf çekecek kişinin sürekli hazır halde bulunması ve zaman kaybetmemesi gerekir. Sokak fotoğrafçılığı bu nedenle stüdyo fotoğrafçılığından daha zordur denebilir<sup>25</sup>. Aşağıda fotoğrafın öznesi kişinin rızasının alınması ile açıklamalarda

---

<sup>19</sup> ÖZENDES, Engin, Osmanlı İmparatorluğu'nda Fotoğrafçılık, 1839-1923, Yem Yayınları, İstanbul 2013; ÖZTUNCA, Bahattin, Dersaadet'in Fotoğrafçıları, Aygaz A.Ş., İstanbul 2004 (Naklen <http://www.turkishculture.org/fine-art/photography-114.htm> (Erişim 07.02.2020)).

<sup>20</sup> <http://www.serenti.org/turkiyede-fotografciligin-tarihi/> (Erişim 08.02.2020).

<sup>21</sup> <https://www.fotopedi.org/sokak-fotografciligi-nedir-10357> (Erişim 09.01.2020).

<sup>22</sup> AKARI, Ufuk, "Sokak Fotoğrafı Üzerine", Yayınlanma tarihi 15.06.2019, <http://www.ifsakblog.org/sokak-fotografi-uzerine/> (Erişim 08.02.2020).

<sup>23</sup> <https://www.turkeytravelcentre.com/blog/ara-guler-the-eye-of-istanbul-and-street-photography/> (Erişim 07.02.2020).

<sup>24</sup> HEISE, Nicole A., "Reclaiming the Right of Publicity in The Internet Age", Charleston Law Review, Volume 12, No.3, Summer 2018, s.355.

<sup>25</sup> <https://www.neoldu.com/sokak-fotografciligi-nedir-yeni-baslayanlara-oneriler-7574h.htm> (Erişim 29.01.2020).

da görüleceği üzere sokak fotoğrafçılığında anlık olarak oluşan karenin bozulmadan çekilmesi ihtiyacı fotoğraftaki kişinin fotoğrafının çekilmeden önce rızasının alınması konusundaki en büyük sorunlardan biridir.

Sokak fotoğrafçılığı sadece sokakta bulunan insanların fotoğraflarının çekilmesi demek değildir. Sokak fotoğrafçılığı ile belli bir dönemde sokaktaki insanların durumunun nasıl olduğu ile ilgili gelecek nesillere bir belge bırakılmaktadır. Sokak fotoğrafçılığı gerçek hayattan bir kesittir. Dolayısıyla toplumun hem güzel, iyi, hem de olumsuz yönlerini içermektedir. Bu nedenle fotoğraf çekiminde kanuni mevzuat bakımından dikkat edilmesi gereken hususlar bir yana fotoğraf çekenin bazı davranış kurallarına uyması, fotoğrafı çekme niyeti de önemlidir. Ayrıca sokak fotoğrafçılığında her ne kadar yapılan çekimin hukuka uygun olduğu düşünülse de yerel adetlere ve uygulamalara dikkat etmek, kimin ve neyin fotoğrafının çekilip çekilmeyeceğini de bilmek gerekmektedir<sup>26</sup>. Bu itibarla aşağıda ifade özgürlüğü kapsamında çekilen fotoğraflarla ilgili yapılan açıklamalarda da yer aldığı üzere fotoğraf çekimi hukuka uygun olsa da ortaya çıkan sonuç etik olarak rahatsız edici olabilir.

## II. FOTOĞRAF VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

### A. Fotoğrafın Kişisel Veri Niteliği

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 3(1)(d) uyarınca kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir. Örneğin bir kişinin sesi, görüntüsü, telefon numarası, adres bilgisi, internete bağlandığı IP numarası kişisel veri niteliğindedir. Bir gerçek kişinin yüzünün görseli olan fotoğraf tek başına veya başka bir bilgi ile birlikte o kişinin kimliğinin belirlenmesini sağlayabilir. Örneğin sokaktaki herhangi bir kişinin yüzünü gösteren bir fotoğraf çekildiğinde bu kişiyi nasıl olsa kimse tanımaz şeklinde bir yaklaşım her zaman isabetli değildir. Modern dijital kameralar sadece fotoğraf çekmemekte, aynı zamanda tarih, saat ve küresel konumlandırma koordinatları ile ilgili bilgi içerebilmektedir. Bu bilgilerin veri dosyasının bir parçası olarak bulunması, tam olarak fotoğraftaki kişinin kim olduğunun belirlenmesini sağlamaktadır<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> ZAFER, Alex, "Street Photography: Privacy, Ethics and the Law", Yayınlanma tarihi 03.10.2016, /blog/2016/10/3/street-photography-privacy-ethics-and-the-law, (Erişim 17.12.2020).

<sup>27</sup> MITA, Alex, "Does GDPR Spell the End of Street Photography?", Yayınlanma tarihi 30.05.2018, <https://londonchoolofphotography.com/2018/05/30/does-gdpr-spell-the-end-of-street-photography/> (Erişim 11.12.2019); REWBOS, "Is Street Photography Illegal in Germany?", yayınlanma tarihi 13.05.2018, <https://www.youtube.com/watch?v=AdnMq7bMctQ> (Erişim 12.12.2019).

Fotoğrafın kişisel veri niteliğini kazandığı durumlara örnek olarak gerçek kişilere ait fotoğrafların kimlik numaralarıyla birlikte saklanması durumu gösterilebilir. Bu durumda da fotoğraf kişisel veridir. Özgeçmişe ilişkin bilgilerle birlikte saklanan fotoğraflar kişisel veridir. Bu bilgiler ışığında bir gerçek kişinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılan bir fotoğrafın kişisel veri niteliğinin bulunduğunu söylemek mümkündür<sup>28</sup>.

Bir gerçek kişinin fotoğrafı kişisel veri niteliğinde bulunduğundan o fotoğrafı elde bulundurmak o kişiye ait kişisel veriyi elde bulundurmak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla elektronik posta adresleri, kredi kartı numaraları, telefon numaraları, isimler gibi diğer kişisel verilerin toplanması ve saklanmasında geçerli olan tüm hususlar gerçek kişilerin fotoğraflarının çekilmesi ve saklanması için de geçerlidir<sup>29</sup>.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda düzenlenen istisnalar dışında Kanun'un 5(1) maddesi uyarınca kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. İlgili kişi ile ifade edilmek istenen kişisel verisi işlenen gerçek kişidir (KVKK m.3(1)(ç)). Bir gerçek kişinin fotoğrafı onun kişisel verisi olduğuna göre, kendisinin açık rızası olmaksızın fotoğrafı çekilemeyecek veya başka türlü işlenemeyecektir. Açık rıza, *"ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı"*dir.<sup>30</sup> Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki fotoğrafın üzerindeki hak, kişilik haklarındandır<sup>31</sup>.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5(2) maddesindeki istisnaları içeren hükmü şu şekildedir: *"Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür: a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi, b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli"*

<sup>28</sup> **AKGÜL, Aydın**, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s.7 vd.; **DÜLGER, M.Volkan**, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi, 2.Baskı, İstanbul 2019, s.5.

<sup>29</sup> **INSIDE IMAGING**, "Photos are Now Private Data in EU", Yayınlanma tarihi 29.11.2019, <https://www.insideimaging.com.au/2019/gdpr-and-photographers/> (Erişim 11.12. 2019).

<sup>30</sup> <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu> (Erişim 18.02.2020).

<sup>31</sup> **GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, "Kişinin Resmi (Görüntüsü) Üzerindeki Hakkı", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Kasım 1997, s.371; **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.119.

olması, ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması, d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.”

## B. Fotoğrafın Özel Nitelikli Kişisel Veri Niteliği

Özel nitelikli kişisel veri başka bir ifadeyle hassas veri gerçek kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileridir (KVKK m.6/1).

Biyometrik verinin tanımı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda bulunmamaktadır. Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun 25.03.2019 tarihli ve 2019/81 sayılı karar ve 31.05.2019 tarihli ve 2019/165 sayılı karar özetinde biyometrik verinin tanımında Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’ne ve gerekçesine atıf yapılmıştır<sup>32</sup>. Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 4(14). maddesindeki biyometrik veri tanımı şu şekildedir: “bir gerçek kişinin belirlenmesini sağlayan veya doğrulayan, yüz görüntüleri (facial images) veya daktiloskopik<sup>33</sup> veriler gibi, fiziksel, psikolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin spesifik teknik işleme sonucunda elde edilen veridir.” Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün madde gerekçelerinin (Recitals) açıklandığı metnin 51 numaralı “Hassas Kişisel Verinin Korunması” başlığını taşıyan paragrafında “fotoğrafların işlenmesi, sadece spesifik bir yolla işlendiğinde bir gerçek kişinin belirlenmesini sağlayan veya doğrulayan biyometrik verilerin tanımlaması kapsamında olduğundan, özel nitelikli kişisel verilerin sistematik olarak işlenmesi şeklinde değerlendirilmemelidir” ifadesi yer almaktadır<sup>34</sup>.

Genel Veri Koruma Tüzüğü’ndeki düzenlemeden hareketle şöyle denilebilir ki, ölçülebilir fiziksel ve davranışsal özellikler örneğin parmak izi, ses, yüz, retina

---

<sup>32</sup> Spor salonu hizmeti sunan veri sorumlularının, üyelerinin giriş-çıkış kontrolünü biyometrik veri işleyerek yapması ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 Tarihli ve 2019/81 Sayılı Karar ve 31/05/2019 Tarihli ve 2019/165 sayılı Karar Özeti, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165> (Erişim 21.02.2020).

<sup>33</sup> Daktiloskopi: parmak izine dayanarak kimlik belirleme yöntemi. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim 21.02.2020).

<sup>34</sup> General Data Protection Regulation Recital 51, “The processing of photographs should not systematically be considered to be processing of special categories of personal data as they are covered by the definition of biometric data only when processed through a specific technical means allowing the unique identification or authentication of a natural person.” <https://gdpr-info.eu/recitals/no-51/> (Erişim 21.02.2020).

ve iris haritası, el geometrisi, DNA profili, yürüme şekli<sup>35</sup>, spesifik bir teknik işlemeye konu olması ve bu şekilde elde edilecek verinin bir gerçek kişiyi belirli kılması durumunda biyometrik verilerdir. Bu durumda bir kişinin fotoğrafı kişisel veridir. Ancak fotoğraf spesifik bir teknik işlemeye konu olduğunda bu işlemin sonucunda elde edilen veri biyometrik veri olacaktır<sup>36</sup>.

Yüz tanımaya ilişkin yazılımlar sayesinde, bir kişinin yüzünün fiziksel özellikleri milimetreden çok daha kısa ölçülerle kayıt altına alınmakta ve böylelikle fotoğraf imajları veri setinde saklanan kişiler yüzlerinden belirlenebilmektedir<sup>37</sup>. Yüz tanımaya ilişkin yazılımlar kişinin yüzünün ölçülebilir fiziksel özelliklerini çıkarıp analiz ettiğinden burada spesifik bir teknik işleme söz konusudur. Dolayısıyla bir fotoğrafın bir yüz tanıma yazılımı tarafından analiz edilmesinden ortaya çıkan veri bir kişinin belirlenmesini sağlıyorsa biyometrik veridir ki bu da özel nitelikli kişisel veridir.

Gelecekte tahmin edilen odur ki sokakta yürürken herhangi bir kişinin yanından geçen bir kişi gizlice yanından geçtiği kişinin fotoğrafını çekerek yüzünün görüntüsü ile arama yaparak sosyal ağ profiline internetten ulaşabilecektir. Hatta polisin yüz tanıma yazılımları sayesinde kalabalık içerisinde herhangi bir yüzü kolaylıkla tespit edebilmesi yaygın hale gelecektir<sup>38</sup>. Günümüzde Google ve TinEye arama motorları ters imaj arama (*reverse image search*) özelliğine sahiptir. Buna göre herhangi bir görsel yüklendiğinde bu görselle ilişkili sonuçlar kullanıcıya gösterilmektedir. Bir web sitesi olan Reddit de ters imaj aramaya imkân sağlamaktadır<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> <https://privacyinternational.org/learning-topics/biometrics> (Erişim 17.12.2020).

<sup>36</sup> Biyometrik fotoğraf biyometrik veri değildir. Bir fotoğraf türüdür. **SEÇGİN, Cihat**, “Vesikalık Fotoğraf Özel Nitelikli Kişisel Veri midir?”, Yayınlanma tarihi 03.08.2019, [https://www.linkedin.com/pulse/vesikalik-foto-graf-ozel-nitelikli-kisisel-veri-midir-?&open=1](https://www.linkedin.com/pulse/vesikalik-foto-graf-ozel-nitelikli-kisisel-veri-midir-?) (Erişim 21.02.2020). “*Biyometrik fotoğraf, standartları ICAO tarafından belirlenmiş olan ve buna uygun makinelerde okunup dijital olarak kayıt altına alınan, seyahat belgelerinde (pasaport, ehliyet) kullanılan, en az 600dpi olacak şekilde yüksek kaliteli, arka fonu beyaz, başka objelerin olmadığı, belli ölçüleri ve özellikleri olan vesikalık fotoğraf türüdür.*” <https://www.fotopedi.org/biyometrik-fotograf-36641> (Erişim 21.02.2020).

<sup>37</sup> **DO PRADO, Kelvin Salton**, “Face Recognition: Understanding LBPH Algorithm”, Yayınlanma tarihi 11.11.2017, <https://towardsdatascience.com/face-recognition-how-lbph-works-90ec258c3d6b> (Erişim 11.01.2020).

<sup>38</sup> **SARAFI, Derek**, “Use of Biometric Information as a Basis for Civil Liability”, LAW 360, May 20, 2015, 10:14 AM EDT, <https://www.law360.com/articles/654052/use-of-biometric-information-as-a-basis-for-civil-liability> (Erişim 13.02.2020); **CUADOR, Claudia**, “From Street Photography to Face Recognition: Distinguishing Between the Right to be Seen and The Right to be Recognized”, Nova Law Review, Vol.41, 2017, s.239, <https://nsuworks.nova.edu/nlr/vol41/iss2/3/> (Erişim 13.02.2020).

<sup>39</sup> **ROUSE, Margaret**, “Reverse Image Search”, <https://whatis.techtarget.com/definition/reverse-image-search> (Erişim 29.03.2020).

Değişik yüz tanıma metodları bulunmaktadır. Örneğin bunlardan bir tanesi geometrik tabanlıdır. Geometrik tabanlı yüz tanıma metodunda yüzün çeşitli açılardan ölçüleri alınmaktadır<sup>40</sup>. Örneğin burun dudak arası uzaklık, gözlerin genişliği gibi değişik ölçüler alınmakta ve kaydedilmektedir. Ne kadar çok fotoğraf veri kümesine eklenirse yüz tanıma ile ilgili yazılımlar daha yüksek oranlarda yüzün kime ait olduğunu bulabilmektedir. Örneğin Facebook Şirketi'ne ait yapay zekâ laboratuvarında geliştirilen yüz tanıma yazılımının başarı oranı 2015 yılı itibarıyla yüzde 97.35'dir. Yüz tanıma ile ilgili yazılımlar bugün güvenlik, kimlik doğrulama, kalabalık alanlarda şüphelilerin tespiti gibi değişik amaçlarla kullanılmaktadır<sup>41</sup>. Bu yazılımların giderek geliştiği günümüzde sokaktaki belirli bir kişiye odaklanmış ve kişinin yüzünün görüldüğü fotoğrafın internette sosyal medya sitelerinde paylaşılması durumunda o kişinin kim olduğunu tespit etmek gittikçe kolaylaşmaktadır.

Fotoğrafın işleme amacı özel nitelikli kişisel verilerin çıkartılmasına yönelik ise o zaman özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hukuk kurallarına uyulması gerekmektedir<sup>42</sup>. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır (KVKK m.6(2)). Buna göre fotoğrafın yüz tanıma yazılımları kullanılarak işlenmesiyle elde edilen biyometrik veri kişinin belirlenmesini sağlayacağından özel nitelikli kişisel veri teşkil ettiği için ilgili kişinin açık rızası ile işlenmesi gerekmektedir. Özel nitelikli kişisel verilerin sadece kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenmesi mümkündür (KVKK m.6(3)).

Fotoğrafın özel nitelikli kişisel veri çıkartılmasına yönelik amaçla işlenmesi endişelere yol açmakta ve davalara da konu olmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde Elektronik Mahremiyet Bilgi Merkezi, biyometrik verinin kullanılmasına sınırlandırılma getirilmesini savunmakta, Facebook'un yüz tanıma yazılımı kullanmasına karşı çıkmaktadır<sup>43</sup>. Bununla ilgili olarak Merkez, 23 Ekim 2019 tarihinde yüz tanıma hakkında global moratoryum çağrısı yapmıştır<sup>44</sup>. Ayrıca 5 Aralık 2019'da yüz gözetiminin engellenmesi

---

<sup>40</sup> **DWIVEDI, Divyansh**, "Face Recognition for Beginners", Yayınlanma tarihi 28.04.2018, <https://towardsdatascience.com/face-recognition-for-beginners-a7a9bd5eb5c2> (Erişim 11.01.2020).

<sup>41</sup> BBC Earth Lab, "How Does Facial Recognition Work?-Brit Lab.", Yayınlanma tarihi 26.11.2015, <https://www.youtube.com/watch?v=1aHub80AHFk> (Erişim 11.01.2020).

<sup>42</sup> Video kamera kayıtları bakımından aynı görüşte **KÜZECİ, Elif**, "Kişisel Verilerin İşlenme Şartları: Örnekler Üzerinden Bir İnceleme", Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi – I, 17 Nisan 2019 Haydarpaşa, Editörler Leyla Keser Berber/Alı Cem Bilgili, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.145.

<sup>43</sup> **ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER**, "Patel v. Facebook", <https://epic.org/amicus/bipa/patel-v-facebook/> (Erişim 29.01.2020).

<sup>44</sup> <https://thepublicvoice.org/ban-facial-recognition/> (Erişim 29.01.2020).



kampanyasını (*ban face surveillance*) başlatmıştır<sup>45</sup>. Yine, Illinois Biyometrik Bilgi Mahremiyeti Kanunu (*Illinois Biometric Information Privacy Act-BIPA*), biyometrik verinin toplanmasından önce ilgili kişinin açık rızasının alınması gerektiğini düzenlemektedir. Kanun'daki bu düzenleme nedeniyle, Google Photos, Snapchat Filters ve Facebook photo-tagging system (yüz etiketleme sistemi) uygulamalarında kullanıcılara haber vermeksizin onların yüz haritalarını çıkarıp veri topladığından bu uygulamaların sahibi şirketler davalarla karşılaşmıştır<sup>46</sup>.

Almanya'da Facebook Şirketi'nin kullandığı yüz tanıma yazılımıyla ilgili olarak 2011 yılında veri koruma kurumu yetkilisi *Johannes CASPAR* "...veri yanlış ellere geçtiğinde, birinin bir mobil telefonla fotoğraf çekip sonra bu fotoğrafı biyometrik yöntemlerle karşılaştırıp kişinin kimliğini belirlemesi mümkün olacak.....böyle bir sistem demokratik olmayan devletlerde muhaliflerin izlenmesinde veya tüm dünyada güvenlik hizmetlerinde (*security services*) kullanılabilir. Anonim kalma hakkı tehlikededir....<sup>47</sup>" demiştir. Gizlilik ihlalleri nedeniyle eleştirilen Facebook yüz tanıma özelliğini 2019 yılında varsayılan kullanım seçeneği olmaktan çıkarmıştır<sup>48</sup>.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6(1) maddesinde kişinin kılık kıyafeti özel nitelikli kişisel veri olarak düzenlenmiştir. Sokak stili fotoğrafçılığı kapsamındaki kişilik kıyafeti sebebiyle fotoğraf çekiminin konusunu oluşturmaktadır. Kanun'daki düzenleme karşısında sokakta kıyafetleri nedeniyle fotoğraflanan kişiler bakımından özel nitelikli kişisel verilerinin işlendiği söylenebilir mi sorusu akla gelmektedir. Kanun'da sadece kılık kıyafet verisinden söz edilmektedir. Fotoğrafta kılık kıyafet de görünüyor sırf bu nedenle fotoğraf özel nitelikli kişisel veridir şeklinde bir yaklaşım pratikte uygulanabilir yaklaşım değildir<sup>49</sup>. Başka hiç bir ülkede kılık kıyafetin özel nitelikli kişisel veri olarak düzenlenmesi söz konusu olmadığından<sup>50</sup> uygulamada verilecek kararlar bu bakımdan belirleyici olacaktır.

---

<sup>45</sup> <https://epic.org/banfacesurveillance/> (Erişim 29.01.2020).

<sup>46</sup> **CUADOR**, s.257.

<sup>47</sup> **PIDD, Helen**, "Facebook Facial Recognition Software Violates Privacy Laws, Says Germany", Yayınlanma tarihi 03.08.2011, <https://www.theguardian.com/technology/2011/aug/03/facebook-facial-recognition-privacy-germany> (Erişim 05.02.2020).

<sup>48</sup> <https://www.brandingturkiye.com/facebook-yuz-tanima-ozelligini-kaldiriyor/> (Erişim 18.02.2020).

<sup>49</sup> **SEÇGİN**.

<sup>50</sup> **KÜZECİ, Elif**, "Tanımlardaki Eksiklikler Sıkıntı Yaratabilir", Elektrik Mühendisliği, S.457, Temmuz 2016, [http://www.emo.org.tr/ekler/a4ce9da8c3c1d1d\\_ek.pdf?dergi=1039](http://www.emo.org.tr/ekler/a4ce9da8c3c1d1d_ek.pdf?dergi=1039), (Erişim 21.02.2020), s.49.

### **C. Fotoğraf Çekme Fiilinin ve Fotoğrafçının Durumunun Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Hukuki Niteliği**

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3(1)(e) maddesinde kişisel verilerin işlenmesinin, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade ettiği düzenlenmiştir. Kanun'un bu maddesinden ve mehzaz metni olan Avrupa Birliği'nde yürürlükten kalkmış olan Veri Koruma Direktifi'nin 2(b) maddesinden de anlaşıldığı üzere kişisel verilerin işlenmesi süreci verinin toplanması ile başlamaktadır. Verilerin silinmesine kadar da devam etmektedir. Bu süreç içinde veriler üzerinde yapılan her türlü işlem verilerin işlenmesi anlamına gelmektedir.

Fotoğrafın bir kişinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kıldığı durumda kişisel veri niteliğinde olduğu yukarıda belirtilmişti. Buradan hareketle fotoğraf çekmek fiili kişisel verinin toplanması niteliğindedir. Dijital fotoğrafçılık verinin dijital olarak toplanması yöntemlerinden biridir. Fotoğrafın çekilmesi (görsel verinin toplanması) kişisel verinin işlenmesidir<sup>51</sup>.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda veri işleyen tanımı veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi şeklinde yapılmıştır (KVKK m.3(1)(ğ)). Veri sorumlusu ise kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir (KVKK m.3(1)(ı)). Veri kayıt sistemi kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemidir (KVKK m.3(1)(h)).

Fotoğraf çekmenin veri işleme teşkil edebileceğini belirttikten sonra buna bağlı olarak fotoğrafçının kişisel verilerin korunması bakımından durumunu da değerlendirmek gerekir. Bir örnekle açıklamak gerekirse bir okulun öğrencilerinin fotoğraflarının çekilmesi için bir fotoğrafçı ile anlaşma yaptığını düşünelim. Fotoğraflar çekildikten sonra fotoğrafçıdan bu fotoğrafların dosyalarının isim, soyisim ve öğrencilerin yaşlarına göre klasörler halinde gruplandırılarak okula vermesinin istendiğini farz edelim. Fotoğrafların çekilmesini isteyen okul yönetimi bu olay bakımından işleme amacını ve vasıtasını belirlediğinden, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olduğundan hukuki durum açısından veri sorumlusu

---

<sup>51</sup> REWBOSS.

konumundadır. Fotoğrafçı ise veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işlemektedir (olayda fotoğrafları çekmekte, belki üzerinde düzeltmeler yapmakta, gruplandırmakta, öğrencilerin yaşlarına, sınıflarına göre ayırmaktadır). Dolayısıyla fotoğrafçının bu örnekteki durumunun hukuki niteliği veri işleyendir. Okulun normal işinin dışında özellikle fotoğrafçı gibi üçüncü bir kişiyi de içerecek şekilde verinin yönetimine ilişkin olarak velilerden rıza alınmalıdır. Okuldaki öğrencilerin fotoğraflarının okulun normal işleyişinin dışında kullanılması söz konusu ise velilerin (yaşına göre çocuğun kendisinden) buna açık rızasının alınması gerekecektir<sup>52</sup>.

Profesyonel olarak fotoğrafçılık mesleğiyle uğraşan, stüdyosunda fotoğraf çeken kişilerin ise veri sorumlusu veya veri işleyen olmaları söz konusu olabilir. Örneğin kendi çektiği fotoğrafları bir fotoğrafçıya üzerinde düzeltmeler, rötuşlar yapıp basması için götürün kişinin fotoğraflarını bilgisayarına isimlerle kaydedip, üzerinde rötuşlar yapan, düzenleyen, çoğaltan fotoğrafçı veri sorumlusudur. Fotoğrafçı burada veri kayıt sistemini de yönetmektedir. Bu fotoğrafları bir bulutta<sup>53</sup> saklıyor, o bulutun altyapısını kullanıyor, yazılımı ile fotoğrafları düzenliyorsa bulut hizmet sağlayıcı veri işleyendir<sup>54</sup>. Başka bir örnekte bir profesyonel fotoğraf stüdyosuna gidip fotoğraf çektiren gerçek kişinin fotoğraflarını çeken, kaydeden, rötuş yapan, çoğaltan fotoğrafçı ise veri sorumlusudur. Fotoğrafçı bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işlediğinden Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kapsamına girmektedir (KVKK m.2). Bu durumlarda fotoğrafçının kişisel verilerin korunması ile ilgili mevzuata uygun hareket etmesi gerekmektedir. Veri sorumlusu veya veri işleyen olarak fotoğrafçılar herhangi bir veri ihlali durumunda sorumlu olacaklardır<sup>55</sup>.

Profesyonel fotoğrafçıların müşterileriyle ilişkilerinde, topladıkları verinin güvenliğinin sağlanmasında ve internet sitelerinde yayınladıkları ya da vitrinlerine koydukları fotoğraflarla ilgili olarak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na ve ilgili veri koruma mevzuatına uygun hareket etmeleri gerekmektedir<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> **INSIDE IMAGING.**

<sup>53</sup> Bulutun uygulama programları için kullanılması ile ilgili detaylı bilgi ve buna ilişkin sözleşmelerin kendine özgü sözleşmeler olduğu hakkında bkz. **YILDIRIM, Mustafa Fadil**, "Uygulama Program Hizmeti Sağlama (Application Service Provider, ASP) Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği", Prof.Dr.Fırat Öztan'a Armağan, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s.2310; Bulut bilişim sözleşmelerinin hukuki niteliğinin karma sözleşme olarak değerlendirilebileceği hakkında bkz. **BOZKURT-YÜKSEL**, Bulut Bilişim, s.37.

<sup>54</sup> Bulut bilişimde aktörler hakkında bkz. **BOZKURT-YÜKSEL**, Bulut Bilişim, s.143.

<sup>55</sup> **INSIDE IMAGING.**

<sup>56</sup> **MITA.**

### III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU VE SOKAK FOTOĞRAFÇILIĞINA ETKİSİ

#### A. Çekilme Amacına Göre Fotoğrafların Hukuki Durumu

##### 1. Kişisel Amaçla Çekilen Fotoğraflar

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28(1)(a) maddesinde kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi kanun hükümlerinin uygulanmayacağı istisna kapsamında sayılmıştır. Buna göre tamamen kişisel amaçlarla çekilmiş fotoğraflar kişisel verilerin korunması mevzuatına tabi değildir. Örneğin bir doğum gününde çekilmiş ya da mezuniyet gününde aile üyelerinin çektiği fotoğraflar bakımından kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat uygulanmaz<sup>57</sup>. Elbette burada da dikkatli olmakta fayda vardır. Örneğin evdeki doğum günü kutlamasında çektiği çocuklar dâhil aile bireylerinin fotoğraflarını milyonlarca takipçisi olan Instagram hesabında kişinin paylaşması artık fotoğrafı aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyet kapsamında çekilmiş fotoğraf olmaktan çıkarır<sup>58</sup>. Ayrıca şu hususu da burada ifade etmek gerekir ki, velayet hakkının<sup>59</sup> çocuğun her türlü fotoğrafını veya çocuğa ilişkin özel bilgileri internette paylaşılması yetkisini veliye vermediği<sup>60</sup>, çocuğun kişisel verilerini ve mahremiyetini

<sup>57</sup> <https://www.reading.ac.uk/internal/imps/DataProtection/AdditionalInformation/imps-d-p-photographic.aspx> (Erişim 11.01.2020).

<sup>58</sup> **INSIDE IMAGING; WIEDUWILT, Hendrik**, "How Bad is GDPR for Photographers?", Yayınlanma tarihi 30.05.2018, <https://petapixel.com/2018/05/30/how-bad-is-gdpr-for-photographers/> (Erişim 31.01.2020); **KVKK**, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Amacı ve Kapsamı, s.9, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4185/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununun-Amaci-ve-Kapsami> (Erişim 06.02.2020).

<sup>59</sup> 20 Kasım 1989 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 18(1).maddesinde "...Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket edeceklerdir." Sözleşme metni için bkz. [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin132.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin132.pdf) (Erişim 17.02.2020); Velayet hakkının kapsamı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ÇETİNER BAKTIR, Selma, Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.53-54.

<sup>60</sup> Küçüklerin fotoğraflarının anne babaları tarafından sosyal medyada, blog yazılarında paylaşılması, küçüğün kişilik haklarını ve mahremiyet haklarını zedeleyebilir. Küçüğe ilişkin fotoğrafı da dâhil kişisel verilerinin velisi tarafından sosyal medyada paylaşılması küçüğün okul hayatında veya yetişkinliğinde çeşitli sorunlarla karşılaşmasına neden olabilir. **STEINBERG, Stacey B.**, "Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media", Emory Law Journal, Vol.66, s.839-884, [https://law.emory.edu/elj/\\_documents/volumes/66/4/steinberg.pdf](https://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/66/4/steinberg.pdf) (Erişim 13.02.2020); **DUYGULU, Serap**, "Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafı Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali veya Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi", TRT Akademi, Cilt 4, Sayı 8, Temmuz 2019, s.429 vd.

koruyacak şekilde bu hakkın kullanılması gerektiği düşüncesindeyiz. Elbette yeni teknolojiler karşısında velayet hakkının kapsamı medeni hukuk alanında çalışanlar tarafından daha detaylı olarak incelenmelidir.

## 2. Sanatsal ve Bilimsel Amaçla Çekilen Fotoğraflar

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28(1)(c) maddesi uyarınca kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla işlenmesi de istisna kapsamındadır. Bu durumlarda Kanun hükümleri uygulanmaz. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 27/1 maddesi "*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.*" şeklindedir. Bilim ve sanat hürriyetinin etki alanı bakımından anayasal sınırlama ölçütleri çerçevesinde sınırlandırılması söz konusu olabilir. Örneğin tabloların -konumuz bakımından fotoğrafların- sergilenmesi aşamasında kişilik haklarının korunması, umumi ahlak ve adaba aykırılık ve benzeri sebeplerle bazı sınırlamalar getirilmesi mümkündür<sup>61</sup>.

Sokak fotoğrafçılığı kapsamında çekilen fotoğraflarda sanatsal ya da bilimsel amaç güdülüyorsa, örneğin amatör bir fotoğrafçı kişisel sergisi veya bir fotoğraf sanatçısı öğrencilerine derste örnek göstermek için çekim yapıyorsa ve çekimde kişilerin yüzü görünüyorsa Kanun'daki istisna kapsamında değerlendirilebilir mi sorusu akla gelmektedir. Ayrıca sokakta yapılan çekimde bir çocuk varsa durum nasıl olacaktır?

Her ne kadar sanatsal amaçla veya bilimsel amaçla kişisel verilerin işlenmesi Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında istisna teşkil etmekteyse de 28(1)(c) maddesinde belirttiği üzere kişilik haklarının ihlal edilmemesi gerekmektedir. Yargıtay'ın<sup>62</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce eski tarihli bir kararında da belirtildiği üzere "*Bir kimsenin dış görünümü üzerinde kişilik hakkı vardır. Resim ise bir kimsenin dış görünüşünü ve o kimsenin tanınmasını sağlayacak biçimde yansıtan yüzey bir cisimdir. Bu nedenle kişinin dış görünümünü yansıtmaya, onu tanıtan resmi üzerinde kişilik hakkı bulunmaktadır. Kural olarak, kişinin rızası olmadan resminin yayınlanması hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.86).* Yine Medeni Kanun'un 24.maddesinde "*Hukuka*

<sup>61</sup> ATALAY, Esra, "Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2004, s.10-11.

<sup>62</sup> Y.2.H.D. T.29.1.1976, 9403/625; Y.4 H.D. T.11.2.1985, 1985/ 9517 – 958, T.01.11.1988, 6227/9120 sayılı kararları [https://www.hukuki.net/ictihat/904-275\\_hgk.asp](https://www.hukuki.net/ictihat/904-275_hgk.asp) (Erişim 31.01.2020).

*aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”* hükmü yer almaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 86.maddesi uyarınca yayımı için resim ve portrede tasvir edilenin (tasvir edilen ölmüşse Kanun’da belirtilenlerin) muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden on yıl geçmedikçe, teşhir ve diğer suretle umuma arz edilemez.

Amaç sanatsal, bilimsel olsa da fotoğrafı çekilen kişinin kendi görüntüsü üzerinde kişilik hakkı olduğundan eğer ilgili kişinin yüzü gözükecekse açık rıza alınması gerekmektedir. Kişinin fotoğrafının çekilmesini istememe hakkı vardır. Dolayısıyla sanatsal veya bilimsel amaçlı fotoğraf çekimlerini fotoğrafın kişilik haklarıyla olan ilgisi nedeniyle istisna kapsamına sokmak mümkün değildir. Pratikte söz konusu olabilecek çeşitli durumlar bakımından örneklerden faydalanılabilir. Örneğin sokakta dolaşan bir fotoğrafçının herhangi bir kişiye odaklanmadan bir başka deyişle ön plana çıkarmadan örneğin kalabalık bir meydana tesadüfen oradan geçenlerin yüzleri görünse de sanatsal amaçla fotoğrafını çekmesi durumu istisna kapsamında değerlendirilebilir<sup>63</sup>. Bununla birlikte her somut olaya göre durumu değerlendirmek gerekir. Ayrıca her durumda fotoğraf, fotoğrafı çekilen kişinin onur veya haysiyetini zedeleyici şekilde olmamalıdır<sup>64</sup>. Yüzleri görünmeyecek şekilde, arkalarından veya flu/belirsiz bir şekilde insan topluluklarının fotoğraflanmasında genellikle fotoğrafın kişisel veri niteliği ya da kişinin kimliğini belirleyici özelliği zaten yoktur. Ancak elbette kişinin yüzü gözükmese de örneğin vücudunda bulunan bir dövmenin görülmesi o kişiyi belirli kılabilir. Bu durumda açık rızaya ihtiyaç vardır. Küçük bir insan topluluğunun, bir grup halinde toplanmış insanların yüzleri görünür şekilde fotoğraflarının çekilmesinde örneğin kaldırımda gitar çalan ve şarkı söyleyen bir grubun fotoğrafının çekilmesinde ya da sokakta bulunan pek çok kişinin önünde belirli bir kişiye odaklanarak yüzü görünür şekilde çekilmesinde ise durum farklıdır. Burada fotoğraf çekimi için izin/rıza alınması gerekir. Böylelikle grubun içinde fotoğrafının çekilmesini istemeyen varsa çekim için izin istenmesinden sonra kameranın açısından çıkmak için kenara geçebilir. Açık rızanın yazılı olmasına gerek yoktur. Pratikte uygulanması zor olsa da fotoğrafçının yanında kısa, yazılı bir fotoğrafın çekilmesine ilişkin rıza formu taşıması daha sonra ispat sorunu yaşamaması açısından önerilir<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> **GDPR INFORMER**, “The Post-GDPR Q&A Session”, Yayınlanma tarihi 01.08.2018, <https://gdprinformers.com/gdpr-articles/post-gdpr-qa-session> (Erişim 11.12.2019).

<sup>64</sup> **DICKINSON, Nigel**, “The French Privacy Law,” Yayınlanma tarihi 15.02.2012, <https://photothisandthat.co.uk/2012/02/15/the-french-privacy-law/> (Erişim 03.02.2020).

<sup>65</sup> Açık rızanın yazılı olması şart değildir. İspat yükümlülüğü veri sorumlusuna aittir. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar> (Erişim 01.02.2020); **DÜLGER**, Hukuk, s.153.

### a. Açık Rızanın Fotoğraf Çekiminden Önce Alınması

Sokak fotoğrafçısının, yüzü görünecek şekilde bir kişinin fotoğrafını çekmeden önce fotoğrafa model olacak kişinin (ilgili kişi) açık rızasını alması gereklidir. Her ne kadar o anın veya kompozisyonun bir soru veya konuşma ile bozulacağı söz konusu olabilirse de sonradan alınan rıza Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na aykırı olacaktır. Eğer bir çocuğun fotoğrafı çekilecekse çocuğun temel hak ve özgürlüklerinin korunması, çekimin amacı sanatsal veya bilimsel olsa da daha üstün gelecektir<sup>66</sup>. Hukukumuzda on sekiz yaşını doldurmamış reşit olmayanlar adına açık rızayı yasal temsilcileri verecektir. Dolayısıyla amaç sanatsal veya bilimsel olsa da sokak fotoğrafında yüzü açıkça görünen küçüğün adına velisinin rızası gerekecektir<sup>67</sup>. Sokakta fotoğrafı çekilecek kişi akıl hastalığı veya akıl zayıflığı durumu içerisinde bulunan bir kişi ise yüzünün görüneceği fotoğraf için yasal temsilcisinin (vasisinin) açık rızasının alınması gerekmektedir.

Fotoğraf çekiminde rızanın önceden alınması ile ilgili olabilecek bir örnek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararından verilebilir. Yunanistan'da 1997 yılında özel bir klinikte doğan bebek doğar doğmaz steril bir üniteye alınmıştır. Sadece doktorların ve hemşirelerin girdiği bu üniteye kliniğin ilk katında faaliyet gösteren profesyonel bir fotoğrafçı girer ve yüzü görünür şekilde bebeğin fotoğrafını çeker. Bunun üzerine bebeğin ailesi klinik yönetimine bebeğin fotoğraflarının çekiminden önce kendilerinden rıza alınmadığından bahisle şikâyette bulunur. Kliniğin şikâyete aldırış etmemesi ve fotoğrafların negatiflerini de aileye vermeyi reddetmesi üzerine Atina'da ilk derece mahkemesinde aile çocuk adına Medeni Kanun'daki kişilik haklarını koruyan maddeye istinaden tazminat talebiyle dava açar. İlk derece mahkemesi, talebi reddeder. Ret gerekçesinde yeni doğan bebeğin yüzünün görünür şekilde fotoğrafının çekilmesinin, bebeğin kişilik haklarını henüz bebeğin fiziksel ve duygusal olarak gelişmemiş olması nedeniyle olumsuz etkilemediği belirtilmiştir. Kararın temyizi üzerine temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bunun üzerine yüksek mahkemeye başvuran davacılar verilen kararlarda Medeni Kanun'un kişilik haklarına ilişkin hükmün yorumlanmasının isabetli olmadığını belirtmişlerdir. Mahkemelerin verdiği kararlarda Medeni Kanun'un 57 ve 932. maddelerindeki kişilik haklarını koruyan hükümlere ilişkin yorumun Yunan Anayasa'sının 2 ve 8. maddelerine

<sup>66</sup> MITA.

<sup>67</sup> Somut olayda çocuğun mantıklı bir kararı kendisi verebilecek durumdaysa kararı ona bırakmak gerektiği de ifade edilmiştir. Ancak burada her çocuğun aynı yaşta aynı yeteneklere sahip olmadığı da dikkate alınmalıdır. Kararın yalnızca çocuğa bırakılmayacağı durumlarda çocuğun velisinin sürece katılması gereklidir. Rıza beyanında bulunma ehliyeti hakkında bkz. **KÜZECİ, Elif**, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2019, s.70.

ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı şekilde yorumlandığını iddia etmişlerdir. Davacılar mahkemelerce kişinin görüntüsünün ve kişiliğinin korunup korunmayacağı konusunda kullandıkları kriterin insan haysiyetinin ve özel yaşamının korunması ile ilgisi olmadığını belirtmişlerdir. Ayrıca davacılar, mahkemelerin kullandıkları kriterin özellikle hiçbir zaman gerekli olgunluğa erişemeyecek şekilde engelli çocukların görselleri bakımından uygulanacak olursa bunların kişilik haklarının korunmamasına neden olacağından potansiyel olarak tehlikeli olduğunu iddia etmişlerdir. Yüksek mahkemece 8 Temmuz 2004 tarihinde temyiz talebi hukuki olarak belirli bir temeli olmadığından bahisle reddedilir. Yüksek mahkeme davacıların temyiz mahkemesinin kararını hangi vakıalara dayanarak temyiz ettiklerinin gösterilmediğini kararında belirtir. Dosyanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gelmesi üzerine 15 Ocak 2009 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararın özellikle 40.paragrafı önemlidir. Buna göre *"bir kişinin imajı (görseli/fotoğrafı), kişinin kendine özgü özelliklerini ortaya çıkardığı ve kişiyi akranlarından ayırdığı için kişiliğinin başlıca özelliklerinden birini oluşturur. Kişinin imajını koruma hakkı, kişisel gelişimin temel bileşenlerinden biridir ve bu imajın kullanımını kontrol etme hakkını varsayar. Çoğu durumda bu tür kullanımı kontrol etme hakkı, bireyin imajının yayınlanmasını reddetme olasılığını içerirken, bireyin görüntüsünün başka bir kişi tarafından kaydedilmesine, saklanmasına ve çoğaltılmasına itiraz etme hakkını da kapsar. Kişinin imajı kişiliğine iliştilmiş özelliklerden biri olduğu için, etkili koruması, ilke olarak ve mevcut davadaki gibi durumlarda.....söz konusu kişinin fotoğraf yayınlanacaksa veya yayınlandığı zaman değil çekilirken onayının alınmasını gerektirir. Aksi takdirde, önemli bir kişilik özelliği üçüncü bir kişinin elinde olacak ve ilgili kişinin görüntüsünün daha sonraki kullanımı üzerinde hiçbir kontrolü olmayacaktır."*<sup>68</sup>

### **b. Fotoğraf Çekiminden Sonra Rızanın Geri Alınması**

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında açık rıza alınmış olsa dahi fotoğrafı çekilen ilgili kişinin rızasını her zaman geri alma, verisinin silinmesini isteme hakkı vardır<sup>69</sup>. İlgili kişinin açık rızasını alıp fotoğrafını çekmenin dışında, İngilizce'de *model release* denilen, model izin belgesi başka bir ifadeyle fotoğrafta görünen kişinin fotoğrafının yayınlanmasına, kullanılmasına izin

---

<sup>68</sup> Case of Reklous and Davourlis v. Greece, European Court of Human Rights Application No. 1234/5, Judgment Date 15.01.2009, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90617> (Erişim 02.02.2020); Fotoğraf çekiminde rızanın önceden alınması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KÜZECİ**, Koruma, s.240 vd.

<sup>69</sup> Silinmeyi isteme hakkı bir diğer söyleyişle unutulma hakkı hakkında geniş bilgi için bkz. **BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru**, "İnternet ve Unutulma Hakkı", 4.Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı, Bildiriler Kitabı, İzmir 2016, s.23-43, [https://www.academia.edu/36039478/%C4%B0internet\\_ve\\_Unutulma\\_Hakk%C4%B1.pdf](https://www.academia.edu/36039478/%C4%B0internet_ve_Unutulma_Hakk%C4%B1.pdf) (Erişim 31.01.2020).



verdiğine ilişkin belgenin imzalatılması mümkündür<sup>70</sup>. Model izin belgesinde ne kadar süre ile ve ne amaçla fotoğrafın kullanımına izin verildiği yazılabilir. Özellikle başta sanatsal amaçla ya da bilimsel amaçla çekilen bir fotoğrafın sonradan ticari kullanım amacı ile kullanılması söz konusu ise model izin belgesinin ilgili kişiye imzalatılması daha isabetli olacaktır. Fotoğrafçının ve modelin karşılıklı hak ve yükümlüklerini içeren bir sözleşme olması durumunda modelin rızasını geri alması ihtimali azalacaktır.

Bazen fotoğrafı çekilmek istenen kişinin rızasının olduğu örtülü olarak anlaşılabilir. Örneğin fotoğrafı çekilen kişiler fotoğrafçıya gülerken poz verebilirler, el sallayabilirler. Bu duruma güvenerek fotoğraf çekilmesi durumunda, “rıza vermemiştik” ya da “rızamız yoktu ki”, “biz başkasına el sallıyorduk” şeklinde sonradan bir beyanla karşılaşma ihtimalinin olduğunu fotoğrafçının hesaba katması gerekir. Ayrıca Kişisel Verilerin Korunması Kanunu açık rızadan bahsettiğinden açıkça sormak daha uygundur. Sokakta fotoğrafı çekilmek istenen kişilerin poz vermesi, gülümsemesi, el sallaması her zaman için rızanın var olduğu anlamına gelmez. Çok trajik bir örnek olmakla birlikte burada belirtmek gerekir ki Amerika Birleşik Devletleri’nde sokakta dolaşan bir kişi mobil telefonu ile sokaktaki üç dilencinin fotoğrafını çekmek isteyip onlara doğru telefonunun kamerasını çevirdiğinde dilenciler kendisine poz vermişlerdir. Çekimden sonra fotoğrafını çeken kadından fotoğraf karşılığında para isteyen dilencilerden bir tanesi fotoğrafçının para vermemesi üzerine onu bıçaklayarak öldürmüştür<sup>71</sup>.

Bir not olarak eklemek gerekir ki her ne kadar sanatsal ya da bilimsel amaçla çekilmiş olsa da bir fotoğrafta yer alan insanların hepsinin rızası alınmaksızın fotoğrafın internette örneğin Facebook, Instagram gibi sosyal paylaşım platformlarında paylaşılması kişisel verilerin korunması mevzuatına aykırılık teşkil edecektir<sup>72</sup>.

### 3. İfade Özgürlüğü Kapsamında Çekilen Fotoğraflar

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 28(1)(c) maddesi uyarınca kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi de istisna kapsamındadır. Bu durumlarda da Kanun hükümleri uygulanmaz.

---

<sup>70</sup> Örnek bir model izin belgesi için bkz. <https://cs.ftcdn.net/releases/model/Releases-tr.529dc912027ed17914b8b6a05238d55f.pdf> (Erişim 31.01.2020).

<sup>71</sup> **AHANG, Michael**, “Woman Stabbed to Death in Los Angeles After Photographing Panhandlers”, Yayınlanma tarihi 19.06.2013, <https://petapixel.com/2013/06/19/woman-stabbed-to-death-in-los-angeles-after-photographing-panhandlers/> (Erişim 31.01.2020).

<sup>72</sup> **MITA; REWBOSS**.

Anayasa'nın<sup>73</sup> 26.maddesi uyarınca herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Ancak maddenin devamında başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması amacıyla bu hakkın sınırlanabileceği belirtilmiştir. Kişisel verinin ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi, Kanun'da belirttiği üzere kişilik haklarını ihlal etmemek kaydıyla istisna kapsamındadır. Yukarıda açıklanan fotoğraf ile kişilik hakları arasındaki bağlantı nedeniyle ifade özgürlüğünün belli bir kişiye odaklanan ve yüzünün görüldüğü fotoğraflar için istisna oluşturmayacağı, açık rızanın aranması gerektiğini ifade etmek gerekir. Toplumla mal olmuş, sanatçı, sporcu, politikacı gibi meslekleri olan kişilerin kamusal alanda fotoğraflarının izin alınmadan çekilmesi mümkündür. Çünkü burada toplumun bilgi edinme hakkı onların görüntüleri üzerindeki hak ile karşı karşıya kaldığında daha üstün kabul edilebilir. Ancak bu durum sadece haber amaçlı kullanım için geçerlidir. Bu fotoğraflar da çekilme amacının (haber verme) dışında kullanılamaz. Örneğin illüstrasyon, grafik haline getirilip ticari amaçlı kullanılamaz<sup>74</sup>.

Sokakta amatör bir fotoğrafçı, bir kişiyi döven birini ya da öldürmeye çalışan birini ya da suç teşkil eden bir fiili işleyen bir kişiyi çekmek isterse, bu durumun haber değeri olduğu ya da bunun görüntülenmesinde kamu yararı olduğu bu nedenle hukuka uygun olduğunu düşünebilir. Ancak yine de bu tarz durumlarda fotoğraf çekilmesi -örneğin kişinin fotoğrafı çekeceği yer bir olay yeri ise- bizzat polis tarafından olayın araştırılması ve güvenlik nedeniyle çekim yapılmasının uygun bulunmayıp fotoğrafçının fotoğraf çekmemesi istenebilir. Başka bir ihtimal de böyle bir çekim yapmanın ve bunu internette yayınlamanın mağdura veya mağdur yakınlarına manevi zarar verebilmesidir. Çevrimiçi sosyal medya platformları sayesinde özellikle şiddet içeren görüntülerin

---

<sup>73</sup> 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kabul tarihi 18.10.1982, RG.T.09.11.1982, S.17863 Mükerrer.

<sup>74</sup> **DICKINSON**; Amerika Birleşik Devletleri'nde Barack Obama'nın fotoğrafını fotoğrafçı Mannie Garcia kendine özgü ışıklandırması ve kompozisyonu içinde Associated Press için çekmiştir. Fotoğraf gazetede yayınlanmıştır. Daha sonra fotoğraf grafik tasarımı ile uğraşan Shepard Fairey tarafından Associated Press'ten izin alınmaksızın grafik haline getirilmiş ve posterlere ve tişörtlere basılmak suretiyle ticari amaçla kullanılmıştır. Fotoğrafın eser niteliğinde olduğunu belirten ve telif haklarına sahip olan Associated Press, Fairey'e fotoğrafın izinsiz olarak ticari kullanımı nedeniyle tazminat istemiyle dava açmış ve Fairey savunmasında kullanımının adil kullanım (*fair use*) kapsamında olduğunu beyan etmiştir. Taraflar daha sonra aralarında anlaşmışlardır. **BBC NEWS**, "Copyright Battle Over Obama Image", Güncellenme tarihi 05.02.2009, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/7872253.stm> (Erişim 06.02.2020); **DUNLAP, David W.**, "Obama Image Copyright Case is Settled", Yayınlanma tarihi 12.01.2011, <https://lens.blogs.nytimes.com/2011/01/12/obama-image-copyright-case-is-settled/?mtrref=www.google.com&gwh=CB8286CA2DC506865B82E3675EF42933&gwt=pay&assetType=REGIWALL> (Erişim 06.02.2020).

fotoğraf veya videosunu çekenlerin bunları internet ortamında yayınlamaları, bu görüntülerin hızla yayılması ve izlenmesini kolaylaştırmıştır. Bu durum bir yandan izleyene tasvir edilen şiddetin gerçekliğini göstermektedir, bir yandan da görüntüdeki kişinin mahremiyetinin ihlaline, bu görüntülerin yayılması ile kendisinin ve yakınlarının utanmasına neden olabilmektedir. Bu görüntüler olmasa toplumun olayın gerçekliğini ve önemini anlaması daha zor olacaktır. Dolayısıyla bu görüntülerin çekilmesi ve yayınlanması tartışma konusudur<sup>75</sup>.

Bir başka ihtimal ise bir fotoğrafın çekilmesi hukuka uygun veya ifade özgürlüğü kapsamında olsa da etik tartışmalara neden olabilmesidir. Fotoğrafçı Kevin Carter'a Pulitzer Ödülü'nü kazandıran "Akbaba ve Küçük Kız" isimli fotoğraftan burada bahsetmek gerekir. Açlıktan zayıf düşmüş, yüzü fotoğrafta tam olarak görünmeyen ve yere çömelmiş bir kız çocuğunu yanbaşındaki duran akbaba ile gösteren bu fotoğraf, Sudan'da yaşanan açlığı ve kıtlığı göstermesi bakımından etkileyicidir. Bir Çin atasözü bir resim on bin kelimeye bedeldir der. Nitekim bu fotoğrafın 26 Mart 1993'te New York Times'da yayınlanmasından sonra Sudan'a yapılan yardımlarda artış görülmüş, pek çok kişi fotoğraftaki küçük kızın durumunu merak etmiştir. Ancak gelen bazı tepkiler büyük olmuştur. Böyle bir fotoğrafın insanlık dışı olduğunu, bunu çekmek yerine veya çektikten hemen sonra fotoğrafçının o küçük kız çocuğuna yardım etmesi, en azından akbabayı kovalaması gerektiği tepkilerde belirtilmiştir. Fotoğrafın yayınlanmasından birkaç ay sonra ödül alan Kevin Carter tepkiler ve üzüntüsü nedeniyle Temmuz 1994'te 33 yaşında intihar etmiştir<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> **BRAYNE, Sarah/LEVY, Karen/NEWELL, Bryce Clayton**, "Visual Data and the Law", Law & Social Inquiry, Volume 43, Issue 4, Fall 2018, s.1160, <http://www.karen-levy.net/wp-content/uploads/2018/11/Isi.12373.pdf> (Erişim 06.02.2020).

<sup>76</sup> **LEAL, Leslie Maryann**, "How Photojournalism Killed Kevin Carter", Yayınlanma tarihi 07.09.2014, Güncellenme tarihi 15.07.2019, <https://allthatsinteresting.com/kevin-carter> (Erişim 04.02.2020); Carter, küçük kıza yardım etmesi gerektiği yönündeki eleştiriler karşısında bulaşıcı hastalıklar nedeniyle kendilerine yerli halkla fiziksel temasta bulunulmaması gerektiğini belirtildiğini söylemiştir. <https://medium.com/@birhikayesivar/afrikal%C4%B1-%C3%A7ocuk-akbaba-pulitzer-%C3%B6d%C3%BCI%C3%BC-ya-sonra-kevin-carter-d1d0b100c619> (Erişim 20.02.2020); Etik tartışmalara konu olmuş bir başka örnek Türkiye'de çekilen bir fotoğrafa ilişkindir. Üç yaşındaki Aylan Kürdi'nin cansız halde sahile vurmuş fotoğrafını çeken muhabir Nilüfer Demir bu fotoğrafla Birleşmiş Milletler Gazeteciler Derneği'nin Altın Ödülünü New York'ta düzenlenen bir törenle almıştır. **CNNTURK**, "O Fotoğrafa Altın Ödül", Yayınlanma tarihi 17.12.2016, Güncellenme tarihi 11.12.2018, <https://www.cnnturk.com/video/turkiye/o-fotografa-altin-odul> (Erişim 20.02.2020). Türkiye'de ve yurt dışında büyük yankı uyandıran bu fotoğrafın yayınlanması fotoğrafın travmatik etkisi nedeniyle beraberinde etik tartışmaları da başlatmıştır. **WALDMAN, Paul**, "Aylan Kurdi, and the Ethics of an Image That Shocked the World", Yayınlanma tarihi 04.09.2015, <https://theweek.com/articles/575415/aylan-kurdi-ethics-image-that-shocked-world> (Erişim 20.02.2020).

Yukarıda sayılanların dışında fotoğrafın çekilme amacı da önemlidir. Bir davranışın hukuka uygun olması her zaman kabul edilebilir olması anlamına da gelmemektedir. Örneğin evsiz bir kişinin sokakta fotoğrafının çekilmesinde kişinin rızası alınmış bile olsa o kişinin onurunun ve haysiyetinin korunması gerekmektedir. Böyle bir fotoğrafın çekilmesinde motivasyonun ne olduğu önemlidir. Bundan başka gelişmiş fotoğraf makineleri ve objektifler sayesinde insanların gizlice çekilmesi (hukuka uygun olmadığı gibi), arka arkaya pozlarının hızlı bir şekilde pek çok defa alınması etik değildir<sup>77</sup>.

Çekilen fotoğrafta kişinin küçük düşürücü bir şekilde gösterilmesi örneğin kötü ışıklandırma kullanılarak çirkin gösterilmesi, aşağılanması kişilik haklarını ihlal edebilir. Hatta çekilen kişinin çekime rıza göstermiş olmasına rağmen onu olumsuz şekilde gösteren fotoğraf çekilmesi kişilik haklarını ihlal edebilir. Örneğin AIDS hastalığı konusunda toplumda farkındalık oluşturmak üzere poster çekimi için bir model ile fotoğrafının çekimi konusunda anlaşma yapılmış olsa da fotoğrafı kötü bir ışık kullanarak yayımlamak o fotoğraftaki modeli sanki AIDS hastasıymış gibi göstermek, modelin rızası olsa da kişiyi küçük düşürücü olarak değerlendirilebilir<sup>78</sup>.

Kamusal alan olan sokakta yapılan bir gösteri yürüyüşünün çekilmesi, örneğin bir siyasi parti mitingi ya da bir protesto yürüyüşünde yer alan kişilerin fotoğrafının çekilmesi bu kişilerin siyasi görüşü, etnik kimliği, cinsel tercihleri gibi özel nitelikli kişisel verilerinin de belirlenmesini sağlayabileceğinden hak ihlalinin olmaması için fotoğrafçıların dikkatli olmaları gereken durumlardır<sup>79</sup>. Ayrıca bir gösteri yürüyüşünde yapılan çekim neticesindeki fotoğrafların sergilenmesi veya paylaşılması fotoğraftaki kişinin işini kaybetmesine veya başka sonuçlara neden olabilir. Dolayısıyla çekim yapılırken bu çekimin amacının ne olduğu ve sonuçlarının ne olabileceğini fotoğrafçının her zaman gözönünde bulundurması gerekir.

Kamusal alan olsa da plaj gibi yerlerde fotoğraf çekilmesi özellikle çocukların plajda çıplak fotoğraflarının çekilmesi hukuki bakımdan sorun doğurabilir. Nitekim Yargıtay'ın plajda şezlongda güneşlenen bir kişinin izinsiz fotoğrafının çekilmesi nedeniyle açılan davaya ilişkin kararı şu şekildedir: *".....katılan mağdurenin plajda şezlonga uzanarak güneşlendiği sırada, rızası olmadan, sanık ..... tarafından fotoğrafının çekilip; imtiyaz sahibi, yayıncısı ve kapak sorumlusunun sanık ..... olduğu ..... isimli derginin .... ön kapağında,*

---

<sup>77</sup> ZAFER.

<sup>78</sup> OSTERREICHER, Mickey H., "Street Photography & the Law: Not as Simple as It Looks", [http://mobileservices.texterity.com/pdnonline/july\\_2018/MobilePagedArticle.action?articleId=1401937#articleId1401937](http://mobileservices.texterity.com/pdnonline/july_2018/MobilePagedArticle.action?articleId=1401937#articleId1401937) (Erişim 06.02.2020).

<sup>79</sup> DÜLGER, Hukuk, s.303.

*bilgisi ve izni olmadan yayınlandığı olayda, özel hayat kavramının; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermesi karşısında, kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, “kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik” prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı nazara alınmadan; plajda mayolu olmakla, bir dergi kapağında mayolu fotoğrafın yayınlanmasının aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği ve olayda kamu yararı da bulunmadığı gözetilmeden, “plajın kamuya açık alan olup, gizli alan olmadığı” şeklindeki, özel hayatı salt mekâna indirgeyen ve yasal olmayan gerekçe ile sanıkların beraatlarına karar verilmesi, kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olup...<sup>80</sup>”*

#### **4. Meşru Menfaat Kapsamında Çekilen Fotoğraflar**

Yukarıda da belirtildiği üzere ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5.maddesi uyarınca kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. Ancak maddenin (f) bendi uyarınca ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması durumunda ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür. Benzer bir hüküm Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 6(1)(f) maddesinde de yer almaktadır.

Bir etkinliği görüntülemek üzere anlaşma yapılan profesyonel bir fotoğrafçının davetlileri çekmesi bakımından meşru menfaatin varlığı düşünülebilir. Elbette burada fotoğraf çekmek için söz konusu meşru menfaat ile fotoğrafın öznesinin (modelin) temel hak ve özgürlüklerinin dengesinin, özellikle ilgili kişinin çocuk olması durumunda kurulması gerekmektedir<sup>81</sup>. Örneğin konferans benzeri bir organizasyonda fotoğraf çekilmesi söz konusu ise katılımcıların fotoğrafının çekilmesinde meşru menfaat / kanuna uygunluk (*legitimate interest*) istisnası söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte fotoğraf çekilmesindeki meşru menfaat ile ilgili kişinin temel hakları arasında bir denge olması gerekir. Özellikle izleyiciler/katılımcılar arasında bulunan küçük bir çocuğun tek başına yüzü görünür bir şekilde çekilmesinde çocuğun temel hakları ile fotoğraf çekilmesi için var olan meşru menfaat karşı karşıya

---

<sup>80</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T.03.04.2012, E.2011/7345, K.2012/8936, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=64066> (Erişim 05.02.2020).

<sup>81</sup> **INSIDE IMAGING.**

gelecektir<sup>82</sup>. Burada küçüğün temel haklarının üstün olduğu sonucuna varmak daha isabetli olacaktır.

*DÜLGER*, konferans benzeri kamuya açık etkinliklerde çekilen fotoğrafların açık rıza aranmaksızın işleme gerekçesinin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun sistematığı bakımından 5(2)(d) maddesindeki ilgili kişinin kendisi tarafından kişisel verinin alenileştirilmesi olduğu görüşündedir. Yazar bu tip etkinliklerde çekimlerin aleni olması, görüntü alındığının katılanlar tarafından bilinmesinin sağlanması gerektiğini, belirli bir alanda fotoğraf veya video kaydının alınacağına duyurulması ve o kısımda bulunan kişiler bakımından alenileştirme iradelerinin olduğunun anlaşılacağını belirtmektedir<sup>83</sup>. Ancak pratikte böyle bir çözümün örneğin düğün, eğlence toplantısı gibi etkinlikler bakımından uygulanması pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca davetlilerin özellikle video kameranın açısında durma ya da fotoğraf makinesinin önüne geçme durumlarının dışında sadece davetli olarak masada oturmakla ya da o düğüne gitmekle kişisel verilerini alenileştirme iradeleri bulunduğu söylenemez. Ancak düğün sahiplerinin bir anı olarak davetlilerin video ve fotoğraf kayıtlarının alınmasını fotoğrafçıdan istemeleri neticesinde fotoğrafçı fotoğraf çektiğinden bu durum meşru menfaat kapsamına daha yakın görünmektedir. Yine de elbette çekimin gizli yapılmaması gerekmektedir<sup>84</sup>.

Kamuya açık olmayan ya da az sayıda kişinin katılabildiği veya sadece az sayıda üyenin katıldığı özel bir toplantıda ise katılımcıların açık rızaları olmaksızın fotoğraflarının çekilmesi hukuka aykırı olacaktır<sup>85</sup>.

Konu ile ilgili bir başka örnek vermek gerekirse, Monako Prensesi Caroline von Hannover kendisinin ve çocuklarının fotoğrafının yayından kaldırılması talebini reddeden Alman mahkemesinin kararı üzerine mahremiyet hakkını ve imajı(resmi) üzerindeki hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Almanya'ya karşı açtığı davayı kazanmıştır. Mahkeme, kamuya mal olmuş bir kişi olduğu halde prensesin özel hayatına ilişkin fotoğraflarının yayınlanmasında meşru menfaat olmadığına hükmetmiştir<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> **INSIDE IMAGING**; Veri sorumlusunun veriyi işlemekle elde edeceği faydanın meşru, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile yarışabilecek düzeyde etkin, belirli ve hâlihazırda mevcut bir menfaatine ilişkin olması gerektiği hakkında bkz. **KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, Ankara 2018, s.52-53; **HİZARCİ, Emine**, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku İşliğinde Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.143.

<sup>83</sup> **DÜLGER**, Hukuk, s.302.

<sup>84</sup> Aynı görüşte **SCHÄFER, Yvonne**, "Germany: Does the GDPR Also Apply to Photographs and Films?", Yayınlanma tarihi 02.07.2018, <http://www.mondaq.com/germany/x/714306/data+protection/Does+The+GDPR+Also+Apply+To+Photographs+And+Films> (Erişim 06.02.2020).

<sup>85</sup> **DÜLGER**, Hukuk, s.303.

<sup>86</sup> Case of von Hannover v. Germany, European Court of Human Rights Application No. 59320/00,

## 5. Ticari Kullanım Amacıyla Çekilen Fotoğraflar

Ticari kullanım, bir malın veya hizmetin tanıtımı için fotoğrafın kullanılması anlamına gelmektedir. Çekilen fotoğraflar ticari amaçla kullanılacaksa, bir başka deyişle bir markanın, bir malın veya hizmetin tanıtılması için kullanılacaksa sanatsal veya bilimsel amaçla kullanım olmayacaksa fotoğraf çekimi için modelden/ilgili kişiden izin alınması gerekecektir<sup>87</sup>.

Ticari kullanım için modelden/ilgili kişiden alınacak izin yazılı olması ispat sorunu yaşanmaması açısından önerilir. Ticari amaçlı bir çekim yapılıyorsa, tek kişinin veya toplu çekim yapılıyorsa fotoğrafı çekilecek tüm kişilerin izin belgesini imzalaması gerekir. Modelden izin belgesi alınması dışında fotoğrafçı lehine bir feragat sözleşmesi de yapılabilir. Fotoğrafçı burada fotoğrafın çekilmesinden önce Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında açık rıza beyanı ile de yetinebilir. Açık rızanın bulunduğuna ilişkin bir form modele imzalatılabilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere rızanın geri alınması mümkündür. İlgili kişinin verisinin silinmesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Bu itibarla ticari kullanım amacı varsa model izin belgesinin imzalatılması ya da fotoğrafçı lehine modelin feragat sözleşmesini imzalaması daha uygundur<sup>88</sup>.

Burada şu hususu vurgulamak isteriz ki; ilgili kişinin fotoğrafının çekilmesine rıza göstermesi ticari kullanıma izin verdiği anlamına gelmez. Ticari kullanım söz konusu olacaksa bunun da rıza alınırken belirtilmesi gerekir. Ticari kullanım durumu sonradan ortaya çıkmışsa ticari kullanım için ayrıca izin alınması gerekir. Nitekim Fransız hukukunda *droit a l'image* olarak ifade edilen imaj hakkı uyarınca her bir bireyin imajı/görüntüsü üzerinde ve bu imajı kimin kullanacağı konusunda münhasır bir hakkı vardır<sup>89</sup>.

Profesyonel fotoğrafçıların örneğin düğün fotoğrafçıların, model ile çalışan fotoğrafçıların çekilen fotoğrafların nasıl ve ne için kullanılacağını model ile yapacakları sözleşmede belirtmeleri gerekir<sup>90</sup>.

---

Judgment Date 24.06.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1036787-1072690> (Erişim 20.02.2020).

<sup>87</sup> **DUNMUR, Nick**, "Law and Ethics in Street Photography", Youtube kanalının ait olduğu kişi TUCKER, Sean, Yayınlanma tarihi 13.10.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=V1vCIZUHKVc> (Erişim 11.12.2019).

<sup>88</sup> **DUNMUR**; Rızanın verildikten sonra geçerliliğinin sona ermesine ilişkin bir süre Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde bulunmamaktadır. Ancak ilgili kişi rızasını her zaman geri alabilir. Rızayı alan kişinin de veriyi topladıktan sonra kullanma amacı değişirse tekrar ilgili kişiden rıza alması gerekir. Ayrıca veri sorumlusunun rızayı kimden, ne zaman nasıl aldığına ilişkin delilleri saklaması gerekir. **TRUSSELL, Rebecca**, "Copyright and GDPR for Photographers", Yayınlanma tarihi 11.06.2019, <https://ipo.blog.gov.uk/2019/06/11/copyright-and-gdpr-for-photographers/> (Erişim 18.12.2019).

<sup>89</sup> Fransa'da 12-14 yaş arasındaki kişilerin fotoğraflarının çekilmesine ve nasıl kullanılacağına izin verebileceği hakkında bkz. **DICKINSON**; Amerikan hukukunda kişinin imajı üzerindeki hak sahipliği, umuma sunma hakkı olarak tercüme edilebilecek *the right of publicity* şeklinde ifade edilmektedir. **HEISE**, s.354.

<sup>90</sup> **GDPR INFORMER**.

Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda davacılar kendilerine ait fotoğrafın davalıya ait Tempo Dergisi'ne ait reklamlarda izinsiz ve ticari amaçla kullanıldığını ileri sürerek 1.000.000 lira manevi tazminat talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, “resmin çekilmesindeki amacın Anıtkabir’in görüntüsünü tespit olduğu ve davacıların resimde ikinci planda kaldıkları” gerekçesiyle eylemin hukuka aykırı olmadığını kabul ederek isteğin reddine karar vermiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay’ın kararının özeti şu şekildedir: “Borçlar Kanununun 49. maddesine dayanan isteklerde, kişilik hakkına “hukuka aykırı bir saldırı” olması ve bu saldırı ile kusurun da ağır bulunması (olay tarihindeki yürürlükteki şekliyle) gerekir. FSEK.nun 86. maddesi; “eser niteliğinde olmasalar bile kişinin resmini kişisel değer” olarak kabul etmiştir. Kişinin resminin her ne şekilde olursa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça hukuka aykırıdır. Davacılar ait resmin, önüne gelen her türlü iletişim araçlarıyla ve ticari amaçla kullanılması ağır saldırı (zarar) niteliğindedir.”<sup>91</sup>”

## B. Çekildiği Yere Göre Fotoğrafların Durumu

### 1. Kamusal Alanda Sokak Fotoğrafçılığı

Sokak fotoğrafçılığında fotoğrafın çekildiği alan önem taşımaktadır. Kamuya açık ve kamusal bir alanda fotoğraf çekilmesi mümkündür. Bir alan kamuya açık olsa da kamusal alan değil özel alan olabilir<sup>92</sup>. Kamusal bir alanda binaların, insanların fotoğrafları çekilebilir. Örneğin mimari bir eserin fotoğrafı çekilirken tesadüfen oradan geçen ancak fotoğrafın esaslı unsuru olmayan insanların da fotoğrafta yer alması söz konusu olabilir. Ticari amaçlı olmayan bu fotoğraflarda arka planda görünen kişiler bakımından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 28(1)(c) maddesindeki istisna kapsamından yararlanılabılır<sup>93</sup>. Yine de her somut olayın özelliğine göre durumu değerlendirmek gerekir. Elbette kamusal alanda fotoğraf çekiminde rahatsız etme, kişilerin sürekli olarak izlendiği hissini uyandırılması hukuka uygun

---

<sup>91</sup> Y.HGK E.1990/4-275, K.1990/459, T.03.10.1990, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=15335> (Erişim 14.12.2019).

<sup>92</sup> Özel alan, kamusal alandan ayrı kişinin kendisine ayırdığı, bireysel özgürlüğe sahip olduğu ve kimseyle paylaşmak zorunda olmadığı alandır. **UNUTMAZ, Ergun**, “Fotoğraf Çekiminde Hukuki Boyut”, s.6, <http://www.ergunutmaz.com/wp-content/uploads/2014/01/Foto%C4%9Fraf%C3%A7%C4%B1%C4%B1k-ve-Hukuk.pdf> (Erişim 06.02.2020); Özel alanın kişinin evinin kapısından çıkmasıyla sona erdiği görüşü artık değişmektedir. Kişi dışarıda bulursa dahi yalnız kalma isteği açıkça anlaşılıyorsa ve somut olayda bir topluluk içinde yapmayacağı şekilde davrandığı görülebiliyorsa bu durumda da kişinin özel yaşam alanında olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **BÖRÜ**, s.412 ve dn.647 ve 649’da anılan yazarlar.

<sup>93</sup> **DÜLGER**, farklı bir görüştedir. Yazara göre heykel veya bina fotoğraflarında arka planda yer alan kişilerin sergi veya yayın aşamasında teknik yöntemlerle silinmesi gerekmektedir. **DÜLGER**, Hukuk, s.303.



değildir<sup>94</sup>. Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen kararında geçen başka bir kısmında şu ifade yer almaktadır: *“Bir kişinin bir rastlantı sonucu, ayrıntı olarak içinde bulunduğu bir fotoğrafın bir sergide veya sanatla ilgili yayınlarda umuma arz edilmesi halinde izin alınmadığının öne sürülmesi “hakkın kötüye kullanılması” olarak nitelendirilebilir (M.K. m.2/2). Ancak, kişinin dış görünüşünün ayrıntı olarak da olsa içinde bulunduğu fotoğrafın “ticari amaçlarla, reklam yoluyla kamuya sunulmasında izin alınmaması hukuka aykırılığı oluşturmamalıdır; iznin alınmadığını ileri sürme hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Çünkü bu nitelikteki bir olayda “kişinin korunmaya değer bir çıkarı olmadığını” söylemek olanağı yoktur<sup>95</sup>.”*

Burada bir not olarak belirtmek gerekir ki binaların fotoğrafının çekilmesinde de bazı kurallar olabilir. Örneğin Eiffel Kulesi'nin gündüz çekilmesi ve sosyal medya hesaplarında paylaşılması mümkündür. Ancak gece özel bir ışıklandırma yapıldığından ve bu sanatsal bir çalışma teşkil ettiğinden, telif haklarıyla korunmaktadır ve Eiffel Kulesi'nin gece çekilmiş fotoğraflarının ticari olarak kullanılmak suretiyle yayınlanması izne tabidir. Fransa'da 2016 yılında Fikri Mülkiyet Kanunu'nda yapılan değişiklikle *“la libert  de panorama”* olarak ifade edilen panorama özgürlüğü düzenlenmiştir. Buna göre kamusal alanlardaki binaların ve heykellerin fotoğrafları ticari olmayan amaçlarla izne gerek olmaksızın çekilebilir ve yayınlanabilir<sup>96</sup>. Bir fotoğrafın içinde insan olmasa sadece bina, ev, araç gibi özel bir mülk olsa dahi fotoğrafının ticari amaçla yayınlanmasında izin alınması gerekebilir<sup>97</sup>.

Kamusal alan teşkil etmeyen, kamuya açık ve özel mülk olan alanlarda durum farklıdır. Örneğin bir alışveriş merkezi kamuya açıktır ancak kamusal alan değildir. Özel bir mülk olduğundan her ne kadar kamunun girişine açık olsa da özel güvenlik ekibi tarafından çekim yapılmasına izin verilmeyebilir<sup>98</sup>. Yine özel bir tiyatro binası kamuya açıktır ancak kamusal alan değildir. Özel bir

---

<sup>94</sup> UNUTMAZ, s.11.

<sup>95</sup> Yukarıda dipnot 85'te belirtilen karardan alınmıştır. Y.HGK E.1990/4-275, K.1990/459, T.03.10.1990.

<sup>96</sup> **BOLOGNA, Caroline**, “Why Your Eiffel Tower Photos May Be Illegal?”, Yayınlanma tarihi 02.01.2019, Güncellenme tarihi 24.04.2019, [https://www.huffpost.com/entry/illegal-photos-eiffel-tower-night\\_l\\_5c38bf78e4b0c469d76d9eb1](https://www.huffpost.com/entry/illegal-photos-eiffel-tower-night_l_5c38bf78e4b0c469d76d9eb1) (Erişim 03.02.2020); **ROGGERO, Claudia**, “FOP (“Freedom of Panorama”) in Belgium and France: Updates”, Yayınlanma tarihi 12.12.2017, <https://www.dandi.media/en/2017/09/freedom-of-panorama/> (Erişim 03.02.2020).

<sup>97</sup> **OSTERREICHER**.

<sup>98</sup> Özel mülk sahiplerinin veya onun çalışanlarının ya da özel güvenlik ekibinin fotoğrafının makinesini elinden almak, makineyi kırmak, zorla içindekileri incelemeye çalışmak, fotoğrafının çektiklerini zorla sildirmeye çalışmak gibi hakları bulunmamaktadır. **BRITISH LIFE PHOTOGRAPHY AWARDS**, “Photographer’s Rights”, <https://www.blpawards.org/competition/photo-rights> (Erişim 10.12.2019).

gösteri merkezi de kamuya açık ancak kamusal alan değildir. Bu tip yerlerin sahipleri veya onların yetkilendirdiği güvenlik görevlisi, çalışan gibi kişiler fotoğraf çekilmemesi konusunda fotoğrafçıları uyarabilir. Yine bir özel hastane kamuya açık ancak kamusal olmayan bir alandır. Yapılacak çekimler için hastane yönetiminden veya güvenliğinden izin alınması gerekir. Bu yerlerdeki fotoğraf çekimi için izin aldıktan sonra yapılacak çekimlerde bir gerçek kişinin yüzü görünürse onun da ayrıca rızası alınmalıdır. Bunun dışında havaalanları, askeri alanlar, devlet binaları, elçilikler, müzeler, adliyeler, devlet hastaneleri, istasyonlar, suç mahalli kamuya açık hatta kamusal alan olabilir. Ancak güvenlik, mahremiyetin korunması veya lojistik sebeplerle fotoğraf çekiminin uygun olmayabileceği yerlerdir<sup>99</sup>.

Alanın kamusal olması insanların ön planda olduğu, yüzlerinin görüldüğü fotoğrafların onlardan izinsiz çekilebileceği anlamına gelmemektedir, kamusal alanda da kişilik hakları devam etmektedir. Nitekim Yargıtay'ın sokakta yürüyen kişilerin yirmi beş metre mesafeden izinsiz fotoğraflarını çekmenin özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine ilişkin kararında geçen ifade şu şekildedir: *“Özel hayat kavramının; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermesi karşısında, kamuya açık alanda bulunduğu dahi, “kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik” prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı nazara alınarak, sanığın sübut bulan zincirleme şekilde özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı TCK'nun 134/1 ve 43/2. madde ve fıkrası atfıyla aynı Kanun'un 43/1. madde ve fıkraları gereğince mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, mağdurların kamusal alanda olmaları nedeniyle sanığa yüklenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşmadığına dair özel hayatı salt mekâna indirgeyen ve yasal olmayan gerekçe ile sanığın beraatına karar verilmesi,.....kanuna aykırı olup....”<sup>100</sup>*

Sokaktan geçerken görülen bir evin akşam saatlerinde içinde ışıkları ve perdeleri açık olsa da içerisinin çekilmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlali teşkil eder. Otomobillerin içi kamusal alanda park edilmişse farklı, özel mülkte park edilmişse farklı değerlendirilir. Otomobilin içi camlarından görünse de özel bir

---

<sup>99</sup> WILKERSON, Sarah, “Street Photography and the Law: 7 Things You Need to Know”, <https://www.clickinmoms.com/blog/street-photography-and-the-law-7-things-you-need-to-know/> (Erişim 05.02.2020).

<sup>100</sup> Yargıtay 12.Ceza Dairesi, T. 21.06.2017, E.2016/2244, K.2017/54536, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=534429> (Erişim 05.02.2020).

evin bahçesinde, garajında duran otomobilin içindeki insanların fotoğrafının çekilmesi için izin alınması gerekir<sup>101</sup>. Kamuya açık yolda, kaldırımda duran otomobiller kamusal alanda olduklarından genel bir çekim yapmakta kişisel verilerin korunması mevzuatı bakımından sorun oluşmayacaktır. Ancak yine de bir kişiye odaklanılmış fotoğraflarda ya da kişilerinin yüzlerinin ayırt edilebilir şekilde aracın içinde görüldüğü fotoğraflarda rıza almak gerekecektir<sup>102</sup>.

Avrupa'da kişisel verilerin korunması bir temel hak olarak değerlendirilmekteyken Amerikan hukukunda kişisel verilerin korunması müzakere edilebilir bir çıkar olarak görülmektedir<sup>103</sup>. Bir kişinin kamusal bir alanda yüzünün görüldüğü ve ticari kullanım amacı olmayan bir fotoğraf çekilecekse Amerikan hukuku bakımından rızaya gerek olmayacaktır<sup>104</sup>. Bununla birlikte Amerikan hukukunda bir kişinin makul bir mahremiyet beklentisinin olduğu durumlarda fotoğraf çekilmesi uygun olmayacaktır. Nitekim Texas Ceza Kanunu'nun 21.15 numaralı bölümünde uygunsuz fotoğraf ve görsel kayıtlara ilişkin düzenleme bulunmaktadır (*Texas Penal Code, Sec.21.15, Improper*

<sup>101</sup> **BRITISH LIFE PHOTOGRAPHY AWARDS.**

<sup>102</sup> Benzer bir durum kişinin kamusal alanda ses kaydının ve video görüntülerinin alınmasında da söz konusudur. Bunlar bakımından da tartışmalar vardır. Kamusal alanda kişilerin sokak kameraları, güvenlik kameralarında izlenmesi hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özel yaşama müdahale olmayacağını belirtmiştir. Ancak bu video görüntülerinin kayıt edilmesi ve bu kaydın sistemli yapılması ya da kalıcı yapılmasının durumu değiştireceği ifade edilmektedir. Meşru amaç için video kaydı gerekmiyorsa bu yola başvurulmaması gerekir. Yine güvenlik nedeniyle kamusal alanların MOBESE (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu) kameralarıyla izlenmesinde temel hak ve özgürlüklere müdahale olduğundan, bu müdahalenin meşru olabilmesi için yasa ile sınırlarının belirlenmesinin gerektiği, ölçülü ve Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olması gerektiği belirtilmektedir. Meşru bir sebebe dayanarak yapılan müdahalede dahi amaca bağlılık ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Kamera sistemleri ile gözetimde kişinin kimliği ile ilişkilendirme gerekli değilse kayıtların anonim olarak tutulması gerektiğine de işaret edilmektedir. Yüz tanıma yazılımlarının yaygınlaşması konuyu daha da önemli hale getirmektedir. Bu yazılımların yaygın kullanımı kişilerin kendileri hakkındaki bilgilerin kimler tarafından hangi amaçla tutulduğunu bilme gerekliliğini daha da ön plana çıkarmaktadır. Geniş bilgi ve açıklama için bkz. **KÜZECİ**, Koruma, s.70 ve 428 vd.; **ÖZDEMİR**, s.173 vd.

