ISSN 1304-2408

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

MART-NİSAN / MARCH-APRIL: 2017 YIL/YEAR: 29 SAYI/ISSUE: 129

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

MART - NİSAN / MARCH - APRIL: 2017 **YIL/YEAR: 29** **SAYI/ISSUE: 129**

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu
Özlem Bilgilioğlu
Gizem Özkan
Musa Toprak

Danışma Kurulu / Board of Advisors
Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 75 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 07. 03. 2017

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. **a)** Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.

b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.

c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.

4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makal**e ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece** *eser adı İtalik* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**

Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

6. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.

7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.

8. Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.

9. Yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez.

Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçedir.

11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.

12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde "Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımı Yönetmeliği" çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM THE PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

11 Seher ÇAKAN
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi / Castration of Sex Offenders within the European Convention on Human Rigths

37 Ranâ GÖKSU
Yargılanan Vicdanî Ret Hakkı / The Right to Conscientious Objection on Trial

63 Özen KAYA GÖÇMEN / Ender DEDEAĞAÇ
Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergisel Sorumluluğu / Tax-Related Liability of Members of Board of Directors in Joint Stock Companies

107 Ahmet Emrah GEÇER
Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk v. Kusursuz Sorumluluk / The Liability of Legal Representatives from Public Debts: Fault Liability v. Strict Liability

133 Volkan ÖZÇELİK
Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre / Peremptory Term Determined by the Judge in the Law of Civil Procedure

161 Hüseyin Can AKSOY
Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk / Civil Liability for Damages Given to Domestic Animals Under Turkish and Swiss Laws

195 Şafak PARLAK BÖRÜ
Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış / The Institution of Liquidated Damages

229 Gizem KILIÇ ÖZTÜRK
Kira Tespit Davası ve Esasları / Declaratory Judgment Action for Rental and the Elements of It

261 Belin KÖROĞLU ÖLMEZ
Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni / Commercial Enterprise Pledge According to Movable Pledge in Commercial Actions Code

287 Ayşe Füsun ARSAVA
AB Yasama Tasarruflarına Karşı Birey Haklarını Koruma Mekanizması / Protection of Individual Rights Mechanism Against EU Legislative Acts

297 Meltem Ece OBA
Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı / Non-National Legal Rules and the Scope of Their Application

321 Ümmühan Elçin ERTUĞRUL / Tuğba SARIKAYA GÜLER
Ayrılıkçı Hareketlerin Ulusal Kurtuluş Hareketi Statüsü Kazanması: Hukuki ve Siyasi Boyutlar / The Acquisition of National Liberation Movement Status by Secessionist Movements: Legal and Political Aspects

347 Ferah GÜÇLÜ YILMAZ
Güçlü Bir Hukuk Devleti İçin Etik, Demokratik, Laik Eğitim Sistemi ve Eğitim Hukuku / For a Strong State of Law Ethics - Democratic - Laic Education and Training Law

389 Alparslan AYRAL
6306 Sayılı Yasa'nın Amaç Cümlesinin Dil Yanlışları Bakımından İncelenmesi Examination of Law No 3606 for Incorrect Word Placement

MAKALELER / ARTICLES

399 Başar YALTI
'Hukuk Devletinin Sonu'

başkan'dan*

Değerli Meslektaşlarım,

Anayasa değişikliği teklifi somutlaştığında, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu olarak derhal paketi inceledik. Uzman hukukçuların görüşlerini dinledik, onlarla değerlendirmelerde bulunduk. Gördük ki bu değişiklik teklifi; kuvvetler ayrılığını yok eden, mahkemeleri aynı zamanda parti genel başkanı da olabilecek devlet başkanına bağımlı kılan, dolayısıyla hakim ve savcıların üzerine iktidar partisinin il ve ilçe başkanlarını koyan, hukuki bilgiye ve hakka dayanan avukatlık mesleğinin de yerine iş takipçiliğini getiren çok sakıncalı düzenlemeler içeriyor. Aynı zamanda söz konusu değişiklik teklifinin, devlet başkanına tek başına eyalet benzeri kamu tüzel kişilikleri oluşturma, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na Türkiye'nin üniter devlet yapısını korumak amacıyla koyduğu çekinceleri tek başına kaldırma yetkisini verdiğini büyük bir endişeyle tespit ettik.

Yönetim Kurulu olarak Anayasa değişikliği teklifinin incelenmesinin, kamuoyuna anlatılmasının ve önlenmesi için kanunların izin verdiği her türlü çalışmanın yapılmasının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca Türkiye Barolar Birliği'nin ve barolarımızın görevi olduğuna karar verdik.

Bu amaçla, konusunun uzmanı hukukçu, iletişimci, toplum psikoloğu ve psikiyatrlardan oluşan bir çekirdek görev gücü oluşturduk.

İlk olarak değişiklik teklifini karşılaştırmalı bir tablo şekline getirdik. Böylelikle paketin ne getirdiğini ve ne götürdüğünü özellikle hukukçuların rahatlıkla değerlendirebileceği bir anlatıma kavuşturduk. Bu aşamada genç ve idealist hukukçu akademisyenlerden büyük destek aldık. Kendilerinin üniversitelerinde herhangi bir haksız baskı ve yaptırıma uğramamaları için isimlerini vermeyeceğim.

---

* TBB Başkanı Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'nun, Ulusal Dayanışma Platformu tarafından, 4 Mart 2017 tarihinde düzenlenen "Yaşasın Türkiye Cumhuriyeti" başlıklı toplantıda yaptığı açış konuşması.

Türkiye Barolar Birliği'nde bir bilgisayar programı arayüzü hazırlayarak karşılaştırmalı, notlu, açıklamalı çalışmamızı 100 bin avukat meslektaşımızın bilgi ve madde madde görüşüne sunduk. Çünkü bizim bu görevde bulunmamızın temel sebebi vatandaşlarımızın hukukunu savunan avukatları desteklemek idi. Öyleyse meslektaşlarımızın bu kadar hayati bir konuda hem bilgilendirilmeleri hem de görüşlerinin alınmasına ihtiyaç vardı. Meslektaşlarımızdan 20 binin üzerinde yorum geldi. Meslektaşlarımızın çok büyük bir çoğunluğunun görüşü Anayasa değişikliği paketinin, hukuk devletinin, adil yargılamanın ve demokratik düzenin vazgeçilmezi olan kuvvetler ayrılığına zarar verdiği yönündeydi.

Tamamen gönüllülük esasına dayanarak bir görev gücü olarak oluşturduğumuz çalışma grubumuz her gün bir araya geldi.

Süreç içinde izleyeceğimiz stratejiyi, yöntemi ve üslubu belirledik. Umutsuzluğa ve yılgınlığa kapılmış geniş toplum kesimlerine umut vermeliydik. "Hayırda umut var" mesajını her cümlemizin ana fikri yaptık. Söylem ve görsellerimizi bu şekilde belirledik.

Bu şekilde belirlediğimiz dil ve üslubun zaman içerisinde toplumda büyük bir kabul gördüğünü, herkes tarafından kullanılmaya başlandığını, Türkiye'nin her yerinde yanmaya başlayan çoban ateşlerinin bu şekilde birleştiğini mutlulukla gözlemledik.

Her aşamada elbette TBB Yönetim Kurulumuzun görüş ve değerlendirmelerini alarak ilerledik Özellikle baro başkanlarımızdan, TBB delegelerinden ve tüm meslektaşlarımızdan gelen bilgi ve önerilere göre sürekli kendimizi yeniledik.

TBMM'deki tüm milletvekillerine birer mektup göndererek Anayasa değişikliğinin Türkiye'nin üstün menfaatleri gözetilerek geri çekilmesi gerektiğini ifade ettik.

Komisyon ve Genel Kurul'daki tartışmaları takip ettik. Maalesef gördük ki çoğu milletvekilimizin paket hakkında derinliğine bilgisi yoktu. Teklifin Genel Kurul'dan geçeceğini anladık ve Yönetim Kurulu kararıyla dedik ki; Milletimizi bilgilendirmek için sahaya çıkıyoruz. İlk olarak değişiklik teklifinin ülkemiz ve Milletimiz açısından içerdiği büyük tehditleri açıklayan bir iki dakikalık sosyal medya videoları

çektik. İlk videomuz, Türkiye'de ilk olmasının da etkisiyle 38 milyon vatandaşımıza ulaştı. Bugüne kadarki tüm çekimlerimiz birkaç yüz milyon kere seyredildi. Ayrıca değişikliği en basit şekilde anlatmak üzere sosyal medya animasyonları hazırladık ve paylaştık. Bütün bunların çok etkili olduğunu, milli davanın etrafında milyonlarca vatandaşımızın kenetlendiğini gururla gördük.