<sup>103</sup> **KÜZECİ**, Koruma, s.241; Kişisel verilerin korunması konusunda Avrupa ve ABD'deki yaklaşımların farklılığı konusunda, **WHITMAN**, Avrupa'nın önceliği olan insan haysiyetinin kitle iletişim araçları/medya tarafından tehdit edilirken, Amerika Birleşik Devletleri'nin önceliği olan özgürlüğün devlet tarafından tehdit edildiğini ifade etmektedir. **WHITMAN, James Q.**, "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty", Yale Law Journal, 2003-2004, s.1219, [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1647&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1647&context=fss_papers) (Erişim 06.02.2020); Amerika Birleşik Devletleri'nde kişisel verilerin mülkiyet hakkı veya fikri mülkiyet hakkı teşkil ettiği ile ilgili görüşler hakkında açıklamalar için bkz. **DÜLGER, Murat Volkan**, "İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), Bahar 2018, s.76-77.

<sup>104</sup> **DUNMUR.**

*Photography or Visual Recording*). Bu bölümde bir kişinin rızası alınmaksızın onu cinsel olarak ön planda tutan şekilde gösteren fotoğraf çekmek bir suç olarak düzenlenmiştir<sup>105</sup>. Örneğin soyunma kabinlerinde üstünü değiştiren kişilerin fotoğraflarının çekilmesi, yüzme havuzuna giren çocukların kalçalarına odaklanmış fotoğraflarının çekilmesi bu maddenin kapsamına girmektedir<sup>106</sup>.

## 2. Kamusal Alanda Sokak Stili Fotoğrafçılığı

Kamusal alanda örneğin sokakta sırf giyim stili beğenildiği için fotoğrafları çekilen kişiler bulunmaktadır. 1990'lı yıllarla birlikte sokak stili fotoğrafçılığı daha popüler hale gelmiştir. Jay Giampietro sokakta dolaşırken mobil telefonu ile konuşuyormuş gibi yaparak kıyafetini beğendiği kişileri gizlice çekmiştir. İnternet çağında artık fotoğraflar hızlı bir şekilde internette çeşitli sitelerde platformlarda kolaylıkla ve hızla yayınlanmaktadır. Hatta bazı sokak stili fotoğrafçıları çektikleri fotoğrafları özellikle bir sosyal medya platformu olan Instagram'da yayınlamaktadırlar. Bu paylaşımlar fotoğrafının çekildiğinin dahi farkında olmayan kişilerin internet üzerinden kıyafetlerine, görünüşlerine yönelik olarak dünyanın her yerinde bulunan internet kullanıcıları tarafından

<sup>105</sup> Kanun'un ilgili kısmı şu şekildedir: "Penal Code 21.15 on 5/31/2015 Text of section effective until June 18, 2015 Sec. 21.15. IMPROPER PHOTOGRAPHY OR VISUAL RECORDING. (a) In this section, "promote" has the meaning assigned by Section 43.21. (b) A person commits an offense if the person: (1) photographs or by videotape or other electronic means records, broadcasts, or transmits a visual image of another at a location that is not a bathroom or private dressing room: (A) without the other person's consent; and (B) with intent to arouse or gratify the sexual desire of any person; (2) photographs or by videotape or other electronic means records, broadcasts, or transmits a visual image of another at a location that is a bathroom or private dressing room: (A) without the other person's consent; and (B) with intent to: (i) invade the privacy of the other person; or (ii) arouse or gratify the sexual desire of any person; or (3) knowing the character and content of the photograph, recording, broadcast, or transmission, promotes a photograph, recording, broadcast, or transmission described by Subdivision (1) or (2). (c) An offense under this section is a state jail felony. (d) If conduct that constitutes an offense under this section also constitutes an offense under any other law, the actor may be prosecuted under this section or the other law. (e) For purposes of Subsection (b)(2), a sign or signs posted indicating that the person is being photographed or that a visual image of the person is being recorded, broadcast, or transmitted is not sufficient to establish the person's consent under that subdivision. Added by Acts 2001, 77th Leg., ch. 458, Sec. 1, eff. Sept. 1, 2001. Amended by Acts 2003, 78th Leg., ch. 500, Sec. 1, eff. Sept. 1, 2003. Amended by: Acts 2007, 80th Leg., R.S., Ch. 306 (H.B. 1804), Sec. 1, eff. September 1, 2007." <https://statutes.capitol.texas.gov/StatutesByDate.aspx?code=PE&level=SE&value=21.15&date=5/31/2015> (Erişim 05.02.2020).

<sup>106</sup> **LOWE, Michael**, "Invasive Visual Recording: Texas Felony Arrest", Yayınlanma tarihi 14.09.2018, <https://www.dallasjustice.com/invasive-visual-recording-texas-felony-arrest/> (Erişim 05.02.2020); **GROSSMAN, Joanna/FRIEDMAN, Lawrence M.**, "Click Away: A Texas Law on "Improper Photography" Bites the Dust", Yayınlanma tarihi 30.09.2014, <https://verdict.justia.com/2014/09/30/click-away-texas-law-improper-photography-bites-dust> (Erişim 05.02.2020).

çeşitli eleştirilerin konusu olmasına imkân sağlamaktadır. Bu durum Amerika Birleşik Devletleri'nde dahi etik olarak eleştirilmektedir<sup>107</sup>.

Amerikan Medya Fotoğrafçıları Topluluğu'nun üyeleri için etik kurallarında (*The Member Code of Ethics for the American Society of Media Photographers*) fotoğrafçının fotoğrafın öznesi olan kişilerin mahremiyet haklarına saygılı olması gerektiği belirtilmektedir<sup>108</sup>. Milli Basın Fotoğrafçıları Kurumu (*National Press Photographer's Association*) ise etik kurallarında fotoğraf çekimi için izin/rıza alınmasından bahsetmektedir. Ancak özellikle insanların çok üzgün olduğu durumlarda kamunun bu durumu görmesinde yarar varsa fotoğraf çekilmesi aksi halde insanların rahatsız edilmemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>109</sup>. The Guardian Gazetesinin fotoğraf bölümü şefi Roger Tooth bir fotoğrafçının insanların fotoğraflarının yayınlanmasına gösterecekleri reaksiyon konusunda fotoğrafçının hassas olması gerektiğini belirtmektedir<sup>110</sup>.

Sokak stili fotoğrafçıları fotoğrafın öznesinin fotoğraflarının yayınlanmasına rızasının olması gerekmekte midir sorusu konusunda Amerika Birleşik Devletleri'nde ikiye ayrılmaktadır. Bir grup izin alınmasının fotoğraf çekiminin doğallığını bozacağından ve fotoğrafların çok hızlı ve kalabalık caddelerde çekilmesi nedeniyle pratikte zor olduğundan bahisle gerekmediği görüşündedir. Bir diğer grup ise internete yüklenen fotoğrafların hiçbir zaman kaybolmayacağı, izin alınmasının gerekli olduğu görüşündedir. Ayrıca sokak stili fotoğrafçıları çektikleri fotoğraflar sayesinde ün kazanmakta, çektikleri fotoğrafın içeriğine veya fotoğrafta gözüken marka işaretine bağlı olarak bu fotoğraflar sayesinde iş teklifleri alabilmektedir. Ancak onların çektikleri fotoğraflardan dolayı bir şekilde elde ettikleri ekonomik getiriden fotoğrafı çekilen kişiler herhangi bir gelir elde edememektedir<sup>111</sup>.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu açısından bakıldığında ise her ne kadar sadece giyim stili beğenildiği için fotoğraf çekimi yapılacak ve amaç modayı göstermek olsa da modelin yüzünün görüldüğü, modelin ön planda olduğu fotoğraflarda rıza alınmalıdır. Amaç ticari kullanım ise her hâlükârda modelden rıza alınması veya izin belgesi imzalatılması gerekmektedir. Ayrıca bu kişilerin gizlice, belli etmeden çekilmesi de hukuka aykırıdır.

---

<sup>107</sup> HEISE, s.355 vd.

<sup>108</sup> <https://www.asmp.org/resources/member-code-of-conduct/> (Erişim 14.02.2020).

<sup>109</sup> Atina'da bulunan Milli Basın Fotoğrafçıları Birliği'nin (*National Press Photographers Association*) etik davranış kuralları için bkz. <https://nppa.org/nppa-code-ethics> (Erişim 06.02.2020).

<sup>110</sup> Roger Tooth'un ve diğer fotoğrafçıların görüşlerini içeren yazı için bkz. **FERRIER, Morwenna**, "Street-style etiquette: what are the rules?", Yayınlanma tarihi Fri 31 Jul 2015 16.01 BST, <https://www.theguardian.com/fashion/2015/jul/31/street-style-etiquette-what-are-the-rules> (Erişim 14.02.2020).

<sup>111</sup> HEISE, s.357 vd.

## SONUÇ ve ÖNERİLER

Günümüzde fotoğraf makinesi ve mobil telefon teknolojisindeki gelişmeler sokak fotoğrafçılığının hem amatör hem de profesyonel olarak yapılmasını kolaylaştırmaktadır. Bununla birlikte internet ve yüz tanıma teknolojilerinin geldiği nokta ve güncel mevzuat karşısında sokak fotoğrafçıların kişisel verilerin korunması ile ilgili mevzuata uygun hareket etmesi gerekmektedir. Sokak fotoğrafçılığının modern bir görsel sanat alanı olarak gelişmesi elbette arzu edilmektedir. Ancak bu sırada kişisel verilerin ve diğer kişilik haklarının korunması da gerekmektedir.

Fotoğrafın bir kişisel veri teşkil etmesi nedeniyle sokak fotoğrafçılığında insanların yüzleri görünür şekilde ve ön planda oldukları fotoğraflarının çekilmesinde rızalarının alınması gerekir. Rızanın şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir. Sokak fotoğrafçılığında fotoğrafçılar en çok bir anlık görüntüyü yakalamaya çalışırken rıza almaya çalışmanın istedikleri karenin kaybolmasına neden olacağı itirazını dile getirirse de hukuka uygun olan rızanın önceden alınmasıdır. Eğer fotoğrafçı yakaladığı karenin kaybolacağı telaşıyla ilgili kişinin rızasını almadan fotoğrafını çektiyse hemen o kişiye kendisini neden çektiğini açıklamalı, rızasını almalıdır. Eğer kişi fotoğrafının silinmesini isterse de silmelidir. Tekrar ifade etmek gerekir ki olması gereken öncesinde fotoğrafı çekilecek kişinin açık rızasının alınmasıdır. Elbette fotoğrafta kişinin yüzü görünmeyecek, kim olduğu anlaşılmayacaksa, sadece silüet halinde görülecek kişiler söz konusu ise (somut olayın özelliğine yine de kimliği belirlenebilir değilse), fotoğrafta kimseye odaklanmadan genel bir sokak/meydan/cadde görüntüsü çekilecekse rıza alınmasına gerek olmayacaktır. Fotoğrafın yüz tanıma yazılımları kullanılarak işlenmesi fotoğrafı özel nitelikli kişisel veri haline getirecektir. Bu nedenle de çekilen fotoğrafların işlenme amacı önem taşımaktadır.

Sokak fotoğrafçılığında sadece kanunlara uygun hareket etmek yeterli değildir. Bir fotoğrafın çekilme amacı da önemlidir. Bu itibarla hukuki düzenlemelerin dışında etik standartların<sup>112</sup> da olması gerekmektedir. Sokak fotoğrafçılığında kompozisyon, ışık, teknikten önce fotoğrafın çekilme amacı ve etik kurallara dikkat etmek gerekir. Fotoğrafın üzerindeki hakkın bir kişilik hakkı olması nedeniyle, buna yönelik saldırı niteliğindeki davranışlardan fotoğrafçının kaçınması gerekir. Bu tutum sadece hukuk kurallarının gereği

---

<sup>112</sup> Etik meslek standardı olarak ifade edildiğinde, bu standartlara aykırılığın tespiti, aykırılığın giderilmesi ya da önlenmesi etik alanından çıkıp hukuk alanına girmektedir. **KARAKOÇ, Yusuf**, “Hukuk – Etik ilişkisi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S.24, s.94; Hukuk ve ahlak ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇETİNER, Selma, Yargı Etiği, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.51 vd.

değil aynı zamanda fotoğraf etiğinin de bir gereğidir<sup>113</sup>. Bunun için fotoğrafçılık alanındaki derneklerinin, fotoğrafçılık kurslarının fotoğrafçılık konusunda dikkat edilmesi gereken hukuki kuralların hatırlatılmasında ve etik kuralların oluşturulmasında aktif rol almaları gerekmektedir.

#### KAYNAKLAR

- **AHANG, Michael**, “Woman Stabbed to Death in Los Angeles After Photographing Panhandlers”, Yayınlanma tarihi 19.06.2013, <https://petapixel.com/2013/06/19/woman-stabbed-to-death-in-los-angeles-after-photographing-panhandlers/> (Erişim 31.01.2020).
- **AKARI, Ufuk**, “Sokak Fotoğrafi Üzerine”, Yayınlanma tarihi 15.06.2019, <http://www.ifsakblog.org/sokak-fotografi-uzerine/> (Erişim 08.02.2020).
- **AKGÜL, Aydın**, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- **ATALAY, Esra**, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2004, s.1-28.
- **BAŞALP, Nilgün**, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, İstanbul 2015, s.77-105.
- **BBC Earth Lab**, “How Does Facial Recognition Work?-Brit Lab,”, Yayınlanma tarihi 26.11.2015, <https://www.youtube.com/watch?v=1aHub80AHFk> (Erişim 11.01.2020).
- **BBC NEWS**, “Copyright Battle Over Obama Image”, Güncellenme tarihi 05.02.2009, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/7872253.stm> (Erişim 06.02.2020).
- **BOLOGNA, Caroline**, “Why Your Eiffel Tower Photos May Be Illegal?”, Yayınlanma tarihi 02.01.2019, Güncellenme tarihi 24.04.2019, [https://www.huffpost.com/entry/illegal-photos-eiffel-tower-night\\_l\\_5c38bf78e4b0c469d76d9eb1](https://www.huffpost.com/entry/illegal-photos-eiffel-tower-night_l_5c38bf78e4b0c469d76d9eb1) (Erişim 03.02.2020).
- **BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru**, “İnternet ve Unutulma Hakkı”, 4.Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı, Bildiriler Kitabı, İzmir 2016, s.23-43, [https://www.academia.edu/36039478/%C4%B0nternet\\_ve\\_Unutulma\\_Hakk%C4%B1.pdf](https://www.academia.edu/36039478/%C4%B0nternet_ve_Unutulma_Hakk%C4%B1.pdf) (Erişim 31.01.2020).

---

<sup>113</sup> ÇINKO, M.Siddık, 101 Soruda Fotoğrafçının ve Fotoğraflanan Kişinin Hakları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.118 vd.; ÇINKO, genel yaşam alanında örneğin çarşıda, pazarda izin alınmaksızın kişinin fotoğrafının çekilebileceğini belirtmiştir. Ancak yukarıda detaylı açıkladığımız üzere böyle bir görüşe hâlihazırdaki kişisel verilerin korunması hakkında mevzuat ve teknolojinin geldiği seviye dikkate alındığında katılmak mümkün değildir.

- **BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru**, Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Bulut Bilişim).
- **BRAYNE, Sarah/LEVY, Karen/NEWELL, Bryce Clayton**, “Visual Data and the Law”, Law & Social Inquiry, Volume 43, Issue 4, Fall 2018, s.1149-1163, <http://www.karen-levy.net/wp-content/uploads/2018/11/lsi.12373.pdf> (Erişim 06.02.2020).
- **BRITISH LIFE PHOTOGRAPHY AWARDS**, “Photographer’s Rights”, <https://www.blpawards.org/competition/photo-rights> (Erişim 10.12.2019).
- **CNNTURK**, “O Fotoğrafa Altın Ödül”, Yayınlanma tarihi 17.12.2016, Güncellenme tarihi 11.12.2018, <https://www.cnnturk.com/video/turkiye/o-fotografa-altin-odul> (Erişim 20.02.2020).
- **CUADOR, Claudia**, “From Street Photography to Face Recognition: Distinguishing Between the Right to be Seen and The Right to be Recognized”, Nova Law Review, Vol.41, 2017, s.237-264, <https://nsuworks.nova.edu/nlr/vol41/iss2/3/> (Erişim 13.02.2020).
- **ÇETİNER BAKTİR, Selma**, Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- **ÇETİNER, Selma**, Yargı Etiği, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- **ÇİNKO, M.Sıddık**, 101 Soruda Fotoğrafçının ve Fotoğraflanan Kişinin Hakları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- **DICKINSON, Nigel**, “The French Privacy Law,” Yayınlanma tarihi 15.02.2012, <https://photothisandthat.co.uk/2012/02/15/the-french-privacy-law/> (Erişim 03.02.2020).
- **DO PRADO, Kelvin Salton**, “Face Recognition: Understanding LBPH Algorithm”, Yayınlanma tarihi 11.11.2017, <https://towardsdatascience.com/face-recognition-how-lbph-works-90ec258c3d6b> (Erişim 11.01.2020).
- **D’ORAZIO, Dante**, “The Associated Press Style Guide Will No Longer Capitalize Internet”, Yayınlanma tarihi 02.04.2016, 2:00pm EDT, <https://www.theverge.com/2016/4/2/11352744/ap-style-guide-will-no-longer-capitalize-internet> (Erişim 13.02.2020).
- **DUNLAP, David W.**, “Obama Image Copyright Case is Settled”, Yayınlanma tarihi 12.01.2011, <https://lens.blogs.nytimes.com/2011/01/12/obama-image-copyright-case-is-settled/?mtrref=www.google.com&gwh=C-B8286CA2DC506865B82E3675EF42933&gwt=pay&assetType=REGIWALL> (Erişim 06.02.2020).
- **DUNMUR, Nick**, “Law and Ethics in Street Photography”, Youtube kanalının ait olduğu kişi Sean Tucker, Yayınlanma tarihi 13.10.2019, <https://www.youtube.com/watch?v=V1vCiZUHKVc> (Erişim 11.12.2019).



- **DUYGULU, Serap**, “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafı Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali veya Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, TRT Akademi, Cilt 4, Sayı 8, Temmuz 2019, s.429-487.
- **DÜLGER, M.Volkan**, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Hukuk Akademisi, 2.Baskı, İstanbul 2019 (Hukuk).
- **DÜLGER, Murat Volkan**, “İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), Bahar 2018, s.71-143.
- **DWIVEDI, Divyansh**, “Face Recognition for Beginners”, Yayınlanma tarihi 28.04.2018, <https://towardsdatascience.com/face-recognition-for-beginners-a7a9bd5eb5c2> (Erişim 11.01.2020).
- **ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER**, “Patel v. Facebook”, <https://epic.org/amicus/bipa/patel-v-facebook/> (Erişim 29.01.2020).
- **FERRIER, Morwenna**, “Street-style etiquette: what are the rules?”, Yayınlanma tarihi Fri 31 Jul 2015 16.01 BST, <https://www.theguardian.com/fashion/2015/jul/31/street-style-etiquette-what-are-the-rules> (Erişim 14.02.2020).
- **GDPR INFORMER**, “The Post-GDPR Q&A Session”, Yayınlanma tarihi 01.08.2018, <https://gdprinformer.com/gdpr-articles/post-gdpr-qa-session> (Erişim 11.12.2019).
- **GROSSMAN, Joanna/FRIEDMAN, Lawrence M.**, “Click Away: A Texas Law on “Improper Photography” Bites the Dust”, Yayınlanma tarihi 30.09.2014, <https://verdict.justia.com/2014/09/30/click-away-texas-law-improper-photography-bites-dust> (Erişim 05.02.2020).
- **GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, “Kişinin Resmi (Görüntüsü) Üzerindeki Hakkı”, Koçaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Kasım 1997, s.363-386.
- **HEISE, Nicole A.**, “Reclaiming the Right of Publicity in The Internet Age”, Charleston Law Review, Volume 12, No.3, Summer 2018, s.353-392.
- **HİZARCI, Emine**, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun AB Veri Koruma Hukuku Işığında Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- **INSIDE IMAGING**, “Photos are Now Private Data in EU”, Yayınlanma tarihi 29.11.2019, <https://www.insideimaging.com.au/2019/gdpr-and-photographers/> (Erişim 11.12. 2019).
- **KANBUROĞLU, Özer**, 100 Soruda Dijital Fotoğraf, Say Yayınları, 2.Baskı, İstanbul 2010.
- **KARAKOÇ, Yusuf**, “Hukuk – Etik İlişkisi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arki, S.24, s.91-95.

- **KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU**, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, Ankara 2018.
- **KÜZECİ, Elif**, “Kişisel Verilerin İşlenme Şartları: Örnekler Üzerinden Bir İnceleme”, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi – I, 17 Nisan 2019 Haydarpaşa, Editörler Leyla Keser Berber/Alı Cem Bilgili, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.137-146.
- **KÜZECİ, Elif**, “Tanımlardaki Eksiklikler Sıkıntı Yaratabilir”, Elektrik Mühendisliği, S.457, Temmuz 2016, [http://www.emo.org.tr/ekler/a4ce9da8c3c1d1d\\_ek.pdf?dergi=1039](http://www.emo.org.tr/ekler/a4ce9da8c3c1d1d_ek.pdf?dergi=1039), (Erişim 21.02.2020), s.48-49.
- **KÜZECİ, Elif**, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, 3.Bası, Ankara 2019 (Koruma).
- **LAÇALAR, İlker**, “DSLR ve SLR Farkı Nedir? Fark, Avantaj ve Dezavantajları Nelerdir?”, Yayınlanma tarihi 23.10.2011, Güncellenme tarihi 10.07.2014, <https://www.fotopedi.org/dslr-ve-slr-nedir-farklari-nelerdir-585> (Erişim 16.01.2020).
- **LEAL, Leslie Maryann**, “How Photojournalism Killed Kevin Carter”, Yayınlanma tarihi 07.09.2014, Güncellenme tarihi 15.07.2019, <https://allthat-sinteresting.com/kevin-carter> (Erişim 04.02.2020).
- **LOWE, Michael**, “Invasive Visual Recording: Texas Felony Arrest”, Yayınlanma tarihi 14.09.2018, <https://www.dallasjustice.com/invasive-visual-recording-texas-felony-arrest/> (Erişim 05.02.2020).
- **MASONER, Liz**, “A Brief History of Photography and the Camera”, Yayınlanma tarihi 01.03.2019, <https://www.thesprucecrafts.com/brief-history-of-photography-2688527> (Erişim 16.01.2020).
- **MITA, Alex**, “Does GDPR Spell the End of Street Photography?”, Yayınlanma tarihi 30.05.2018, <https://londonschoolofphotography.com/2018/05/30/does-gdpr-spell-the-end-of-street-photography/> (Erişim 11.12.2019).
- **OSTERREICHER, Mickey H.**, “Street Photography & the Law: Not as Simple as It Looks”, [http://mobileservices.texterity.com/pdnonline/july\\_2018/MobilePagedArticle.action?articleId=1401937#articleId1401937](http://mobileservices.texterity.com/pdnonline/july_2018/MobilePagedArticle.action?articleId=1401937#articleId1401937) (Erişim 06.02.2020).
- **ÖZDEMİR, Hayrunnisa**, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- **PARLAK BÖRÜ, Şafak**, Fotoğraf Üzerindeki Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

- **PIDD, Helen**, “Facebook Facial Recognition Software Violates Privacy Laws, Says Germany”, Yayınlanma tarihi 03.08.2011, <https://www.theguardian.com/technology/2011/aug/03/facebook-facial-recognition-privacy-germany> (Erişim 05.02.2020).
- **REWBOSS**, “Is Street Photography Illegal in Germany?”, yayınlanma tarihi 13.05.2018, <https://www.youtube.com/watch?v=AdnMq7bMctQ> (Erişim 12.12.2019).
- **ROGERS, Simon**, “Data Are or Data Is?”, Yayınlanma tarihi 08.07.2012, <https://www.theguardian.com/news/datablog/2010/jul/16/data-plural-singular> (Erişim 13.02.2020).
- **ROGGERO, Claudia**, “FOP (“Freedom of Panorama”) in Belgium and France: Updates”, Yayınlanma tarihi 12.12.2017, <https://www.dandi.media/en/2017/09/freedom-of-panorama/> (Erişim 03.02.2020).
- **ROUSE, Margaret**, “Reverse Image Search”, <https://whatis.techtarget.com/definition/reverse-image-search> (Erişim 29.03.2020).
- **SARAF, Derek**, “Use of Biometric Information as a Basis for Civil Liability”, LAW 360, May 20,2015, 10:14 AM EDT, <https://www.law360.com/articles/654052/use-of-biometric-information-as-a-basis-for-civil-liability> (Erişim 13.02.2020).
- **SCHÄFER, Yvonne**, “Germany: Does the GDPR Also Apply to Photographs and Films?”, Yayınlanma tarihi 02.07.2018, <http://www.mondaq.com/germany/x/714306/data+protection/Does+The+GDPR+Also+Apply+To+Photographs+And+Films> (Erişim 06.02.2020).
- **SEÇGİN, Cihat**, “Vesikalık Fotoğraf Özel Nitelikli Kişisel Veri midir?”, Yayınlanma tarihi 03.08.2019, <https://www.linkedin.com/pulse/vesikalik-foto-graf-ozel-nitelikli-ki-sisel-veri-midir-ci-hat-se-c3a7gi-cc87n/> (Erişim 21.02.2020).
- **SPEAKE, Jennifer**, Oxford Dictionary of Proverbs, 6th Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2015.
- **STEINBERG, Stacey B.**, “Sharenting: Children’s Privacy in the Age of Social Media”, Emory Law Journal, Vol.66, s.839-884, [https://law.emory.edu/elj/\\_documents/volumes/66/4/steinberg.pdf](https://law.emory.edu/elj/_documents/volumes/66/4/steinberg.pdf) (Erişim 13.02.2020).
- **SWEET, Michael Ernest**, “A Brief History of Street Photography”, Yayınlanma Tarihi 21.05.2017, <https://streetphotography.com/a-brief-history-of-street-photography/> (Erişim 07.02.2020).
- **THE HISTORY PRESS**, “The History of Street Photography”, <https://www.thehistorypress.co.uk/articles/the-history-of-street-photography/> (Erişim 06.02.2020).

- **TRUSSELL, Rebecca**, “Copyright and GDPR for Photographers”, Yayınlanma tarihi 11.06.2019, <https://ipo.blog.gov.uk/2019/06/11/copyright-and-gdpr-for-photographers/> (Erişim 18.12.2019).
- **UNUTMAZ, Ergun**, “Fotoğraf Çekiminde Hukuki Boyut”, <http://www.ergununutmaz.com/wp-content/uploads/2014/01/Foto%C4%9Fraf%C3%A7%C4%B1l%C4%B1k-ve-Hukuk.pdf> (Erişim 06.02.2020).
- **WALDMAN, Paul**, “Aylan Kurdi, and the Ethics of an Image That Shocked the World”, Yayınlanma tarihi 04.09.2015, <https://theweek.com/articles/575415/aylan-kurdi-ethics-image-that-shocked-world> (Erişim 20.02.2020).
- **WHITMAN, James Q.**, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty”, Yale Law Journal, 2003-2004, s.1151-1221, [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1647&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1647&context=fss_papers) (Erişim 06.02.2020).
- **WIEDUWILT, Hendrik**, “How Bad is GDPR for Photographers?”, Yayınlanma tarihi 30.05.2018, <https://petapixel.com/2018/05/30/how-bad-is-gdpr-for-photographers/> (Erişim 31.01.2020).
- **WILKERSON, Sarah**, “Street Photography and the Law: 7 Things You Need to Know”, <https://www.clickinmoms.com/blog/street-photography-and-the-law-7-things-you-need-to-know/> (Erişim 05.02.2020).
- **YILDIRIM, Mustafa Fadil**, “Uygulama Program Hizmeti Sağlama (Application Service Provider, ASP) Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, Prof.Dr.Fırat Öztan’a Armağan, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, 2301-2310.
- **ZAFER, Alex**, “Street Photography: Privacy, Ethics and the Law”, Yayınlanma tarihi 03.10.2016, </blog/2016/10/3/street-photography-privacy-ethics-and-the-law>, (Erişim 17.12.2020).

#### YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

- <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90617> (Erişim 02.02.2020).
- <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1036787-1072690> (Erişim 20.02.2020).
- <http://www.serenti.org/turkiyede-fotografciligin-tarihi/> (Erişim 08.02.2020).
- <http://www.turkishculture.org/fine-art/photography-114.htm> (Erişim 07.02.2020).
- [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin132.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin132.pdf) (Erişim 17.02.2020).
- <https://capitalizemytitle.com/ufaqs/should-internet-be-capitalized/> (Erişim 13.02.2020).

<https://cs.ftcdn.net/releases/model/Releases-tr.529dc912027ed17914b8b6a05238d55f.pdf> (Erişim 31.01.2020).

<https://epic.org/banfacesurveillance/> (Erişim 29.01.2020).

<https://gdpr-info.eu/recitals/no-51/> (Erişim 21.02.2020).

<https://grammarist.com/usage/data/> (Erişim 13.02.2020).

<https://kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165> (Erişim 21.02.2020).

<https://medium.com/@birhikayesivar/afrikal%C4%B1-%C3%A7ocuk-akbaba-pulitzer-%C3%B6d%C3%BCI%C3%BC-ya-sonra-kevin-carter-d1d0b100c619> (Erişim 20.02.2020).

<https://nppa.org/nppa-code-ethics> (Erişim 06.02.2020).

<https://oyungezer.com.tr/haber/internet-ozel-isim-olmaktan-cikti-nette-kiyamet-koptu/detay> (Erişim 13.02.2020).

<https://privacyinternational.org/learning-topics/biometrics> (Erişim 17.12.2020).

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim 13.02.2020; 09.01.2020; 21.02.2020).

<https://statutes.capitol.texas.gov/StatutesByDate.aspx?code=PE&level=SE&value=21.15&date=5/31/2015> (Erişim 05.02.2020).

<https://thepublicvoice.org/ban-facial-recognition/> (Erişim 29.01.2020).

<https://www.asmp.org/resources/member-code-of-conduct/> (Erişim 14.02.2020).

<https://www.brandingturkiye.com/facebook-yuz-tanima-ozelligini-kaldiriyor/> (Erişim 18.02.2020).

<https://www.fotopedi.org/biyometrik-fotograf-36641> (Erişim 21.02.2020).

<https://www.fotopedi.org/sokak-fotografciligi-nedir-10357> (Erişim 09.01.2020).

[https://www.hukuki.net/ictihat/904-275\\_hgk.asp](https://www.hukuki.net/ictihat/904-275_hgk.asp) (Erişim 31.01.2020).

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=15335> (Erişim 14.12.2019).

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=534429> (Erişim 05.02.2020).

<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=64066> (Erişim 05.02.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar> (Erişim 01.02.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4185/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununun-Amaci-ve-Kapsami> (Erişim 06.02.2020).

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu> (Erişim 18.02.2020).

<https://www.neoldu.com/sokak-fotografciligi-nedir-yeni-baslayanlara-oneriler-7574h.htm> (Erişim 29.01.2020).

<https://www.nisanyansozluk.com/?k=foto%C4%9Fraf> (Erişim 09.01.2020).

<https://www.reading.ac.uk/internal/imps/DataProtection/DataProtectionAdditionalInformation/imps-d-p-photographic.aspx> (Erişim 11.01.2020).

<https://www.turkeytravelcentre.com/blog/ara-guler-the-eye-of-istanbul-and-street-photography/> (Erişim 07.02.2020).



# ÖZEL DENETİMİN KONUSU

## *Topics of Special Audit*

**Arş. Gör. Kağan TURAN\***

Geliş Tarihi: 20.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

### ÖZET

Özel denetim istenecek konular ETK'da tahdidi olarak sayılmıştır. TTK sisteminde ise, Kanun koyucu hangi olayların ve konuların özel denetimi kapsayacağı noktasında sessiz kalmıştır. Kanun özel denetimin yapılacağı konularda sessiz kalmasına karşın, bu hususta çok önemli bir ilke koymuştur: Belirlilik İlkesi. Belirlilik ile belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmemekte; "belirli" kavramı ile olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan konular ifade edilmektedir. İlke, taşıdığı soyutluk sebebiyle uygulamada farklı yorumlanarak problemlere yol açabilecektir. Özel denetim konusunun çok geniş olması, pay sahiplerine şirketin gözetici veya denetleyici bir organı olma kapısını açabilir; dar olmasıysa, istenilen bilgilere erişilememesine yol açarak özel denetimin amacını ortadan kaldırılabılır. Bu nedenle, özel denetimin konusu belirlenirken hassas bir çalışma yapılması zorunludur.

**Anahtar Sözcükler:** Özel Denetim, Özel Denetçi, Özel Denetimin Konusu, Belirlilik İlkesi.

### ABSTRACT

The subjects to be asked for a special audit were counted as the Turkish Commercial Code Numbered 6762. In the new (Turkish Commercial Code Numbered 6102) system, the legislator has remained silent on the basis of which events and issues will involve special audit. Despite the fact that the law remains silent on topics of special inspection, it has adopted a very important principle in this respect: Principle of Certainty. Certain types, qualifications and important events are not meant by certainty. Certainty refers to subjects that are identifiable in the context of the event and whose content and boundaries are specific and which are not of general nature. The fact that the issue of special audit is very wide can open the door for shareholders to be a supervisor or auditing body of the company. The narrowness of topics of special audit, may lead to the access to the desired information and eliminate the purpose of the specific audit. Therefore, a delicate assessment is mandatory when determining the subject of the specific audit.

**Keywords:** Special Audit, Special Auditor, Topics of Special Audit, Principle of Certainty, Special Audit's Report.

---

\* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: av.kagan.turan@gmail.com, ORCID ID:0000-0002-7698-9316.



## GİRİŞ

Anonim ve limited şirketlerde kural olarak pay sahiplerinin yönetime katılma yetkisi bulunmamaktadır. Pay sahipleri çoğu zaman şirket işleyişi hakkında yalnızca genel kurul toplantılarında ve kendilerine sunulan finansal tablolar çerçevesinde bilgi sahibi olurlar<sup>1</sup>. Buna karşın, şirketin işlerinin sağlıklı şekilde yürütülmesinde en fazla menfaati olanlar da yine pay sahipleridir<sup>2</sup>. Dolayısıyla şirket işlerinin kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun şekilde yürütülüp yürütülmediği ve özellikle pay sahiplerinin menfaatlerinin korunup korunmadığının tespiti büyük önem taşır<sup>3</sup>. İşte, özel denetim kurumu, ortaklık sınırları bakımından pay sahiplerinin menfaatleri ile ortaklık menfaati arasında köprü kurarak hayati bir işlev üstlenir<sup>4</sup>.

Özel denetim talebinde bulunmanın ana gayesi, pay sahiplerini şirketle ilgili belirli olaylar hakkında daha iyi bilgilendirmek ve böylece pay sahipliği haklarının genel kurulda daha anlamlı ve bilinçli şekilde kullanılmasını temin etmektir<sup>5</sup>. Özel denetim, pay sahipleri ve özellikle de azlık bakımından net olmayan belirsiz bir olgunun, olayın, konunun, durumun aydınlatılmasını sağlar<sup>6</sup>. Özel denetim faaliyeti, anonim ve limited şirkette pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının etki alanını genişletmiş olup her iki kurum da temelde aynı amaca hizmet eder<sup>7</sup>. Özel denetim bu yönüyle “bilgi alma

- 
- <sup>1</sup> Moroğlu, Erdoğan; “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, İÜHFİM, C. 42, Sa. 1-4, Y. 1976, ss. 341-358, s. 342; Topsoy, Fevzi; “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı”, Erol Ulusoy (edt.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, 2. Bası, Ankara 2016, s. 291-337, s. 291; Kaya, Arslan; “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, *BATİDER*, C. 31, Sa. 1, Y. 2015, ss. 61-83, s. 62-64; Kocabıyık, Sami; *Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2018, s. 27-28.
  - <sup>2</sup> Topsoy, s. 291; Kocabıyık, s. 27-28. Pay sahipleri ekonomik anlamda şirketin sahibi ve aynı zamanda şirketin finansmanını sağlayan kişiler olduğundan, koydukları sermayenin nasıl yönetildiğini ve akıbetinin ne olduğunu şirket yöneticilerinden öğrenme hakları bulunmaktadır, bkz. Pulaşlı, Hasan; “İsviçre Federal Mahkemesinin Yeni Kararları Işığında Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Özel Denetçi Atama İsteminin Değerlendirilmesi” *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, C. XXIX, Ankara 2015, s. 13.
  - <sup>3</sup> Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin; *Ortaklıklar Hukuku*, C.I, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 455; Arı, Zekeriyya; *Anonim Şirketlerin Denetimi*, Bursa 2019, s. 53; Uçar Bulut, Gülnur Ceren; *Anonim Şirketlerde Özel Denetim*, Ankara 2018, s. 17.
  - <sup>4</sup> Yurtbaşı, Fatih; *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim*, İstanbul 2020, s. 55.
  - <sup>5</sup> Narbay, Şafak; *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*, İstanbul 2010, s. 33; Pulaşlı, Hasan; *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, 3. Bası, Ankara 2018, s. 1629; Uçar Bulut, s. 17; Gencer, Hakan; *Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları*, Ankara 2019, s. 92; Yurtbaşı, s. 1-2.
  - <sup>6</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 33.
  - <sup>7</sup> Bilgi alma ve inceleme hakkında amacın aydınlanma, özel denetimde ise amacın denetim olduğu yönünde bkz. Dolu, Ali Murat; *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*, İstanbul 2017, s. 232.

*hakkının uzatılmış kolu” (der verlängerter Arm des Auskunftsrechts)* olarak isimlendirilmektedir<sup>8</sup>.

TTK'nın öngördüğü sistemde özel denetim, pay sahipliği hakkının ayrılmaz bir parçası olarak bağımsız ve vazgeçilmez nitelikte bireysel bir haktır<sup>9</sup>. Özel denetime ilişkin hükümler nispi emredici nitelikte olduğundan, özel denetim isteme hakkının kullanımı esas sözleşme veya genel kurul kararı ile güçleştirilemez veya ortadan kaldırılamaz; ancak kolaylaştırılabilir<sup>10</sup>. Özel denetim, şartları iyileştiren ve kendisine etkili sonuçlar bağlanan bir hak olarak paya bağlı yönetsel hakları daha bilinçli ve anlamlı şekilde kullanmaya hizmet eder<sup>11</sup>. 6335 sayılı Kanunla<sup>12</sup> işlem denetçisinin kaldırılmış olması karşısında, özel denetim hükümlerinin pay sahiplerinin daha çok başvurmayı düşünecekleri bir hak olarak ortaya çıkacağı tahmin edilmektedir<sup>13</sup>.

Davaya bakan hâkim dilekçe sahiplerinin taleplerine olumlu yaklaşır ve özel denetçi atanmasına karar verirse, henüz özel denetimi gerçekleştirecek bağımsız uzman kişi veya kişileri tayin etmeden istem çerçevesinde özel denetimin konusunu da belirlemelidir<sup>14</sup>. Zira seçilecek kişi veya kişilerin hangi uzmanlık alanına vakıf olması gerektiği, özel denetimin içerik olarak tarifine ve kapsamına bağlı olacaktır<sup>15</sup>. Konu sınırlaması, özel denetçinin inceleyeceği alanların çerçevesini de çizeceğinden önemlidir<sup>16</sup>. Bu konunun çok geniş olması, pay sahiplerine şirketin gözetici veya denetleyici bir organı olma kapısını açabilir; dar olmasıysa, istenilen bilgilere erişilememesine yol açarak özel denetimin amacını ortadan kaldırılabılır<sup>17</sup>. Özel denetçi bu konuların sınırlarını genişletirken çok dikkatli davranmalıdır.

<sup>8</sup> Çelik, Aydın; “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006, ss. 77-115, s. 85; Narbay, Özel Denetim, s. 33; Wehner, Markus; *Die Sonderprüfung bei Kapitalgesellschaften*, Wien 2011, s. 39; Uçar Bulut, s. 17.

<sup>9</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 40; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-I*, s. 613; Şener, Oruç Hami; *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 4. Bası, Ankara 2019, s. 523; Güven, Şirin; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, Çankaya Üniversitesi Journal of Law, C. 8, Sa. 2, Y. 2011, ss. 134-175, s. 136; Değirmencioğlu Aydın, Nihan; *Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı*, İstanbul 2015, s. 17; Gencer, s. 92; Yurtbaşı, s. 28.

<sup>10</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 40; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-I*, s. 613; Şener, s. 523; Değirmencioğlu Aydın, s. 15; Paslı, Ali; “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, (Bilgi Toplumunda Hukuk), C. I, İstanbul 2003, ss. 612-640, s. 615

<sup>11</sup> Kaya, “Özel Denetim”, s. 62.

<sup>12</sup> “Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”. (R.G. 30.06.2012 T., 28339 Sa.).

<sup>13</sup> Korkut Özkorkut, *Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim*, Ankara 2013, s. 25.

<sup>14</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 119; Uçar Bulut, s. 130.

<sup>15</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 119.

<sup>16</sup> Wehner, s. 174.

<sup>17</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 71-72; Wehner, s. 174.

Özel denetim istenecek konular ETK'da (m. 348) tahdidi olarak sayılmıştı. TTK sisteminde ise, Kanun koyucu hangi olayların ve konuların özel denetimi kapsayacağı noktasında sessiz kalmıştır. Kanunda belirli bir sınırlama yapılmayarak hakkın işlevsiz kılınmasının önüne geçilmesi yerinde olmuştur. Bununla birlikte, özel denetimin hangi konulara ilişkin yapılabileceği hususu yoruma muhtaç kalmaktadır. Ayrıca öğretilerde, belirlilik kriterinin taşıdığı soyutluk sebebiyle, özel denetimin uygulamada farklı yorumlanarak problemlere yol açabileceği ifade edilmektedir<sup>18</sup>.

İşte, çalışmamız tam da bu noktaya odaklanarak özel denetimin konusunun nelerden oluşabileceği ve sınırlarının nasıl tespit edilebileceği üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu endişeyle, öncelikle özel denetim kurumunun amacı ve bağımsız denetimden farkları ortaya konularak özel denetimin konusu bağımsız denetimden ayrıştırılacaktır. Daha sonra, özel denetim konularının sınırlarını tespit edebilmek adına, özel denetimin şartları ele alınacaktır. Zira özel denetimin şartları, özel denetim konusunun doğal sınırlarını oluşturacaktır. Nihai olarak da esas meselemiz olan özel denetim konusu üzerinde durulacaktır. Özel denetimin hangi konulardan oluşabileceğini somutlaştırabilmek adına, öğretilerde ortaya konulan görüşlerin yanı sıra Türk ve İsviçre Mahkemelerinin özel denetim konusuna yönelik verdikleri kararlar incelenecektir. TTK m. 635 atfı ile anonim şirketlerde özel denetime ilişkin hükümler limited şirkete de uygulanacağından, çalışmada ele aldığımız hususlar limited şirketler bakımından da geçerli olacaktır. Şirketler topluluğunda özel denetime ilişkin düzenlemeler (TTK m. 207, m. 406) anonim ve limited şirketlere nazaran ayrık kriterler getirdiği ve ancak müstakil bir çalışmada ele alınması gerekecek hacimde olduğundan, çalışmamızın kapsamına alınmamıştır.

## I. BAĞIMSIZ DENETİMİN KONUSU

6102 sayılı TTK, Kanunen zorunlu olan bağımsız (olağan) denetimin yanında, belirli hususların denetlenmesi ve tespiti amacıyla özel denetim imkânı tanımaktadır. Burada akla "*anonim şirkette bağımsız bir denetim mekanizması varken özel denetime ihtiyaç olup olmadığı*" sorusu gelebilir. Gerçekten de bağımsız denetim, şirketin iş ve işleyişini denetleyerek, dönemsel olarak sunulan raporlar aracılığıyla, ortakların bilgilendirilmesine hizmet etmektedir<sup>19</sup>. Buna karşın, bağımsız denetimdeki asıl amaç, yasalar ve genel kabul görmüş muhasebe ilkelerinin işletme faaliyetlerinin yapılması sırasında dikkate alınıp

---

<sup>18</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 72; Değirmencioğlu Aydın, s. 36.

<sup>19</sup> Arı, Ahmet; "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Özel Denetim", *Legal Hukuk Dergisi*, C.9, Sa. 100, Y. 2011, ss. 1413-1442, s. 1413; Manavgat, Çağlar; "Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı", *BATİDER*, C. XXX, Sa. 3, Y. 2014, ss. 41-61, s. 44; Özdamar, Mehmet; "Anonim Şirketlerde Özel Denetim", Erol Ulusoy (edt.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, 2. Bası, Ankara 2016, ss. 259-290, s. 261; Uçar Bulut, s. 51.

alınmadığının tespit edilmesi ve bunun açıklanmasıdır<sup>20</sup>. Özel denetim ise, belirli olayların aydınlatılması ve bilgisel anlaşmazlıkların çözümü amacıyla yönelik olarak özel denetçiler tarafından yapılan denetim faaliyetidir<sup>21</sup>. Zaten özel denetim teknik anlamıyla bir denetim faaliyeti olmaktan çok, ortakların bilgi alma hakkına hizmet eden bir kurumdur. Ancak, aydınlanma hakkı pay sahiplerine şirketin gidişatı hakkındaki bilgileri sunduğundan, dolaylı yoldan denetime de katkıda bulunur<sup>22</sup>.

Bağımsız denetim, standart nitelikte ve ağırlıklı olarak muhasebe ve hukuk bilgisini gerektiren hususları içermektedir ve kural olarak “*mali denetimi*” (hesap/muhasebe denetimi) kapsamaktadır<sup>23</sup>. TTK’nın 397. ilâ 406. maddeleri arasında düzenlenen bağımsız denetimin konusu, şirketin finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu ve envanter dâhil olmak üzere tüm muhasebenin denetimi (TTK m. 397-398) ve risklerin erken teşhisi sisteminin varlığının ve işleyişinin denetimi (TTK m. 398/4) ile sınırlı olup, pay sahiplerini çoğunluk karşısında koruyacak denetimi kapsamamaktadır<sup>24</sup>. Özel denetim ise, anonim ortaklığı ilgilendiren bütün maddi sorunlar hakkında ve hatta anonim şirketin hesap işleriyle bağlantılı alanları da kapsamak suretiyle, farklı şekil ve içeriği barındıran geniş bir yelpaze içerisinde olabilir<sup>25</sup>. Özel denetçi atanması talebi, açık ve anlaşılır olmayan belirli konulara yönelik olup kapsamlı bir bilanço incelemesi değildir<sup>26</sup>. Bağımsız denetimden temel farkı da budur. Yoksa onun bir tekrarı niteliğinde değildir<sup>27</sup>.

Bağımsız denetçiler kanun tarafından belirlenmiş konularda (muhasebe, bilanço vs.) ve düzenli olarak denetim yaparken; özel denetçi/denetçiler

---

<sup>20</sup> Özkorkut, s. 213-214; Bahtiyar, Mehmet; *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul 2019, s. 249-250; Toroslu, Mahmut Vefa; *Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim*, Ankara 2015, s. 3; Kocabıyık, s. 92.

<sup>21</sup> Bahtiyar, s. 263; Özdamar, s. 261; Arı, Zekerriya, *Denetim*, s. 53; Gencer, s. 92; Akbay, s. 647.

<sup>22</sup> Kaya, Arslan; *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Ankara 2001, s. 29-30; Dolu, s. 233; Uçar Bulut, s. 17.

<sup>23</sup> Altay, Sıtkı Anlam; “Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan)*, C. 2, Sa.1, Y. 2010, ss. 963-989, s. 968; Topçuoğlu, *Bağımsız Denetçi*, s. 15; Manavgat, s. 44; Kocabıyık, s. 27-28.

<sup>24</sup> Topçuoğlu, *Bağımsız Denetçi*, s. 39-40; Özkorkut, s. 214; Arı, Zekerriya, *Denetim*, s. 59; Değirmencioğlu Aydın, s. 2; Güven, s. 140.

<sup>25</sup> Narbay, *Özel Denetim*, s. 21-22; Altaş, Soner; *Şirket Denetimi (Bağımsız Denetçi, Denetçi ve Özel Denetçi)*, Ankara 2015, s. 271; Schmidt-Pachinger, Sabine; *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 3: §§ 118-178*, Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (edt.), 4. Auflage, München 2018, s. 885; Şener, s. 523.

<sup>26</sup> Narbay, *Özel Denetim*, s. 38; Kendigelen, Abuzer; *Hukukî Mütalâalar*, Cilt: XIII, İstanbul 2013, s. 333; Gencer, s. 94; Uçar Bulut, s. 51.

<sup>27</sup> Özkan, Ömer; “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, *BATİDER*, C. XX, Sa. 2, Y.1999, ss. 27-49, s. 37; Narbay, *Özel Denetim*, s. 38; Wehner, s. 170.

sınırları pay sahiplerinin sorduğu sorularla çizilmiş belirli konularda düzenli olmayan bir denetim yapar<sup>28</sup>. Faaliyetini Türkiye Denetim Standartları'na (bağımsız denetim standartlarına) uygun olarak yürütmekle yükümlü olan bağımsız denetçi, esas itibarıyla şirket tarafından üç kıstasın yerine getirilip getirilmediğini sınırlar: Finansal tabloların Türkiye Muhasebe Standartları'na ve gerçeğe uyumluluğu, yıllık faaliyet raporunda yer alan finansal bilgilerin gerçeğe uygunluğu ve finansal tablolarla tutarlılığı (TTK. m. 397/1)<sup>29</sup>. Özel denetim, sadece muhasebe kayıtlarıyla sınırlı bir inceleme yapmaz. Kendisine tevdi edilen görevle ilgili diğer belge ve olayları da inceleyebilir. Buna karşın, özel denetçinin inceleme konusunu, tüm muhasebe kayıtları değil, yalnızca hedefte olan "*kritik*" tartışmalı bölümü oluşturmaktadır<sup>30</sup>. Bağımsız denetimde, özel denetimde olduğu gibi şirket yönetiminin amaçlarının veya faaliyetlerinin uygunluğu, yapılacak olan denetimin kapsamında değildir<sup>31</sup>.

Bağımsız denetim, bağımsız denetime tabi şirketler açısından zorunlu olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmesine ve getirilmemesine birtakım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bağımsız denetim, her yıl tekrarlanması gereken bir denetim müessesesi olarak "*sürekliliği*" ve "*zorunluluğu*" bünyesinde barındırır. Özel denetimse, bilgi alma ve inceleme hakkında yeterince yararlanamamış pay sahibinin harekete geçmesiyle ortaya çıkan "*ihtiyari*" bir kurumdur.

Bağımsız denetimde, standartları belirlenmiş olan bağımsız denetim teknikleri kullanılarak şirket mali kayıt ve belgeleri üzerinden denetlenme yapıldıktan sonra, ilgili sonuçlar raporlanır. Bu raporlar aracılığı ile finansal tabloların doğruluğu ya da hataları saptanır<sup>32</sup>. TTK m. 397/2 uyarınca, denetime tabi olan şirketler, hazırlanmış olan finansal tablolarının denetimden geçip geçmediğini, denetimden geçmiş ise denetçi görüşünü ilgili finansal tablonun başlığında açıkça belirtmek zorundadır. Bu hüküm, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu için de uygulanır (TTK m. 397/2, c. 2). Denetime tâbi olduğu hâlde, denetletirilmemiş finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, düzenlenmemiş hükmündedir (TTK m. 397/2, c. 3). Böylece, finansal tablolar gereken ölçütlere uyumlu olmadığı için hukuki işlemlere esas olamayacağı gibi genel kurulun müstakbel mali kararlarına zemin oluşturmayacaktır<sup>33</sup>.

Denetçi, denetimin sonucunu görüş yazısında açıklar. Bu yazı, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun belirlediği esaslar çerçevesinde, denetimin konusu, türü, niteliği ve kapsamı yanında denetçinin

---

<sup>28</sup> Özkorkut, s. 30-33; Güven, s. 141, Özdamar, s. 261; Kocabıyık, s. 31-32.

<sup>29</sup> Özkorkut, s. 214; Altay, "Bağımsız Denetim", s. 968; Uçar Bulut, s. 51; Kocabıyık, s. 100-104.

<sup>30</sup> Narbay, s. 71; Kendigelen, s. 168; Güven, s. 140.

<sup>31</sup> Kocabıyık, s. 100-101.

<sup>32</sup> Manavgat, s. 49.

<sup>33</sup> Altay, "Bağımsız Denetim", s. 965.

değerlendirmelerini de içerir (TTK m. 403/1). Olumsuz görüş yazılan hâllerde yönetim kurulu, görüş yazısının kendisine teslimi tarihinden itibaren dört iş günü içinde, genel kurulu toplantıya çağırır ve genel kurul yeni bir yönetim kurulu seçer (TTK m. 403/5).

Özel denetçinin ana görevi, kendisini atayan mahkeme tarafından sınırları çizilmiş belirli konularda inceleme yaparak rapor hazırlamak ve bu raporu duruma göre genel kurula veya mahkemeye sunmaktır<sup>34</sup>. Özel denetim raporu, tartışmalı konulara karşı pay sahiplerinin somut ve doğru bir karara ulaşmasını sağlayan açıklayıcı bir rapordur<sup>35</sup>. Özel denetçinin hazırlayacağı rapor, sonraki aşamada yönetici ve denetçilerin sorumluluğuna gidilmesine dayanak teşkil edecektir<sup>36</sup>. Bu rapor sorumluluk davası açılabilmesinin ön şartı olmamakla birlikte, özel denetim raporunda bir takım usulsüzlüklerden bahsedilmesi, davanın daha kolay ilerlemesine yardımcı olur<sup>37</sup>. Benzer şekilde, özel denetim raporu ortağın açacağı şirketin haklı sebeple feshi davasına da dayanak teşkil edebilir<sup>38</sup>.

Bağımsız denetçi ile finansal tablolara gereksinim duyan menfaat sahipleri arasındaki iletişimi sağlayan en önemli araç bağımsız denetim raporudur<sup>39</sup>. Denetim raporu, denetçinin yönetim kurulundan bağımsız ve uzman bir görüşle genel kurulun denetim konusu hakkında bilgilendirme yapılmasını amaçlar<sup>40</sup>. Bağımsız denetçi, denetim raporunda şirketin içinde bulunduğu finansal durumun şirket hesaplarına ve muhasebe standartlarına uygunluğu hususundaki görüş ve bulgularını menfaat sahibi kişilere açıklamaktadır<sup>41</sup>.

## II. ÖZEL DENETİME BAŞVURUNUN ŞARTLARI ÇERÇEVESİNDE ÖZEL DENETİMİN KONUSUNUN TESPİTİ

Anonim şirket pay sahibinin şirkete ilişkin elde ettiği bazı bilgileri kendi veya başkaları menfaatine ve şirket aleyhine kullanmayacağını garanti etmek mümkün değildir<sup>42</sup>. Kanun koyucunun anonim şirket pay sahibini sınırlı

---

<sup>34</sup> Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 355.

<sup>35</sup> Narbay, *Özel Denetim*, s. 69.

<sup>36</sup> Özkan, s. 39; Narbay, s. 304; Pulaşlı, Şerh, s. 1250; Özdamar, s. 261; Akbay, Direnç; "Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu", *DEÜHFD*, C. 21, Y. 2019, Sa. 2, ss. 629-660, s. 641.

<sup>37</sup> Pulaşlı, Şerh, s. 1629; Özdamar, s. 261; Gencer, s. 93.

<sup>38</sup> Altay, Sıtkı Anlam: "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, Sa. 2, Y. 2013, ss. 55-76, s. 67; Akbay, s. 641.

<sup>39</sup> Toroslu, s. 397; Kocabıyık, s. 93.

<sup>40</sup> Arı, Zekerrıya, *Denetim*, s. 101-102; Kocabıyık, s. 93.

<sup>41</sup> Metin Topçuoğlu, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre İşlem Denetçisi ve Sorumluluğu (Niteliği, Görevleri, İşlem Denetçisi ve Denetçinin Sorumluluğu)*, Ankara 2011, s. 41-42; Kocabıyık, s. 94.

<sup>42</sup> Karasu, Rauf; "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", *BATİDER*, C. XXIII, Sa. 2, Y. 2005, ss. 71-114, s. 90; Gürbüz Usluel, Aslı E., *Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*, İstanbul 2009, s. 170.

sorumlu olarak belirlemesi ve rekabet yasağı getirmemiş olması bunun en önemli göstergesidir<sup>43</sup>. Anonim şirketin belgelerinin incelenmesiyle özellikle şirketin pazar durumu, fiyat politikası, arge çalışmaları gibi alanlarda pay sahibi tarafın elde edilecek bilgiler, kendisi veya üçüncü kişiler tarafından kullanıldığında şirketin sonunu getirebilir. Dolayısıyla pay sahibinin, yatırımlarını değerlendirmek amacıyla şirketin işleyiş ve faaliyetleri hakkında bilgi alması ile şirketin korunmaya değer menfaatleri arasındaki dengenin şirket aleyhine olduğu bir gerçektir<sup>44</sup>.

Hâl böyle olunca, anonim şirkette pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının sınırsız bir serbestiyi ihtiva etmemesi hakkaniyet gereği olacaktır. Nitekim TTK m. 437/3 hükmü de *“bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir”* şeklindeki düzenlemesiyle bu durumu Kanuni düzeyde kayıt altına almıştır<sup>45</sup>. Öte yandan, pay sahibinin, yönetim kurulunun ya da kurucuların hukuka aykırı bir eyleminden veya ihmalden şüphelendiği durumlarda şirkete karşı yasal bir süreç başlatmak istemesi halinde, şirket sırrı itirazı nedeniyle kanıttan yoksun kalmaktadır. Oysa haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmeleri için gerekli bilgileri alamayan pay sahipleri de denetim yapma imkânından yoksun kalırlar. Görüldüğü üzere anonim şirketlerde (ve limited şirketlerde) pay sahibinin bilgi alma hakkı ile şirketin gizliliğinin korunması arasında bir çıkar çatışması bulunmaktadır<sup>46</sup>.

Özel denetim talebinin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacıyla, pay sahibinin bu öneriyi yapabilmesi bazı maddi ve şekli şartların varlığına bağlanmıştır. Özel denetim konusunun muhtevasını belirleyebilmek için, özel denetim talebinde aranan şartların irdelenmesi gerekir. Zira özel denetim talep edilemeyecek hâller, özel denetimin konusunun doğal sınırlarını oluşturacaktır. Özel denetimin konusunu tayin eden şartlara, TTK m. 438/1’den hareketle ulaşılmaktadır. TTK m. 438/1 uyarınca, her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir.

---

<sup>43</sup> Karasu, s. 90; Gürbüz Usluel, s. 170.

<sup>44</sup> Gürbüz Usluel, s. 170.

<sup>45</sup> Limited şirketler bakımından da benzer bir düzenleme TTK m. 614/2’de yer almaktadır: *“Ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi varsa, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir; bu konuda ortağın başvurusu üzerine genel kurul karar verir”*.

<sup>46</sup> Özkan, s. 27.

TTK m. 438'de yer alan koşullar, konu bakımından özel denetimin en dış sınırını oluşturmaktadır<sup>47</sup>. Bu doğrultuda ikincillik, gereklilik ve belirlilik olmak üzere üç koşul özel denetimin konusunun çerçevesini oluşturması bakımından ön plana çıkar<sup>48</sup>.

### A. Özel Denetime Başvurmanın Ön Şartı: Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılmış Olması

Özel denetim isteminin ön şartı, özel denetim istenen konuda, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasıdır<sup>49</sup>. Ön şart, özel denetimi bilgi alma hakkına bağlamakla, iki kurumun birlikte yorumunu gerekli duruma getirmektedir. Bu yönüyle bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetim siyam ikizlerine benzetilmektedir<sup>50</sup>. Özel denetim talebinde bulunmadan önce pay sahibi, belirli konuları aydınlatmak için genel kurulda bilgi alma ve belgeleri inceleme talebinde bulunmuş, ancak bu girişimi, genel kurulun hareketsiz kalması veya geç tepki vermesi, bilgi vermeyi reddetmesi ya da tatminkâr bir cevap vermemesi nedeniyle sonuçsuz kalmıştır<sup>51</sup>. Özel denetim talebi, bilgi alma veya inceleme yapma hakkının kullanılmasının pay sahibine yardımcı olmadığı bu tip durumlarda başvurulabilecek tâli/ikincil (*subsidiarität*) bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>52</sup>.

Özel denetimin ikincil bir araç yahut son çare (letztes Mittel) olarak nitelendirilmesi, anonim şirkette pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün

---

<sup>47</sup> Akbay, s. 656.

<sup>48</sup> Altay, s. 63; Yurtbaşı, s. 144.

<sup>49</sup> "Mahkemece, somut olayda bilgi alma, inceleme ve devamındaki prosedürün halen derdest bir davanın konusunu oluşturduğundan, özel denetçi tayini için yasanın aradığı anlamda ön koşulun gerçekleşmediği gerekçesiyle 26.03.2014 tarihli karar ile davanın reddine karar verilmiştir" [Yarg. 11. HD., E. 2015/97 K. 2015/13293, T. 10.12.2015]. Aynı yöndeki bir başka karar ise şu şekildedir: "Mahkemece, tüm dosya kapsamına, toplanan delillere ve düzenlenen bilirkişi raporuna göre, davacıların davalı şirketten bilanço taleplerinin açıklığa kavuşturulması için özel denetim talep haklarının bulunduğu, ancak özel denetim talebinden önce bilgi alma hakkının kullanılmasına ilişkin şartın gerçekleşmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir." [Yarg. 11. HD., E. 2014/5692 K. 2014/14031 T. 18.9.2014]. (<https://www.lexpera.com.tr/>, erişim: 10.04.2018).

<sup>50</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 62; Pulaşlı, Özel Denetim Atama İstemi, s. 16.

<sup>51</sup> Güven, s. 146; Kaya, Özel Denetim, s. 79-80; Akbay, s. 633.

<sup>52</sup> Kunz, Peter V.; "Zur Subsidiarität der Sonderprüfung", *SJZ* 92, Sa. 1, Y. 1996, ss. 1-5, s.3; Özkan, s. 38; Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 16; Güven, s. 146; Şener, s. 523; Wehner, s. 39; Günay, s. 149; "Anonim Şirketlerde Özel Denetime İlişkin TTK md. 438 ve 439'a İlişkin Değerlendirmeler", *Sabih Arkan'a Armağan*, İstanbul 2019, ss. 55-76, s. 56. Moroğlu, bu koşulun varlığının özel denetçi talebi hakkının kullanımını geciktireceğini ve hâkim durumda olan pay sahiplerine "kanuni bir bahane" ileri sürme fırsatının verileceğini ileri sürmektedir, bkz. Moroğlu, Erdoğan; *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Basi, İstanbul 2016, s. 255.



bulunmadığı kabulünden ortaya çıkmaktadır<sup>53</sup>. Nitekim ortaklığın gizliliğine ilişkin bilgilerin, ortaklık sırlarının dışarıya karşı korunması gerekir. Ayrıca, özel denetim sürecinde küçümsenmeyecek masraflar ortaya çıkabilir ve mahkemeler açısından aşırı iş yükü teşkil edebilir<sup>54</sup>. İkincilik nitelemesi, özel denetim isteme hakkının bağımsız bir hak olma özelliğine hanel getirmez; sadece sonuçları itibarıyla aslında başka hakların uygulanmasını mümkün kıldığını gösterir<sup>55</sup>. Ön şart, bilgi vermenin baştan savarcasına yapılmasını önlemektedir<sup>56</sup>. Diğer bir ifadeyle, pay sahibinin genel kurulda ilgisiz birkaç soru sormuş veya inceleme isteminde bulunmuş olması yeterli değildir. Sorulara bilinçli bir şekilde cevap aramıyorsa şart yerine getirilmiş sayılmaz<sup>57</sup>. Sonuç olarak, şirket sırlarının korunması, şirkete ilave maliyet getirmesinin önüne geçmesi ve usul ekonomisine hizmet etmesi bakımından “*ikincilik ilkesi*” yerinde görünmektedir<sup>58</sup>.

Özel denetçi atanmasının tali niteliğinden çıkan bir başka netice de sadece “*reddedilmiş bulunan bilgi alma veya inceleme talebi konusu olan hususlar*”ın özel denetime konu olabileceğidir<sup>59</sup>. Bunun dışında, zaten genel kurul, web sitesi, Kamuyu Aydınlatma Platformu vb. mecralarda ilan edilen konularla ilgili olarak da özel denetim talep edilemez. Zira pay sahibi söz konusu hususlar ile ilgili olarak bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış sayılmaktadır. Aynı şekilde, pay sahiplerine öğrenmek istedikleri hususlarda bilgi ve belgeler verilmiş veya kendilerine her türlü kolaylık sağlanmış olmasına karşın, kendileri incelemekten imtina etmiş veya bu hususları incelemekte ihmalleri olmuşsa, özel denetçi talebinde bulunamazlar.

## B. Özel Denetimin Maddi Şartları

### 1. Gereklilik Şartı Bağlamında Özel Denetimin Konusu

Özel denetçi atanmasına ilişkin maddi şartlar bir anlamda gereklilik şartlarıdır. Birinci maddi şart, özel denetim kapsamında istenilen bilgilerin, pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından “*objektif olarak yararlı ve gerekli*”

---

<sup>53</sup> Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf; *Basler Kommentar II*, 4. Auflage, Basel 2012, s. 886; Narbay, *Özel Denetim*, s. 62; Pulaşlı, *Özel Denetim Atama İstemi*, s. 16; Akdağ Güney, s. 56.

<sup>54</sup> Narbay, *Özel Denetim*, s. 62.

<sup>55</sup> Altay, “*Özel Denetim*”, s. 67.

<sup>56</sup> TTK madde gerekçeleri, m. 438.

<sup>57</sup> Tekinalp, Ünal; “*Özel Denetim Talebinin Genel Kurul Tarafından Kanuna Uygun Olarak Reddedilmesi Halinde AO’nun Kendini Koruması Sorunu*”, *Sabih Arkan’a Armağan*, İstanbul 2019, ss. 1275-1284, s. 1277; Gencer, s. 98.

<sup>58</sup> Pulaşlı, Şerh, s. 1563; Günay, s. 135; Gencer, s. 99; Akbay, s. 634.

<sup>59</sup> Özkan, s. 41.

olmasıdır<sup>60</sup>. Başka bir deyişle, pay sahibinin bu öneriyi yapabilmesi için, oyunu kullanabilmesi yönünden bilgi alması gerekli olmalıdır. Bu bağlantı ile şirket dışı menfaat sağlamak, bir kararı önlemek veya taktik bir üstünlük elde etmek amacıyla talepte bulunarak özel denetim kurumunun kötüye kullanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır<sup>61</sup>. Gereklilik şartı, özel denetim müessesesinin gereksiz ve keyfi uygulamalardan arındırılmasını sağlama yönünden oldukça yerinde bir şarttır<sup>62</sup>. Gereklilik şartı bağlamda, şirket organlarında görevli kişilerin kişisel ilişkileri hakkında bilgi istenilmesi, zaten bilinen konularla ilgili veya rakiplerin açık bir şekilde merak ettikleri ve elde etmek istedikleri bilgilerle ilgili soru sorulması açıkça hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden, anılan hususlar özel denetimin konusunu oluşturamaz<sup>63</sup>.

Şirketten özel denetçi atanmasını talep eden pay sahibinin, bu konuda “*hukuken korunabilir güncel bir menfaati*” olmalıdır<sup>64</sup>. Yine, yönetim kurulunun verdiği bilgiler özel denetimle ilgili konuyu zaten açıklığa kavuşturmuşsa, bu konularda da özel denetim talep edilemez<sup>65</sup>. Gereklilik koşuluna dâhil “pay sahipliği hakları” ise geniş yorumlanmalıdır<sup>66</sup>. Bunun kapsamına, yıllık hesapların onaylanmaması, yönetim kurulunun azli gibi hususların da dâhil olduğu öğretide ifade edilmektedir<sup>67</sup>. Keza iptal davası açılması bakımından bir görüş oluşturması dâhi gereklilik koşulu için yeterli sayılmalıdır<sup>68</sup>. Ancak, istemde bulunan pay sahibinin ilişki kurduğu hak, zamanaşımı, hak düşürücü süre veya başka sebeplerle kullanılamayacak durumda olursa gereklilik koşulu oluşmayacaktır<sup>69</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin 6.08.2013 tarih ve 4A\_260/13 sayılı kararında da belirttiği üzere, hiçbir bilgisinin olmadığı bir hakkın ihlâl edilmiş olabileceği ümidiyle tamamen araştırmaya yönelik bir özel denetim

---

<sup>60</sup> Özkan, s. 38; Narbay, Özel Denetim, s. 68; Pulaşlı, Şerh, s. 1635; Kendigelen, s. 166; Üçışık/Çelik, s. 685; Akdağ Güney, s. 65; Gencer, s. 100.

<sup>61</sup> TTK madde gerekçeleri, m. 438.

<sup>62</sup> Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 19; Akbay, s. 645.

<sup>63</sup> Özkan, s. 38; Narbay, Özel Denetim, s. 67; Akdağ Güney, s. 65-66; Günay, s. 159; Uçar Bulut, s. 80; Akbay, s. 644.

<sup>64</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 66-67; Değirmencioğlu Aydın, s. 37; Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 17; Üçışık/Çelik, s. 684; Günay, s. 157; Akbay, s. 642.

<sup>65</sup> Özkan, s. 38. Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 17. Narbay, Özel Denetim, s. 67; Akdağ Güney, s. 65-66; Günay, s. 159; Uçar Bulut, s. 80; Akbay, s. 644.

<sup>66</sup> Akbay, s. 641.

<sup>67</sup> Akbay, s. 641.

<sup>68</sup> Nitelikim “*kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl etmesi*” ifadesinin genel kurul kararlarının iptaline yönelik TTK m. 445 ile paralel olduğu söylenebilir, bkz. Akbay, s. 652.

<sup>69</sup> Akbay, s. 642.

talebinde bulunulamaz<sup>70</sup>. Aynı kararında Mahkeme, davalı şirketin çoğunluk pay sahiplerinin ve yönetim kurulu üyelerinin şirket ile kısmen rekabet eden bir işe girmiş olmalarının ve davalı şirket ile aynı adrese taşınmış olmalarının bir menfaat çatışması yaratması ve yönetim kurulu üyesi olarak sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmelerinin sadece dava edilmiş olmasını yeterli saymamıştır. Mahkeme'ye göre, özel denetime karar verilmesinde belirleyici husus, soyut bir menfaat uyumsuzluğu tehlikesi olmayıp, somut bir menfaat çatışmasının mevcudiyetidir<sup>71</sup>.

Gereklilik koşulu bağlamında ayrıca, pay sahipliği haklarının kullanımıyla özel denetim talebi arasında “*anlaşılabilir bir bağlantı*” bulunmalıdır<sup>72</sup>. Zira özel denetim sonucunda davacı pay sahiplerinin oy kullanma, açılan davalardan sonuç alabilme, gibi pay sahipliği haklarını kullanma ile özel denetim arasında bir bağlantı kurulamıyorsa, özel denetçi atanması kararı verilmemelidir<sup>73</sup>. Bu çerçevede örneğin, ihtilafın olduğu genel kurula katılarak olumsuz oy veren ve kararın iptali için dava açan pay sahibinin, görünen başkaca menfaati bulunmadığı takdirde, söz konusu genel kurul ile ilgili özel denetçi talebi kabul edilmemelidir<sup>74</sup>. Nitekim pay sahibi, genel kurula zaten katılmış ve geçersizliği için dava açmıştır. Buna karşın, özel denetim yapılmadığı için pay sahipleri oylarını gerçek arzularına aykırı şekilde kullanmış ya da çekimser kalmışlarsa, özel denetim talebi haklı görülebilir<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Kararın Türkçe özeti için bkz. Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 33-35.

<sup>71</sup> Federal mahkemenin bu görüşü Türk Hukuk öğretisi ve uygulaması tarafından da benimsenmektedir. Kendigelen, “*grup şirketlerinin pek çoğu dağıttığı kardan çok daha yüksek oranda sermaye artışına gittiğinden kendileri bakımından ödeme gücünü doğabileceği*” iddiasının somut duruma gelmiş bir olgu yerine olması muhtemel bir durumu gösterdiğinden, özel denetime konu edinemeyeceğini ifade etmiştir, bkz. Kendigelen, s. 173. Yargıtay'ın TTK m. 440 nedeniyle temyiz incelemesini reddettiği bir kararından, ilk derece mahkemesinin bu yönde hüküm tesis ettiği anlaşılmaktadır: “*Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı uyarınca; davacı E. T. vekili A. S. K.'ın Altaş Alüminyum Tic. San. Tic. A.Ş. 2010 yılı faaliyetine ilişkin 12/05/2011 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantıda şirket hesap kayıtlarının soyut ifade ile özel denetçi tarafından incelenmesi talep ettiği, talebe dayanak bilgi ve belgelerin bulunmadığı, şirketin 2010 yılına ait yönetim kurulu faaliyet raporu ile denetçi M. A. tarafından sunulan denetim raporunun genel kurula sunulduğu, genel kurul toplantısında davacı vekilinin özel denetçi atanması talebinin reddedildiği, TTK'nın 438. maddesinde, özel denetim isteme hakkının bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmamışsa belirli olayların özel bir denetim ile açıklığa kavuşturulması gerektiği hallerde söz konusu olduğunun ifade edildiği, davacının denetimle açıklığa kavuşması gereken olayı belirtmediği gerekçesiyle şartları oluşmayan davanın reddine karar verilmiştir*”. [Yarg.11.HD., 11.06.2014 T., 2013/16879 E., 2014/11122 K., 11.06.2014 T.]. (<http://www.kazanci.com>, E.T. 01.02.2020).

<sup>72</sup> Özkan, s. 37; Narbay, Özel Denetim, s. 67; Değirmencioğlu Aydın, s. 37; Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 17; Kendigelen, s. 166; Günay, s. 159; Akbay, s. 644.

<sup>73</sup> Kendigelen, s. 167.

<sup>74</sup> Kendigelen, s. 167.

<sup>75</sup> Kendigelen, s. 167.

## 2. Belirlilik Şartı Bağlamında Özel Denetimin Konusu

Özel denetim istenecek konular ETK m. 348'de tahdidi olarak sayılmıştır. Hükme göre, “son iki yıl içinde şirketin kuruluşuna veya idare muamelelerine mütaalik bir suiistimalin vuku bulunduğunu veya kanun yahut esas mukavele hükümlerine önemli bir surette aykırı hareket edildiğini” iddia ettikleri takdirde, bunları veya “bilançonun gerçekliğini tahkik” için özel denetçi tayinini isteyebilirlerdi. TTK sisteminde ise, Kanun koyucu hangi olayların ve konuların özel denetimi kapsayacağı noktasında sessiz kalmıştır. Kanımızca bu yerinde bir düzenlemedir; nitekim Kanunda belirli sınırlama yapılması hakkı işlevsiz kılabilirdi. Kanun özel denetimin yapılacağı konularda sessiz kalmasına karşın, bu hususta çok önemli bir ilke koymuştur: “Belirlilik ilkesi”.

Pay sahibinin bilgi almak istediği hususları somut ve anlaşılabilir bir şekilde ortaya koyması, konuyla ilgili karar alma sürecini kolaylaştıracaktır<sup>76</sup>. Bu nedenle, pay sahibi genelleme yapmaktan kaçınarak bilgi almak istediği hususları somutlaştırmalı ve sınırlandırmalıdır<sup>77</sup>. Özel denetim talebinde bulunacak pay sahipleri, araştırılmasını istedikleri hususları açıkça belirtmek zorundadır<sup>78</sup>. Bu ilkeye aykırı şekilde hazırlanmış talepler karşısında ilk derece mahkemesi, “davayı aydınlatma ödevi” çerçevesinde ön inceleme duruşmasında davacı pay sahiplerine uygun bir süre vererek özel denetçi talep ettikleri hususu açıklamaları ve hangi somut olaylar için özel denetçi tayini talep ettiklerini somutlaştırmalarını ihtar etmelidir<sup>79</sup>. İhtara rağmen özel denetim talep edilen

<sup>76</sup> Özdamar, s. 269; Günay, s. 155.

<sup>77</sup> Çelik, s. 87; Akdağ Güney, s. 58.

<sup>78</sup> Moroğlu, “Özel Denetçi”, s. 350; Narbay, Özel Denetim, s. 70-72; Kaya, “Özel Denetim”, s. 77-78; Tekinalp, “Özel Denetim”, s. 1280; Üçışık/Çelik, s. 685.

<sup>79</sup> İstanbul 44. Asliye Ticaret Mahkemesi, önüne gelen bir dosyada, liste usulü ile kendisine gelen özel denetçi atanmasına ilişkin talepler ile ilgili olarak öncelikle, ön inceleme duruşmasında, davacı tarafın taleplerini somutlaştırarak hangi konulara ilişkin özel denetçi talep ettiğine ilişkin muğlaklıkları giderilmesi amacıyla kendisine iki haftalık kesin süre vermiştir. Sonraki safhada, tarafların verdiği dilekçeler üzerinden özel denetime ilişkin maddi ve şekli şartlar doğrultusunda analiz yapmış, gerekçelerini de belirtmek sureti ile şartlara aykırılık taşıyan talepleri elemiş, özel denetime konu olabilecek talepleri liste usulü ile aşağıdaki şekilde ortaya koyarak şirkete özel denetçi atanmasına karar vermiştir:

- “...1- (A) Holding AŞ ile sınırlı olmak şartı ile 2012 yılına ilişkin finansal tabloların ve mali kayıtların gerçeği yansıtıp yansıtmadığı,  
2- (A) Holding AŞ ve bağlı şirketler üzerinden çeşitli amaçlarla yapılan bağış ve hibelerin neler olduğunun tespiti,  
3- Ortaklardan alacaklılara piyasa koşullarına oranla çok cüz’i faiz tahakkuk ettirilip ettirilmediği,  
4- Mahiyeti belli olmayan kanunen kabul edilmeyen gider hesapları bulunup bulunmadığı,  
5- (A) Holding AŞ’deki yöneticileri (3. Dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarına) sağlanan mali hakların ve onlar adına çeşitli şekillerde yapılan ödemelerin neler olduğunun tespitine,  
6- İncelemelerin sadece (A) Holding AŞ ile sınırlı olmak üzere yapılmasına, bağlı şirketler ile ilgili talepler ile diğer inceleme taleplerinin inceleme dışı ve kapsam dışında tutulmasına...”

hususlar somutlaştırma yükü çerçevesinde belirlenip netleştirilmediyse, bu hâlde her ne kadar dilekçenin kanuni unsurlarında bir noksanlık bulunmasa da işin esası bakımından özel denetim talebinin kabulü güçleşebilecektir<sup>80</sup>. Talep edilen konular anlaşılma ile birlikte sınırları çizilmemiş ise, hâkim özel denetimin amaca uygun şekilde gerçekleşmesini sağlayacak şekilde konuları belirleyip özel denetçi atanmasına karar vermelidir. Diğer taraftan, tarafların ileri sürdüğü hususlarla bağlı olan hâkim, davacı pay sahibinin dilekçesinde ortaya koymadığı hususları, re'sen özel denetiminin konusu yapamaz (HMK m. 26).

İkinci maddi şart olan özel denetimin konusunu belirli olayların oluşturması, bir sonraki bölümde detaylı olarak incelenecektir.