Çalışma grubumuzda; zaman, imkan ve en üst fayda değerlendirmesi yaparak gidilecek şehirleri, ilçeleri, beldeleri belirledik.

"Hayır" kelimesine umut yüklemesi yapan logomuzu gönüllü uzmanlara çizdirdik. Örnekleri, anahtar kelimeleri, sloganları yazdık. Kendimizi, gelen milyonlarca sosyal medya ve saha geribildirimleriyle sürekli test ettik.

Toplumun her kesimine hitap edebilmemiz gerekiyordu. Bunun için güven veren Türkiye'nin ve Türk Milleti'nin menfaati söz konusu olduğunda her türlü baskıya göğüs gerebileceğini ispatlamış, partisel ve kişisel menfaatleri elinin tersiyle itmiş kişilerle yürümek zorundaydık. Prof. Dr. Süheyl Batum'u aradık. Sayın Cumhurbaşkanımızın pek çok danışmanı var, siz de halkımızın danışmanı olup bizimle yola çıkar mısınız dedik. Prof. Dr. Yusuf Halaçoğlu'nu aradık. Bizimle ülkeyi karış karış gezer misiniz dedik. Levent Gültekin'i aradık. Bizimle yollara düşer misiniz dedik.

Bu Anayasa değişikliğini sakıncalı ve tehlikeli bulan binlerce meslektaşımızı ve vatandaşımızı, saha ve sosyal medya çalışması için bilgilendirdik, çalışmamıza ortak ettik.

Aynı zamanda sosyal medyada bir canlı yayın strateji ve altyapısı oluşturduk. Bu sayede ülkenin herhangi bir yerindeki bir kahvehanede 50-100 vatandaşımızla yaptığımız sohbetlerin dahi milyonlarca kişiye ulaşmasını sağladık.

Çok basit anlatımlı bir broşür hazırladık, barolarımıza gönderdik, kamuoyunun da bilgisine sunduk. Vatandaşlarımız bu broşürü kendi imkanlarıyla bugüne kadar yüz binlerce belki de milyonlarca bastırıp dağıttılar.

Üniversitelere ulaştık, gençlerle kucaklaştık. Onları çalışmanın asli unsuru haline getirdik.

Öte yandan vatandaşlarımızın oy vermeye gitmesini teşvik amaçlı kamuoyu oluşturmaya başladık. Seçim güvenliğini sağlamak için eğitim programı yaptık, halk oylamasının milli iradeyi ortaya koymasını sağlamak yönünde çalışmalarımızı planladık. Parmaklar ayrı da olsa kolumuz birdir, o kol Yüce Türk Milletidir dedik. Hepimiz, 10 milyonlar tüm sıfatları, siyasi görüşleri, kavgaları bir kenara bıraktık sahip olduğumuz en yüce makama, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı makamına dayanarak davamız için kenetlendik.

Belki daha huzurlu, daha sakin, daha sıradan bir gündemde yaşıyor olmayı isteyebilirdik. Ancak o zaman bugünün tarihini başkaları yazar, biz de kitaptan okurduk. Şimdi yüreği Türk Milleti için çarpan milyonlar hep birlikte tarih yazıyor.

Biliyoruz, inanıyoruz, çalışıyoruz, başaracağız!

Türkiye için, Türk Milleti için…

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA CİNSEL SUÇ FAİLLERİNİN HADIM EDİLMESİ

CASTRATION OF SEX OFFENDERS WITHIN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGTHS

Seher ÇAKAN*

Özet: Cinsel suç faillerinin hadım edilmesi birçok devlet tarafından tartışılmaktadır ve hatta Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bazı eyaletler başta olmak üzere Avrupa'da da uygulama alanı bulmaktadır. Ancak Avrupa'da hadımın uygulanabilmesi için Sözleşmeci devletler taraf oldukları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun da düzenleme yapmalıdırlar. Bu makale de özellikle hadımın en çok tartışılan iki türü olan cerrahi ve kimyasal hadımın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygunluğunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği kararlar doğrultusunda inceleyecektir.

Anahtar Sözcükler: AİHS, AİHM, Kimyasal Hadım, Cerrahi Hadım

Abstract: In the modern world, the castration of sex offenders are argued by most of counties which are both from Europe and the United States. In order to castrate sex offenders in Europe, State Parties have to obey the Europen Convention on Human Rights. In this article, the much-discussed type of castrations which are surcigal and chemical will be explained within the ECHR and the case law of the ECtHR.

Keywords: ECHR, ECtHR, Chemical Castration, Surcigal Castration

I. KONUNUN SINIRLARI VE KAPSAMI

Son yıllarda cinsel suç faillerinin hadım edilip edilmeyeceği tartışmalı bir konu haline gelmiştir. Genel olarak halkın gözünden bakıldığı zaman, halk cinsel suç faillerinin hadım edilebileceklerini ve cinsel suç faillerinin hiçbir hakkı olmadığını düşünmektedir.[1] Ancak gerek

* Aksaray Üniversitesi İİBF Hukuk Bilimleri ABD Araştırma Görevlisi ve Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, sehercakan@aksaray.edu.tr

1 Bkz genel olarak Peter Brown, "'Castrate Em!' Treatments, Cures and Ethical Considerations in UK Press Coverage of 'Chemical Castration'" the Wiley-Blackwell Handbook of Legal and Ethical Aspects of Sex Offender Treatment and Management in Karren Harrison and Bernadatte Rainery, Wiley-Blackwell Publication, 2013.

ulusal gerekse de uluslararası antlaşmalara bakıldığında bir kimse cinsel suç faili olsa bile bir takım haklara sahip olduğu görülecektir.

Bireylerin rızaları dahilinde hadım yapılabilecekleri kabul edilmektedir fakat her zaman da kişiler gönüllü olarak hadım olmak istememektedirler. Çünkü hadımın anormal veya sapkın cinsel dürtüleri azaltması/yok etmesi yanında bir takım yan etkileri de vardır. Özellikle de cerrahi hadımın geri dönüşü mümkün olmayan sonuçları dikkat çekmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) bazı eyaletlerde belli koşullar altında kişinin rızası olmasa da kimyasal hadım edilebilecekleri kabul edilirken, Avrupa'da hadım uygulayan devletlerde kişinin rızasının olması temel koşuldur. Ancak kişinin sağlığının korunması amacıyla hadım bir zorunluluk ise bu durumunda rıza aranmayabilir. Bugüne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM ya da Mahkeme) hadımla doğrudan bağlantılı kabul edilebilecek sadece bir başvuru yapılmıştır. Bu nedenle de hadımla ilgili genel olarak Sözleşmedeki diğer hükümler ve Mahkemenin oluşturduğu içtihat çerçevesinde makele oluşturulmuştur.

Bu makalede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bağlamında cinsel suç faillerinin hadım edilmesi incelenecektir. Makale dört ana başlığa ayrılmaktadır. İlk olarak hadım hakkında genel bilgi verilecektir. İkinci olarak hadımın cinsel suç faillerine uygulanıp uygulanmayacağı ve sadece cinsel suç faillerine mi uygulanması gerektiği ile Avrupa'da hadım uygulamaları hakkında değerlendirme yapılacaktır. Daha sonra AİHS kapsamında hadımın uygulanabilirliği tartışılacaktır. En son olarak da Türkiye'de hadım ile ilgili düzenlemeler ve tartışmalara yer verilecektir.

II. GENEL OLARAK HADIM

Türk Dil Kurumu'na göre hadım "kısırlaştırılmış erkek" anlamına gelmektedir.[2] Tıp biliminde hadımın karşılığı olarak kastrasyon terimi kullanılmaktadır. Genel olarak hadım, kişinin hem üreme hem de

[2] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.575165335e8bb1.83775728 E.T.26.03.2016.

cinsel faaliyette bulunma yeteneğinin ameliyatla tamamen sonlandırılması ya da bazı ilaçların alınmasıyla belli bir süreliğine söz konusu faaliyetlerin durdurulması için yapılan tıbbi müdahalelere denir.[3]

Genel olarak hadımın kişinin cinsiyetine ilişkin belirtileri ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir[4] ve erkeklerde testislerin, kadınlarda ise yumurtalıkların işlevsiz kalması sonucunu doğurur.[5] Hadım, kısırlaştırmadan (sterilizasyondan) farklıdır. Kısırlaştırmada kadınların yumurta ve erkelerin de sperm kanallarının kapatılması yoluyla üreme yetisine son verildiği halde, cinsel arzu ve faaliyetlere zarar verilmez.[6] Böylece kısırlaştırmada temel amaç üreme faaliyetlerine son vermek olduğu halde, hadımda sapkın veya aşırı cinsel arzu, düşünce ve dürtülere son verme amacı olduğu sonucuna varılır. Cerrahi ve kimyasal olmak üzere iki çeşit hadımdan söz etmek mümkündür.