### III. ÖZEL DENETİMİN KONUSU

#### A. Genel Bilgiler

İsv. BK m. 697a'da yer alan ve "belirli konu" anlamına gelen "bestimmte Sachverhalte" ifadesinin karşılığı olarak Kanunda yer alan belirlilik şartı, talebin bir veya birden çok belirli, somut, açıkça tanımlanmış bir olayı içermesini zorunlu kılmaktadır<sup>81</sup>. "Olay" ibaresi ile ifade edilmek istenen husus bir vakialar bütünüdür<sup>82</sup>. Özel denetimin amacı, pay sahipliği haklarının kullanılması için -gerektiğinde- dava malzemesi olarak kullanılacak somut bilgilerin edinilmesi olduğundan, özel denetim isteme hakkını kullanan pay sahibi daha baştan bu hakkı somut olarak hangi bilgileri edinmek üzere kullandığını açıklıkla ortaya koymalıdır<sup>83</sup>. Mesela, araştırılması istenilen yolsuzluk veya suistimalin ne olduğunu, esas sözleşmeye ve kanuna ne şekilde aykırı hareket edildiğini, bilançonun hangi kalemleri itibarıyla gerçeği aksettirmediğini yap sahibi/sahipleri açıkça bildirmek zorundadır<sup>84</sup>. Genel nitelikte ve belli konulara ilişkin bulunmayan bir iddia üzerine özel denetçi atanamaz<sup>85</sup>. Örneğin, "oy hakkını kullanmak", "bilançoda açıklanan kârın doğru olup olmadığına karar vermek" ve "dürüst resim ilkesine uyulup uyulmadığını anlamak" bakımından belirlilik

---

[İstanbul 44. Asliye Ticaret Mahkemesi, 03.12.2013 T., 2013/83 E., 2013/241 K.]. Karar için bkz. Kendigelen, s. 344-350.

<sup>80</sup> Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 235.

<sup>81</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 65; Akbay, s. 645; Yurtbaşı, s. 76-77.

<sup>82</sup> Narbay, *Özel Denetim*, s. 71; Akbay, s. 645.

<sup>83</sup> Altay, "Özel Denetim", s. 58; Yurtbaşı, s. 63.

<sup>84</sup> Moroğlu, "Özel Denetçi", s. 350; Tekinalp, "Özel Denetim", s. 1280; Üçışık/Çelik, s. 685.

<sup>85</sup> "...davacının denetimle açıklığa kavuşması gereken olayı belirtmediği gerekçesiyle şartları oluşmayan davanın reddine karar verilmiştir." [Yarg. 11. HD., E. 2013/16879 K. 2014/11122 T. 11.6.2014]. (<https://www.lexpera.com.tr/> erişim: 10.04.2018).

şartı yerine getirilmiş olmaz<sup>86</sup>. Diğer taraftan, özel denetçinin de mahkemece belirlenecek inceleme konusuna bağlı kalarak denetim yapması şarttır<sup>87</sup>.

Özel denetim istenilen olaylarla ilgili belirli bir sayı sınırı bulunmamakla birlikte, aşırı ve ölçüsüz taleplerde bulunulması özel denetimi kullanılamaz hâle getirebilir<sup>88</sup>. Özel denetimin amacına ulaşması, ancak açıklanması istenen vakıalar bütünüünün sınırlandırılması ile mümkün olabilir<sup>89</sup>. Bununla birlikte, belirlilik ilkesi (*Die Bestimmtheit der Vorgänge*), denetimin konusunu tek bir olay veya olguyla sınırlandırmayı zorla dikte etmemektedir<sup>90</sup>. Özel denetim konusu, gerekli olduğu takdirde birkaç olayı içerebilir<sup>91</sup>. Bu bağlamda, 30-40 olayın açıklanması istemi ölçüsüz olarak değerlendirilerek, talep edilen konuların mahkemece belirli başlıklar altında toplanıp buna göre özel denetçi atanması, kurumun işlevselliğini arttıracaktır<sup>92</sup>.

TTK m. 438'in gerekçesinde, “belirli” ifadesi ile belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmediği; “belirli” kavramının, olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan anlamına geldiği kaleme alınmıştır. Belirli konu, şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hâkim şirketin (işletmenin) kararları veya şirkete verdiği kayıplar olabilir.

Denetim konusunun belirli olması, varlığının tespitinde güçlükler yaşanacak subjektif bir kavramdır<sup>93</sup>. Bu kavramı yorumlarken, özel denetçi tayinini talep eden pay sahibinin ya da azlığın, genellikle, şirketin dışında ve çoğunlukla yönetime dâhil edilmeyen, ortaklıkla ilişkisi genel kurula katılmak ve finansal tablolar ile raporlardan bilgi edinmekle sınırlı olduğu gerçeği dikkate alınmalıdır<sup>94</sup>. Kanunda yer alan bu ilkenin, pay sahipleri yararına geniş yorumlanması gerekmektedir<sup>95</sup>. Dolayısıyla olayların belirliliğini ararken, her yönüyle somut bir şekilde ortaya konulmuş olanı değil, çerçevesi az çok çizilmiş olayları da bu kapsama dâhil etmek gerekir<sup>96</sup>.

İsviçre Hukuku'nda özellikle ifade edildiği üzere, bilgi istenen konuların yazılı bir katalog hâlinde toplantı başkanına verilmesi veya sözlü olarak ifade ediliyorsa mutlaka toplantı tutanağına yazılmış olması gerekir, zira istenilen

---

<sup>86</sup> Tekinalp, “Özel Denetim”, s. 1280.

<sup>87</sup> Altaş, s. 273.

<sup>88</sup> TTK madde gerekçeleri, m. 438.

<sup>89</sup> Akbay, s. 649.

<sup>90</sup> Wehner, s. 173.

<sup>91</sup> Wehner, s. 173.

<sup>92</sup> Pulaşlı, Şerh, s. 1639.

<sup>93</sup> Topsoy, s. 315.

<sup>94</sup> Kaya, “Özel Denetim”, s. 77.

<sup>95</sup> Değirmencioglu Aydın, s. 36.

<sup>96</sup> Kaya, “Özel Denetim”, s. 77; Altay, “Özel Denetim”, s. 58.

bilgilerle özel denetimin konusu aynı olacaktır<sup>97</sup>. Tâbi burada genel kurulda sorulan sorularla özel denetimin konusunun bire bir aynı olması gerekmez<sup>98</sup>. Sorulan sorular doğrultusunda özel denetimin kapsamını belirlerken hâkimin takdir yetkisi olmalıdır<sup>99</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuda görüşü şu şekildedir: Pay sahipleri bilgi alma hakkını kullanırken istedikleri kadar soru sorabilirler. Fakat bunun uzantısı olarak belirli olayların özel denetçi vasıtasıyla açıklığa kavuşturulması gerektiğinde, bilgi alma hakkının kötüye kullanılması mümkün olabileceği gibi bilgi alma hakkını zorlaştıracak şekilde yığınlarca soru sorulduğunda, hakkın amacına uygun olarak kullanılamaması da söz konusu olabilir<sup>100</sup>. Hiç şüphe yok ki, bu ihtimalleri hâkim göz önünde bulundurmak zorundadır.

Özel denetimle pay sahiplerinin haklarını bilinçli bir şekilde kullanılabilmesi amaçlandığından, özel denetimin konusunu oluşturan meselelerin şirket dışı faktörler yerine şirketi ilgilendiren olaylar olması gerekir<sup>101</sup>. Piyasanın genel

<sup>97</sup> Pulaşlı, Hasan; "Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul 2017, ss. 589-613, s. 594. Ülkemizde de sayısal olarak az da olsa pay sahiplerinin liste halinde özel denetim talep ettikleri konuları ortaya koydukları görülmektedir: "*Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, davacıların 27/04/2009 tarihli olağan genel kurul toplantısında azlık hakları kapsamında özel denetçi tayinine ilişkin önergelerinin reddedildiği, aynı toplantıda hakim ortak... vasisinin 5 başlık adı altında toplanan konularda özel denetçi tayini konusundaki önergesinin kabul edildiği, ancak bu önerge ile davacıların özel denetçi tayini taleplerinin konularının farklı olduğu, TTK'nun 348. maddesinde düzenlenen koşullarının oluştuğunun bilirkişi raporları ile de belirlendiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir*". (<https://www.lexpera.com.tr/> erişim: 10.04.2019).

<sup>98</sup> Nitekim öğretilerde Akbay, özel denetime yönelik karar önerisinin konusu belirlenirken somut olayın büyük önem taşıdığını ve pay sahiplerine bilgi vermekle görevli olanların (özellikle yönetim kurulunun) hareket tarzının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, bilgi alma hakkının kullanımı karşısında yönetim kurulunun hiç bilgi paylaşmaması veya yetersiz bilgi paylaşması hâlinde, pay sahibinin sırf bilgi alma hakkının devamındaki haklarını koruyabilmek için tüm olası soruları sormasını beklemek uygun olmayacaktır. Buna karşın, yönetimin açıklıkla bazı bilgileri vermesi ve sadece belirli alanlarda bilgiler vermemesi hâlinde, özel denetime ilişkin karar önerisinin bilgi verilmeyen bu alanlarla sınırlandırılması uygun olacaktır. Bkz. Akbay, s. 639.

<sup>99</sup> Pulaşlı, *Mukayeseli Hukuk*, s. 595.

<sup>100</sup> Pulaşlı, *Mukayeseli Hukuk*, s. 595.

<sup>101</sup> Narbay, s. 71; Kendigelen, s. 332; Değirmencioğlu Aydın, s. 34; Üçışık/Çelik, s. 685. Şirket ile bağlantılı konuların kapsamıyla ilgili Akbay'ın şu tespitlerine iştirak etmekteyiz: "*TTK m. 438'in olaylar olarak ifade ettiği vakıalar bütünü çoğunlukla ortaklık yönetiminin eylem ve işlemleri oluşturur. Buradan sağlanacak bilgi, özellikle ortaklık içi ilişkileri ilgilendirmelidir. Ancak dış ilişkide etkili olan olayların içerikleri de pay sahiplerinin haklarının kullanılmasını ilgilendirdiği ölçüde özel denetimin konusu olabilir. Örneğin, sözleşme taraflarının, rakiplerin veya müşterilerin davranışlarını ilgilendiren sorular sorulamaz. Buna karşın hâkim pay sahibinin ilişkileri olan bir ortaklığa, çok düşük bir fiyattan ürün satılması halinde, söz konusu ürünlerin ilgili işletmeye hangi fiyat üzerinden satıldığı sorulabilir*", bkz. Akbay, s. 646. Aynı yönde bkz. Yurtbaşı, s. 69-72.

durumunun araştırılması, şirketin genel gidişatı, piyasadaki genel konumu, kâr-zarar durumunun tespiti gibi genel konularda özel denetim talep edilemez<sup>102</sup>. Belirli hususlar yerine genel bir araştırma ve inceleme yapmak üzere özel denetçi atanması talebinde bulunulamaz<sup>103</sup>. Bu çerçevede, “*anonim şirketin hesaplarının ve yazışmalarının özel denetimle incelenmesi*” yönündeki bir talep, yeterli açıklık ve belirlilik taşımadığı için reddedilmelidir<sup>104</sup>. Özel denetim, belirli hedefi olmadan yapılan bir inceleme (*fact finding mission*) niteliğindedir<sup>105</sup>. Özel denetim, hukuka uygunluk denetimi olmadığından, bir davranışın hukuka uygun olup olmadığı, mantıkî illiyet bağının bulunup bulunmadığı, ne miktarda tazminat hakkının olduğu türünden hukuki sorunların aydınlatılmasını konu edinemez<sup>106</sup>.

Özel denetim bilgi ve olguları tespit edici bir karaktere sahip olup onları değerlendirmez<sup>107</sup>. Özel denetimle organların yaptığı işlemlerin hukuka

<sup>102</sup> Narbay, s. 71; Pulaşlı, Şerh, s. 1639; Kendigelen, s. 332. Özkorkut, s. 23; Değirmencioğlu Aydın, s. 34; Topsoy, s. 315; Özdamar, s. 269; Ayrıca bkz. BGE 4\_A.319/2014. (<https://www.bger.ch/> erişim: 03.04.2018).

<sup>103</sup> Jänig, Ronny; *Die Aktienrechtliche Sonderprüfung*, Baden 2005, s. 47 vd.; Wehner, s. 170; Üçışık/Çelik, s. 685; Akbay, s. 645.

<sup>104</sup> Kendigelen, s. 170. Anılan ilke uygulamada da kabul edilmektedir: “*Davacı vekili, müvekkilinin %11,25 oranında pay sahibi olduğu davalı şirket yöneticilerinin devamlı suretle yasalara aykırı davrandıklarını, özellikle Odac isimli Libya firmasından yapılan 48.000.000. KABD Doları tahsilatın 1997 ve 1998 yılları bilançolarında gösterilmemesi ve STFA Holding bünyesindeki bir başka şirkete, üstelik rayiç değer in altında fiyatlarla makine ile ekipman devri yapılmak suretiyle 1997 ve 1998 tarihli bilançoların gerçeğe aykırı düzenlendiğini ve 13.4.1999 tarihli genel kurulda özel denetçi tayini taleplerinin reddediildiğini ileri sürerek, söz konusu yıllar için inceleme yapılmak üzere özel denetçi tayinini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının genel kuruldaki talebinin TTK nun 348. maddesine uygun olmadığını ve özel denetçi tayini için gerekli şartların bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan deliller ve yapılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, davacının genel kurula yaptığı talebin belirli bir konuyu kapsamaması nedeniyle dava şartının oluşmadığı; ayrıca davacı iddialarının özel denetçi tayinini gerektirmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekilleri temyiz etmişlerdir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve esasen dava konusunu teşkil eden davalı şirketin 13.4.1999 tarihli genel kurul toplantısındaki özel denetçi tayinine ilişkin istek genel nitelikte olup, TTK.nun 348.maddesinde öngörülen unsurları taşımamakla bu talebin genel kurulca reddolunmasında yasaya aykırılık görülmediğinden mahkemece davanın reddine ilişkin karar yerinde görülmele davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmiştir.” [Yarg.11.HD., 14.11.2000 T., 2000/6576 E., 2000/8928 K., 14.11.2000 T.]. (<http://www.kazanci.com> , E.T. 20.02.2020).*

<sup>105</sup> Jänig, 50; Wehner, s. 169; Narbay, Özel Denetim, s. 71; Pulaşlı, Şerh, s. 1639; Günay, s. 150; Akdağ Güney, s. 58; Gencer, s. 100; Akbay, s. 648.

<sup>106</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 70.

<sup>107</sup> Akdağ Güney, s. 58.



uygunluğu veya takdir yetkilerini nasıl kullandıkları (“*yerindelik denetimi*”) incelenemez<sup>108</sup>. Zira özel denetim ortaklık işleyişinin “*amaca uygun*” olarak yürütülüp yürütülmediğinin tespitine yönelik bir çalışma değildir<sup>109</sup>. Özel denetimde karanlıkta kalmış, aydınlatılmamış belirli konuların açıklaması yapılır. Özel denetçinin görevi, sadece sorulan olaylara ilişkin tespitler yapmaktan ibaret olup, yönetim kurulu kararlarının amaca uygunluğu veya diğer bir değer yargılaması yahut özel denetimin konusunun hukuki bir değerlendirmesini yapmak değildir<sup>110</sup>. Benzer şekilde, özel denetçinin geçmiş, güncel veya gelecekle ilgili hipotezler üretmesi veya pay sahibinin buna ilişkin sorular sorması mümkün değildir<sup>111</sup>. Özel denetim ile var olan hususlar kontrol edilir olmayanlar ise tespit edilir<sup>112</sup>.

TTK m. 437/3 uyarınca, bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir. Dolayısıyla “*şirket sırrı*” veya “*diğer bir şirket menfaatini gerektiren hususlar*” özel denetimin konusu yapılamayacaktır<sup>113, 114</sup>. Fakat burada dikkat edilmelidir ki, incelenecek konunun bu kapsamda olup olmadığı kararını (nihai olarak) yönetim kurulu değil, TTK m. 442 uyarınca hâkim verir<sup>115</sup>. Özel denetim istemine konu vakıalar şirket sırları kapsamında ise, mahkemenin özel denetçi istemini reddederek yargılamanın uzamasına ve ilave külfetlere engel olması gerekir. Zira özel denetçi de en nihayetinde anılan hususların şirket sırrı kapsamında olduğu sonucuna vararak özel denetim raporunda TTK m. 442 uyarınca söz konusu hususlara yer

<sup>108</sup> Narbay, Özel Denetim, s. 38; Günay, s. 153; Akdağ Güney, s. 58; Akbay, s. 647.

<sup>109</sup> Özkan, s. 37; Narbay, Özel Denetim, s. 38; Akdağ Güney, s. 58.

<sup>110</sup> Pulaşlı, Şerh, s. 1629.

<sup>111</sup> Günay, s. 154.

<sup>112</sup> Akdağ Güney, s. 58.

<sup>113</sup> “*Şirket sırrı*” ve “*korunması gereken şirket menfaati*” kavramları TTK’da tanımlanmamıştır. Bunun sebebi, dar veya geniş bir tanımla uygulamayı dondurmamak veya genişletmemek özenidir. Şirket sırrında, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği “*bilgi*” ölçüsü kabul edilebilir. Rakiplerin ulaşabileceği, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edebileceği, verileri ve bilgileri kullanarak yorumlama/değerleme ile çıkarabileceği bilgiler sır olamaz. Şirket menfaatlerinin zarara uğraması, şirket işletmesinin, bağlı şirketlerinin, müşteriler çevresinin, dağıtım kanallarının ve ilişkilerinin vs. kayba uğraması veya bu nitelikte pek de uzak olmayan bir tehlikenin varlığı demektir. Zarar ile sadece malvarlığı zararı kastedilmemiştir”, bkz. TTK madde gerekçeleri, m. 437.

<sup>114</sup> Öğretide, şirket sırrı ve şirket menfaati kavramları yer yer eş anlamlı olarak kullanılmakla birlikte, şirket menfaati şirket sırlarının açıklanması dışında başka bir nedenle de zarar görebilir. Örneğin, pay sahibinin sorusu, yönetim kurulu üyeleri veya denetçilere yönelik hakaret içeriyorsa, bu durumda anılan kişilerin ve şirketin itibarının zedelenmesi, dolayısıyla şirket menfaatinin zarar görmesi gündeme gelir. Bkz. Karasu, s. 91.

<sup>115</sup> Pulaşlı, “Özel Denetçi Atama İstemi”, s. 21.

vermekten imtina etmek zorunda kalacaktır<sup>116</sup>. Ancak talep edilen konuların şirket sırrı kapsamında olup olmadığı ilk bakışta (talep anında) tam olarak tespit edilemiyor ise, kaçınılmaz olarak mahkeme öncelikle özel denetçi atanmasına karar verecek, ardından özel denetçinin raporu doğrultusunda pay sahiplerine talep edilen konuları açıklayıp açıklamayacağına hükmedecektir.

Özel denetimin konusunu sınırlayabilecek bir diğer hâl de “*objektif imkânsızlık*” durumudur. Eğer pay sahibinin talep ettiği hususlara ilişkin özel denetçinin bilgi edinebilmesi veya inceleme yapabilmesi olanaksızsa, hâliyle özel denetim yapılamayacaktır. Pay sahibinin bilgi almak istediği hususlar ancak özel denetçinin belirli belgeleri incelemesiyle mümkün olacak ve bu belgeler de yangın, deprem vb. sebeplerle yok olmuş veya saklanma süresi geçtikten sonra şirket tarafından yok edilmiş ise bu durumda objektif fiili bir imkânsızlıktan söz edilebilir<sup>117</sup>. Dolayısıyla özel denetime konu hususların incelenmesi objektif olarak imkânsız ise, bu konularda özel denetçi atanması talebinin reddedilmesi yerinde olacaktır.

### **B. Özel Denetimin Konusuna Giren Olgulara Öğretinin Yaklaşımı**

Kanunda yer alan belirli olaylar şartının, aşağıda sayılan şu hususlarda özel denetim taleplerinin reddini gerektirdiği öğretide kabul edilmektedir:

- X yılı bilançosunun, finansal tabloların veya mali kayıtların kanuna uygunluk açısından değerlendirilmesi<sup>118</sup>,
- Yılsunu finansal tablolarının tamamının inceletilmesi, beş yıllık bir süre içinde yönetim kurulunun yüz bin Türk Lirası'nı aşan işlemlerinin neler olduğu veya nakit sıkışıklığını gidermek için ne tür önlemler aldığı<sup>119</sup>,
- Anonim şirketin hammadde alım politikasının doğru olup olmadığı<sup>120</sup>,
- Anonim şirketin çalıştığı sektördeki pazar durumu<sup>121</sup> ve yönetim kurulunun bu pazarın isteklerine uygun çalışıp çalışmadığı<sup>122</sup>,

---

<sup>116</sup> TTK m. 442: “(1) Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında, şirketin sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir.

(2) Mahkeme, raporu şirkete tebliğ eder ve şirketin, raporun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğratarak uğratmayacağına ve bu sebeple istem sahiplerine sunulmasına ilişkin istemi hakkında karar verir.

(3) Mahkeme, şirket ve istem sahiplerine, açıklanan rapor hakkında, değerlendirmeleri bildirmek ve ek soru sormak imkânını tanır.”

<sup>117</sup> Karasu, s. 89.

<sup>118</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66; Kendigelen, s. 311; Akdağ Güney, s. 58.

<sup>119</sup> Akbay, s. 650.

<sup>120</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

<sup>121</sup> Akdağ Güney, s. 58.

<sup>122</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

- Anonim şirketin herhangi bir ürününün piyasadaki durumu<sup>123</sup>,
- Pay sahibinin herhangi bir bilgisi olmadığı bir hakkın ihlâl edilmiş olabileceği ümidiyle tamamen araştırmaya yönelik bir talep<sup>124</sup>,
- Faaliyet raporunun değerlendirilmesi<sup>125</sup>,
- 2001-2011 yılları arasındaki ortaklığın tüm iş ve işlemleri ile muhasebesi<sup>126</sup>,
- Davalı şirket ve bağlı şirketlere ait X şehrindeki arsaya yapılacak inşaat ile ilgili sözleşmelerin verimlilik, etkinlik ve piyasa koşullarına uygunluk bakımından denetlenmesi<sup>127</sup>,
- (A) Holding AŞ ve bağlı şirketlere ait yurt dışı yatırımların denetimi, (A) Holding AŞ ve bağlı şirketlerde sermaye artırımını gerektiren yeni yatırımların olup olmadığını tespiti<sup>128</sup>.

Öğretide şu hususların ise özel denetime konu olabileceği kabul edilmektedir:

- Yatırım kararında belirlenen finansman ihtiyacının gerçek olup olmadığı, alınan ihalenin usulüne uygun yürütülüp yürütülmediği, kâr payının kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak dağıtılıp dağıtılmadığının tespiti<sup>129</sup>,
- Bilgi asimetrisinin giderilmesi<sup>130</sup>,
- Birbirine bağlı işletmeler arasındaki ilişki, kuruluş işlemleri, sermaye tedbirleri<sup>131</sup>,
- Birleşme sözleşmeleri, ortaklığa katılımlar, yönetim kurulu üyelerinin davranış ve harcamaları<sup>132</sup>,
- Anonim ortaklığın ürünlerinin pay sahiplerinden bazılarında düşük fiyata devredilip devredilmediği<sup>133</sup>,
- Yönetim kurulu üyelerinin her birine (X) yılında ödenen ücret, ikramiye, prim, kâr payı miktarlarıyla, her bir üyenin yaptığı yurt içi ve yurt dışı seyahatlerin tutarları<sup>134</sup>,

---

<sup>123</sup> Günay, s. 154.

<sup>124</sup> Pulaşlı, Şerh, s. 1639.

<sup>125</sup> Akdağ Güney, s. 58.

<sup>126</sup> Kendigelen, s. 160.

<sup>127</sup> Kendigelen, s. 170.

<sup>128</sup> Kendigelen, s. 332.

<sup>129</sup> Topsoy, s. 315; Günay, s. 154.

<sup>130</sup> Hänni, s. 467.

<sup>131</sup> Jänig, s. 47 vd.

<sup>132</sup> Şener, s. 523; Akbay, s. 650.

<sup>133</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 65; Bilgili/Demirkapı, s. 65.

<sup>134</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 65; Bilgili/Demirkapı, s. 65; Akdağ

- Kanuni yedek akçelerden harcama yapılıp yapılmadığı, yapıldıysa harcama miktarı ve yerleri<sup>135</sup>,
- Hammadde fiyatının altında mamul ürün satılıp satılmadığı, sebebi ve miktarı<sup>136</sup>,
- Anonim şirketin kendi paylarını satın aldığı pay sahiplerinin isimleri, satın alma tarihi ve fiyatları<sup>137</sup>,
- Sermaye arttırımında yeni pay alma hakkının kabul edilmemesinin gerekçeleri, şirkete katılımlar, maddi kaynakların kesilmesi, akrabalık ilişkileri ve bunun şirket işleyişindeki rolü<sup>138</sup>,
- Yönetim kurulunun hazırladığı bilançonun gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı veya şirketin yaptığı satın almanın piyasa koşullarına göre gerçekleşip gerçekleşmediği<sup>139</sup>,
- Şirketin yapmış olduğu bir sözleşmenin içeriği ve koşullarına, yönetim kurulu tarafından yapılan indirimler ve bunların nedenleri<sup>140</sup>,
- Maddi kaynakların kesilmesi, hâkim şirketin kararları veya şirkete verdiği kayıplar, şirketin içinde bulunduğu ekonomik veya finansal durum<sup>141</sup>,
- Yönetim kurulu üyelerinin kontrolünde olan bir aile şirketine satılan mallara ilişkin değerlendirme, yönetim veya gözetim kurulunun, şirketle akit taraflarla aralarında bir ilişkinin olup olmadığı, şirketi iflasa götüren sebeplerin neler olduğu<sup>142</sup>,
- Şirketin yaptırmakta olduğu işlere ilişkin usulsüzlük incelemesi<sup>143</sup>,
- (A) Holding AŞ ve bağlı şirketler üzerinden çeşitli amaçlarla yapılan bağış ve hibeler<sup>144</sup>,
- (A) Holding AŞ ve bağlı şirketlerdeki yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yöneticilere sağlanan mali haklar ve onlar adına çeşitli şekillerde yapılan ödemeler<sup>145</sup>,

---

Güney, s. 58. Öğretide Akbay, yönetim kurulu üyelerinin aldıkları bu ücretlerin vergilerini ödeyip ödemedikleri gibi hususların özel denetime konusu olamayacağını belirtmiştir. Zira şirket dışı diğer özel ya da kamusal menfaatlerin korunması hakkın kapsamında değildir. Bkz. Akbay, s. 644.

<sup>135</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

<sup>136</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

<sup>137</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

<sup>138</sup> Değirmencioglu Aydın, s. 34; Akbay, s. 646.

<sup>139</sup> Arı, s. 1413.

<sup>140</sup> Narbay, *Özel Denetim*, s. 69; Akdağ Güney, s. 57-58.

<sup>141</sup> Pulaşlı, Şerh, s. 1639; Üçışık/Çelik, s. 584-685.

<sup>142</sup> Wehner, s. 171-174.

<sup>143</sup> Altaş, s. 271; Gencer, s. 92.

<sup>144</sup> Kendigelen, s. 308.

<sup>145</sup> Kendigelen, s. 308.

- Mahiyeti belli olmayan “kanunen kabul edilmeyen gider” hesaplarının bulunup bulunmadığı ve bunun muhtevası<sup>146</sup>,
- Alacaklılara piyasa koşullarına oranla çok cüz’i faiz tahakkuk ettirilip ettirilmediği<sup>147</sup>,
- Belirli ihalelerin, projelerin, inşaatların yapımı ve akıbeti<sup>148</sup>.

Öğretide Tekinalp, şu örneklerde talep sahibinin belirlilik şartını gerçekleştirdiğini kabul etmektedir<sup>149</sup>:

#### **Örnek 1.**

*“Hâkim pay sahibi (A), iki yıl önce Hollanda’da bir limited ortaklık kurmuştur. Bu iki yılda ciromuz arttığı hâlde kârımız ortalama %30 azalmıştır. Özel denetimle bizim anonim ortaklığımızın, Hollanda’daki ortaklıkla yazışmalarının, ilgili muhasebe kayıtlarının “ilişkili kişiler”le yaptığı işlemlerin aydınlatılmasını istiyorum. Özel denetimin sonucuna göre yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açıp açmamaya karar vereceğim”.*

#### **Örnek 2.**

*“Yönetim kurulu geçen yıldan beri nakde ihtiyacı olduğunu belirtmektedir. Daha önce uzmanlara yaptırdığım incelemelerde son yıllara ait böyle bir ihtiyacın varlığına inanmadım. Elimdeki mali müşavir raporlarını başkanlığa sunuyorum. Başkanlık raporu genel kurula okutabilir. Yönetim kurulu şimdi TTK m. 408/2 (f) hükmü gereğine ..... mevkiindeki büyük bir arsanın ..... TL’ye satışı için onayımızı istemektedir. Önerilen fiyatın arsanın gerçek değerinin çok altında olduğu düşüncesindeyim. Özel denetim yolu ile nakit ihtiyacının nereden doğduğu, mutabakata varılan fiyatın düşük olup olmadığının aydınlatılmasını talep ediyorum. Satışa onay oylamasında oyumun yönünü belirleyebilmek için özel denetim talep ediyorum”.*

### **C. Özel Denetimin Konusuna Giren Olgulara Mahkemelerin Yaklaşımı**

Özel denetimin konusunu ve kapsamını, mahkeme tayin eder (TTK m. 440/2). Eğer şirket özel denetimin kapsamını kendisi serbestçe belirleyebilseydi, özel denetim kurumu amacına ulaşamazdı<sup>150</sup>. Mahkemenin, TTK m. 440/2 uyarınca, özel denetim talebini yerinde görmesi durumunda, inceleme konusunu,

---

<sup>146</sup> Kendigelen, s. 311.

<sup>147</sup> Kendigelen, s. 311.

<sup>148</sup> Özdamar, s. 54.

<sup>149</sup> Tekinalp, “Özel Denetim”, s. 1280-1281.

<sup>150</sup> Güven, s. 156.

yapılan talep çerçevesinde belirlemesi gerekir<sup>151</sup>. Bu çerçevede, mahkemelerin verdikleri kararların incelenmesi, konunun somutlaşması bakımından yerinde olacaktır. Fakat belirtelim ki, özel denetim taleplerinde konu sınırlamasının nasıl yapılacağı hususunda ülkemiz mahkemelerinin yaklaşımı, mevcut yüksek mahkeme kararları çerçevesinde tam anlamıyla anlaşılammaktadır.

TTK m. 440/2 hükmü gereği, mahkemenin özel denetçi atanmasına ilişkin kararlarının kesin olarak uygulanması ve Yargıtay'ın verdiği kararların önemli bir kısmının salt bu hükme dayanarak reddedilmesi ve ayrıca ülkemizde ilk derece mahkemesi kararlarına erişimin pek mümkün olmaması, özel denetimin konusu ile ilgili tam olarak fikir sahibi olmaya yetecek içeriğe ulaşmayı engellemektedir. Bu gerekçeyle, çalışmamızda İsviçre Hukuku'nda yer alan ilgili kararlara da yer verilmesi kaçınılmaz olmuştur.

### 1. Türk Mahkemelerinin Yaklaşımı

**Örnek 1: Yarg. 11. HD.'nin 2015/9484 E., 2016/4234 K., 18.4.2016 T. kararı<sup>152</sup>:**

Karara konu olayda, şirketin sürekli zarar ettiği ve faaliyet konusu ile ilgili olmayan harcamalar ile şirketin borçlandırıldığı gerekçeleriyle davacı pay sahibi tarafından olağan genel kurul toplantısında özel denetçi atanması talebinde bulunulmuştur. Talebin genel kurul tarafından reddedilmesi üzerine pay sahibi şirkete özel denetçi atanmasını dava etmiştir.

<sup>151</sup> Güven, s. 156.

<sup>152</sup> "DAVA : Taraflar arasındaki davadan dolayı ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 11.3.2015 gün ve 2014/65-2015/333 Sayılı hükmün Yargıtayca incelenmesi tarafların vekilleri tarafından istenilmekle dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili; müvekkilinin davalı ...'nin %23,84 oranında hissedarı olduğunu, şirketin diğer %76.02 hissesinin ise ortaklardan ...'ye ait olduğunu, davalı Şirketin sürekli zarar ettiğini ve faaliyet konusu ile ilgili olmayan harcamalar ile şirketin borçlandırıldığını, bu sebeple müvekkili tarafından 18.12.2013 tarihli olağan genel kurul toplantısında özel denetçi atanması talebinde bulunulduğunu, bu talebin genel kurul tarafından reddedildiğini ileri sürerek davalı şirkete özel denetçi atanmasını talep ve dava etmiştir. Davalı vekili; özel denetçi atanmasını gerektiren şartların oluşmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının davalı Şirkette azınlık hakkı sahibi olduğu, davacının özel denetçi talebinin şirket genel kurulunda reddedildiği, davacının belirli olaylara yönelik iddiaları karşısında konusunda uzman bir özel denetçinin seçilmesinin faydalı olacağı gerekçesiyle davalı Şirkete finans uzmanı ... 'nın özel denetçi olarak tayinine karar verilmiştir.

Kararı, tarafların vekilleri temyiz etmiştir. 6102 Sayılı TTK'nın 440/2 maddesi uyarınca, mahkemece şirkete özel denetçi atanması talepleri hakkında verilen kararlar kesindir. HUMK'nın 432/4. maddesine göre, temyizi kabil olmayan kararların temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 1.6.1990 gün ve 3/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay'da bu konuda karar verebileceğinden, taraf vekillerinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıdaki bentte açıklanan sebeplerle taraf vekillerinin temyiz isteminin REDDİNE, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 18.4.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." (<http://www.kazanci.com>, erişim: 10.04.2018).

İlk derece mahkemesinin “davacının belirli olaylara yönelik iddiaları karşısında konusunda uzman bir özel denetçinin seçilmesinin faydalı olacağı gerekçesiyle” özel denetçi ataması yerinde olmakla birlikte, hangi konuların özel denetim çerçevesinde irdelenmesi gerektiği belirli bir konu sınırlaması yapılarak ortaya konulmadığından, özel denetçinin faaliyetlerini oldukça zorlaştıracak ve özel denetim raporu eğer konuyu aydınlatmada yetersiz kalırsa, yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecektir.

**Örnek 2: Yarg.11. HD'nin 2013/18345 E., 2014/6983 K., 9.4.2014 T. kararı<sup>153</sup>:**

Karara konu olayda, davacı pay sahipleri davalı şirketin öz sermayesinin % 69,4746 oranında yitirdiğinin mahkeme kararı tespit edildiğini, davalı şirketin 30.10.2012 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında şirkete özel denetçi atanması taleplerinin reddedildiğini, oysa davalı şirket hesaplarında usulsüzlükler bulunduğu gerekçesiyle şirkete özel denetçi atanmasını talep etmişlerdir.

<sup>153</sup> “DAVA : Taraflar arasında görülen davada ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce verilen 28/03/2013 tarih ve 2012/581-2013/280 Sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR : Davacılar vekili, davacıların davalı şirketin ortakları olduğunu, davalı şirketin öz sermayesinin % 69,4746 oranında yitirdiğinin mahkeme kararı tespit edildiğini, davalı şirketin 30.10.2012 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında şirkete özel denetçi atanması taleplerinin reddedildiğini, oysa davalı şirket hesaplarında usulsüzlükler bulunduğu gerekçesiyle 6102 Sayılı TTK’nın 439. maddesi gereğince davalı şirkete özel denetçi atanmasını talep ve dava etmişlerdir. Davalı vekili, şirket öz sermayesinin tespitine dair kararın bu davaya dayanak yapılmayacağını, davacıların şirketi elbirliği ile batırmak için çabaladıklarını, gerçeğe aykırı alacak iddiasında bulduklarını, fahiş miktarlarla alacaklar talep ettiklerini şirket ortaklığından ayrılarak rekabet yasağını aşarak ayrı bir şirket ile ticaret yapmak istediklerini belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre davanın kabulüyle davalı şirkete şirketin altı aya aşkın bir zamandan öz sermayesini büyük oranda yitirip yitirmediğini büyük ortak “... Gıda Yağ Tarım San. İth. İhr. Ve Tic. Ltd. Şti.’nin alacaklarının ortaklar cari hesabına değil satıcılar hesabına kaydederek faiz işletilip işletilmediği, bu bedeller karşılığında herhangi bir mal ve hizmet alımı yapıp yapılmadığı, ortaklardan ...’nin şirkete vermiş olduğu danışmanlık hizmeti kapsamında kesmiş olduğu fatura bedellerinin cari hesaba kaydedilip kaydedilmediği hususlarında özel denetçi olarak “... Acar’ın bağımsız denetçi olarak atanmasına karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir Dava, 6102 Sayılı TTK’nın 439. maddesi gereğince davalı şirkete özel denetçi atanmasına dair olup, mahkemece verilen karar aynı Kanun’un 440. maddesi gereğince kesin olduğundan davalı vekilinin temyiz isteminin reddi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeplerle davalı vekilinin temyiz isteminin REDDİNE, alınmadığı anlaşılan 119,00 TL temyiz başvuru harcı ile 25,20 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 09.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (<http://www.kazanci.com>, erişim: 10.04.2018).

Bunun üzerine ilk derece mahkemesinin verdiği karar aynen şu şekildedir:

*“Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre davanın kabulü ile davalı şirkete şirketin altı aya aşkın bir zamandan öz sermayesini büyük oranda yitirip yitirmediğini büyük ortak “... Gıda Yağ Tarım San. İth. İhr. Ve Tic. Ltd. Şti.’nin alacaklarının ortaklar cari hesabına değil satıcılar hesabına kaydederek faiz işletilip işletilmediği, bu bedeller karşılığında herhangi bir mal ve hizmet alımı yapıp yapılmadığı, ortaklardan ...’nin şirkete vermiş olduğu danışmanlık hizmeti kapsamında kesmiş olduğu fatura bedellerinin cari hesaba kaydedilip kaydedilmediği hususlarında özel denetçi olarak... Acar’ın ... atanmasına karar verilmiştir”.*

Kanımızca ilk derece mahkemesinin davacı talepleri karşısındaki yaklaşımı oldukça isabetlidir. Zira pay sahibinin bilgi almak istediği karanlıkta kalmış konu doğru şekilde tespit edilmiş ve özel denetçinin amaca uygun bir çalışma yapmasını sağlayacak sorular sınırları çizilerek, oldukça net bir şekilde ortaya konmuştur.

**Örnek 3: Yarg. 11. HD’nin 2015/1150 E., 2015/13896 K., 24.12.2015 T. kararı <sup>154</sup>:**

Karara konu olayda, davacı pay sahiplerinden N.E. ihtarname ile şirketten bilgi ve inceleme talebinde bulunmuş, bunun üzerine davalı şirket talebi kabul ederek 15.05.2013 tarihinde bilgi ve belgelerin hazır edileceğini kendisine bildirmiştir. Buna karşın, pay sahibinin iddiasına göre, bu tarihte belgelerin tümü hazır edilmemiş, bir kısım belgeler kendisine hiç verilmemiş, dolayısıyla bilgi ve inceleme hakkını ancak kısmi olarak kullanabilmiştir.

Öte yandan, diğer davacı pay sahiplerinin iddiasına göre, şirketten talep ettikleri bilgi ve belgeler, olağan genel kurul toplantısından bir gün önce ve eksik olarak kendilerine teslim edilmiştir. Pay sahipleri, şirketin peynir sektörüne ilişkin imalat tablolarının ibrazından kaçınıldığını, kendilerine sadece özet olarak tek sayfalık bir tablo verildiğini, bu nedenle davalı şirketin kapasitesi ve elde ettiği gelir konusunda inceleme yapamadıklarını ileri sürmektedirler.

---

<sup>154</sup> “..DAVA : Taraflar arasında görülen davada..... verilen 15.10.2014 tarih ve 2014/1041-2014/450 Sayılı kararın duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili tarafından istenmiş olup, duruşma için belirlenen 22.12.2015 günü hazır bulunan davacılar vekili Av. ile davalı vekili Av. T. Y. dinlenildikten sonra duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakıldı. Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR : Davacılar vekili, peynir ve mamulleri sektöründe faaliyet gösteren davalı şirketin 1996 yılında şirketleştiğini, mevcut duruma göre davalı şirketin toplam hisse adedinin 280.000 olduğunu, müvekkillerinin bunun 75.712 adedine sahip bulduklarını, şirketin hakim ortaklarının şirketin işleyişi, ciro, kar dağılımı gibi konularda müvekkillerine bilgi



Yaşanan bu gelişmeler üzerine, bilgi alma ve inceleme haklarını yeterince kullanamadıklarını düşünen pay sahipleri, olağan genel kurul toplantısında özel denetçi atanması talebinde bulunmuşlar, ancak talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine, pay sahipleri, şirketin hâkim ortaklarının şirketin işleyişi, ciro, kar dağılımı gibi konularda kendilerine bilgi vermekten kaçındıklarını, şirketi kendi inisiyatifleri ve kendi menfaatleri doğrultusunda yönettiklerini ileri sürerek, “*şirketin üretim miktarı ile bu üretim miktarıyla elde edilecek kâr durumu, randıman, maliyet ve satış analizi*” konularında mahkemeden özel denetçi atanması talebinde bulunmuşlardır.

Mahkeme inceleme sonucunda, “*dava tarihi itibarıyla davalı şirketin ekonomik durumunun iyi olduğu süreç içerisinde de kârını arttırarak ekonomik faaliyetini devam ettirdiği, özel denetçi atanması gerektiren bir koşulun bulunmadığı*” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Kanımızca mahkemenin bu yaklaşımı, özel denetim müessesinin amacına aykırıdır. Zira özel denetim, bir şirketin kârlılığının devam edip etmediğine veya pay

---

vermekten imtina ettiklerini, şirketi kendi inisiyatifleri ve kendi menfaatleri doğrultusunda yönettiklerini, müvekkillerinden N.. E.’un ihtarname ile bilgi inceleme talep ettiğini, davalı şirket tarafından bunu kabul edilerek 15.5.2013 tarihinde bilgi ve belgelerin hazır edileceğinin bildirildiğini ancak bu tarihte belgelerin tümünün hazır edilmediğini, bir kısım belgelerin müvekkiline verildiğini, bu sebeple müvekkilinin bilgi inceleme hakkını kısmi olarak kullanabildiğini, eksik kalan belgelerin de müvekkilleri tarafından ihtarname ile istendiğini, 2013 Mart ayı sonuna kadar yapılması gereken genel kurul toplantısının 20.6.2013 tarihinde yapıldığını, diğer müvekkillerince istenilen bilgi ve belgelerin genel kurul toplantısından bir gün önce müvekkillerine teslim edildiğini, ancak müvekkilleri tarafından talep edilen peynir sektörüne dair şirkete ait imalat tablolarının ibrazından kaçınıldığını, sadece özet olarak tek sayfalık bir tablo verildiğini, bu sebeple davalı şirketin kapasitesi ve elde ettiği gelir konusunda inceleme yapamadıklarını, 20.6.2013 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında şirkete özel denetçi atanmasını talep ettiklerini ancak bu istemlerinin reddedildiğini ileri sürerek, TTK’nın 438. maddesi uyarınca davalı şirketin üretim miktarı ile bu üretim miktarıyla elde edilecek kar durumu, randıman, maliyet ve satış analizi konusunda özel denetçi atanmasını talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı tarafın bilgi edinme hakkını kullandığını, yeterli bilgiyi elde edip mütalaa da aldığını, davacılar aynı sektörde faaliyet gösteren başka bir şirkette yönetici ve ortak konumunda olduğunu, bu sebeple rekabet kuralları çerçevesinde bilgi edinme haklarının sınırlı olduğunu, özel denetçi atanması için de ön koşulların oluşmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, dava tarihi itibarıyla davalı şirketin ekonomik durumunun iyi olduğu süreç içerisinde de karını artarak ekonomik faaliyetini devam ettirdiği, özel denetçi atanması gerektiren bir koşulun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir. 6102 Sayılı TTK’nın 440. maddesi gereğince özel denetçi atanması istemine dair olarak mahkemece verilen kararlar kesin olmakla davacılar vekilinin temyiz isteminin reddine karar verilmiştir.

*SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeplerle davacılar vekilinin temyiz isteminin REDDİNE, takdir olunan 1.350 TL duruşma vekalet ücretinin davacılar tarafından alınarak davalıya verilmesine, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 24.12.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”* (<http://www.kazanci.com>, erişim: 10.04.2018).

sahiplerinin salt mali haklarının miktarını tespitine yönelik bir faaliyet değildir. Bu çerçevede, mahkemelerin odak noktasının “*pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanıp kullanmadığı*” olması gerekirken, verilen karar yerinde değildir. Yapılması gereken, TTK m. 438’de belirtilen şartların oluşup oluşmadığının incelenmesidir.

**Örnek 4: Yarg. 11. HD., 2015/5678 E., 2015/12747 K., 30.11.2015 T. kararı<sup>155</sup>:**

Karara konu olayda, davacı pay sahibi şirketin idaresi ve mali yönetimi hakkında bilgi alamadığını, bu hususta ihtarname ile bilgi istendiği hâlde

<sup>155</sup> “*DAVA : Taraflar arasında görülen davada Ankara 10. Asliye Ticaret Mahkemesi’nce verilen 17/12/2014 tarih ve 2013/218-2014/667 sayılı kararın Yargıtaya incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:*

KARAR : Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirketin toplam sermayesinin yüzde 30,3’üne sahip olduğunu, şirket ortakları ile varılan mutabakat sonucu genel müdürlük ve yönetim kurulu üyeliği görevinden ayrıldığını, bilahare şirketin idaresi ve mali yönetimi hakkında bilgi alamadığını, bu hususta ihtarname ile bilgi istendiği halde cevap verilmediğini, bilgi alma ve inceleme hakkına istinaden şirketin genel merkezine gittiği halde belgelerin şirket merkezinde olmadığı ve şirket merkezinin terk edildiği bilgisinin verildiğini, şirket gelirlerinin yurt dışı iştiraklerine aktarılarak şirketin içinin boşaltıldığını, müvekkilinin kar payı hakkından mahrum bırakıldığını, şirketin mali durumunun aydınlatılabilmesi için şirket defterlerinin yeminli mali müşavir tarafından incelenmesi yönündeki talebin genel kurulda oy çokluğu ile reddedildiğini, yönetim kurulunun şirketi ve pay sahiplerini zarara uğrattığını ileri sürerek, davalı şirketin yurt dışındaki iştiraki ile şubeleri ve Türkmenistan’daki projelerle ilgili ve genel olarak mali durumunun aydınlatılabilmesi için 6102 sayılı TTK’nın 439. maddesi gereğince bir yeminli mali müşavirin, özel denetçi olarak atanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının iddialarının gerçeği yansıtmadığını, şirkete özel denetçi atanmasını gerektirir şartların oluşmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalı şirketin yurt dışındaki iştirakleri ve şubeleri ile Türkmenistan’daki projelerle ilgili mali durumu ile bağlantılı olarak şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmenin ihlal edip etmedikleri, pay sahiplerini zarara uğratmış olup olmadıkları hususlarında Mali Müşavir A. A.’ın davalı şirkete 6102 sayılı TTK’nın 442. maddesine uygun rapor düzenlemek üzere denetçi olarak atanmasına karar verilmiştir. Kararın, davalı vekili temyiz edilmesi üzerine, mahkemece 09.12.2015 tarihli aynı esas üzerinden verilen ek kararlar, verilen kararın kesin olduğu, temyizi kabil olmayan dava türünden olduğu gerekçesiyle temyiz isteminin reddine karar verilmiştir. Ek karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

*SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan ek kararın ONANMASINA, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 30/11/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” [Yarg. 11. HD., E. 2015/5678 K. 2015/12747 T. 30.11.2015] (<http://www.kazanci.com>, erişim: 10.04.2019).*

kendisine cevap verilmediğini, bilgi alma ve inceleme hakkına istinaden şirketin genel merkezine gitmesine rağmen belgelerin şirket merkezinde olmadığı ve şirket merkezinin terk edildiği bilgisinin kendisine verildiğini, şirket gelirlerinin yurt dışı iştiraklerine aktarılarak şirketin içinin boşaltıldığını, kendisinin kâr payı hakkından mahrum bırakıldığını, şirketin mali durumunun aydınlatılabilmesi için şirket defterlerinin yeminli mali müşavir tarafından incelenmesi yönündeki talebin genel kurulda oy çokluğu ile reddedildiğini, yönetim kurulunun şirketi ve pay sahiplerini zarara uğrattığını ileri sürerek, “*şirketin yurt dışındaki iştiraki ile şubeleri ve Türkmenistan'daki projelerle ilgili ve genel olarak mali durumunun aydınlatılabilmesi*” amacıyla mahkmeden özel denetçi atanmasını dava etmiştir.

Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda “*davalı şirketin yurt dışındaki iştirakleri ve şubeleri ile Türkmenistan'daki projelerle ilgili mali durumu ile bağlantılı olarak şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmenin ihlal edip etmedikleri, pay sahiplerini zarara uğratmış olup olmadıkları hususlarında*” rapor hazırlamak üzere özel denetçi atanmasına karar vermiştir.

Yargıtay'ın TTK m. 440 nedeniyle temyiz incelemesini reddettiği bu kararında, ilk derece mahkemesi, pay sahipliği haklarının kullanımıyla özel denetim talebi arasında “anlaşılabilir bir bağlantı” kurarak özel denetçi atanması talebini kabul etmiştir. Nitekim söz konusu projelerde şirket organları kanunu veya esas sözleşmenin ihlâl etmiş yahut pay sahiplerinin mali haklarını zarara uğratmışsa, kendilerine karşı sorumluluk davası açılabilecektir. Diğer taraftan, özel denetim faaliyeti sonucunda elde edilecek rapor, yaptığı tespitler itibarıyla, genel kurul veya yönetim kurulunun aldığı kararların geçersizliğine karşı açacağı muhtemel davalarda pay sahibine ispat kolaylığı sağlayacaktır.

“*Şirketin yurt dışındaki iştirakleri ve şubeleri ile Türkmenistan'daki projelerle ilgili mali durumu ile bağlantılı*” tüm hususların özel denetime konu edilmesi ilk bakışta “*belirlilik ilkesi*” bağlamında tartışmaya açık görülebilir. Zira salt şirket faaliyetlerinin yurt dışında gerçekleşiyor olması, pay sahiplerinin bu işlemler ile ilgili olarak bilgi almadığı veya alamayacağı anlamına gelmemektedir. Neticede yurt dışındaki faaliyetlerin icrası amacıyla yapılan yatırımlar ve bunların neticeleri, şirketin zorunlu olarak tutması gereken defterlerinde genel hatları ile ortaya konulacaktır. Ancak, somut olaydaki “*ihhtarname ile bilgi istendiği halde cevap verilmediği, bilgi alma ve inceleme hakkına istinaden şirketin genel merkezine gidilmesine rağmen belgelerin şirket merkezinde olmadığı ve şirket merkezinin terk edildiği bilgisinin verildiği, şirket gelirlerinin yurt dışı iştiraklerine aktarılarak şirketin içinin boşaltıldığı, pay sahibinin kâr payı hakkından mahrum bırakıldığı*” iddiaları karşısında, söz konusu kararın yerinde olduğu anlaşılacaktır.

## 2. İsviçre Mahkemelerinin Yaklaşımı

Ülkemiz uygulamasının aksine, özel denetim kurumuyla ilgili köklü bir geçmişe sahip olan İsviçre Mahkemeleri, TTK m. 438’de (İsv. BK. m. 697a) yer alan belirlilik kriterinin nasıl uyguladıklarına ilişkin fikir verebilecek örnek kararlara aşağıda yer verilmiştir.

### Örnek 1: İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 4A\_180/2017 sayılı kararı<sup>156</sup>:

#### Olayın Özeti:

Davacı pay sahibi BB’nin beyanlarına göre, E, F ve G anonim şirketleri, ana şirket olarak yine bir anonim şirket olan H holding şirketinde doğrudan ve dolaylı olarak paya sahiptir. Bu şirketler daha sonra A grup şirketlerini oluşturmuşlardır; ancak bu gruptaki pay sahipliği yapısı (pay sahipleri ve pay oranları) çeşitli açılardan net değildir. H Holding Şirketi’nde yönetim kurulu, I (başkan), abisi CB ve davacı BB’den oluşmakta iken; BB, 28.04.2016 yönetim kurulundan istifa etmiştir.

Davacı pay sahibi, Holding’in 2015 tarihli olağan genel kurulunda yönetim kurulunun A Grup şirketleri ile ilgili bir dizi soruyu yanıtlamasını talep etmesine rağmen sorularının cevaplanmaması üzerine, 14.01.2016 tarihli olağan genel kurul toplantısında, özel denetçi talep etmiş; genel kurul tarafından yapılan oylamada % 45’in olumlu oyuna karşı % 55 olumsuz oyu karşısında talep reddedilmiştir. Bunun üzerine pay sahibi, 29.03.2016’da, üç alanla ilgili belirli konuları netleştirmek için mahkemeden özel bir denetçi atanmasını talep etmiştir:

- E Anonim Şirketi’nde yönetim kurulu üyesi olarak I’nın atanmasından sonra, şirketin faaliyetlerinin durdurulması,
- H Holding Şirketi’ne yapılan kira ödemelerinde, CB tarafından yapılan indirimler,
- E Anonim Şirketi’ndeki yönetim kurulu faaliyetleri sebebiyle I’ya yapılan ödemeler.

Davacının iddiasına göre, CB ve I, H Holding Şirketi’nin tüm yapısını değiştirerek, iştiraklerini ticari amaçlar dışında tasfiye etmeyi amaçlamaktadır. Ayrıca, I, yöneticisi olarak faaliyetlerde bulunduğu ana şirket ve bağlı şirketlerde aldığı ücretleri, gerçek olandan farklı şekilde yansıtmaktadır.

01.03.2017 tarihli kararla, Mahkeme talebi kısmen onaylayarak özel denetçinin tayin edilmesine karar vermiştir. Mahkeme kararında özel denetçiden aşağıdaki soruların cevaplanmasını istemiştir:

1.1. BB’nin ayrılmasından itibaren E Anonim Şirketi tarafından verilen hizmetlere ilişkin olarak ne zaman ve hangi miktarlarda müşterilere muafiyet sağlanmıştır?

---

<sup>156</sup> (<https://www.bger.ch/>, erişim: 03.04.2018).

1.2. BB'nin ayrılmasından itibaren E Anonim Şirketi tarafından elde edilen net gelir nedir?

1.3. BB'nin ayrılmasından itibaren kaç tane müşteri E Anonim Şirketi ile olan sözleşmesini feshetmiştir ve tam tersine, E Anonim Şirketi ve I, kaç tane müşterisiyle arasındaki sözleşmeyi feshetmiştir?

1.4. Müşterilerin yararına E Anonim Şirketi tarafından sağlanan hizmetler karşılığı olarak müşteriler tarafından ödenmemiş fatura bedellerinin toplamı nedir ve bu faturalar ne zamandan beri tahsil edilmemektedir?

1.5. I'nın E Anonim Şirketi yönetim kuruluna seçilmesinden bu yana, kaç tane sözleşme sona erdirilmiştir ve bu sona erdirilen sözleşmeler hangileridir? Ayrıca, sona erdirilen sözleşmelerin şirketin geçen mali yıl içerisindeki toplam gelirine oranı nedir?

1.6. I'nın E Anonim Şirketi yönetim kuruluna seçilmesinden bu yana, yeni müşterilerle kaç tane sözleşme yapılmıştır ve bu sözleşmeler hangileridir?

1.7. E Anonim Şirketi'nin müşterileri ve üçüncü kişiler, BB'nin yönetim kurulundan istifası ve şirketle olan iş akdinin sona erdirilmesiyle ilgili olarak ne zaman, kim tarafından ve nasıl haberdar edildiler?

1.8. Yönetim kurulu seçimlerinden bu yana I ile E Anonim Şirketi, var olan müşterileri korumak için ne gibi önlemler almıştır?

1.9. Yönetim kurulu seçimlerinden sonra I, E Anonim Şirketi'nin müşterileriyle ne zaman ve hangi şekilde iletişime geçmiştir?

1.10. BB'nin yönetim kurulundan ayrılmasının ve E Anonim Şirketiyle aralarındaki iş akdinin feshedilmesinin şirkete olan maliyeti nedir?

1.11. E Anonim Şirketi tarafından yönetim kurulu üyesi I'ya ödenecek olan ücretler nelerdir?

1.12. I, E Anonim Şirketi yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığı süre içinde hangi esaslara göre ücret aldı?

**Örnek 2: İsviçre Federal Mahkemesi 20.06.2013 tarih ve 4A\_129/2013 Sayılı Kararı<sup>157</sup>:**

Federal Mahkemenin kararına yansıyan bu olayda, ilk derece mahkemesinin liste hâlinde tespit ettiği özel denetim konuları dikkat çekicidir:

**Olayın Özeti:**

2011 yılında, X Holding AŞ, şirket yönetim kurulu başkanı B'ye 1.250.000 CHF tutarında bir kredi vermiştir. 26.06.2012 tarihinde, davacı pay sahibi olan azınlık hissedarı A, bu krediyle ilgili olarak kredi karşılığında alınan teminatlar, karşılıklı alacaklar ile şirket ve yönetim kurulu üyeleri veya onların aile üyeleri arasında çıkar çatışmalarını önlemek için alınan tedbirler hakkında sorular

---

<sup>157</sup> (<https://www.bger.ch/>, erişim: 03.04.2018).

yönelmiştir. A tarafından yöneltilen sorularla ilgili olarak yönetim kurulu başkanı tarafından verilen cevapta yeterince bilgilendirme yapılmadığından A, 26.09.2012 mahkemeden özel denetim talebinde bulunmuştur. Mahkeme, 04.01.2013 tarihli kararlar, aşağıda yer alan soruları cevaplamak ve şu hususları araştırmak üzere avukat C'yi özel denetçi tayin etmiştir: *“2011 yılında B'ye sağlanan 1.25 milyon CHF krediyile bağlantılı olarak alınan teminatlar ve yönetim kurulu üyeleri (ve aileleri) ile şirket arasındaki çıkar çatışmasından kaçınmak için alınan tedbirler”*.

Kararın 3. maddesine göre, özel denetçi aşağıdaki soruları netleştirmelidir:

3.1. Kredinin amacı nedir?

3.2.1. Kredi için şirkete verilen teminatlar nelerdir (ayrıntılı bilgi) ?

3.2.2. Aldığı krediye karşılık teminat olarak şirketten alacağı primleri gösteren B, şirket kâr elde etmediği takdirde krediyi nasıl ödeyecektir?

3.2.3. Kredi karşılığında teminat olarak gösterilen (B'ye ödenecek) primlerin dağıtılmasının kriterleri nelerdir?

3.2.4. Yönetim kurulu ve/veya yönetim kurulu başkanı, niçin potansiyel bir ikramiyeyi mevcut bir krediye ilişkin geçerli bir teminat olarak kabul etmektedir?

3.2.5. 2011 yıllık raporunun (İşletme Raporu) 24. sayfasında verilen krediyle ilgili olarak yer alan “diğer teminatlar” nelerdir (ayrıntılı bilgi)?

3.3. Şirket ile yöneticiler arasında kredi ile bağlantılı olarak ortaya çıkacak muhtemel çıkar çatışmasından kaçınmak için hangi önlemler alındı?

3.4. Özel denetçi, mevcut olay bağlamında tamamlayıcı nitelikte ve kredi ile ilgili önemli nitelikte başka bulgular tespit etti mi?

Federal Mahkeme, kararında esas itibariyle şirketin yönetim kuruluna kredi verilmesiyle ilgili olarak özel denetim talep eden pay sahibinin hukuken korunabilir güncel bir menfaatinin olup olmadığını incelemiştir. Yapılan inceleme sonucunda Mahkeme, şirketin “mevcut piyasa koşullarına uygun olmayan şartlarda bir işlem yapmış” veya “*pay sahiplerine bir zarar vermiş*” olma ihtimaline binaen, “*kredi sözleşmesinin şartlarının uygun olup olmadığının tespiti*” için özel denetçi atanmasına karar vermiştir.

### **3. Kararların Toplu Değerlendirilmesi**

Ülkemiz özel denetim uygulaması bakımından özel denetim müessesinin gelişimini engelleyen en önemli sebebin, ilk derece mahkemesi tarafından verilen özel denetim talebinin reddi kararlarının, temyiz safhasında kesin hüküm olarak değerlendirilerek esasa ilişkin değerlendirme yapılmaması olduğu görülmektedir. Hâl böyle olunca, uygulamada birlik sağlanamadığı gibi özel denetim konuları sağlıklı tespit edilememektedir. Diğer bir önemli sebep ise, ilk derece mahkemelerinin özel denetçi atanmasına karar

verdikleri olaylarda, özel denetim konularını açık ve net bir şekilde ortaya koyamamalarıdır. Türk Mahkemelerinin verdiği kararlar incelendiğinde, özel denetimin hangi pay sahipliği hakkını kullanması için gerekli olduğunu sorgulamadan veya aydınlatılması istenen konu somut şekilde tanımlanmadan özel denetçi isteminde bulunduğu görülmektedir. Bu durum, özel denetçinin faaliyetlerini oldukça zorlaştıracak ve özel denetim raporu eğer konuyu aydınlatmada yetersiz kalırsa, yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecektir.

İsviçre uygulamasına bakıldığında, İsviçre Mahkemelerinin kendilerine gelen talepleri titizlikle inceleyerek özel denetimin konu sınırlamasını liste usulüyle yaptığı görülmektedir. Bu yaklaşım, bir taraftan özel denetçinin işlerini oldukça kolaylaştırırken, diğer taraftan davalı şirketin de özel denetim incelemesi sırasında neyle karşılaşacağına belirli olmasını sağlar. Böylelikle, özel denetim, amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işleri gereksiz yere aksatılmaksızın yapılmış olacaktır. Kanaatimizce bu yaklaşım, özel denetim kurumuyla hedeflenen amacın gerçekleşmesi ve davaların seri şekilde sona ermesi bakımından oldukça yerinde olup, Türk Mahkemelerine de yol gösterici niteliktedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, özel denetime ilişkin kararın yerinde olup olmadığını incelerken, özel denetim şartlarının yerine getirilip getirilmediğini somut olayla bağlantılı olarak ortaya koymaktadır. Böylece, bir taraftan özel denetim şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği doğru bir şekilde tespit edilmekte iken, diğer taraftan, sonraki olaylar bakımından ilk derece mahkemelerine yol gösterici ilkeler ortaya çıkabilmektedir.

## SONUÇ

Pay sahiplerinin pay sahipliği haklarını kullanabilmeleri tam ve doğru bilgilendirilmiş olmalarına bağlıdır. Özel denetim kurumuyla, paya bağlı haklarını kullanmalarını kolaylaştırmak amacıyla pay sahiplerinin bilgi düzeyini artırmak hedeflenmektedir. Zira özel denetim isteme hakkı, pay sahipliği hakkının genel kurulda daha bilinçli ve etkin şekilde kullanımına hizmet eden en etkin yoldur. Özel denetim kurumuyla güdülen pratik amaçsa, kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler hakkında tazminat ve ceza davası açılmasına olanak sağlayabilecek işlem ve eylemleri ortaya çıkarmak, bilançonun gerçeklik ve doğruluk ilkesine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini anlamak, esas sermaye arttırımı, azaltımı, tasfiye gibi işlemlerin kanun ve esas sözleşmeye uygun yapıp yapılmadığını saptamak ve yolsuz işlemlerin delillerini toplamaktır. Bu yönüyle özel denetim, pay sahiplerine yasal olarak verilmiş yönetim kuruluna yönelik genel bir tehdit veya baskı aracıdır.

Anonim şirketlerde hali hazırda zorunlu nitelikte bağımsız bir denetim mekanizması varken özel denetime ihtiyaç var mıdır sorusu akıllara gelse

de her iki kurum incelendiğinde, amaç ve metot bakımından birbirinden oldukça farklı işlemlere sahip oldukları görülecektir. Bağımsız denetçiler kanun tarafından belirlenmiş konularda (muhasabe, bilanço vs.) ve düzenli olarak denetim yaparken; özel denetçiler, sınırları pay sahiplerinin sorduğu sorular doğrultusunda mahkeme tarafından çizilmiş belirli konularda düzenli olmayan bir denetim yapar. Özel denetçinin denetim konusu ile ilgili bütün belge ve bilgileri inceleme yetkisi bulunmaktadır ve tüm işlemlerin genel bir incelemesi yapılır. Bağımsız denetimin konusunu ise, şirketin finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporunda yer alan finansal bilgiler oluşturur (TTK m. 398).

Özel denetim tâli nitelikte bir kurumdur. Özel denetim talep edilebilmesi için pay sahibinin öncelikle bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla bilgi alma ve inceleme kapsamında elde edilmiş veya talep halinde elde edilecek konularla ilgili özel denetime doğrudan başvurulamayacaktır. Buradan hareketle, özel denetim talep edilen konunun, önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme konusuyla sınırlı olduğu sonucuna da varılır. Özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olması gerekir. Pay sahibinin “*hukuken korunması gereken objektif güncel bir menfaatin*” olmaması durumunda özel denetim talep edilemeyecektir. Özel denetimin konusunu sadece belirli olaylar, özellikle ortaklıkla ilgili belirli vakıalar oluşturmaktadır.

Denetim konusunun belirli olması, varlığının tespitinde güçlükler yaşanacak subjektif bir kavramdır. Bu kavramı yorumlarken, özel denetçi tayinini talep eden pay sahibinin ya da azlığın, genellikle, şirketin dışında ve çoğunlukla yönetime dâhil edilmeyen, ortaklıkla ilişkisi genel kurula katılmak ve finansal tablolar ile raporlardan bilgi edinmekle sınırlı olduğu gerçeği dikkate alınmalıdır. Kanunda yer alan bu ilkenin, pay sahipleri yararına geniş yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla olayların belirliliğini ararken, her yönüyle somut bir şekilde ortaya konulmuş olanı değil, çerçevesi az çok çizilmiş olayları da bu kapsama dâhil etmek gerekir.

Kanunun gerekçesinden, “*belirli*” ifadesiyle, belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmediği; “*belirli*” kavramının, olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan anlamına geldiği ortaya konulmuştur. Belirli konu şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hâkim şirketin (işletmenin) kararları veya şirkete verdiği kayıplar olabilir.

Özel denetim, “*amaca uygunluk*” (yerindelik) denetimi olmadığından, ortaklık işleyişinin amaca uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin tespiti (organların takdir yetkisini inceleme) özel denetime konu olamaz. Yine, hukuka uygunluk denetimi olmadığından, bir davranışın hukuka uygun olup olmadığı, mantıkî illiyet bağının bulunup bulunmadığı, ne miktarda tazminat hakkının olduğu türünden hukuki sorunların aydınlatılmasını konu edinemez. Buradan



hareketle, X yılı bilançosunun kanuna uygunluk açısından değerlendirilmesi, anonim şirketin hammadde alım politikasının doğru olup olmadığı veya anonim şirketin çalıştığı sektördeki pazar durumu ve yönetim kurulunun bu pazarın isteklerine uygun çalışıp çalışmadığı türünden konular, özel denetimin konusunu teşkil edemez.

Özel denetim, pay sahiplerini ilgilendiren belirli olayları açıklığa kavuşturmayı hedef tutan bir inceleme aracı olduğundan, şirketin genel durumuyla ilgili özel denetim talebinde bulunulamaz. Zira özel denetim, belirli bir hedef olmadan yapılan bir inceleme aracı olmayıp, olayları tespit eden bir rapor niteliğindedir. Dolayısıyla şirketin genel durumunun araştırılması, kâr-zarar durumunun tespiti yahut belirli kararların kanuna uygunluğu türünden vakıalar özel denetime konu olamaz. Özel denetimin konusu, içeriği ve sınırları belli olan genel nitelik taşımayan somutlaştırılmış olaylardır. Dolayısıyla pay sahibinin bir hakkın ihlâl edilmiş olabileceği ümidiyle tamamen araştırmaya yönelik bir talep, özel denetime konu olamaz. Şirket sırrı ve araştırma konusunun objektif imkânsız olması da özel denetimin kapsamına dâhil olamaz.

Öğretide de isabetli şekilde belirtildiği üzere, *“anonim ortaklığın ürünlerinin pay sahiplerinden bazılarında düşük fiyata devredilip devredilmediği, şirketin yapmış olduğu bir sözleşmenin içeriği ve koşullarına, yönetim kurulu tarafından yapılan indirimler ve bunların nedenleri, sermaye arttırımında yeni pay alma hakkının kabul edilmemesinin gerekçeleri, şirkete katılımlar, maddi kaynakların kesilmesi, akrabalık ilişkileri ve bunun şirket işleyişindeki rolü, hammadde fiyatının altında mamul ürün satılıp satılmadığı, sebebi ve miktarı”* türünden konular, özel denetim kurumunun amacına uygun konulardır.

Yayınlanmış Yargıtay kararları incelendiğinde, ülkemiz uygulamasında, bilgi alma ve inceleme hakkı tam olarak kullanılmaksızın özel denetim isteminde bulunulduğu ve talep sahiplerinin konuyu sınırlandırmaksızın genel geçer ifadelerle talepte buldukları görülmektedir. Öte yandan, mahkemeler de önlerine gelen olaylarda, kabul ettikleri özel denetim taleplerini, belirli bir süzgeçten geçirip hukuki probleme çözüm bulmaya çalışacak bir yaklaşımla irdeleyerek özel denetim konusunu sınırlayamamaktadır. Özel denetimi uzun yıllardır uygulayan İsviçre Mahkemeleri, somut uyuşmazlıkta kendilerine yöneltilen talepleri analiz ederek, sistematik şekilde katalog sorular hazırlamak suretiyle özel denetimi görevlendirmektedirler. Kanaatimizce bu yaklaşım, özel denetim kurumuyla hedeflenen amacın gerçekleşmesi ve davaların seri şekilde sona ermesi bakımından oldukça yerinde olup, Türk Mahkemelerine de yol gösterici niteliktedir. Böylece, özel denetim, amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işleri gereksiz yere aksatılmaksızın yapılmış olacaktır.

### KAYNAKÇA

- AKBAY, Direnç; “Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu”, DEÜHFD, C. 21, Sa. 2, Y. 2019, ss. 629-660.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla; “Anonim Şirketlerde Özel Denetime İlişkin TTK md. 438 ve 439’a İlişkin Değerlendirmeler”, Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, ss. 55-76.
- ALTAŞ, Soner; Şirket Denetimi (Bağımsız Denetçi, Denetçi ve Özel Denetçi), Ankara 2015.
- ALTAY, Sıtkı Anlam; “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, Sa. 2, Y. 2013, ss. 55-76 (Özel Denetim).
- ALTAY, Sıtkı Anlam; “Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan), C. 2, Sa.1, Y. 2010, ss. 963-989 (Bağımsız Denetim).
- ARI, Ahmet; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Özel Denetim”, Legal Hukuk Dergisi, C. 9, Sa. 100, Y. 2011, ss. 1413-1442.
- ARI, Zekeriyya; Anonim Şirketlerin Denetimi, Bursa 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2019.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan; Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- ÇELİK, Aydın; “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006, ss. 77-115.
- DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, Nihan; Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı, İstanbul 2015.
- DOLU, Ali Murat; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, İstanbul 2017.
- GENCER, Hakan; Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları, Ankara 2019.
- GÜNAY, Gözde Engin; Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Özel Denetim, İstanbul 2018.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E., Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul 2009.
- GÜVEN, Şirin; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, Çankaya Üniversitesi Journal of Law, C. 8, Sa. 2, Y. 2011, ss. 134-175.
- HANNİ, Lino; “Worbereitung und Durchsetzung von Aktionärsklagen wie kann die Informationsasymmetrie überwunden werden?”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Sa. 4, Y. 2017, ss. 468-480.

- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf; Basler Kommentar II, 4. Auflage, Basel 2012.
- JANIG, Ronny; Die Aktienrechtliche Sonderprüfung, Baden 2005.
- KARASU, Rauf; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, BATİDER, Y. 2005, C. XXIII, S. 2, s. 71-114.
- KAYA, Arslan; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001. (Bilgi Alma Hakkı).
- KAYA, Arslan; “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, BATİDER, C. 31, Sa. 1, Y. 2015, ss. 61-83. (Özel Denetim).
- KENDİGELEN, Abuzer; Hukukî Mütalâalar, Cilt: XIII, İstanbul, 2013.
- KUNZ, Peter V.; “Zur Subsidiarität der Sonderprüfung”, SJZ 92 (1996), N. 1, ss. 1-5.
- KOCABIYIK, Sami; Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2018.
- MANAVGAT, Çağlar; “Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı”, BATİDER, C. XXX, Sa. 3, Y. 2014, ss. 41-61.
- MOROĞLU, Erdoğan; “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, İÜHFİM, C. 42, Sa. 1-4, Y. 1976, ss. 341-358. (Özel Denetçi).
- MOROĞLU, Erdoğan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, İstanbul 2016.
- NARBAY, Şafak; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul 2007, ss. 287-329.
- NARBAY, Şafak; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, İstanbul 2010. (Özel Denetim).
- ÖZDAMAR, Mehmet; “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Erol Ulusoy (edt.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Bası, Ankara 2016, ss. 259-290.
- ÖZKAN, Ömer; “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, BATİDER, Y.1999, C. XX, Sa. 2, s. 27-49.
- ÖZKORKUT, Korkut; Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara 2013.
- PASLI, Ali; “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, (Bilgi Toplumunda Hukuk), C. I, İstanbul 2003, s. 612-640.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar Hukuku, C.I, 13. Bası, İstanbul 2014. (Ortaklıklar Hukuku-I).

- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar Hukuku, C.II, 13. Bası, İstanbul 2017. (Ortaklıklar Hukuku-II).
- PULAŞLI, Hasan; “Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, ss. 589-613. (Mukayeseli Hukuk).
- PULAŞLI, Hasan; “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar, İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE 133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara, 2010, ss. 1857-1888. (Karar).
- PULAŞLI, Hasan; “İsviçre Federal Mahkemesinin Yeni Kararları Işığında Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Özel Denetçi Atama İsteminin Değerlendirilmesi” Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXIX, Ankara 2015. (Özel Denetçi Atama İstemi).
- PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Bası, Ankara 2018. (Şerh).
- SCHİMİDT-PACHİNGER, Sabine; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 3: §§ 118-178, Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (edt.), 4. Auflage, München 2018.
- ŞENER, Oruç Hami; Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2019.
- TEKİNALP, Ünal; “Özel Denetim Talebinin Genel Kurul Tarafından Kanuna Uygun Olarak Reddedilmesi Halinde AO’nun Kendini Koruması Sorunu”, Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, ss. 1275-1284.
- TOPÇUOĞLU, Metin; Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre İşlem Denetçisi ve Sorumluluğu (Niteliği, Görevleri, İşlem Denetçisi ve Denetçinin Sorumluluğu), Ankara 2011.
- TOPSOY, Fevzi; “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı”, Erol Ulusoy (edt.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Bası, Ankara 2016, ss. 291-337.
- TOROSLU, Mahmut Vefa; Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim, Ankara 2015.
- UÇAR BULUT, Gülnur Ceren; Anonim Şirketlerde Özel Denetim, Ankara 2018.
- ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın; Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.I, Ankara 2013.
- WEHNER, Markus; Die Sonderprüfung bei Kapitalgesellschaften, Wien 2011.

### **İnternet Kaynakları**

- <https://www.bger.ch/> (son erişim: 03.04.2019).
- <https://www.lexpera.com.tr/> (son erişim: 10.12.2019).
- <http://www.kazanci.com/> (son erişim: 02.02.2020).
- <http://legalbank.net/> (son erişim: 20.02.2020).

---

## HAKEMSİZ MAKALELER

---



# ÖRGÜTE YARDIMIN ÖZEL ŞEKLİ OLARAK TERÖR ÖRGÜTÜNE SİLAH SAĞLAMA SUÇU (TCK 315) (Yargıtay Kararları Işığında)

*The Crime of Providing Weapons to the Terrorist Organization,  
as a Special Form of aid to the Organization.  
(In the Light of the Decission Supreme Court)*

**Türker TÜRKOĞLU\***

Geliş Tarihi: 26.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Terör suçları, genel anlamıyla örgüte üye olma ve örgütün propagandasını yapma olarak öne çıkmakla birlikte, uygulamada karşılaşılan örgüte silah sağlama suçu; 3713 sayılı kanunda mutlak terör suçu olarak tanımlanan 5237 sayılı kanunun 315 maddesinde yaptırım altına alınan örgüte yardımın özel olarak düzenlendiği bir suç tipidir. Suçun faili örgüt üyesi olmayan kişidir. Örgüt üyesi ile örgüt üyesi olmayan kişi arasındaki ayırım failin terör örgütünün hiyerarşik yapısı içerisinde yer alıp almadığına göre değerlendirilmelidir. Silahlı örgütün hiyerarşisi içerisinde yer almayıp, silahlı örgüt faaliyeti kapsamında kullanılacağını bilerek kanun maddesinde seçimlik olarak yer verilen hareketleri yerine getiren fail hakkında bu madde hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda örgüt üyesi olup örgüt faaliyeti çerçevesinde kullanılmak üzere ülkeye silah sokan, ülkeye sokulmuş olan silahı nakleden depolayan failin eylemi TCK 314/2 maddesine tanımlanan örgüt üyeliği ile birlikte silahın niteliğine göre uygulanacak yasa maddesi ile yaptırım altına alınacak olup, silahlı örgüt üyesi olmayan failin bu eylemi bir bütün halinde TCK 315 maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Terör Suçu, Silahlı Örgüt Üyeliği, Örgüte Yardım, Türk Ceza Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu

## ABSTRACT

Terrorist crimes stand out as being members of the organization in general and making propaganda for the organization, but the crime of providing arms to the organization encountered in practice; It is the type of crime in which the aid to organization, which has been sanctioned in article 315 of the law numbered 5237, which is defined as absolute terrorist crime in the law no. The perpetrator of the crime is a person who is not a member of the organization should be evaluated according to whether the perpetrator is within the hierarchical structure of the terrorist organization. Knowing that the armed organization is not included in the hierarchy and will be used within the scope of the armed organization activity, this article will find application area for the perpetrator who fulfills the actions that are included in the law. Accordingly, the action of the perpetrator who is a member of the organization and who insert a weapon into the country for use within the framework of the organization, and stores the weapon transferred to the country, will be taken under sanctions with the law article to be applied according to the quality of the weapon, as well as the membership of the non-armed organization. Action will be evaluated as a whole within the scope of article 315 of the TCK.

**Keywords:** Terrorist Crime, Armed Organization Membership, Aid to the Organization, Turkish Penal Code, Anti-Terrorism Law

\* Hakim, Malatya Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, e-posta: turker.tturkoglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2311-8223.



## GİRİŞ

Örgüte hâkim olan hiyerarşik ilişki içinde olmamakla beraber, örgütün amacına bilerek ve isteyerek hizmet eden kişinin, örgütün hareketlerini kolaylaştıracak, yaşantısını sürdürmeye yönelik her türlü eyleminin örgüte yardım olarak değerlendirileceğine TCK 220/7 maddesinin kanun gerekçesinde yer verilmiştir. Yardım fiili kanunda tahdidi olarak sayılmamakla birlikte Terör örgütüne Silah Sağlama ve Terör Örgütünün Finansmanı istisnai olarak ayrıca yaptırım altına alınmıştır. Bu çalışmada Terörle Mücadele Kanunun'da mutlak terör suçu olarak tanımlanan ve TCK 315 maddesinde yaptırım altına alınan terör örgütüne silah sağlama suçunun, suçun faili olabilecek kişi, suçun oluşumuna sebebiyet verecek seçimlik hareketler, silahlı örgüt üyeliği suçu ile arasındaki ayırıcı ölçüt bakımından Yargıtay uygulamaları doğrultusunda, açıklanması amaçlanmıştır.

## Terör Örgütüne Silah Sağlama Suçu

Terör örgütüne silah sağlama suçu, 5237 sayılı yasanın 315 maddesinde Silah Sağlama başlığı altında, "Yukarıdaki maddede tanımlanan örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silah temin eden, nakleden veya depolayan kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanu'nun 315 maddesine ilişkin kanun gerekçesinde ise;" Madde metninde, silâhlı örgüt suçu kapsamına giren örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak üzere silâh, cephaneye veya benzeri maddelerin sağlanmasını, imal veya icat veya bunların naklini veya bu maddelerin hazırlanmasını veya bu maksatla yabancı memleketlerden Türkiye'ye söz konusu maddelerin sokulmasını veya saklanması ve taşınmasını ayrıca cezalandırmaktadır.

Suçun manevî unsuru, söz konusu fiillerin, örgütlerin amaçları bilinerek gerçekleştirilmesidir.

Söz konusu maddelerin kullanılması suretiyle ve örgütün faaliyeti çerçevesinde çeşitli suçların işlenmesi hâlinde; bu silâh ve cephaneyi temin eden kişiler, aslında bu suçların işlenişine yardım eden olarak sorumlu tutulmaları gerekir. Ancak, söz konusu fiiller bu madde kapsamında müstakil bir suç olarak tanımlandığı için, sadece bu suçtan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir." denilerek korunan hukuki yarara, suçun unsurlarına, suçu oluşturan seçimlik hareketlere, yardım fiili olarak değerlendirilen bu hareketlerin müstakil olarak 315. madde kapsamında yaptırım altına alındığına yer verilmiştir.