A. Cerrahi Hadım

Cerrahi hadım, cerrahi kastrasyon ya da orşiektomi olarak da adlandırılır. Bu yöntemle testislerin ameliyat ile alınmasıyla testosteron üreten hormonlar vücuttan uzaklaştırılmaktadır.[7] Testosteron hormonu salgılayan erbezlerinin tümünün alınması sonucu kişi üreme yeteneğini de kaybetmektedir ve bu nedenle de kişi üzerinde dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğurmaktadır.[8]

Cerrahi kastrasyon erkeklerde kolaylıkla testis torbasının açılması süretiyle lokal anestezi yapılarak kısa bir sürede yapılmasına rağmen, kadınlarda yumurtalıkların karın bölgesinde bulunması nedeniyle

---

3 Bkz A. Caner Yenidünya ve Yusuf Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?" TAAD, Yıl:4 Sayı:14, 2013, s.172; Zeynep Burcu Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-1" TBB Dergisi, Sayı 81, 2009, s.4; Murat Doğan, "Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara, s.138; Ramazan Çağlayan, "İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara, s.94.

4 Adnan Ataç, "Tıp Etiği Açısından Kastrasyon" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara, s.169.

5 Ataç, s.169.

6 Bkz M. Onursal Cin, "İnsan Üzerinde Deney ve Organ Nakli" http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale1-2.htm E.T.26.03.2016.

7 Bkz Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-1", s.7.

8 Bkz Harrison, "The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales", s.18.

cerrahi hadım daha zor bir yöntemdir.[9] Bu nedenle de kadınlar için daha çok ışın yoluyla kastrasyon[10] tercih edilmektedir.[11]

Cerrahi kastrasyonun canice işlenen cinsel suç failleri için uygulanması gereken adil bir ceza yöntemi olduğunu savunanlar bulunmaktadır.[12] Bu görüşe göre, cerrahi hadım organizmayı minimal düzeyde etkilediği için çok önemli bir ameliyat değildir ve uygulanan diğer cezalardan farklı olarak da süreklilik arz etmesi de bir avantaj olarak değerlendirilmektedir.[13] Ayrıca, cerrahi kastrasyonun cinsel suçları önlemede etkili olduğu ve "residivizm"[14] oranını düşürdüğü de savunulmaktadır. Örneğin Avrupa'da cinsel suçlulara ilişkin yapılmış olan bir çalışmada cerrahi hadım edilenlerde residivizm oranı yüzde üç iken, cerrahi hadım edilmeyenlerde bu oran yüzde kırk altıdır.[15]

Cerrahi kastrasyosyon işlemi geri dönülmez olmasına rağmen ameliyatın etkileri gerektiğinde sokaklarda satın alınabilen testosteron iğneleriyle azaltılabileceği savunulmaktadır.[16]

Cerrahi hadım özellikle cinsel suçlarla mücadelede cinsel dürtüleri ortadan kaldıran, kişiyi sakinleştiren olumlu yönlerinin yanında birçok olumsuz yan etkileri de bulunmaktadır.[17] Cerrahi kastrasyonun vücut kıllarında dükülme veya azalma, deride sarkıklık, göğüslerde büyüme, kalp ve solunum hastalıkları gibi ciddi yan etkileri olabilmektedir.[18]

---

9 Erhan Temel, "Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara, s.117.

10 Işın yoluyla kastrasyonda bedene ya da testislere bir defa ya da sürekli olarak ışın verilmesiyle ya da uterusa bir radium sondası yerleştirilerek gerçekleştirilen bir yöntemdir. Bu yöntem kadınlarda başarılı sonuçlar doğurmasına karşın erkeklerde başarılı bir sonuca ulaşılması ışının dozajına bağlıdır. (Temel, s.117.)

11 Bkz Temel, s.117.

12 Ataç, s.171.

13 Bkz Ataç, s.171; Akbaba,Anayasl Yöntem -1 s.8.

14 Residivizm, önceden bir suç işlemiş kişinin tekrardan aynı tip suçu işlemesi eğilimine denir. Örneğin, cinsel istismardan ceza almış bir kimse, söz konusu cezayı çektikten sonra tekrardan cinsel istismar suçunu işlemesi.

15 Bkz Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-1",s.8; Ataç, s.172.

16 Yenidünya ve Yaşar, s.178; Karen Harrison, "The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is Chemical Castration an Option?" *The Howard Journal of Criminal Justice*, Vol: 46/1 2007, s.19.

17 Yenidünya ve Yaşar, s.178.

18 Elizabeth Pitula ve Bernard College, "An Ethical Analysis of the Use of Medroypro-

Kimyasal kastrasyonun, cerrahi kastrasyona bir alternatif olark kullanılmaya başlanmasıyla birlikte, cerrahi kastrasyon artık uygulanmamaktadır.[19] Fakat kimyasal kastrasyonun ciddi sağlık sorunları yaratacağı durumlar ve kimyasal kastrasyonda kullanılan ilaçlara dirençli vakalarda gibi istisnai hallerde, cerrahi kastrasyon uygulanabilecektir.[20] Örneğin, kadınlarda rahim kanserlerinde ve endokrin fonksiyonlarının zararsız hale getirilebilmesi için uygulanırken,[21] erkekler de ise, prostat kanserinin büyümesini ve ilerlemesini engellemede cerrahi hadım uygulanmaktadır. Keza, transeksüellerin cinsiyet karmaşası yaşamasını önlemek için de bu yola başvurulabilmektedir.[22]

B.Kimyasal Hadım

Medikal kastrasyon olarak da adlandırılan kimyasal hadımda ameliyata gerek kalmadan, bazı ilaçların vücuda alınmasıyla testosteron üretemi durdurulabilmekte ve böylece kişinin cinsel isteği ortadan kaldırılabilmektedir. Başka bir deyişle, kimyasal hadımda kişi, cinsel ilişkiye girme yeteneğine sahip olmasına rağmen sadece cinsel ilişkiyi başlatamamakta veya cinsel haz hissedememektedir.[23]

Amerika'da Medroxyprogesterone acetate (MPA)[24] isimli ilaç tedavisi şeklinde uygulanırken, Avrupa ve Kanada 'da Cyproterone (CPA) isimli ilaçlar kimyasal hadım için kullanılmaktadır. MPA, Depo-Provera, Clinovir, Cycrin ve Hystron markaları adı altında satılırken, CPA ise Androcur, Cyprone, Cyprostat ve Dianette markaları ile satılmaktadır. Bu tür ilaçların kullanılmasıyla suç faillerinin testosteron seviyeleri azaltılarak cinsel dürtü ve isteklerin kontrol altına alınmasının amaçlandığı söylenebilir. Kimyasal kastrasyon cerrahi kastrasyonla

---

gesterone Acetate and Cyproterone Acetate to Treat Repeat Sex Offenders" http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:132381 E.T.27.03.2016, s.10.

19 Yenidünya ve Yaşar, s.179. Günümüzde Avrupa'da cerrahi kastrasyonu uygulayan tek ülke Çek Cumhuriyetidir.

20 Pitula ve College, s.10.

21 Hayrunisa Özdemir, "Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara, s.185-6.

22 Özdemir, s.186.

23 A. Caner Yenidünya, "Cinsel Suç Faillerinin Islahında Kimyasal Hadım Bir Tedbir Olabilir mi?" http://www.hukukihaber.net/cinsel-suc-faillerinin-islahinda-kimyasal-hadim-uygun-bir-tedbir-olabilir-mi-makale,3825.html E.T.01.01.2017.

24 Başlangıçta MPA gebeliği önleyici ilaç olarak kullanılmıştır.

kıyaslandığında daha insancıl bir yöntem olduğu kabul edilmekle birlikte, kimyasal hadımın da birçok olumsuz yan etkilerinin olduğu da kabul edilmektedir.

Kullanılan ilaçların yorgunluk, aşırı kilo alımı, hipertansiyon, başağrısı, insomnia, uyuşukluk gibi çeşitli yan etkilerinin olduğu gözlemlenmiş ve bunlara ek olarak, spermin miktar ve niteliğine etki ettiği için, oluşan fetusta defarmonyonlara neden olduğu da kabul edilmektedir.[25] CPA'nın MPA'ya göre yan etkilerinin daha hafif olduğu savunulmaktadır.[26]

Kimyasal nitelikteki söz konusu ilaçların uzun süreli hayvanlar üzerinde kullanılması sonucu köpeklerde göğüs kanserine ve maymunlarda rahim kanserine neden oldukları belirlenmiştir. Bu etkiler ilacın uzun süre kullanımıyla birlikte ortaya çıktığı savunulmuştur. Böylelikle de denebilir ki söz konusu ilaçların yan etkilerinin olduğu bilinmekle beraber uzun süreli etkileri tam olarak bilinmemektedir.

Kadınlar tarafından antiandrojenlerin kullanılmasında yan etkilerinin erkeklere oranla daha az olduğu kabul edilmekle birlikte, kimyasal hadımın kadın suçlular bakımından erkeklere oranla daha az etkili olduğu savunulmaktadır.[27] Bu nedenle de cinsel suç faili kadın olduğu zaman kimyasal hadımın uygulanabilirliği sorun teşkil edebilecektir.[28]

Kimyasal hadımın cerrahi hadıma göre geçici olması ve bu nedenle de olumsuz etkilerinin kaldırılabileceğinden dolayı cinsel suç failleri bakımından uygulanabileceğini kabul edenler mevcuttur.

III. HADIMIN UYGULANABİLECEĞİ GRUP VE AVRUPA'DAKİ HADIM UYGULAMALARI

A.Hadım Kimlere Uygulanmalıdır?

Hadımın cinsel suç faillerine uygulanması yönünde görüş birliği

---

25 Bkz Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-1", s.11.

26 Harrison, "The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales", s.21.

27 Charles L. Scott ve Trent Holmberg, "Castration of Sex Offenders: Prisoners' Rights Versus Public Safety" *The Journal of the Academy of Psychiatry and the Law*, Vol: 31/4, 2003, s. 508.

28 Kadınların cinsel suç faili olmaları erkeklere göre daha azdır ancak ülkemizde pek rastlanmasa da ABD ve Avrupa'da kadın faillerin olduğu da görülmektedir.

vardır. Ancak bütün cinsel suç faillerine değil sadece cinsel dürtülerini kontrol edemedikleri için suç işleyen faillere uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu gruba da psikiyatrik açıdan parafili olarak tanımlanan hastaların girdiği kabul edilmektedir. Egzibisyonizm[29] (teşhircilik, göstermecilik), fetişizm,[30] frottörizm,[31] pedofili,[32] cinsel mazoşizm,[33] voyörizm,[34] ve cinsel sadizm[35] parafilinin en çok görülen çeşitleridir.

Parafili hastaları arasından da özellikle pedofillere uygulanılması gerektiği tartışılmaktadır. Bunun da temel nedeni de pedofillerin aşırı veya anormal cinsel arzu ve isteklerinin olduğu ve bunları kontrol etmede zorluk çekmeleri olabilir. Buna söz konusu cinsel davranışların da savunmasız olan ve bundan yetişkinlere nazaran daha çok etkilenecek çocukların olması da diğer bir neden olarak eklenebilir.

Genel olarak ülke uygulamalarına bakıldığında örneğin ABD ve İngltere, suç işlendikten sonra cinsel suç faillerinin hadım edilmesi gündeme gelmektedir. Bu nedenle de sadece cinsel suç faillerinin hadım edilip edilmemesi gerektiği tartışılmaktadır. Kabul edilen bir diğer görüşe göre ise bir kimsenin suç işleyip işlemediğine bakılmaksızın, kimyasal hadım herkes için uygulanabilir olmalıdır.[36] Eğer bir kimsenin sapkın cinsel dürtü ve yönelimleri varsa, bu kişi kimyasal hadımı tedavi olarak kabul etmesi koşuluyla, hadım bu kişi/kişilere uygulanmalıdır.[37] Bu görüşün kabul edilmesinin temel nedenin de sapkın cinsel dürtü ve yönelimlerini kontrol edemeyen kişilerin suç işlemeden önce tedavi edilmesi gerektiğidir.[38]

---

29 Cinsel organların bunu beklemeyen bir yabancıya gösterilmesi.
30 Cinsel ilginin cansız nesnelere karşı yöneltilmesi.
31 Aynı zamanda sürtünmecilik olarak da bilinir. Rızası olmayan bir kişiye dokunma veya sürtünme ile cinsel yönelimlerin açığa çıkması.
32 Sübyancılık. Çocuklara karşı cinsel eylemde bulunma.
33 Kişinin kendisinin aşağılanma veya şiddet eylemine maruz kalarak cinsel haz almasıdır.
34 Gözetlemecilik- röntgencilik. Bir başkasının soyunurken veya cinsel ilişkiye girerken izlenerek cinsel davranış ve dürtülerin ortaya çıkarılması söz konusudur.
35 Cinsel doyum için bir başkasını aşağılama veya ızdırap çektirilmesi gerekir.
36 Karen Harrison, "Legal and Ethical Issues When Using Antiandrogenic Pharmacotherapy with Sex Offenders" Sexual Offender Treatment, Vol 3/2, 2008, s.6, http://www.sexual-offender-treatment.org/2-2008_01.html E.T. 25.03.2016.
37 Harrison, "Legal and Ethical Issues When Using", s.6.
38 Bkz Harrison, "Legal and Ethical Issues When Using", s.6-7.

Bu görüşler bağlamında denebilir ki sapkın cinsel dürtü ve yönelimlerini kontrol edemeyen herkesin kimyasal hadımı tedavi amaçlı olarak, tüm olumlu ve olumsuz yan etkilerinin detaylı anlatılması ve kişinin rızasının alınmasından sonra, isteyen herkese uygulanabilmelidir. Kimyasal hadımın uygulanması için bir kimsenin suç işlenmesi beklenilmemelidir. Eğer suç işleyen bir kimseye de uygulanacak ise özellikle de pedofili hastaları gibi sapkın veya anormal cinsel dürtülerini veya yönelimlerini kontrol edemeyen kişilere uygulanmalıdır.

B.Avrupa'da Hadım Uygulamaları

Cerrahi kastrasyon Danimarka, Almanya, Norveç, Finlandiya, Estonya ve İsveç gibi birçok Avrupa ülkelerinde 20. yüzyılın büyük çoğunluğunda yasal olarak uygulanmıştır.[39] Günümüzde de birçok Avrupa ülkesinde cerrahi hadım yasal olmasına rağmen, uygulanması yok denecek kadar azdır.[40]

Danimarka, Avrupa'da cerrahi kastrasyonu kanunlaştıran ilk ülke olarak bilinir. 1935 ve 1970 yılları arasında cinsel suç failleri için hapis cezası ya da cerrahi kastrasyon uygulanmasına girme konusunda tercih etme hakkı yasal olarak tanınmıştır. Ancak 1973 yılından sonra cerrahi hadım terk edilip kimyasal hadım uygulanmaya başlanmıştır ve günümüzde kimyasal hadımın uygulanabilmesi için terapik çözümlerin başarısız olması gerekir.[41] Dahası, kimyasal hadımın uygulanabilmesi için de kişinin hadım konusunda aydınlatılmış olması ve rızasının alınması gereklidir. Ayrıca, Danimarka'da cinsel suç failleri için özel bir hapishane oluşturulmuş olup kimyasal hadım uygulamasından önce ve sonra bu kimseler terapi görmektedirler.

Almanya 1933 yılında cinsel suç faillerinin cerrahi hadım edilmesini yasallaştırmıştır. 1945 yılında cerrahi hadım uygulaması kaldırılmıştır ancak kimyasal hadımın uyglanacağına dair herhangi bir yasal düzenleme yapılmamıştır. 1970 yılında cinsel suç failinin rızasına dayalı olarak hadımı uygulamaya başlamıştır.

İsveç'te 1944 yılında kabul edilen yasaya göre cerrahi hadım uygu-

---

39 Pitula ve College, s.10.

40 Karen Harrison, "The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales", s.19.

41 Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-1", s.23-24.

lanırken, günümüzde kimyasal hadım uygulanmaktadır. Yine diğer ülkelerde olduğu gibi kimyasal hadımın uygulanabilmesi kişinin rızasına bağlıdır. Ayrıca kimyasal hadım için kişinin cinsel dürtülerinden dolayı toplum için bir tehdit oluşturması gerekir.[42] Zorunlu hadım uygulamasına İsveç'te sadece akli açıdan ehliyetsizler için Ulusal Sağlık ve Sosyal Yardım Kurulu'nun izni gerekip söz konusu prosedür lisanslı bir doktor tarafından yapılmaktadır.[43]

İngiltere'de kimyasal hadım suçlunun talebi üzerine uygulanmaktadır. Buna ek olarak suçlular psikolojik olarak da desteklenmektedir.