Bu doğrultuda öncelikli olarak değerlendirilmesi gereken, failin kanunda yer verilen seçimlik hareketleri yerine getirirken madde gerekçesinde

vurgulandığı üzere örgütün amaçlarını ve failce sağlanıp TCK 6 maddesine göre silah niteliğine haiz olan materyallerin örgüt faaliyeti çerçevesinde kullanılacağını bilmesidir. Bu açıklamaya göre fail doğrudan kast ile hareket etmeli örgüt amaçları doğrultusunda örgüt faaliyetleri çerçevesinde kullanılacağını bilerek söz konusu silah, patlayıcı madde cephaneyi sağlamış olmalıdır. Madde gerekçesinde yer alan “.. bu silâh ve cephaneyi temin eden kişiler, aslında bu suçların işlenişine yardım eden olarak sorumlu tutulmaları gerekir. Ancak, söz konusu fiiller bu madde kapsamında müstakil bir suç olarak tanımlandığı için sadece bu suçtan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.” şeklindeki açıklamadan hareketle suçun manevi unsurunun tespiti hususunda örgüte yardım suçunu düzenleyen TCK 220/7 maddesine bakılmalıdır. TCK 220/7 maddesinde yardım suçunun faili doğrudan “bilerek ve isteyerek yardım eden” kişi olarak belirlenmiş doğrudan kastın gerekliliğine burada da vurgu yapılmıştır. Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, örgüt üyesi olarak cezalandırılacağı belirtilmiş, anılan normun konuluş amacı, gerekçesinde; örgüte hakim olan hiyerarşik ilişki içinde olmamakla beraber, örgütün amacına bilerek ve isteyerek hizmet eden kişi, örgüt üyesi olarak kabul edilerek cezalandırılır denilerek vurgulanmıştır.<sup>1</sup> Yardım suçunun oluşması için yardım edenin kastının bulunması ve somut bir suça yönelik olması gerekmektedir. Terör örgütüne yardım suçunda kast edilen yardım ise özel düzenleme yapılan örgüte silah sağlama (TCK 315. md.), fon sağlama (6415 sy. 4. md.) dışında örgüte veya örgüt üyelerine bilerek ve isteyerek barınma, nakletme, istihbari bilgi sağlama, örgüt mensuplarının araştırma ve yakalanmalarını engellemeye yönelik imkan sağlama gibi her türlü yardımdır. <sup>2</sup> Sonuç olarak yardımın müstakil şekli olarak yaptırım altına alınan silah sağlama suçunda failin doğrudan kastla hareket ettiği ortaya konulmalıdır.

Terör örgütüne silah sağlama suçunun, kanunda tahdidi olarak sayılan yardım fiillerinden olmasına göre, <sup>3</sup> suçun faili yardım eden sıfatına haiz olacağından örgüt üyesi olmayan kişidir.

Örgüt üyesi, örgütün amacını benimseyen örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi, örgütle organik bağ kurup, örgütün faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumu tespit eden bağ olup üyeliği en önemli unsurdur.

<sup>1</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2017/3139 E -2019/4111 K

<sup>2</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2018/2918 E -2018/5439 K

<sup>3</sup> “..Yardım fiilleri örgüte silah sağlama ve terörün finansmanı dışında tahdidi olarak sayılmamıştır” Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2017/3139 E -2019/4111 K

Örgüte yardımda da veya örgüt adına suç işlemede de örgüt yöneticileri ve diğer mensuplarının emir ve talimatları vardır ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir. Silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak süreklilik çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır. Silahlı örgüte üye olmak; örgüte katılmayı, bağlanmayı, hiyerarşik gücün emrine girmeyi emreder. Burada örgüt üyeliğinin gerçekleşmesi için örgüte katılma iradesinin herhangi bir somut davranışla ortaya konulması ve iradenin devamlı katılmaya yönelik olması gerektirir. Örgüte katılanların örgütün gayesini bilerek ve benimseyerek bu örgüte girmiş olmaları gerekir.<sup>4</sup>Kişinin herhangi bir örgüte sempati duyması, hiç bir icrai hareket sergilememesi, örgüt üyeliği veya yöneticiliğini ortaya koyacak tarzda dış dünyaya yansıyan herhangi bir somut veri tespit edilememesi halinde şüphenin sanık lehine yorumlanarak kastı belirlenemediğinden örgüt üyeliğinden veya yöneticiliğinden söz edilmesi mümkün olamayacaktır.<sup>5</sup>

Söz konusu örgüte silah sağlama suçunda fail örgüt üyesi olamayacağı ve örgüte yardım eden kişi konumunda olacağından örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçuna değinmek gerekmektedir. Suç işlemek için örgüt kurma ve örgüt adına su işleme ile örgüte yardım etme suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK' nın 220 maddesi örgüte yardım suçunu iki ana unsur içerisinde değerlendirmiş, suç failini örgütün içerisindeki hiyerarşik yapıya dahil olmayan örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi olarak tanımlamıştır. Madde gerekçesinde ise örgüte hakim olan hiyerarşik ilişki içinde olmamakla beraber, örgütün amacına bilerek ve isteyerek hizmet eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Yardım failini işleyen failin örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmaması, yardımda bulunduğu örgütün TCK'nın 314. maddesi kapsamında silahlı terör örgütü olduğunu bilmesi, yardımın örgütün amacına hizmet eder nitelikte bulunması yardım ettiği kişinin örgüt yöneticisi ya da üyesi olması gereklidir. Yardımdan fiilen yararlanmak zorunlu değildir. Örgütün istifadesine sunulmuş olması ve üzerinde tasarruf imkanının bulunması suçun tamamlanması için yeterlidir.<sup>6</sup>Sanığın örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenecek somut bir suçla dair kasta dayanan ve yardım teşkil eden eyleminin, hem yardım edilen suç bakımından şeriklik kapsamında hem de şartları varsa amaç suç yönünden faillik kapsamında değerlendirilmesi gerekirken somut bir olaya dayanmayan ancak örgüt faaliyeti kapsamında kullanılmak/değerlendirilmek

---

<sup>4</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2017/16.MD-956 E ve 2017/370 K

<sup>5</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2016/6657 Esas 2017/362 Karar

<sup>6</sup> Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4.Ceza Dairesi 2018/3886 E 2019/1343 K

üzere gerçekleştirilen yardımların TCK'nın 220/7 maddesinde düzenlenen suçu oluşturacağı gözetilmelidir.<sup>7</sup> Her ne surette olursa olsun örgütün hareketlerini kolaylaştıran ve yaşantısını sürdürmeye yönelik eylemler yardım kapsamında görülebilir.<sup>8</sup> Örgütün faaliyetleri doğrultusunda işlenen suçlardan da ayrıca sorumluluk esası kabul edilmiş, yardım etme fiilleri de örgüt üyeliği kapsamında değerlendirilerek, bağımsız bir şekilde örgüte yardım suçuna yer verilmemiş gösterdiği vahamet dikkate alınarak örgüte silah sağlama şeklindeki yardım fiilleri 315. maddede bağımsız olarak, diğer yardım fiilleri ise örgütün niteliğine göre anılan yasanın 220 ile 314. maddeleri kapsamında yaptırma bağlanmıştır.<sup>9</sup> Örgüte yardım örgütün kendisine olabileceği gibi örgüt mensubuna bu durumunu bilerek yardım etme şeklinde olabilecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere Yardım fiilleri örgüte silah sağlama ve terörizmin finansmanı dışında tahdidi olarak sayılmamıştır. Bu doğrultuda silah sağlama suçunda fail örgütün hiyerarşisi içerisinde yer almayan, süreklilik çeşitlilik yoğunluk içeren örgütsel faaliyeti olmayan bu yönde dışa dönük icra davranışlar sergilemeyen, örgütün amacı doğrultusunda yada örgüt faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek örgüte yada örgüt mensubuna silah temin eden, sağlayan, bu amaçla silah depolayan, ülkeye sokan, ülke içinde nakleden kişi olacaktır.<sup>10,11</sup>

<sup>7</sup> Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 2.Ceza Dairesi 2017/1536 E 2018/159 K

<sup>8</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.11.1991 tarih, Esas 9-242, Karar

<sup>9</sup> Yargıtay 16.Ceza Dairesi 2019/1239 E 2019/5928 K

<sup>10</sup> “..Olay tutanağı, tanık beyanları, izleme tespit tutanağı, sanık savunması ve tüm dosya kapsamına göre; örgütle bağının olduğu tespit edilemeyen sanığın, örgüt üyesi olduğunu bildiği kardeşi olan diğer sanık Abdelkerim'den aldığı örgüte ait patlayıcı maddeyi hava alanından nakletmek isterken yakalanması şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 315. maddesinde düzenlenen silah sağlama suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..”Yargıtay 16.Ceza Dairesi 2018/3774 E 2018/4378 K

<sup>11</sup> “..yapılan incelemelerde poşet içerisindeki maddenin patlayıcı maddelerden potasyum klorat-kükürt karışımı ihtiva ettiği, eldiven kutusu üzerinden elde edilen parmak izinin de suça sürüklenen çocuk Mehmet Özdamar'a ait olduğunun tespit edildiği anlaşılmakla; olay öncesi örgüt çağrılarının varlığı, Emniyet Kriminal raporuna göre ele geçirilen patlayıcı maddenin niteliği ve yapılan çalışma sırasında güvenlik güçlerine taşlı saldırıda bulunulması hususları birlikte değerlendirildiğinde, suça sürüklenen çocuğun eyleminin TCK'nın 315. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütüne silah sağlamaya teşebbüs suçunu oluşturduğunun kabulü gerektiği, Yargıtay 16 Ceza Dairesi 2017/2690 E 2018/1020 K ...Örgütle organik bağ kurup örgütün hiyerarşik yapısına dahil olarak yoğunluk, çeşitlilik ve süreklilik gösteren faaliyetlerde bulunduğu dair yeterli ve kesin delil elde edilemeyen sanığın, oluş ve tüm dosya kapsamına göre, Suriye ülkesinde ikamet eden kimliği tespit edilemeyen örgüt üyesi Mehmet El Reşad'ın örgütsel amaçla kullanılmak üzere kendisine teslim ettiği patlayıcı maddeleri belirtilen yere gömerek gizlemeden önce yakalanması sonucu patlayıcı maddenin ele geçirildiği olayda, sanığın eyleminin kül halinde TCK'nın 315. maddesinde tanımlanan örgüte silah sağlama suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç

Suç failinin örgütün amacı doğrultusunda silah sağlaması yada taşıması şeklindeki eyleminde birden fazla kanun hükmünün ihlali şeklinde ortaya çıkan durumda TCK 44 maddesi uyarınca yaptırım miktarı bakımından ağır olan kanun hükmünün uygulanması yönünde hüküm tesisi yoluna gidilmekle birlikte, yukarıda vurgulandığı üzere kanuna yardımın özel şekli olarak tanımlanan örgüte silah sağlama suçu yine kanunda yer alan bu seçimlik hareketlerin yerine getirilmesi ile oluşmakta olup özel norm olarak öngörüldüğünden harekete uygun gerçekleştirilen eylem nedeniyle sadece TCK 315 maddesi uygulanacaktır.<sup>1213</sup>

Örgüt üyesi olan failin kanun metninde yer alan seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi halinde suça konu silahın niteliği dikkate alınarak TCK 314/2 maddesi ile birlikte sağlanan, depolanan, ülkeye sokulan yahut ülke içinde nakli gerçekleştirilen silahın niteliğine göre TCK 174 yada 6136 sayılı yasa hükümleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>14</sup>

---

vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması.” Yargıtay 16 . Ceza Dairesi 2018/3774 E 2018/4378 K

<sup>12</sup> “. PKK silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil oldukları yönünde haklarında delil bulunmayan sanıkların fikir ve eylem birliği içinde yakalanan silahları PKK silahlı terör örgütünün Sur ilçesinde bulunan mensuplarına ulaştırmaya çalıştığı olayda eylem hem 6136 sayılı Kanunun’un 12/1, hem de TCK’nın 315.maddesinde düzenlenen suçlara temas etmekte ise de; taşınması,nakledilmesi suç teşkil eden silahların silahlı terör örgütüne götürüldüğünün anlaşılmasına göre, içinde 6136 sayılı Kanunu’nun 12/1 maddesindeki suçu da barındırıp tüketmesi nedeniyle eylemin özel norm niteliğinde olan TCK’nın 315.maddesindeki suçu oluşturduğu” Yargıtay 16 Ceza Dairesi 2016/7002 E 2017/379 K

<sup>13</sup> “. vahim nitelikte 1 adet tüfek, tabanca ve mermileri ile 3200 gr patlayıcı maddeyi PKK terör örgütü ile iltisaklı PYD/YPG terör örgütüne götürürken yakalanan sanıklardan Ahmad Osman’ın PYD/YPG terör örgütüne üye olduğuna, sanıklardan Mehmet Subaşı’nın ise 2004 yılında ayrıldığı PKK veya PKK terör örgütü ile iltisaklı PYD/YPG terör örgütlerinin hiyerarşik yapısına yeniden dahil olduğu hususunda herhangi bir delil bulunmadığı da anlaşılacakla, sanıkların eyleminin bir bütün halinde TCK’nın 315. maddesinde düzenlenen silah sağlama suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek, 6136 sayılı Kanuna aykırılık ve tehlikeli maddelerin izinsiz bulundurulması suçlarından hükümler kurulması,” Yargıtay 16 Ceza Dairesi 2015/8277 E 2016/2279 K

<sup>14</sup> “...silahlı terör örgütlerinin üyesi olan failin bu seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi halinde ise, örgüt üyesi olmaktan TCK’nın 314/2 ve 6136 sayılı Kanuna aykırılık suçundan cezalandırılması gerekeceğinden; somut olayda sanığın müdafii huzurunda kollukta, Cumhuriyet Savcılığında ve Sulh Ceza Hakimliğinde sorgusunda vermiş olduğu ifadelerine ve tüm dosya kapsamına göre, olay öncesinde PKK terör örgütünün dağ kadrosu mensuplarıyla irtibatı olan ve örgütün kırsal alanda faaliyet gösteren silahlı mensuplarıyla beraber hareket eden, kendisine ait traktörü ile yüklü miktarda silah ve mühimmatı birçok kez örgütün istediği yere taşıyan, olay günü de suça konu silahları ve mermileri Risor bölgesinden örgüt mensuplarından teslim alıp sevk ettiği sırada yakalanan, örgütün silah sevkiyatları ve örgüt mensupları hakkında kod adlarına varıncaya kadar bilgi sahibi olan ve PKK terör örgütü içerisinde aktif bir şekilde faaliyet gösterdiği anlaşılan sanığın, süreklilik, yoğunluk

3713 sayılı yasanın 3. maddesinde bir kısım suç tipleri aynı yasanın 4.maddesinden farklı olarak terör amacıyla olup olmadığına yada suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılmaksızın terör suçu olarak kabul edilmiştir. Uygulamada mutlak terör suçu olarak adlandırılan bu suçların işlenmesi halinde kanun maddesinde sayılan suçlar açısından, 3713 sayılı yasanın 5 maddesinde anılan suç için, suçun yer aldığı kanun hükümleri doğrultusunda tayin edilen ceza üzerinden artırım uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Silah sağlama suçu 3713 sayılı yasanın 3 maddesinde tahdidi olarak sayılan mutlak terör suçlarından olup aynı yasanın 5 maddesi uyarınca fail hakkında TCK'nın 315. maddesi uyarınca tayin edilecek hapis cezası yarı oranında artırılarak hükmolunacaktır.

### **SONUÇ**

Terör örgütüne silah sağlama suçunda, somut olay değerlendirilirken, TCK 315 maddesinde yer alan ve suça vücut veren seçimlik hareketler olan, örgüt faaliyetlerinde kullanılmak üzere silâh, cephane veya benzeri maddeleri üreten, satın alan, temin eden, nakleden, depolayan failin, örgütün hiyerarşisi içerisinde yer alıp almadığı dolayısıyla silahlı örgüt üyesi olup olmadığı analiz edilmeli, örgüt üyesi olmayan failin eylemi örgüte yardım etme niteliğinde olacağından, yardım suçu açısından tahdidi olarak kanunda yer verilen silah sağlama suçunun, tek başına uygulama alanı bulacağı, örgüt üyesi olduğu tespit edilen fail hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan TCK 314/2 maddesi ile birlikte sağlanan silahın niteliğine göre TCK 174 veya 6136 sayılı yasa hükümlerinin ayrı ayrı uygulanması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

### **KAYNAKÇA**

- Uyap (Ulusal Yargı Ağı Projesi) / Yargıtay-BAM Karar arama / erişim tarihi 02/2020
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 11.06.2019 tarih 2017/3139 E - 2019/4111 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 04.12.2018 tarih 2018/2918 E - 2018/5439 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 11.06.2019 tarih 2017/3139 E - 2019/4111 K sayılı ilam
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26.09.2017 tarih 2017/16.MD-956 E - 2017/370 K sayılı ilam

---

ve çeşitlilik gösteren eylemlerinin, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmak suretiyle TCK'nın 314/2. maddesinde düzenlenen örgüte üye olma ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet etme suçlarını oluşturacağı gözetilmeden.. Yargıtay 16 Ceza Dairesi 2018/600 E 2018/1653 K “

- Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 4.Ceza Dairesi 05.11.2019 tarih 2018/3886 E - 2019/1343 K sayılı ilam
- Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 2.Ceza Dairesi 17.01.2018 tarih 2017/1536 E - 2018/159 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 14.09.2019 tarih 2019/1239 E - 2019/5928 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 20.11.2018 tarih 2018/3774 E - 2018/4378 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 26.02.2018 tarih 2017/2690 E - 2018/1020 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 20.11.2018 tarih 2018/3774 E - 2018/4378 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 25.01.2017 tarih 2016/7002 E - 2017/379 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 11.04.2016 tarih 2015/8277 E - 2016/2279 K sayılı ilam
- Yargıtay 16.Ceza Dairesi 22.05.2018 tarih 2018/600 E - 2018/1653 K sayılı ilam

# MÜLTECİLER İLE SİĞINMACILARIN ADALETE ERİŞİMİ BAĞLAMINDA BM İNSAN HAKLARI MEKANİZMALARI VE BELGELERİ

*UN Human Rights Mechanisms and Texts in the Context of Access  
to Justice of Refugees and Asylum Seekers*

**Dr. Ahmet ULUTAŞ\***

Geliş Tarihi: 28.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

## ÖZET

Bu çalışmada esas itibarıyla, mülteciler ile sığınmacıların adalete erişimi bağlamında BM insan hakları mekanizmaları ve belgeleri incelenmiştir. Bu çerçevede, konuya ilişkin BM perspektifi dile getirilmeden önce çok sayıda BM kuruluşuna ev sahipliği yapan BM Cenevre Ofisi hakkında kısa bilgi sunulmuştur. Daha sonra konunun kapsamı ve sınırlılıkları içinde kavramsal ve kurumsal çerçevenin ortaya konulması bakımından BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi ve Cenevre’de bulunan diğer insan hakları mekanizmaları kısaca ele alınmıştır. Çalışmanın geri kalan bölümünde ise adalete erişim bağlamında BM insan hakları belgeleri ve BM Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi incelenmiştir. Son olarak mülteci ve sığınmacıların adalete erişimlerinde karşılaştıkları belli başlı sorunlar ile bunlara ilişkin çözüm önerileri sergilenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Mülteciler, sığınmacılar, insan hakları, adalete erişim.*

## ABSTRACT

In this study, mainly the UN human rights mechanisms and documents are examined in the context of the access to justice of refugees and asylum seekers. In this context, brief information was provided about the UN Geneva Office, which hosted a number of UN organizations before the UN perspective on the issue was expressed. Later on, the UN Office of the High Commissioner for Human Rights and other human rights mechanisms in Geneva were briefly addressed in terms of introducing the conceptual and institutional framework within its scope and limitations. For the remainder of the work, UN human rights documents and the UN Covenant on Civil and Political Rights were examined in the context of access to justice. Finally, the main problems faced by refugees and asylum seekers in access to justice and their solution proposals are presented.

**Keywords:** *Refugees, asylum seekers, human rights, access to justice.*

---

\* Dr. Hâkim, Adalet Bakanlığı, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, ahmetulutas1@gmail.com, ORCID:0000-0001-5529-3048. Makale Gönderim Tarihi: 28.02.2020. Bu çalışma, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) ve Türkiye Adalet Akademisi iş birliğiyle 7-8 Aralık 2017 tarihlerinde Ankara’da düzenlenen “Mültecilerin Adalete Erişimi: Özgünlükler ve Kapasiteler” başlıklı Uluslararası Konferansta sunulan tebliğimiz esas alınarak hazırlanmıştır. Çalışmada, tebliğ konusu genişletilerek güncellenmiş ve dipnotlar eklenmiştir.



## I. BM CENEVRE OFİSİ HAKKINDA GENEL BİLGİ

BM Cenevre Ofisi (UNOG) dünyada BM'nin ikinci en büyük ofisi olarak kabul edilmektedir. Yılda ortalama 10.000'den fazla toplantı yapılmaktadır. Cenevre çapında 9.500 civarı BM personeli (1.600'ü UNOG Ofisinde olmak üzere) çalışmaktadır. Keza Cenevre, 40'tan fazla uluslararası kuruluş ile 400'den fazla sivil toplum kuruluşuna (STK) ev sahipliği yapmakta ve 179 devletin Daimi Temsilciliği bu şehirde bulunmaktadır.<sup>1</sup>

Öte yandan, BM Sisteminin yıllık aktivitelerinin üçte ikisi Cenevre'de gerçekleştirilmektedir. BM Cenevre Ofisi, doğrudan BM Genel Sekreterine karşı sorumlu bulunan bir Genel Müdür tarafından yönetilmektedir. Genel Müdür ise 35 yılı aşkın süre kamu hizmeti, gazetecilik ve diplomasi tecrübesi olduğu belirtilen Rus Tatiana Valovaya'dır.<sup>2</sup>

## II. GENEL OLARAK BM İNSAN HAKLARI MEKANİZMALARI

BM'nin kendi kurumsal yapısı içinde insan haklarına dokunan faaliyetleri olan yapılara baktığımızda, Genel Kurul'dan Güvenlik Konseyi'ne uzanan geniş bir paydaşlar topluluğu karşımıza çıkmaktadır.<sup>3</sup> Esasen, artık günümüzde doğrudan veya dolayısıyla insan haklarına dokunan karar ve uygulamalara sahip olmayan neredeyse hiçbir uluslararası kuruluş bulunmadığını söylemek herhalde yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda, BM'nin genel merkezinde bulunan 3 üncü Komite ve uluslararası mahkemeler de bu tabloda yerlerini almış bulunmaktadır.<sup>4</sup>

Öte yandan, BM bünyesinde imzaya açılan ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası sözleşmelerin taraf devletlerce uygulanmasının izlenmesine yönelik olarak BM bünyesinde çeşitli mekanizmalar oluşturulmuştur.

Söz konusu sözleşmeler, taraf olan devletler açısından hukuken bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Bu çerçevede, insan hakları alanında temel uluslararası belge olarak, 9 sözleşme ile bu sözleşmelere ek, Ek Protokoller ve bunların denetim organı olarak faaliyet gösteren 9 adet Komite ile bir Alt Komite bulunmaktadır.

Bunun yanı sıra, BM Şartı uyarınca Genel Kurul ve diğer BM organlarına verilen yetkiler dahilinde kurulmuş olan insan hakları organları da

---

<sup>1</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. [https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/\(httpHomepages\)/2C9BB9A453638E5180256F04006742C9?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/(httpHomepages)/2C9BB9A453638E5180256F04006742C9?OpenDocument) ; Erişim: 11.01.2020.

<sup>2</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. [https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/\(httpHomepages\)/2C9BB9A453638E5180256F04006742C9?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/(httpHomepages)/2C9BB9A453638E5180256F04006742C9?OpenDocument); Erişim: 18.01.2018; Ayrıca bkz. [https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/\(httpHomepages\)/\\$first?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/(httpHomepages)/$first?OpenDocument) ; Erişim: 08.11.2019.

<sup>3</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <http://www.un.org/en/sc/> ; Erişim: 18.01.2018.

<sup>4</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <http://www.un.org/en/ga/third/> ; Erişim: 18.01.2018.

bulunmaktadır. Bunlardan en başta geleni İnsan Hakları Konseyi'dir. Biz çalışmamızda öncelikle BM Şartının BM organlarına verdiği yetkiye dayalı olarak kurulan insan hakları mekanizmalarını inceleyeceğiz.

## **A. BM Şartı Kapsamında Kurulanlar**

### **1. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi**

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (İHYK), BM Genel Kurulu kararıyla 20 Aralık 1993 tarihinde kurulmuştur. Genel olarak Yüksek Komiserlik, Birleşmiş Milletler Şartı ve Temel İnsan Hakları Sözleşmelerinde tanımlanan insan haklarının korunması ve geliştirilmesinden sorumludur. Münhasıran insan haklarından sorumlu bir birim olarak İnsan Hakları Yüksek Komiserliğinin ihdas edilmesinin fikri altyapısı, 1993 İnsan Hakları Dünya Zirvesi ve Zirve'de üzerinde mutabakata varılan Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı ile tesis edilmiştir. İnsan Hakları Dünya Zirvesi tavsiyesi uyarınca BM Genel Kurulu, 48 inci Oturumu sırasında 1993 Aralık ayında İHYK'nın kuruluşuna ilişkin 48/141 sayılı kararı kabul etmiştir.

İHYK, farklı insan hakları izleme mekanizmalarına uzmanlık ve teknik destek sağlamaktadır. Bu mekanizmalar arasında, BM İnsan Hakları Konseyi dahil olmak üzere, BM Şartına dayanan mekanizmalar, uluslararası insan hakları sözleşmeleri tarafından oluşturulan mekanizmalar ve üye devletlerin sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesini denetleyen bağımsız uzmanlar yer almaktadır. Yüksek Komiserliğin, Cenevre'deki yönetim biriminin yanı sıra, New York'taki BM Merkezinde ve farklı ülkelerde 2015 sonu itibarıyla yerleşik 13 ülke ofisi ve 12 bölge ofisi/merkezi bulunmakta; bu ofislerde yaklaşık 900 civarında personel görev yapmaktadır.

Yüksek Komiser, BM Genel Sekreteri tarafından 4 yıllığına (bu süre bir defaya mahsus olmak üzere yenilenebilir) atanır ve Genel Kurul tarafından söz konusu atama onaylanır. Yüksek Komiserlik görevini 1 Eylül 2018 tarihinden bu yana Şili eski devlet başkanı Michelle Bachelet Jeria yürütmektedir.<sup>5</sup>

### **2. BM İnsan Hakları Konseyi**

BM Genel Kurulu tarafından 15 Mart 2006'da alınan A/60/251 sayılı kararla, zaman içinde itibar kaybına uğrayan İnsan Hakları Komisyonu'nun yerini almak üzere İnsan Hakları Konseyi (İHK) kurulmuştur.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/Mission/InfoNotes> ; Erişim: 18.01.2018; Ayrıca bkz. <https://www.ohchr.org/en/aboutus/pages/highcommissioner.aspx> ; Erişim: 11.11.2019.

<sup>6</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx> ; Erişim: 18.01.2018; Ayrıca bkz. Kevin BOYLE, New Institutions for Human Rights Protection, Oxford, 2010, s.11 vd.

İnsan hakları alanında faaliyette bulunan başlıca BM kuruluşu olan İHK, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi ile insan hakları ihlallerinin incelenmesi bakımından önemli bir forum oluşturmaktadır. Ayrıca, yerine geçtiği İnsan Hakları Komisyonu'ndan farklı olarak, Genel Kurul'a bağlı bir organ olarak kurulması, bu bağlamda daha yüksek bir statüde olması ve Komisyon'un görev ve yetkilerine ilaveten Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması (EPİM) kapsamında bütün devletlerdeki insan hakları durumunu inceleme yetkisine sahip olması, İHK'nın BM sistemi içerisindeki önemini arttırmıştır.

Kurucu BM Genel Kurulu kararı uyarınca İHK, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması alanında tavsiyelerde bulunma yetkisine sahiptir. İHK'da tematik konularda ve ülkelerdeki insan hakları durumuna ilişkin "kararlar" (resolution), ayrıca çalışma usullerine yönelik "usul kararları" (decision) alınmaktadır. İHK oturumlarında çeşitli gündem maddeleri altında çok sayıda belge ele alınmaktadır.

Bu çerçevede, çeşitli İHK kararları uyarınca BM Genel Sekreteri, BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri ile İHK tematik ve ülke mekanizmalarının raporlarının yanı sıra devletler, uluslararası kuruluşlar ve hükümet dışı kuruluşlar tarafından Sekretaryaya gönderilen belgeler ve Sekretarya tarafından hazırlanan notlar, İHK belgesi olarak yayımlanmaktadır.

### 3. İnsan Hakları Konseyi'nin Temel Organları ve Alt Kuruluşlar

İHK'nın uhdesinde bulunan izleme ve şikâyet mekanizmaları, Genel Kurul veya İnsan Hakları Konseyi kararlarına istinaden oluşturulmaları, bu bağlamda hukuki temellerini herhangi bir uluslararası sözleşmeden almıyor olmaları nedeniyle "sözleşme dışı mekanizmalar" olarak adlandırılmaktadır.

#### a. Özel Mekanizmalar

Özel mekanizmalar Özel Raportörler, Bağımsız Uzmanlar veya Çalışma Grupları tarafından işletilmektedir. Bunların bir kısmı konu, bir kısmı ise ülke temelinde faaliyet göstermektedir. Ülke mekanizmaları, İHK kararlarıyla belirlenen bazı ülkelerdeki insan haklarının durumunu, tematik mekanizmalar ise işkence, düşünce ve ifade özgürlüğü ve benzeri alanlardaki insan hakları ihlallerini incelemek ve İHK'ya rapor etmekle görevlidir.<sup>7</sup>

#### b. Şikâyet Mekanizması

İHK'nın reformu bağlamında eskiden "1503 Mekanizması" olarak bilinen gizli şikâyet mekanizması, geliştirilmesi amacıyla gözden geçirilmiştir. Bu mekanizma kişisel durumlardan çok, sistematik ve vahim insan hakları ihlalleri için kullanılmaktadır.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcompage.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

<sup>8</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

### c. Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması (EPİM)

Kurucu Genel Kurul kararında, İHK bünyesinde her devletin insan hakları alanındaki yükümlülüklerini ve taahhütlerini yerine getirmesini incelemek amacıyla EPİM'in oluşturulması kararlaştırılmıştır. Genel Kurul kararında, mekanizmayla ilgili olarak, objektif ve kaydadeğer bilgileri esas alması, devletlerin gönüllü işbirliğine dayanması ve kapasitelerinin geliştirilmesine yönelik ihtiyaçlarını gözönünde bulundurması, sözleşme denetim mekanizmalarını tamamlayıcı nitelikte olması ve İHK'nın evrenselliğini ve devletlere eşit muameleyi garanti altına alması yönünde birtakım unsurlar kabul edilmiştir. EPİM sürecinde, her ülkenin Çalışma Grubu raporunun hazırlanmasını kurayla belirlenen üç İHK üyesi ülke üstlenmektedir. Ayrıca, bu çalışmalarda Sekreteryanın yardımından yararlanılmaktadır.<sup>9</sup>

### d. Uzman Görüşü Sistemi Danışma Komitesi

İnsan Hakları Konseyi'nin selefi olan İnsan Hakları Komisyonu'nun uzman görüş organı olarak faaliyet gösteren "İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesi Alt Komisyonu" yerine 2008'de Danışma Komitesi (Advisory Committee) kurulmuştur. İnsan Hakları Konseyi kararları çerçevesinde, Komite'nin gündemindeki tematik konular arasında insan hakları eğitimi, gıda hakkı, kadın hakları, kayıp şahıslar, engellilerin hakları, cüzzamlı kişilere karşı ayrımcılık yer almaktadır.<sup>10</sup>

### e. Esasa İlişkin Çalışma Grupları

İHK kararları temelinde oluşturulan ve belirli tematik alanlarda çalışmalar yaparak uluslararası topluma tavsiyelerde bulunmayı hedefleyen çalışma grupları mevcuttur. Biz burada mülteci ve sığınmacılar açısından önem taşıyan iki çalışma grubunu inceleyeceğiz.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

<sup>10</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/HRCACIndex.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

<sup>11</sup> Mülteci statüsüne ilişkin olarak, sığınma/iltica ve mülteci kavramları karşımıza çıkmaktadır. Mülteci kavramı, günlük kullanımda sığınma/iltica talebinde bulunan yabancılar dahil geniş bir anlamda kullanılmaktadır. Oysa sığınma kavramı, uluslararası hukuk açısından bir statü olarak kabul edilen mülteciliği de içeren üst bir kavramdır. Bu bağlamda, iltica/sığınma, kişinin tabiiyetinde bulunduğu veya ikamet ettiği devletin ülkesini maruz kaldığı baskılar ya da kovuşturmalar sebebiyle terk ederek yabancı bir devletin ülkesine, diplomatik temsilciliğine veya konsolosluk binasına, harp gemilerine ya da uçaklarına girmesi ve koruma talebinde bulunması anlamına gelmektedir. İşte iltica/sığınma arayışındaki şahıs veya *sığınmacı* temel haklarının ihlal edildiği veya ihlal tehlikesiyle karşı karşıya olduğu gerekçesiyle kendisini bu tehlike karşısında korumayan veya koruyamayan devlet ülkesinden kaçarak koruma talep eden ancak henüz bu korumadan faydalanamayan kişidir. Dolayısıyla mülteci hukuku açısından mülteci, sığınma/iltica talep edenler arasında mülteci olabilmek için aranan şartları taşıyanları ifade etmektedir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.Ahmet Hamdi TOPAL, Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s.7.

### **i. BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu**

Çalışma Grubu, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun, 1991/42 sayılı kararıyla oluşturulmuştur. Grubun görev süresi her defasında üçer yıl olmak üzere İnsan Hakları Konseyi kararları ile uzatılmaktadır. Çalışma Grubu, dikkatine getirilen bireysel keyfi hürriyetinden yoksun kılma iddialarını araştırır. Bu konuda değişik metotlara başvurmakla birlikte genel olarak bireysel başvuruları şikâyet olarak değerlendirip konuya ilişkin olarak 60 gün içinde (*Çalışma Grubu, Çalışma Metotları Belgesi, para:15-16*) muhatap hükümet beyanını ve bu görüşe karşı başvuranın görüşlerini aldıktan sonra bir Görüş oluşturur. Çalışma Grubu, hürriyetten yoksun kılınmanın ne zaman keyfi sayılacağına ilişkin belirleme yaparken başvurduğu kriterlerini "*Factsheet No.26*" adlı belgede biraraya getirmiştir. Çalışma Grubu tarafından hürriyetten yoksun kılınmanın keyfi olduğuna karar verilmesi halinde ilgili hükümetçe ihlalin telafisi için alınması gerektiği düşünülen önlemler Grubun Görüş kararında sıralanır.<sup>12</sup>

### **ii. BM Zorla ve İradedışı Kaybolmalar Çalışma Grubu**

Çalışma Grubu, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun 29 Şubat 1980 tarihli kararıyla oluşturulmuştur. Başlangıçta 1 yıllığına ve 5 üyeden oluşmak üzere kurulmuşken, süreç içinde devamlı olarak görev süresi uzatılmaktadır. Çalışma Grubunun birincil görevi; ailelere, ortadan kaybolduğu ileri sürülen aile üyelerinin nerede olduğu ve akıbeti hakkında bilgi edinmelerinde yardımcı olmaktır.<sup>13</sup>

### **B. BM Sözleşmelerine Dayalı Olarak Kurulan İnsan Hakları Mekanizmaları**

Bunlar BM bünyesinde hazırlanarak imzaya açılan bir insan hakları sözleşmesine dayalı olarak kurulan mekanizmalardır. Bu nedenle sözleşme mekanizmaları olarak anılmaktadırlar. Komiteler, taraf devletlerce seçilen bağımsız uzmanlardan oluşmaktadır. Aralarında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, denetim görevlerini, taraf devletlerce sunulan dönemsel ülke raporları incelemek ve gerektiğinde ülke ziyaretlerinde bulunmak suretiyle yerine getirmektedirler. Komiteler, denetim görevlerinin dışında ayrıca, anlaşma hükümlerini yorumlama ve hükümlerin yorumlanmasında veya uygulanmasında çıkabilecek ihtilafları çözme yetkisine sahiptirler. Bununla birlikte, Komitelerin kararlarının taraf devletlerce uygulanmasını sağlamaya yönelik icra mekanizmaları ve uymama halinde yaptırım uygulama imkânları bulunmamaktadır. Öte yandan, devletlerin anlaşmalara taraf olmalarının

---

<sup>12</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

<sup>13</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

yanı sıra, Komitelerle işbirliği yapmaları ve tavsiyeleri ile kararlarına riayet etmeleri, insan hakları alanında arzulanan ve kendilerinden beklenen bir durum olarak kabul edilmektedir. Belirtildiği üzere, BM nezdinde imzaya açılan ve insan haklarına ilişkin olan sözleşmelere taraf olan ülkeler, âkit taraf olarak üstlendikleri yükümlülükler çerçevesinde, Komitelere dönemsel raporlar sunarlar.<sup>14</sup>

Ayrıca, sözleşmelere veya ek protokollerine taraf olmak suretiyle ya da sözleşmelere taraf olurken yaptıkları tek taraflı bildirimlerle, Komitelere tanıdıkları yetkileri tespit ederler. Türkiye, söz konusu 9 uluslararası sözleşmeden 8'ine taraftır.

BM bünyesinde yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin temelini, 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi oluşturmaktadır. İlk temel sözleşme ise, 21 Aralık 1965 tarihinde kabul edilen “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi”dir.

Söz konusu Sözleşmeyi aşağıdaki sözleşmeler izlemiştir:

- Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi;
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi;
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi;
- İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme;
- Çocuk Hakları Sözleşmesi;
- Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Sözleşmesi;
- Engelli Şahısların Hakları Sözleşmesi;
- Zorla Kaybolmalara Karşı Herkesin Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme.

### **C. Anayasanın 90 ıncı Maddesi**

Anayasanın 90/5 inci maddesi Türkiye'nin uluslararası hukuktaki ahdi yükümlülüklerinin tayini bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla, söz konusu maddenin ilgili bölümlerine burada işaret etmekte yarar bulunmaktadır.

Buna göre; Anayasamızın 90/5 inci maddesinde;“D. Milletlerarası anlaşmaları uygun bulma, Madde 90 – Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası anlaşmalar

---

<sup>14</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

*kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 m.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere Anayasamızda 2004 yılında yapılan değişiklikle usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlemesi getirilmiştir.

### **III. BM BELGELERİNDE MÜLTECİLER İLE SİĞINMACILARIN ADALETE ERİŞİMİ**

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

Konumuz bakımından önem taşıyan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ilgili maddelerini ileride daha ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Bununla birlikte, mültecilerin adalete erişimi bakımından bilhassa ilkesel düzeyde önem taşıyan diğer BM insan hakları belgelerine ise burada yer verilmiştir. Bunların bazılarını içeriğine çok girmeden saymakla yetineceğiz. Her ne kadar burada işaret edilen Genel Yorum ve Genel Tavsiye gibi bazı belgeler hukuki olarak bağlayıcı nitelik taşımasa da ilgili sözleşmenin Komite tarafından nasıl yorumlanıp anlaşıldığını göstermesi ve uygulamaya ışık tutması bakımından önem taşımaktadır. Buna göre, söz konusu BM belgelerinin başında BM Şartı ve BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi yer almaktadır. Konuyla ilgili BM sözleşmeleri şunlardır: BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (m.2, 14, 26); BM Engelli Hakları Sözleşmesi (Adalete Erişim, m.13); BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi; Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi; Çocuk Hakları Sözleşmesi (m.3, 12, 24). Bu noktada önem taşıyan diğer karar ve belgeler ise şu şekilde sıralanabilir: İnsan Hakları Konseyi Kararları (resolution, 34/21, 21.03.2017); BM İnsan Hakları Komitesi ve diğer Komitelerin Genel Yorumları; Mülteciler ve Göçmenler Hakkındaki New York Deklarasyonu (BM Genel Kurulu, 71/1, 19.09.2016).<sup>15</sup>

Yukarıda anılan ve Komiteler tarafından hazırlanarak kabul ve ilan edilen Genel Yorumlar ve Genel Tavsiyeleri daha ayrıntılı olarak incelemek bakımından, adalete erişim konusuna doğrudan değinenler burada listelenmiştir. Bunlar

---

<sup>15</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/InternationalStandards.aspx> ; Erişim: 21.02.2020; Ayrıca bkz. Yogesh TYAGI, The Human Rights Committee: Practice and Procedure, Cambridge, 2011, s.59 vd.