Çek Cumhuriyeti'nde 1966 yılında gönüllü cerrahi hadım uygulaması cinsel suç failleri için kabul edilmiştir. Kimyasal hadım İngiltere, Almanya gibi ülkelerde uygulanırken, Çek Cumhuriyeti, günümüzde Avrupa'da gönüllü cerrahi kastrasyonu uygulayan tek devlettir. Cerrahi hadımın uygulanması için kişinin rızası gerekli olup 18 yaşını doldurması ve sapkın cinsel davranışlarının olduğu tıbbı olarak teşhis edilmelidir.[44] Cerrahi kastrasyonun tüm olumlu ve olumsuz yönleri hakkında kişinin detaylı olarak aydınlatılması gerekmektedir. Aynı zamanda, cerrahi kastrasyon sürecinin biri avukat, en az ikisi alanında uzman hekim ve konu ile ilgili uzmanlığı olmayan iki hekim olmak üzere toplam beş kişiden oluşan komisyon tarafından onaylanması gerekmektedir.[45]

Avrupa'daki devlet uygulamalarından anlaşıldığı üzere genel olarak kimyasal ya da cerrahi kastrasyonun uygulanabilmesi için cinsel suç faillerinin rızasının alınması gereklidir ve anormal veya sapkın cinsel dürtü ve yönelimlere sahip olması gerekir. Bu bağlamda da denebilir ki hadımın tedavi amaçlı olmalıdır. Avrupa'daki bu uygulama ABD'deki uygulama ile karşılaştırıldığında, ABD'de kastrasyonun bazı eyaletlerde koşullu salıverme şartıyla uygulandığı görülmektedir.[46] Bu nedenle kişinin rızasına dayanmadan ve cinsel suç failinin teda-

42 Sertaç Işıka, "Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon", İstanbul, 2012(Yükseklisans Tezi) s.123.
43 Işıka, s.123.
44 Voislav Stojanovski, "Surgigal Castration of Sex Offenders and its Legality: the Case of the Czech Republic" *Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe*, 2011, s.12.
45 Stojanovski, s.12.
46 Bkz Georgia, Loisiana, Oregon ve Kaliforniya.

vi edilmesinden ziyade cezalandırma amacı güttüğü sonucuna varılabilir. Avrupa'da ise kastrasyon tedavi amaçlı olarak uygulandığı ve cezalandırmadan ziyade failin topluma entegre edilmesi amaçlandığı söylenebilir.[47]

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA HADIMIN UYGULANABİLİRLİĞİ

A.İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

AİHS madde 3'e göre "*[h]iç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*"

Bu madde ile bireyin hem fiziksel bütünlüğü hem de onuru korunmaktadır.[48] Sözleşme, işkenceyi, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezayı istisnasız bir şekilde yasaklamaktadır. AİHS madde 15 de olağanüstü hallerde taraf devletlere yükümlülüklerini askıya alabileceği yönünde hüküm getirmiş olmasına rağmen, ilgili istisna 3. madde için söz konusu değildir. Sözleşme'nin 3. maddesindeki yasak mutlak olup başvurucunun işlediği iddia edilen suçun niteliği önem arz etmemektedir.[49] Hatta, kişi toplum için ciddi bir tehlike arz etse bile işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutulamaz.

Mahkeme işkence kavramı ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramlarının birbirinden farklı olduğunu belirtmiş ve söz konusu farklılığın esas olarak duyulan acının yoğunluğundan kaynaklandığını söylemiştir.[50] İşkence, AİHM tarafından "çok ağır ve zalimane ızdıraplara neden olan kasıtlı insanlık dışı muamele" olarak tanımlan-

---

47 Önleyici bir güvenlik tedbiri olarak hadımın uygulanması ile ilgili genel olarak bkz Zeycan Güzelsoy, "Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması" İstanbul, 2014 (Yükseklisans Tezi).

48 Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi- Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.125.

49 Gafgen v Almanya App No 22978/05 (ECHR 2010), para 87; V. v. Birleşik Krallık [GC], App No: 24888/94, (ECHR 1999-IX); para 69, Ramirez Sanchez v. Fransa [GC], App No: 59450/00, para 116, (ECHR 2006-IX); Saadi v. İtalya [GC], App No: 37201/06, (ECHR 2008) para 127.

50 İrlanda v Birleşik Krallık, App No:5310/71, (ECHR 1978), para 167; İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s.451; Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhankitabevi 2013, Ankara, s.198.(10. bası)

mıştır.[51] İnsanlık dışı muamele "ya fiziksel yaralanmaya ya da yoğun/şiddetli fiziksel veya ruhsal ızdıraba " neden olmalıdır[52] Bu bakımdan kişide yara bere bırakan muameleler 3. madde kapsamına girebilir.[53]

Mahkemeye göre ızdırap veya aşağılama, meşru bir şekilde yapılan muamele ya da verilen cezalandırmaya bağlı olarak ortaya çıkan ızdırap veya aşağılanmanın ötesinde olmalıdır.[54] Bu nedenle de kişilerin bedenlerine yapılan muamele sonucu ortaya çıkan yaralanmalar ve fiziksel acılar insanlık dışı muamele olarak kabul edilebilir.[55] Ruhsal ızdıraba neden olan eylemler de bu kapsama girebilir.[56]

Aşağılayıcı muamele "insan onuruna ağır saldırı içeren bir eylem" olarak tanımlanmaktadır.[57] AİHM göre Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında kötü muamelenin değerlendirilmesi için, kötü muamelenin asgari bir şiddet seviyesine ulaşması gerekir.[58] Bu asgari şiddet düzeyinin değerlendirilmesi görecelidir ve muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkiler ve bazı davalarda mağdurun yaşı, cinsiyeti ve sağlığı gibi koşullar da dikkate alınmaktadır.[59]

Bir muamele ve/veya ceza, bir kişiyi başkalarının önünde ağır şekilde aşağılıyorsa ya da kendi istek veya düşüncelerine karşı hareket etmeye zorluyorsa, söz konusu muamele ve/veya ceza onur kırıcı olarak kabul edilecektir.[60] Kişinin utandırılmış olması onur kırıcı bir davranış olarak nitelendirilmesi için yetersizdir. Ancak bir kimse kendi gözünde aşağılanmış olması onur kırıcı bir davranış olarak kabul edilmesi için yeterlidir.[61]

Yukarıda belirtilen bilgiler ışığında cerrahi ve kimyasal kastrasyon değerlendirildiğinde, cerrahi kastrasyonda kişinin rızası yoksa 3.

---

51 İrlanda v Birleşik Krallık, para 167.
52 Kundla v Polonya App No: 30210/96, (ECHR 2000), para 92.
53 Doğru ve Nalbant, Cilt 1, s.127.
54 Kundla v Polonya, para 92.
55 Doğru ve Nalbant, Cilt 1, s.139-40.
56 Doğru ve Nalbant, Cilt 1, s.140.
57 Doğru ve Nalbant, Cilt 1, s.140.
58 Jalloh v Almanya, App No: 54810/00, (ECHR 2006), para 67.
59 Jalloh v Almanya, para 67.
60 Bernadette Rainey ve Karen Harrison, "Pharmacotherapy and Human Rights in Sexual Offenders: best of friends or unlikely bedfellows?" http://www.sexual-offender-treatment.org/2-2008_02.html E.T. 31.03.2016, s.3.
61 Tyrer v Birleşik Krallık, App No:5856/72, (ECHR 1978), para 32.

maddeyi ihlal edeceği açıktır. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) cerrahi kastrasyonun cinsel suç failleri bakımından tıbbi bir gereklilik olarak düşünülemeyeceğini belirtmiştir.[62] Cerrahi hadımın söz konusu failler bakımından uygulanması kolaylıkla aşağılayıcı muamele olarak kabul edilir.[63] Bunun da temel nedeni cerrahi kastrasyonda kişinin testosteron üreten hormonları vücuttan uzaklaştırıldığı için geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğurmasıdır.

AİHS kapsamında kimyasal hadımın cinsel suç faillerine uygulanmasının 3. maddeyi ihlal edip etmediğinin belirlenmesinde bunun tedavi amaçlı mı yoksa cezai bir müeyyide olarak mı verildiği önem arz etmektedir. Her bir olay kendi içindeki bütün koşullarda dikkate alındığında, cezai bir müeyyide olarak verilmesi ve kişinin rızası hilafına kimyasal hadım uygulanırsa 3. maddeyi ihlal edebilecektir. Bu noktada da denebilir ki ABD'deki bazı eyaletlerde olduğu gibi koşullu salıvermede uygulanan bir kriter olması durumunda kişinin kendi iradesiyle vermiş olduğu bir karar olmayacak[64] ve böylece AİHS ihlal edilmiş olacaktır. Fakat bir tedavi olarak verilmesi halinde sonuç da değişebilecektir.

AİHM göre "genel bir kural olarak, sağlık için gerekli olan bir önlem, onur kırıcı ya da ağaşılayıcı olarak kabul edilemez."[65] Benzer şekilde bir kişinin yaşamı için gerekli ise mahkuma zorla yemek yedirme de onur kırıcı veya aşağılayıcı bir muamele olarak kabul edilmez.[66] Bu durumda da önemli olan husus zorla beslemenin sağlık açısından

---

62 Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) From 25 March to 2 April 2008, Strasbourg 2009, s.20, para 44, http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2009-08-inf-eng.pdf E.T.02.04.2016; Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 Novermber to 7 December 2010, Strasbourg, 2012, s.60, para 145, http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2012-06-inf-eng.pdf E.T.02.04.2016.

63 Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic ; Report to the German Government on the visit to Germany.

64 Yani kişi koşullu salıverilmenin şartını yerine getirmek için kimyasal hadımı kabul etmek zorunda kalacaktır.

65 Herczegfalvy v Avusturya App No: 10533/83, (ECHR 1992), para 82.

66 Nevmerzhitsky v Ukrayna App No: 54825/00 , (ECHR2005), para 94.

zorunlu olmasıdır.[67] Fakat Mahkemeye gelen bir olaydaki bir mahkumun zorla beslenmesindeki temel amaç tıbbi nedenler değil, yapılan protestoyu önlemek[68] gibi nedenlere dayanması halinde Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilebilecektir. Mahkuma zorla yemek yedirilmesi kimyasal hadımla ilişkili olmasa bile Mahkemenin vardığı sonuç kimyasal hadıma uygulanma bakımından önemli bir durumdur. Bu bağlamda da cinsel suç faillerinin tedavisi için kimyasal hadım zorunlu ise Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmeyeceği söylenebilir. AİHM'nin *Dvoracek v Çek Cumhuriyeti*[69] davasında verdiği karar da bu görüşü destekler niteliktedir. Bu davada başvurucu hakkında, çocuklara karşı cinsel suçlardan dolayı dava açılmış olup bu nedenle de 2002 yılında hakkında koruyucu seksolojik tedavi (the protective sexological treatment) uygulanmasına karar verilmiştir. Tedavi kapsamında da başvurucunun rızasının alındığı gerekçesiyle de antiandrojen yani ilaç kullanılarak testosteron oranının azaltılmasına tedavi olarak başlanmıştır. Ancak bu rıza yazılı bir şekilde verilmemiştir. Başvurucu söz konusu tedavinin hadım, aşağılanma ve onurunun kırılacağı korkusu nedeniyle ruhsal sorunlara yol açtığını ve bu nedenle de AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. AİHM göre koruyucu seksolojik tedavi başvurucuyu korumayı amaçlamaktadır ve bu nedenle de 3. madde kapsamında bir ceza olarak değerlendirilemez.[70] Keza, Mahkeme baskı altında uygulanan bir tedavi olmadığını ve söz konusu tedavinin de başvurucunun sağlığını korumak için gerekli olduğu için 3. maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.[71]

Bu karar kimyasal hadım ile ilgili iki temel konuya açıklık getirmesi bakımından önem taşımaktadır. İlki cinsel suç faillerinin sağlıklarını korumak için gerekli olması halinde kimyasal hadım uygulanabilir ve hadımın uygulanması Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal etmeyecektir. Diğer husus da kimyasal hadım için rızanın gerekli olduğuna dair yazılı bir belgenin olma zorunluluğuyla ilgilidir.

---

67 Tıbbi zorunluluk olması ve bunun ortaya konulması halinde müdahale edilebileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık 2014,Ankara,(5. Baskı) s.466-469.

68 Nevmerzhitsky v Ukrayna paras 102-6.

69 App No: 12927/13 (ECHR 2014), Press Release Hudoc.

70 Dvoracek v Çek Cumhuriyeti.

71 Dvoracek v Çek Cumhuriyeti.

Rızanın yazılı olması hukuki güvenlik açısından var olan tüm endişeleri ortadan kaldıracaktır ancak yazılı bir belgenin olmaması da 3. maddenin ihlali için yeterli değildir. Fakat cerrahi hadımda dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğuracağı için rızanın yazılı bir şekilde açıklanması gerekir.

Kimyasl kastrasyonun 3. maddeyi ihlal etmemesi için tedavi amaçlı olması önemli olmakla beraber, bunun yanında dikkat edilmesi gereken bazı önemli hususlar da vardır.

Kimyasal kastrasyonun kullanılacağı hem süre hem de yan etkileri AİHS madde 3 bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Genellikle kabul edilen görüşe göre kullanılacak ilaçların uzun süre yan etkisi bilinmemektedir. Hayvanlar üzerinde yapılan araştırmalar sonucu ilgili ilaçlar kansere neden olduğu sonucuna varılmıştır. Benzer şekilde ilaçların göğüslerin büyümesi gibi özellikle de erkek cinsel suç failleri açısından aşağılayıca ya da onur kırıcı yan etkileri olabilmektedir. Bu nedenle de kimyasal hadım uygulamasında taraf devletlerin amacı suç işleyen kişinin onurunun kırılması ya da aşağılanması olmasa bile, kullanılacak ilaçların etkileri nedeniyle failin gözünde onuru kırılmış olabilir ya da kendini aşağılanmış hissedebilir.[72]

Bu durumlar dikkate alındığında kimyasal kastrasyon işkence kapsamına girmese de uzun süreli etkileri bakımından onur kırıcı veya aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilebilecektir. Bu nedenle de kullanılacak ilaçların cerrahi kastrasyon gibi sonuç doğuracak şekilde uzun süreli kullanılmaması gerekmektedir.

B.Özel Hayata ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı

AİHS madde 8 özel hayat ve aile yaşamına saygı hakkını düzenlemektedir. Bu maddeye göre:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, ... saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik,

72 Bkz Rainey ve Harrison, "Pharmacotherapy and Human Rights in Sexual Offenders, s.3.

kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

Bu madde hem "özel hayatı" hem de "aile hayatını" korunmasını güvence altına almaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasından anlaşılacağı üzere mutlak bir hak değildir. Kanunla öngörülmüş, demokratik bir toplumda gerekliyse ve 8(2)'de sayılan amaçlardan biri gerçekleştiği takdirde taraf devletler her zaman bu hakka müdahale edebilecektir.

Mahkeme "özel yaşam" kavramının tanımlanamayacak şekilde geniş anlamlı bir terim olduğunu kabul etmektedir. Özel yaşam kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü kapsamaktadır.[73] Kişinin vücut ve ruhsal bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler, şeref ve itibarını etkileyen saldırılar maddi ve manevi bütünlük kapsamında değerlendirilmektedir.[74] "Çok küçük çapta da olsa yapılan tıbbı bir müdahale" maddi ve manevi bütünlüğün ihlal edilmesine neden olabilir.[75]

Bu madde kapsamında taraflar cinsel özgürlüğe de sahiptirler. Cinsel özgürlük devletin veya toplumun müdahalesi olmaksızın kişinin cinsel kararlarını kendisinin verebilme özerkliğine sahip olmasıdır.[76] Kapalı kapılar ardında gerçekleşen her türlü cinsel faaliyet 8. madde çerçevesinde ihlal anlamına gelmemesine karşın cinsel yönelim ve faaliyet özel hayatın en mahrem yönünü oluşturmaktadır.[77] Fakat cinsel özgürlük de sağlığın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin koruması gerekli olduğu hallerde bu özgürlük sınırlanabilmektedir.[78]

---

73 X ve Y v Hollanda App No: 8978/80, (ECHR 1985), para 22.

74 Osman Doğru ve Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi –Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 2, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.3; Doğan, s.589.

75 Y.F. v Türkiye App No:24209/94 (ECHR 2003), para 33,; X v Avusturya App No: 8278/78, (13 Aralık 1979 tarihli Komisyon Kararı) (DR),c.18 , s.155; Acmanne ve diğerleri v Belçika App No: 10335/83, (10 Aralık 1984 Komisyon Kararı), (DR) c. 40, s.254.