şunlardır: 1) BM İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumları (No.15 ve 32);<sup>16</sup> 2) BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Genel Tavsiyeleri (No.26, 32 ve 33);<sup>17</sup> 3) BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Genel Tavsiyeleri (No.22 ve 31);<sup>18</sup> 4) BM Çocuk Hakları Komitesi ve Göçmen İşçiler Komitesi'nin (CMW) birlikte hazırladıkları Genel Yorumları (Ortak Genel Yorum, No.3, 4 ve 10, 2017);<sup>19</sup> 5) BM İşkenceye Karşı Komite'nin Genel Yorumu (No.1);<sup>20</sup> 6) BM Engelli Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu (No.1).<sup>21</sup>

Konumuzla ilgili belli başlı BM belgelerini daha ayrıntılı olarak incelemeye geçecek olursak, bunlardan ilki olan BM Şartının 1 inci maddesinde BM'nin kuruluş amacı şu şekilde belirtilmektedir: *"3. Ekonomik, sosyal, kültürel ve insani nitelikteki uluslararası sorunları çözüme ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin, herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini başarmak,"*<sup>22</sup>

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 8 inci maddesinde *"Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır."* hükmü yer almaktadır.<sup>23</sup>

BM belgeleri içinde adalete erişimle ilgili düzenleme içeren Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne geçmeden önce yine adalete erişimle ilgili spesifik

---

<sup>16</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11) ; Erişim: 11.11.2019.

<sup>17</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx> ; Erişim: 11.11.2019.

<sup>18</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11) ; Erişim: 11.11.2019.

<sup>19</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11) ; Erişim: 11.11.2019.

<sup>20</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=1&DocTypeID=11) ; Erişim: 11.11.2019.

<sup>21</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx> ; Erişim: 11.11.2019.

<sup>22</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.un.org/en charter-united-nations/> ; Erişim: 18.1.2018.

<sup>23</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> ; Erişim: 18.01.2018. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, kendisi başlı başına bir anlaşma (Treaty) olarak kabul edilmemek ve daha çok geleceğe yönelik bir standart belirleme metni olarak kabul edilmekle beraber, Bildirgeden sonra BM nezdindeki çalışmalar devam etmiş, 1951 Sözleşmesi ve 1967 tarihli protokol gerçekleştirilmiştir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.Geoff GILBERT, Aspects of Extradition Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/ Boston/London, 1991, s.237.



hüküm içeren BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin "Adalete Erişim" başlıklı 13 üncü maddesine burada yer vermek istedik. Buna göre, söz konusu 13 üncü maddede "1.Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında adalete etkin bir şekilde erişimini sağlamalıdır. Bunun için usule ve yaşa uygun düzenlemeler yapılmalı ve soruşturma ve diğer hazırlık aşamaları ve tanıklık dahil tüm hukuki işlemlere doğrudan ve dolaylı katılımları kolaylaştırılmalıdır. 2. Taraf Devletler engellilerin adalete etkin bir şekilde erişimini sağlamak için polis ve cezaevi personeli dahil adalet sistemi çalışanlarının gerekli eğitimi almalarını sağlamalıdır" hükmü yer almakta ve adalete erişim konusuna açıkça vurgu yapılmış olmaktadır.<sup>24</sup>

## B. BM İnsan Hakları Sözleşmeleriyle Tanınan Hakların Genel Özellikleri

Bu başlık altında mukayeseli bir perspektiften 1951 Sözleşmesiyle tanınan haklar ile genel insan hakları sözleşmeleriyle tanınan haklar incelenecektir. Bu türden bir değerlendirme yapıldığında, ana hatlarıyla aşağıda yer alan tespitlere ulaşılmaktadır.

Buna göre, mültecilerin hakları 1951 Sözleşmesiyle belirlenmiştir.<sup>25</sup> Bununla birlikte, bu haklar insan hakları sözleşmeleriyle bir anlamda tamamlanmıştır.<sup>26</sup> Örneğin, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 1951 Sözleşmesine nazaran daha kapsayıcı ve daha koruyucu düzenlemeleri yalnızca ülke vatandaşları için değil mülteciler dahil herkes için getirmiştir. Diğer bir deyişle, bu Sözleşmeyle getirilen haklar evrensel nitelik taşımaktadır (*BM İHK, Genel Yorum, No.34, 2011, para:9*).<sup>27</sup>

Teknik olarak bakıldığında 1951 Sözleşmesi, klasik bir insan hakları sözleşmesi olarak değil taraf ülkelere belirli yükümlülükler yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir.<sup>28</sup> Öte yandan, sığınmacılar ise 1951

---

<sup>24</sup> Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx> ; Erişim: 21.02.2020.

<sup>25</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Manasi RAVEENDRAN, Plight of the Boat People: How to Determine State Obligations to Asylum Seekers, Notre Dame Law Review, Cilt:87, Sayı: 3, (2012), (ss.1278-1312), s.1282.

<sup>26</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Elena Fiddian-QASMIYEH/Gil LOESCHER/Katy LONG/Nando SIGONA (Ed), The Oxford Handbook of Refugee and forced Migration Studies Refugee and Forced Migration Studies, Oxford, 2014, s.209.

<sup>27</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf> ; Erişim: 18.01.2018.

<sup>28</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Vincent CHETAIL, Are Refugee rights HR? An Unorthodox Questioning of the Relations Between Refugee Law and HR Law, s.40, (in The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict, Ed. Andrew CLAPHAM/Paola GAETA, Oxford, 2014); Ayrıca bkz. Bruce BURSON and David James CANTOR, Human Rights and the Refugee Definition, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016, s.6; Mülteci hukuku konusunda karşılaştırmalı bir değerlendirme için bkz. William Thomas WORSTER, The Contemporary

Sözleşmesinin kapsamı dışında tutulmuştur (*non-refoulement* ve *cezai bağışıklık hükmü gibi birkaç husus hariç*).<sup>29</sup>

#### IV. MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA MÜLTECİLER İLE SİĞINMACILARIN ADALETE ERİŞİMİ

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin mülteciler ile sığınmacıların adalete erişimi konusundaki düzenlemelerine baktığımızda ise öncelikle ayrımcılık yasağını düzenleyen 2 nci madde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, söz konusu maddede; *"Madde 2.1. Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşmede tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür."* denilmektedir.

Aynı Sözleşmenin 26 ncı maddesi ise eşitlik kuralını getirmektedir. Buna göre; *"Madde 26. Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir."*

Sözleşmenin "adalete erişim" bakımından önem taşıyan etkin başvuru konusunu düzenleyen 2/3 üncü maddesinde ise şöyle denilmektedir;

*"Madde 2. 3. Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet:*

*(a) Bu Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her şahsın, bu ihlal resmi sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, etkin bir başvuru yoluna sahip olmasını (etkin şekilde telafi edilmesini) güvence altına almakla;*

---

International Law Status of the Rights to Receive Asylum, International Journal of Refugee Law, 2014, Cilt:26, No.4, (ss.477-499); Usulüne uygun olarak bir ülkede bulunan mültecilerin hakları konusunda ilave bilgi için bkz. James G. HATHAWAY, The Rights of Refugees Under International Law, Cambridge, 2005, s.657; Alice EDWARDS, Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention, Melbourne Journal of International Law, Cilt:13, (2012), (ss.595-635), s.599 vd.

<sup>29</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Vincent CHETAIL, s.69; Ayrıca mültecilerin hukuki statüsü ve hakları ile ilgili olarak çok sayıda çalışma yapan BMMYK'nın çıkardığı Rehber İlkelerin tam listesi için bkz. <http://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain?page=topic&tocid=50ffbce576f&toid=50ffbce579f&skip=0&querysi=guidelines&searchin=fulltext&sort=date> ; Erişim: 12.01.2018; Ayrıca bkz. Protecting Refugees: questions and answers; <http://www.unhcr.org/afr/publications/brochures/3b779dfe2/protecting-refugees-questions-answers.html> ; Erişim: 27.12.2017; Ergin ERGÜL, AİHS ve Türk Hukukunda Sınırdışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı, Ankara, 2012, s.32 vd.

(b) Böyle bir başvuruda (telafi talebinde) bulunan herkesin haklarının yetkili yargı, yürütme ya da yasama organlarıncı ya da Devletin yasal sisteminde öngörülen başka bir yetkili organ tarafından karara bağlanmasını ve yargısal başvuru (telafi) olanaklarının sağlanmasını güvence altına almakla;

(c) Bu başvuru (hukuki yollardan) yollarından sağlanan kararların yetkili organlarca uygulanmasını güvence altına almakla, yükümlüdür.”

Sözleşmenin adalete erişim bağlamında zikredilmesi gereken belki de en önemli maddesi ise 14 üncü maddedir. Bu madde adil yargılanma ve bu kapsamda mahkemeye eşit erişime ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Buna göre;

“Madde 14.1. Herkes mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes, bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve kamuya açık bir duruşma hakkına sahiptir.

...

3. Herkes, itham edildiği suçla ilgili olarak, tam bir eşitlik içinde, aşağıdaki asgari garantilere sahip olacaktır:

(a) Kendisine, en kısa zamanda ve anlayacağı bir dilde, aleyhindeki iddianın niteliği ve nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi;

(b) Savunmasını hazırlayabilmek ve kendi seçtiği avukatla temas edebilmek için yeterli zaman ve kolaylıkların tanınması;

(c) Gereksiz bir gecikme olmadan yargılanması;

(d) Yargılanmada hazır bulunması ve kendisini ya doğrudan ya da kendi seçtiği avukat yardımı ile savunması; avukatı yoksa, bu hakkının var olduğunun kendisine bildirilmesi; adaletin gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilmesi ve böyle durumlarda ödeme yapma olanağı yoksa bu yardımın parasız olarak sağlanması;

(e) Aleyhindeki tanıklara soru sorabilmesi ya da soru sordurabilmesi, lehindeki tanıkların da aleyhindeki tanıklarla aynı şekilde sorgulanabilmelerinin sağlanması;

(f) Mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa bir tercümanın parasız yardımının sağlanması;

(g) Kendi aleyhinde tanıklıkta bulunmaya ya da suç itirafına zorlanmaması.

4. Küçükler için yargılama bu kişilerin yaşları ve topluma yeniden kazandırılmaları düşüncesi gözönüne alınarak yürütülecektir.

5. *Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkûmiyet ve cezanın yasalara uygun olarak daha yüksek bir yargı organınca yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır.*

6. *Kesin bir kararla bir suçtan dolayı mahkûm olan ve daha sonra hakkındaki hüküm, adaletin yanlış tecelli ettiğini kat'i şekilde ortaya koyan yeni veya yeni ortaya çıkan bir maddi delil dolayısıyla bozulan veya bu sebeple affa uğrayan bir kişi, evvelce bilinmeyen maddi delilin zamanında ortaya çıkmamasında kısmen ya da tamamen kendi kusuru bulunduğu ispat edilmediği takdirde, böyle bir hükmün sonucunda ceza çekmesinin karşılığı olarak yasalara uygun şekilde tazminata hak kazanır.*

7. *Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkum olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz."*

Sözleşmenin 14 üncü maddesiyle teminat altına alınan haklar ve bu bağlamda maddeye hakim olan ilkeler ise genel olarak şunlardır;

- Adalete erişimde eşitlik ilkesi;
- Masumiyet karinesi;
- Küçüklerin yargılanmasında gözönüne alınacak ilkeler;
- Kararın gözden geçirilmesini talep etme (temyiz-istinaf) hakkı;
- Haksız karar ile mahkûm olanın tazminat hakkı;
- Çifte yargılama yasağı.

Konumuz bakımından önem taşıyan Sözleşmenin 14 üncü maddesine daha yakından bakacak olursak, maddeyle teminat altına alınan hakların gösterdikleri genel özellikler bağlamında ana hatlarıyla aşağıdaki başlıklar göze çarpmaktadır.

Adil yargılanma hakkı bir mahkemeye başvuru hakkını da içerir. Ancak 14 üncü madde ceza yargılaması dışında zorunlu hukuki yardımı öngörmez. Mahkeme tarafından verilen bir kararın infazının mümkün olması hususu, yargılamanın -ve etkili başvuru hakkının- entegre bir parçası olarak kabul edilmelidir. Keza silahların eşitliği prensibi de adil yargılamanın bir unsurudur.<sup>30</sup>

Söz konusu haklar vatandaş-yabancı ayrımı gözetilmeksizin "herkes" için tanınmıştır. Dolayısıyla, mülteci ve sığınmacılara da bu haklar eşit olarak tanınacaktır (*BM İHK, Genel Yorum, No.32, para.9, Karar No.468/1991, Olo Bahamonde v. Equatorial Guinea, para.9.4.*)<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.Nihal JAYAWICKRAMA The Judicial Application of Human Rights Law, Cambridge, 2002, s.482, 488, 492, 505.

<sup>31</sup> Bukonudadahagenişbilgi için bkz.[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11) ; Erişim: 18.01.2018.

Mahkemeye eşit erişim hakkı madde 14/1'de yer alır. Suçlanan mahkemede kullanılan dili anlamıyor ise bir tercümanın yardımından yararlanma hakkına sahiptir. Bu hak madde 14/3-f'de düzenlenmiştir ve bu hak vatandaşlara olduğu gibi yabancılara da uygulanır. Ceza yargılamasında temyiz hakkı madde 14/5'te düzenlenmiştir (*BM İHK, Genel Yorum, No.32, para.12, 40, 45, Karar no.450/1991, I.P. V.Finlandiya, para.6.2*).

## **V. MÜLTECİ VE SİĞINMACILARIN ADALETE ERİŞİMİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**

### **A. Mülteci ve Sığınmacıların Adalete Erişiminde Karşılaşılan Sorunlar**

Mülteci ve sığınmacılar bilhassa büyük göç hareketlerinde, adalete erişimde (ulusal mahkemeler, izleme mekanizmaları ve şikâyet mekanizmaları dahil olmak üzere) bazı engeller ve sorunlarla karşılaşabilmektedirler. Doktrin ve uygulamaya bakıldığında, mülteci ve sığınmacıların adalete erişiminde karşılaşılan sorunların genel olarak aşağıdaki başlıklar altında dile getirildiği görülmektedir.

- Buldukları ülke dilini bilmemek, kendi hakları ve yükümlülükleri hakkında yeterli bilgiye sahip olmamak, seyahat hürriyetlerindeki kısıtlılık, vatandaşların sahip olduğu yargılama garantilerinin kendilerine uygulanmaması, yetkin hukukçulara ve tercümanlara erişimde zorluk ve adli yardımdan yararlanamama;
- Sığınmacıların adalete erişim amacıyla yerel kolluk dahil mahkemelere başvuruda bulunmaları halinde yakalanacakları, gözaltına alınacakları ve/veya sınırdışı edilecekleri korkusu nedeniyle mağduru oldukları bazı suçların ihbar edilememesi;

Keza, şikâyetçi olmaları durumunda da, varolan adalet mekanizmalarından eşit şekilde yararlanamadıkları ve/veya kendileri için etkisiz kaldığı, bazı durumlarda yetkililerin tutumlarının önyargı ile malul olduğu, suç işlemeleri halinde vatandaşlara nazaran daha ağır cezalarla cezalandırıldıkları ve ayrımcı karar verme süreçleriyle karşılaştıkları da kaydedilmektedir.<sup>32</sup>

### **B. Mülteci ve Sığınmacıların Adalete Erişiminin Güçlendirilmesi Konusunda Öneriler**

Mülteci ve sığınmacıların adalete erişiminin güçlendirilmesi konusunda teori ve uygulamada ortaya konulan belli başlı öneriler ise şunlardır;

---

<sup>32</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.Promotion and protection of the HR of migrants in the context of large movements, Report of the UNHCHR, A/HRC/33/67, 13.10.2016, para.16-18; <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf> ; Erişim: 18.01.2018.

- Tüm mülteci ve sığınmacılara insan hakları sözleşmelerinde yer alan eşit ve etkin adalete erişimin sağlanması ve kolaylaştırılması, bu bağlamda;
- Yargı dışı başvuru mekanizmalarına, örneğin ulusal insan hakları kurumları, Ombudsmanlar, hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurunun da etkinleştirilmesi ve kolaylaştırılması,
- Mülteci ve sığınmacılara karşı uygulamada karşılaşılan ayrımcı tasarruf ve işlemler varsa bunlara son verilmesi,
- Mülteci ve sığınmacılara yönelik insan hakları ihlallerinde hesapverebilirliğin temini amacıyla, mahkemelerin, ulusal insan hakları kurumlarının, ombudsmanların ve ilgili diğer kurumların kapasitelerinin güçlendirilmesi,
- Mülteci ve sığınmacıların güvenilir hukuki bilgiye, etkin adli yardıma, yetkin ve mali olarak erişilebilir tercüme hizmeti ile yasal temsile eşit erişiminin mümkün kılınması,
- Mağdur hakları hizmetlerine bilhassa çocuk mağdurların eşit erişimlerinin sağlanması,
- Mülteci ve sığınmacılarla, adalete erişim bağlamında karşılaşılan hâkim, savcı ve kolluk görevlileri ile diğer görevlilerin bu kişilere uluslararası insan hakları hukuku uyarınca tanınan haklar ve öngörülen standartlar konusunda farkındalıklarının artırılması,
- Uluslararası adli yardımlaşmanın güçlendirilmesi,
- Adalete erişimin kolaylaştırılması amacıyla danışma merkezlerinin kurulması,
  - Bu bilgi ve danışma servislerinin çok dilli olması,
  - Adaletin her aşamasında çocuk dostu yaklaşımın benimsenmesi,
  - Uluslararası başvuru yollarının açık olması.

Mülteci ve sığınmacıların adalete erişimine ilişkin olarak küresel düzeyde faaliyet gösteren BM seviyesinde ise aşağıdaki önerilerin hayata geçirilmesinde yarar olabileceği düşüncesindeyiz. Buna göre;

- BM İnsan Hakları Konseyince Mülteciler, Sığınmacılar ve Göçmenler için İnsan Hakları Özel Raportörü atanması,<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Special Rapporteur on the human rights of migrants; <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/SRMigrantsIndex.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

- Her bir BM Komitesinin mülteciler-sığınmacılar konulu ve kendi sözleşmelerinde tanınan hakların bu kişi grupları bakımından yorumunu içeren bir Genel Yorum kabul etmesi;
- BM İnsan Hakları Konseyi bünyesinde gerçekleştirilen Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması (EPİM) bağlamında, incelenen ülkelerin mülteci ve sığınmacıların adalete erişimlerinde aldıkları önlemler konusunun daha fazla gündeme getirilerek ilgili ülkeye tavsiye konusu yapılması.

Mülteci ve sığınmacıların adalete erişiminin güçlendirilmesinin ne gibi yararlı sonuçları olabileceği sorusunun yanıtına ilişkin olarak, bu konuda en son “New York Deklarasyonu”nda önemli bir tespitin yer aldığı görülmektedir. Buna göre, diğer pek çok olumlu sonucu insanlık adına doğurmasının yanı sıra anılan Deklarasyon’da; “*Mülteci ve sığınmacıların adalete erişimlerinin kolaylaştırılmasının sosyal dışlanma, marjinalleşme ve radikalleşme riskini düşüreceği*” kaydedilmektedir (New York Deklarasyonu, para:39). Deklarasyonda yer alan söz konusu yararlı sonucun ise gerek ulusal düzeyde gerekse küresel düzeyde barış ve güvenliğe katkı yapabileceği hususu gözden kaçırılmamalıdır.<sup>34</sup>

## SONUÇ

Bu çalışmada esas itibarıyla, mülteciler ile sığınmacıların adalete erişimi perspektifinden BM insan hakları mekanizmaları ve belgeleri incelenmiştir. Bu çerçevede, konuya ilişkin BM bakış açısı ele alınmadan önce çok sayıda BM kuruluşuna ev sahipliği yapan BM Cenevre Ofisi hakkında kısa bilgi sunulmuştur. Daha sonra konunun kapsamı ve sınırlılıkları içinde kavramsal ve kurumsal çerçevenin ortaya konulması bakımından BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi ve Cenevre’de bulunan diğer insan hakları mekanizmaları kısaca ele alınmıştır.

Çalışmanın geri kalan bölümünde ise mülteci ve sığınmacıların adalete erişimi bağlamında BM insan hakları belgeleri ve bilhassa BM Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi incelenmiştir. Son olarak mülteci ve sığınmacıların adalete erişimlerinde karşılaştıkları belli başlı sorunlar ile bunlara ilişkin çözüm önerileri sergilenmiştir. Diğer bir deyişle, mülteci ve sığınmacılar bilhassa büyük göç hareketlerinde, adalete erişimde çok sayıda engelle ve sorunla karşılaşmaktadırlar. Mülteci ve sığınmacıların adalete erişiminin güçlendirilmesi konusunda teori ve uygulamada ortaya konulan belli başlı öneriler ise çalışmamızda sergilenmeye çalışılmıştır.

---

<sup>34</sup> Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.<http://www.unhcr.org/new-york-declaration-for-refugees-and-migrants.html> ; Erişim: 18.01.2018.

Adaletle erişim perspektifinden incelenen BM insan hakları mekanizmaları ve belgeleri göstermektedir ki konuya ilişkin BM insan hakları belgelerinde çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Ayrıca, BM sistemi içinde yer alan ve burada sergilenen mekanizmalara, herkes gibi mültecilerin de hak ihlali durumlarında başvuru olanağı bulunmaktadır. Öte yandan, insan haklarının geliştirilmesi ve ortaya çıkan ihlallerin giderilmesi bakımından, söz konusu mekanizmalara ilişkin farkındalığın artırılması önem taşımaktadır.

Mülteci ve sığınmacıların adaletle erişiminin güçlendirilmesinin ne gibi yararlı sonuçları olabileceği sorusunun yanıtına ilişkin olarak, bu konuda en son New York Deklarasyonu'nda önemli bir tespitin yer aldığı görülmektedir. Buna göre, diğer pek çok olumlu sonucu insanlık adına doğurmasının yanı sıra anılan deklarasyonda, mülteci ve sığınmacıların adaletle erişimlerinin kolaylaştırılmasının sosyal dışlanma, marjinalleşme ve radikalleşme riskini düşüreceği kaydedilmektedir.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

### KİTAPLAR

- **Kevin BOYLE**, *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford, 2010.
- **Bruce BURSON/David James CANTOR**, *Human Rights and the Refugee Definition*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2016.
- **Vincent CHETAIL**, *Are Refugee rights HR? An Unorthodox Questioning of the Relations Between Refugee Law and HR Law*, (in *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Ed. Andrew CLAPHAM/Paola GAETA, Oxford, 2014).
- **Alice EDWARDS**, *Temporary Protection, Derogation and the 1951 Refugee Convention*, *Melbourne Journal of International Law*, Cilt:13, (2012), (ss.595-635).
- **Ergin ERGÜL**, *AİHS ve Türk Hukukunda Sınırdışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme*, Yargı, Ankara, 2012.
- **Geoff GILBERT**, *Aspects of Extradition Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/ Boston/London, 1991.
- **James G. HATHAWAY**, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, 2005.
- **Nihal JAYAWICKRAMA**, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge, 2002.



- **Ed.Elena Fiddian-QASMIYEH/Gil LOESCHER/Katy LONG/Nando SIGONA**, The Oxford Handbook of Refugee and forced Migration Studies Refugee and Forced Migration Studies, Oxford, 2014.
- **Ahmet Hamdi TOPAL**, Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar, Oniki Levha, İstanbul, 2019.
- **Yogesh TYAGI**, The Human Rights Committee: Practice and Procedure, Cambridge, 2011.

#### MAKALELER

- **Manasi RAVEENDRAN**, Plight of the Boat People: How to Determine State Obligations to Asylum Seekers, Notre Dame Law Review, Cilt:87, Sayı: 3, (2012), (ss.1278-1312).
- **William Thomas WORSTER**, The Contemporary International Law Status of the Rights to Receive Asylum, International Journal of Refugee Law, 2014, Cilt:26, No.4, (ss.477-499).

#### İNTERNET KAYNAKLARI

[https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/\(httpHomepages\)/2C9BB9A453638E5180256F04006742C9?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/(httpHomepages)/2C9BB9A453638E5180256F04006742C9?OpenDocument); Erişim: 18.01.2018.

<http://www.un.org/en/sc/> ; Erişim: 18.01.2018.

<http://www.un.org/en/ga/third/> ; Erişim: 18.01.2018.

<http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/Mission/InfoNotes> ; Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/HighCommissioner.aspx>;  
Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>;  
Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>;  
Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>; Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/HRCACIndex.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/WGADIndex.aspx>;  
Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx> ; Erişim: 18.01.2018.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>;Erişim: 18.01.2018.

<http://www.un.org/en/charter-united-nations/> ; Erişim: 18.01.2018.

<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>;Erişim: 18.01.2018.

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf>;Erişim: 18.01.2018.

<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=topic&tocid=50ffbce576f&toid=50ffbce579f&skip=0&querysi=guidelines&searchin=fulltext&sort=date> ; Erişim: 12.01.2018.

Protecting Refugees: questions and answers; <http://www.unhcr.org/afr/publications/brochures/3b779dfe2/protecting-refugees-questions-answers.html> ; Erişim: 27.12.2017.

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11) ; Erişim: 18.01.2018.

Promotion and protection of the HR of migrants in the context of large movements, Report of the UNHCHR, A/HRC/33/67, 13.10.2016; <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/PrinciplesAndGuidelines.pdf>; Erişim: 18.01.2018.

Special Rapporteur on the human rights of migrants; <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/SRMigrantsIndex.aspx>; Erişim: 18.01.2018.

<http://www.unhcr.org/new-york-declaration-for-refugees-and-migrants.html> ; Erişim: 18.01.2018.

[https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/\(httpHomepages\)/\\$first?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/(httpHomepages)/$first?OpenDocument) : Erişim: 08.11.2019.

[https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/\(httpHomepages\)/2C9BB9A453638E5180256F04006742C9?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600583A0B/(httpHomepages)/2C9BB9A453638E5180256F04006742C9?OpenDocument) ; Erişim: 11.01.2020.

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx> ; Erişim: 21.02.2020.

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/InternationalStandards.aspx> ; Erişim: 21.02.2020.



---

## FOTOĞRAFLAR

---





Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR, Danıştay Başkanlığına seçilmesi nedeniyle Danıştay Mensupları ile Anıtkabiri ziyaret etmiştir.  
05 Eylül 2013



Danıştayın 146. Kuruluş Yıldönümü ve “Danıştay ve İdari Yargı Günü” etkinlikleri kapsamında Danıştay Başkanlığı konferans salonunda Cumhurbaşkanımız Sayın Abdullah GÜL’ün teşekkürleriyle tören yapılmıştır. 10 Mayıs 2014



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, Avrupa Birliği Danıştayları ve Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği'nin (ACA Europe) ev sahipliğinde Paris'te düzenlenen konferansa katılmıştır. 15-17 Haziran 2014



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, Varşova'da gerçekleştirilen Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliğinin (IASAJ) Yönetim Kurulu Toplantısı ve Seminerine katılmıştır. 21-24 Eylül 2014



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, Avrupa Konseyi ve Azerbaycan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi'nin Bakü'de düzenlediği konferansa katılmıştır. 23-26 Ekim 2014



Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Başkanı Sayın Şafak Öneri ve beraberindeki heyet, Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR tarafından makamında kabul edilmiştir. 04 Mart 2015





Kırgızistan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi Anayasa Dairesi Başkanı Mukambet Kasymaliev ve beraberindeki heyet, Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR tarafından kabul edilmiştir. 03 Haziran 2015



Bosna Hersek Federasyonu Hakimlik ve Savcılık Eğitim Merkezi Başkanı İsmet Trumic ve beraberindeki heyet, Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR tarafından kabul edilmiştir. 10 Haziran 2015



2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 65. maddesi uyarınca mesleki incelemelerde bulunmak üzere Balkan Devletlerine çalışma ziyareti gerçekleştirilmiştir.  
25 Temmuz – 06 Ağustos 2015



K.K.T.C. Yüksek Mahkemesinin 2015-2016 Adli Yıl Açılış Törenine katılmak üzere Kıbrıs'a resmi bir ziyaret gerçekleştirilmiştir.  
15-18 Eylül 2015



Yargıtay, Danıştay ve Adalet Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından Antalya'da "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri" konulu ortak bir Sempozyum düzenlenmiştir. 14-17 Ekim 2015



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR; Yasama, Yürütme ve Yargı Organlarının temsilcileri ile beraber Cumhurbaşkanlığı Külliyesinde düzenlenen akşam yemeğine katılmışlardır. 5 Ocak 2016



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2016 yılı açılış törenine katılmak üzere resmi ziyaret gerçekleştirmişlerdir. 29 Ocak 2016



Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen "Yargıda Zaman Yönetimi Sempozyumu"na katılmak üzere Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet Erzurum İline resmi ziyaret gerçekleştirmiştir. 21-23 Mart 2016



Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği (IASAJ) 2016 İstanbul Kongresi, Açılış Töreni Devlet Erkânının katılımıyla İstanbul'da gerçekleştirilmiştir.  
03 Mayıs 2016



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR, 12. IASAJ İstanbul Kongresi açılış konuşmasını gerçekleştirmiştir.  
03 Mayıs 2016



Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği (IASAJ) 2016 İstanbul Kongresi.  
03 Mayıs 2016



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR, çalışma ofisinde  
Kongreye katılan konukları ağırlamıştır.  
03 Mayıs 2016



Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN, Dolmabahçe Sarayı Muayede Salonunda kongre katılımcılarına hitap etmişlerdir.  
05 Mayıs 2016



Cumhurbaşkanı Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN'ın teşrifleriyle Dolmabahçe Sarayı Muayede Salonunda akşam yemeği düzenlenmiştir.  
06 Mayıs 2016



IASAJ Genel Kurul Toplantısı gerçekleştirilmiştir.  
06 Mayıs 2016





15 Temmuz hain darbe girişimi nedeniyle Danıştay Başkanı tarafından basın açıklaması gerçekleştirilmiştir.  
16 Temmuz 2016



Danıştayın 149. Kuruluş Yıldönümü ve “Danıştay ve İdari Yargı Günü” etkinlikleri kapsamında Danıştay Başkanlığı konferans salonunda Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN’ın teşrifleriyle tören yapılmıştır. 10 Mayıs 2017



Danıştay'ın 149. Kuruluş Yıldönümü Açılış Töreni.  
10 Mayıs 2017





Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR, makamında Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN'ı ağırlamıştır.  
10 Mayıs 2017



Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN, Danıştay'ın 149. Kuruluş Yıldönümü vesilesiyle Danıştay Başkanlığı özel defterini imzalamışlardır.  
10 Mayıs 2017



Danıştay'ın 149. Kuruluş Yıldönümü ve “Danıştay ve İdari Yargı Günü” etkinlikleri kapsamında Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR başkanlığında Danıştay Mensuplarından oluşan heyet Anıtkabiri ziyaret etmişlerdir. 10 Mayıs 2017



Danıştay'a yapılan menfur saldırıda hayatını kaybeden Yargı Şehidimiz Mustafa Yücel ÖZBİLGİN, aramızdan ayrılışının 11. Yıldönümünde kabri başında anılmıştır. 17 Mayıs 2017



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet tarafından idari yargıda istinaf kanun yolunun yürürlüğe girmesiyle 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete geçen Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi ziyaret edilmiştir. 22-23 Mayıs 2017



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, Gaziantep İline çalışma ziyareti gerçekleştirmişlerdir. 22-23 Mayıs 2017



Türkiye Adalet Akademisi ile yapılan işbirliği kapsamında, Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR'ün katılımlarıyla Kırşehir İlinde Vergi Hukuku Sempozyumu düzenlenmiştir. 20-21 Ekim 2017



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığına çalışma ziyareti gerçekleştirmişlerdir. 5-6 Kasım 2017



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet,  
İzmir Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığına çalışma ziyareti gerçekleştirmişlerdir.  
11-13 Şubat 2018



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet,  
Ankara'da bulunan bir yaşlı bakım merkezine ziyarette bulunmuşlardır.  
21 Mart 2018



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet,  
Konya Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığına çalışma ziyareti gerçekleştirmişlerdir.  
23 Mart 2018



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet,  
Konya Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığına çalışma ziyareti gerçekleştirmişlerdir.  
23 Mart 2018





Atatürk Orman Çiftliği içerisindeki “Danıştay 150. Yıl Hatıra Ormanı” alanında Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve Orman ve Su İşleri Bakanı Sayın Prof. Dr. Veysel EROĞLU’nun katılımlarıyla fidan dikim merasimi gerçekleştirilmiştir. 17 Nisan 2018





Danıştayın 150. Kuruluş Yıldönümü ve Danıştay ve İdari Yargı Günü etkinlikleri kapsamında Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR başkanlığında, Danıştay meslek mensuplarından oluşan heyet Anıtkabir ziyareti gerçekleştirmişlerdir. 9 Mayıs 2018



Danıştayın 150. Kuruluş Yıldönümü ve “Danıştay ve İdari Yargı Günü” etkinlikleri kapsamında, Danıştay Başkanlığı Konferans Salonunda Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN’ın teşrifleriyle tören yapılmış, Protokol binamızın resmi açılışı gerçekleştirilmiştir. 10 Mayıs 2018



Danıştayın 150. Kuruluş Yıldönümü açılış töreni.  
10 Mayıs 2018





Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN, Danıştay'ın 150. Kuruluş Yıldönümü vesilesiyle Danıştay Başkanlığı özel defterini imzalamışlardır.  
10 Mayıs 2018



Danıştayın 150. Kuruluş Yıldönümü ve Danıştay ve İdari Yargı Günü etkinlikleri kapsamında Danıştay Başkanlığı Konferans Salonunda sempozyum gerçekleştirilmiştir. 10-11 Mayıs 2018



Danıştayın 150. Kuruluş Yıldönümü ve Danıştay ve İdari Yargı Günü etkinlikleri kapsamında Danıştay Meslek Mensupları ile yerli ve yabancı konuklarımıza yönelik olarak Ankara ve İstanbul kültür turları düzenlenmiştir. 11-12 Mayıs 2018





Danıştayın 150. Kuruluş Yıldönümü ve Danıştay ve İdari Yargı Günü etkinlikleri kapsamında Sayın Cumhurbaşkanımız Recep Tayyip ERDOĞAN'ın himayelerinde Cumhurbaşkanlığı Huber Köşkünde yabancı konuklarımız ve meslek mensuplarımıza yönelik olarak akşam yemeği düzenlenmiştir. 12 Mayıs 2018





Danıştay Başkanlığı Konferans Salonunda “Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü” konulu bir panel düzenlenmiştir.  
22 Haziran 2018



Danıştay Başkanlığı tarafından “150. Yılında Şûrâ-yı Devletten Danıştay’a” isimli Uluslararası Sempozyum gerçekleştirilmiştir.  
24-27 Ekim 2018







Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet,  
Saray Engelsiz Yaşam, Bakım ve Rehabilitasyon merkezine ziyarette bulunmuşlardır.  
16 Kasım 2018





Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği'nin (IASAJ) Fransa'nın Paris kentinde düzenlenen Yürütme Komitesi toplantısına katılmışlardır. 26 Kasım 2018



Danıştay Başkanlığı Konferans Salonunda Ankara Bölge İdare Mahkemesi ile vergi uyuşmazlıklarında içtihat paylaşımı toplantısı gerçekleştirilmiştir. 10 Ocak 2019



T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına bağlı olarak hizmet veren Saray Engelsiz Yaşam Merkezi öğrencilerince üretilen el emeği ürünler Danıştay Hizmet Binasında sergilenmiş, etkinliğin açılış kokteyli Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR'ün katılımlarıyla gerçekleştirilmiştir. 17 Ocak 2019



Danıştay Başkanımız Sayın Zerrin GÜNGÖR Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından düzenlenen "Altıncı Yılında Ombudsmanlığın Dünü, Bugünü, Yarını" sempozyumuna katılarak açış konuşması yapmışlardır. 14 Şubat 2019



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki Danıştay Meslek Mensuplarından oluşan heyet Ankara Anadolu Medeniyetleri Müzesine ziyaret gerçekleştirmişlerdir. 19 Mart 2019



Danıştayın 151. Kuruluş Yıldönümü ve Danıştay ve İdari Yargı Günü etkinlikleri kapsamında, Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR başkanlığında, Danıştay Mensuplarından oluşan heyet Anıtkabir ziyareti gerçekleştirmişlerdir.  
9 Mayıs 2019



Danıştayın 151. Kuruluş Yıldönümü ve Danıştay ve İdari Yargı Günü etkinlikleri kapsamında, Danıştay Başkanlığı Konferans Salonunda Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN'ın teşrifleriyle tören yapılmıştır. 10 Mayıs 2019



Cumhurbaşkanımız Sayın Recep Tayyip ERDOĞAN, Danıştay'ın 151. Kuruluş Yıldönümü vesilesiyle Danıştay Başkanlığı özel defterini imzalamışlardır.  
10 Mayıs 2019



Danıştayın 151. Kuruluş Yıldönümü ve Danıştay ve İdari Yargı Günü etkinlikleri kapsamında, Danıştay Başkanlığı Konferans Salonunda sempozyum gerçekleştirilmiştir. 10 Mayıs 2019



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR, 9. St. Petersburg Uluslararası Hukuk Forumu'na katılmış ve "İnsan Hakları İhlallerinin Önlenmesinde Türkiye'nin Çözümler ve Göç Sorunu" başlıklı bir sunum gerçekleştirmiştir. 15 Mayıs 2019



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, Mexico City’de düzenlenen Uluslararası Yüksek İdari Yargı Mercileri Birliği (IASAJ) kongresine katılmışlardır. 24-27 Mayıs 2019



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki Danıştay Meslek Mensuplarından oluşan heyet, İstanbul’da düzenlenen Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi Kapanış Konferansına iştirak etmişlerdir. 23-24 Eylül 2019







Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR'ün katılımlarıyla Meslek Mensuplarımızdan oluşan bir heyet tarafından Kurtuluş Savaşı Müzesi (I. TBMM Binası) ile Cumhuriyet Müzesine (II. TBMM Binası) ziyaret gerçekleştirilmiştir. 25 Ekim 2019



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki Meslek Mensuplarından oluşan bir heyet, Gaziantep, Şanlıurfa ve Mardin illerimizde çalışma ziyareti ve sosyal etkinlik gerçekleştirmişlerdir. 31 Ekim-3 Kasım 2019





Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR'ün katılımlarıyla, Sakarya Meydan Muharebesi Tarihi Milli Parkı (Duatepe, Zafer Anıtı ve Müzesi, Sakarya Şehitliği), Gordion Tümülsü ve Arkeoloji Müzesine ziyaret gerçekleştirilmiştir. 7 Kasım 2019



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet, 75. Yıl Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezine ziyarette bulunmuşlardır. 27 Kasım 2019



Dünya Engelliler Günü münasebetiyle, Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR'ün katılımlarıyla, Saray Engelsiz Yaşam Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi atölyelerinde üretilen el emeği ürünlere ilişkin serginin açılışı gerçekleştirilmiştir. 5 Aralık 2019



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ile Danıştay Başsavcısı, Danıştay Başkanvekilleri ve Danıştay Daire Başkanları tarafından "Şûrâ-yı Devlet'ten Danıştay'a Müzesi"nin açılışı yapılmıştır. 3 Şubat 2020



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR'ün katılımlarıyla, Kızılcahamamda Danıştay Meslek Mensupları ve tüm Bölge İdare Mahkemelerinin temsilcilerinin katıldığı, daha önce Bölge İdare Mahkemeleri nezdinde yapılan çalışma ziyaretlerinin sonuçlarının değerlendirildiği içtihat paylaşımı toplantısı gerçekleştirilmiştir. 5-7 Şubat 2020



Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR ve beraberindeki heyet tarafından İspanya Danıştayına resmi çalışma ziyareti gerçekleştirilmiştir.  
15-18 Şubat 2020









Danıştay Başkanı Sayın Zerrin GÜNGÖR'ün katılımlarıyla, İzmir Devlet Tiyatrosunca "Annemin Son Çılgınlıkları" adlı tiyatro oyunu, Küçük Tiyatro'da Danıştay Başkanlığı için özel olarak sahnelenmiştir. 3 Mart 2020



Nisan 2020 • Sayı 42 • Yıl: 11

ISSN:1309-6826



Ahlatlıbel Mahallesi  
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı  
06095 Çankaya / ANKARA - TÜRKİYE

T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01

[taa.gov.tr](http://taa.gov.tr)