76 Jacob M. Appel, "Sex Rights for the Disabled?" J Med Ethics 2010:36, s.152.

77 Laskey ve Diğerleri v Birleşik Krallık App Nos: 21627/93; 21628/93; 21974/93 (ECHR 1997), para 36.

78 Appel, s.153; Doğan, s.598.

8. madde kişel özerkliği de kapsadığı için kişilerin çocuk sahibi olup olmama hakkı da bu madde tarafından koruma sağlamaktadır.[79] Buna paralel olarak da AİHM, 8. maddenin "kişisel gelişim hakkını, diğer insanlarla ve dış dünya ile ilişki kurmak ve geliştirmek hakkını da koru(duğunu)" belirtmiştir.[80]

Tüm bu durumlar dikkate alındığında cerrahi kastrasyon 8. maddeyi ihlal edecektir. Öncelikle kişinin vücuduna yapılan bir müdahale vardır ve bu müdahale kişinin vücüt bütünlüğünün korunmasını ihlal etmektedir. Bu müdahale sonucu cinsel suç failinin diğer insanlarla ve dış dünya ile ilişki kurma hakkı engellenebilmektedir. Özellikle de bireyin cinsel yaşam alanına müdahale söz konusu olmaktadır. Çünkü cerrahi hadımla bireyin aşırı veya anormal cinsel dürtülerinin sonlandırılması amaçlanmaktadır. Bu nedenle de cerrahi hadım sonucu kişide cinsel isteksizlik olmaktadır. Bununla bağlantılı olarak da kişilerin çocuk sahibi olma hakkı da ortadan kaldırılmaktadır.

Kimyasal hadımla ilgili değerlendirmeye gelince varılacak sonuç cerrahi hadımdan tamanen farklı olacaktır. AİHM göre temel değerler ve özel hayatın vazgeçilmez yönlerinin tehlikede olduğu tecavüz gibi ağır eylemler karşısında taraf devletlerin etkili caydırıcı önlemler alması, etkin cezai hükümler gerektirmektedir.[81] Bundan dolayı da özellikle çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda olduğu gibi anormal cinsel dürtü veya yönelimlere sahip olan faillerin kimyasal hadım edilmesi gündeme gelebilecektir. Kimyasal hadım yine bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü ihlal etmesine rağmen söz konusu müdahale geçici olduğundan ve 8(2)'deki koşullar gerçekleştirilmesi kaydıyla cinsel suç faillerinin kimyasal kastrasyonu 8. maddeyi ihlal etmeyecektir. Bu bağlamda da özel ve aile hayatının korunması kapsamında kimyasal hadımın Sözleşmeyi ihlal etmemesi için ilk olarak yapılan müdahale hukuka uygun olmalıdır. Bundan da kasıt yapılan müdahale var olan sözlü ya da yazılı bir düzenmeye dayanmalıdır. Ayrıca, kişiler tarafından hukuki dayanak "ulaşılabilir" olup söz konusu hukuka uyulmadığı takdirde sonuçlarının da "öngörülebilir" olması gerekir.

---

79 Bkz Evans v Birleşik Krallık App No: 6339/05, (ECHR 2007), para 71; A, B, ve C v İrlanda App No: 25579/05, (ECHR 2010), para 212.

80 Pretty v Birleşik Krallık, App No: 2346/02, (ERHR 2002), para 61.

81 MC v Bulgaristan App no: 39272/98, (ECHR 2004), para 150.

İkinci olarak 8(2)'deki meşru amaçlardan biri olmalıdır yani kimyasal hadım bakımından sınırlandırma yapılabilecek temel dayanaklar ulusal güvenlik, kamu güvenliği, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasından en az biri olmalıdır.

Üçüncü olarak da yapılan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" ve "orantılı" olmalıdır. Mahkemeye göre alınan bir tedbirin orantılı ve demokratik bir doplumda gerekli olması için "aynı amacı yerine getirirken söz konusu temel hakka daha az zarar verecek alternatif bir tedbir uygulama ihtimalinin ortadan kaldırı(lmış)" olması gerekmektedir.[82] Bu hususta da kimyasal hadımdan başka bir tedavi yöntemi varsa 8. madde ihlal edilecektir. Yani kimyasal hadım kişi için son çare olmalıdır.

Son olarak da söz konusu müdahale için Sözleşme, taraf devletlere takdir hakkı vermiştir. Özellikle de bireysel yarar ve kamu yararı arasında adil bir dengenin olup olmadığı konusunda AİHM taraf devletlere takdir hakkı tanımaktadır. Eğer Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler arasında özellikle hassas ahlak veya etik konularında bir konsensus yoksa, devletlerin bu konularda takdir hakkı daha geniştir.[83] Mahkemeye göre taraf devletler "doğrudan ve sürekli esaslı güçleriyle(vital force)" ilişkide bulundukları için kamunun korunması bakımından uluslararası bir yargıçtan daha iyi bir durumdadır.[84] Buna parallel olarak cinsel istismarı veya saldırıyı gerçekleştiren faillere kimyasal hadımın uygulanması bakımından bir konsesus olmadığı için taraf devletlerin bu konu hakkında takdir hakkının daha geniş olduğu sonucuna varılabilir.

Tüm sayılan koşullara ek olarak kimyasal hadım için kullanılan ilaçların uzun süreli yan etkileri bilinmediğinden cerrahi kastrasyonun sonuçlarını vermeyecek şekilde kullanılması halinde 8. madde kapsamında pedofililer gibi cinsel dürtülerini veya yönelimlerini kontrol edemeyen kimselere kaşrı uygulanması bu maddeyi ihlal etmeyeceği sonucuna varılabilir.

---

82 Nada v İsviçre, App No: 10593/08, (ECHR 2012), para 183; Glor v İsviçre App No: 13444/04, (ECHR 2009) para 94.

83 Evans v Birleşik Krallık, para 77.

84 Handyside v Birleşik Krallık App No: 5493/72 (ECHR 1976), para 48.

C. Evlenme ve Aile Kurma Hakkı

AİHS madde 12 evlenme ve aile kurma hakkını düzenlemiş olup bu maddeye göre:

"Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir."

8. maddede kurulmuş olan bir aileyi korumayı amaçlarken 12. madde evlenme ve aile kurma hakkını korumayı amaçlamaktadır.[85] Ancak bu hak, Sözleşmeci devletler tarafından sınırlandırılabilir. Örneğin iç hukukta aynı cinslerin evlenmesine izin vermeyebilir. Bu tür evliliklerin yasaklanması 12. maddenin ihlali anlamına gelmeyecektir.

Bu madde ile kadın ve erkeğe aile kurma hakkı tanımakta olup bu hakkı güvence altına alınmaktadır. Bu hak, "doğum kontrol önlemlerini kullanma", "gebeliği sonlandırma" veya "kısırlaştırmaya tabi tutulma" gibi konularda devlet müdahalesinin olmamasını gerektirmektedir.[86] Bu doğrultuda denebilir ki 12. madde çiftlerin hem cinsel hayatını hem de çocuk sahibi olma hakkını korumaktadır.

Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda cerrahi hadım cinsel dürtüleri ve faaliyetleri ortadan kaldıracağı ve tarafların çocuk sahibi olmasını engelleyeceği için evlenme ve aile kurma hakkını ihlal edecektir.

Kimyasal hadımda da ilaçlar kullanıldığı sürece kişinin cinsel faaliyetlerinde ve çocuk yapma yeteneğinde azalmaya neden olmasına rağmen ilaçları kullanımının bırakılmasından sonra tekrar cinsel faaliyete ve çocuk yapma yeteneğine kişi tekrardan kavuşacağı için 12. maddeyi ihlal etmeyeceği savunulabilir. Kimyasal hadıma rağmen bazı kimselerde cinsel faaliyette bulunma ve çocuk yapma yeteneği devam edebilir fakat bu durum kimyasal hadım uygulananların hepsinde görülmez.[87]

Hadıma rağmen spermlerin dondurulması yoluyla bu spermlerin laboratuvar ortamında sonradan döllendirilmesiyle çiftlerin çocuk sahibi olabilecekleri savunulmaktadır. Ama bu durumda hem ekonomik

---

85 Doğru ve Nalbant, Cilt 2, s.539.
86 Doğru ve Nalbant, Cilt 2, s.545.
87 Bkz Rainey ve Harrison, "Pharmacotherapy and Human Rights in Sexual Offenders" s.7.

açıdan hem de tıbbı nedenlerle herkese uygulanamayacağı gerekçesiyle de kesin bir çözüm olarak görülmemektedir.[88]

V. TÜRK HUKUKUNDA HADIM

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik'ten önce cinsel suç faillerinin Türkiye'de hadıma edilebileceklerine dair herhangi bir kanun bulunmamaktaydı. Bu Yönetmelikten önce genel olarak hadımla bağlantılı olarak Anayasadaki temel hak ve hürriyetler kapsamında hadımın uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaktaydı.[89] Bu hükümlere ek olarak, Türk Ceza Kanunu madde 101'deki kısırlaştırma[90] ve Nüfus Planlama Kanunu madde 4[91] hadımla ilgili olabilecek hükümlerdir. Söz konusu hükümler gereğince doktrinde kabul edilen görüşlere göre kimyasal hadımın mümkün olabileceği, cerrahi hadımın da mümkün olmadığıdır.[92]

13.12. 2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108. maddesine dayanılarak 26.07.2016 tarihli Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik[93]

---

88 Bkz Rainey ve Harrison, "Pharmacotherapy and Human Rights in Sexual Offenders" s.8.

89 Bkz konu ile ilgili makaleler; Zeynep Burcu Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II, *TBB Dergisi*, sayı 82, 2009"; Çağlayan, "İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası"; Tevfik Sönmez Küçük, "Bir Ceza Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XIX, 2015,sayı:4.

90 Madde 101(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır. (2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

91 Sterilizasyon ve kastrasyon: Madde 4 – Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir. Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır. Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.

92 Tıbbi açıdan kişi için kimyasal hadımın uygulanmasının bir zorunluluk olması durumunda, bir güvenlik tedbiri olarak uygulanabilmesine rağmen, cerrahi hadım geri dönülmez sonuçlar doğurduğu için hem ceza hem de güvenlik tedbiri olarak uygulanamaz(Yenidünya).

93 Yönetmelik hakkında genel olarak bkz Ersan Şen ve Nilüfer Yenice, "Cinsel Suçlar-

kapsamında belirlenen suçların işlenmesi halinde cinsel suç faillerinin tıbbi tedavilerine ilişkin hükümlere yer verilmesi nedeniyle kimyasal hadımın artık mümkün olabileceği sonucuna varılabilir. Bu yönetmelikte doğrudan doğruya kimyasal hadımdan bahsetmemekte ancak bunun yerine tıbbi tedaviden ve tedavi amaçlı programlara katılmaktan bahsetmektedir. Cerrahi hadım bakımından ise de doktrinde bu Yönetmelikle mümkün olabileceğini savunan görüşler olmakla birlikte[94] söz konusu Yönetmelik bakımından AİHM ve Avrupa'deki devlet uygulamaları dikkate alındığında mümkün olmadığı söylenebilir. Cerrahi hadım geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğurması ve bu nedenle de cinsel suç faili için tıbbi açıdan zorunlu olması, cerrahi hadım konusunda da kişinin aydınlatılması ve açık bir şekilde rızasının alınmasından sonra- özellikle de AİHM içtihadlarından yola çıkarak yazılı bir şekilde rızanın olması gerekir- uygulanabilir. Ancak söz konusu Yönetmelikte de bu hususlar açıkça düzenlenmemesi ve hem ceza hukukunun temel prensipleri hem de anayasadaki temel hak ve hürriyetler göz önüne alındığında cerrahi hadım mümkün gözükmemektedir. Benzer şekilde cerrahi hadım AİHS 3, 8 ve 12. maddeleri de ihlal etmektedir.

Söz konusu tıbbi tedavinin veya tedavi amaçlı programların uygulanabilmesi için hükümlünün, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 102(2)'de tanımlanan cinsel saldırı,[95] 103'deki çocukların cinsel istismarı[96] ve

---

da Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma" http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma E.T.02.01.2017.

94 Bkz Şen ve Yenice.

95 Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

96 Madde 103- Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden; (1) a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır. (2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim

104(2) ve (3) fıkralarındaki reşit olmayanla cinsel ilişki[97] suçlarından dolayı hapis cezasına mahkum olmaları gerekmektedir. İlgili hususların uygulanabilmesi için, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından infaz hakimliğine başvurulması ve kişinin yetişkin olması gerekmektedir.

Yönetmeliğin 7. maddesi tıbbi tedaviye tabi tutulmaya ilişkin hükümleri içermektedir. Bu maddeye göre tedavi "ayakta veya yatarak, ilaçlı veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel isteğin azaltılması veya yok edilmesini sağlayan yöntem" olarak tanımlanmıştır.

Hükümlü, 5275 sayılı kanunun 108(9-a) hükmüne göre tıbbi tedavi yükümlülüğüne karar verilmeden önce bulunduğu kurum tarafından sağlık kurulu raporunu almak üzere bünyesinde ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı ile üroloji veya endokrinoloji ve metobolizma hastalıkları uzmanı hekimler bulunan hastanelere sevk edilirler ve verilecek olan rapora göre kişi hakkında tedaviye gerek olup olmadığı, eğer tedavi edilmeye gerek görülürse hangi yöntemlerin uygulanması gerektiği belirlenir(madd3 7(2)). Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler tarafından böyle bir raporun verilmemesi üzerine hükümlü, hastane başhekimi-

---

sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz. (3) Suçun; a) Birden fazla kişi tarafından birlikte, b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından, d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

97 Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

nin vereceği karara göre üniversite hastanelerine sevk edilebilir. Söz konusu rapor infaz hakimliğine gönderilir. Hükümlü hakkında tıbbi tedavi uygulanmasına karar verilmişse ve hükümlünün bulunduğu ceza infaz kurumu bölgesinde tıbbi tedavi kararının uygulanmasını sağlayacak bir sağlık kuruluşunun olmaması halinde Sağlık Bakanlığı tarafından uygun başka bir kuruma nakledilmesi sağlanır(madde 7(4)). Tedavi için gerekli masraflar Adalet ve Sağlık Bakanlıkları arasında düzenlenecek protokol kapsamında ödenecektir(madde 7(5)).

Yönetmelik tıbbi tedaviye tabi tutulmanın yanında madde 8(1) kapsamında tedavi amaçlı programlara katılma yükümlülüğü de getirmiştir. Bu yükümlülük "hükümlülerin yeniden cinsel suç işlemelerini önlemek amacıyla ihtiyaç duyulan tedavi ve iyleştirme programları ile grup çalışmalarına veya bireysel çalışmalara katılma yükümlülüğü(nü)" kapsar. Ancak bu yükümlülük uygulanmadan önce de, bu programlara katılım için de rapor verilmelidir ve bu konuda hükümlü veya yükümlünün onayı alınmaz (madde8/2).

Bahsedilen tüm hususlar göz önünde alındığında tıbbi tedavinin veya tedavi amaçlı programlara katılmanın hükümlünün tedavi edilmesine yönelik olduğu görülecektir. Yukarıda da bahsedildiği üzere AİHM tedavi için gerekli olması durumunda kişinin rızasına gerek kalmadan tıbbi tedavi uygulanabileceğini belirtmiştir. Yönetmelikte doğrudan doğruya sadece ilaç tedavisinden bahsedilmemiştir. Bu da eğer psikolojik destek ya da hekim tarafından belirlenen diğer ilaçsız veya ayakta tedaviler veyahut yöntemler yeterli olmadığı takdirde ilaçlı tedavi yapılacağı yani ilaçla tedavinin en son yöntem olacağı anlamına gelir.

Dahası, kanun koyucu, söz konusu Yönetmeliğin uygulanmasında görev alanlara, insan haklarına saygılı, dürüstlük çerçevesinde ve kararlılıkla hareket etmeleri gerektiğini, görevlerini yerine getirirken aşağlayıcı, onur kırıcı veya küçük düşürücü davranışlarda bulunamayacağı yönünde yükümlülükler de yüklemiştir (Madde 5/1-a.). Benzer şekilde söz konusu görevlilerin, görevleri ile ilgili olarak elde ettikleri bilgiler hakkında gizlilik ilkesine uymaları gerektiği ve kişilerin şeref ve haysiyetlerine gölge düşürecek davranış ve ilişkilerden kaçınma yükümlülüğü olduğunu ve bu yükümlülükleri yerine getirmedikleri takdirde ilgili mevzuatlar doğrultusunda görevliler hakkında adli ve

idari işlemler yapılacağı belirtilmiştir (Madde 5(1-c) ve (2)). Bu hükümler doğrultusunda da kişilerin haysiyetini, onurunu ve özel ve aile hayatını AİHS kapsamında korunmasının amaçlanmış olup böylelikle de tıbbi tedavi uygulanacak veya tedavi amaçlı programlara katılacak olan kişilerin ve ailelerinin toplumsal bir baskı veya olumsuzluktan korunmuş olacaktır. Sonuç olarak da söz konusu Yönetmelik yeni olduğu için Yönetmeliğin tam olarak AİHS ve Mahkemenin vermiş olduğu içtihadlar doğrultusunda uygulanıp uygulanmadığını tespit etmek mümkün değildir. Ancak söz konusu Yönetmeliğin genel olarak AİHS ve AİHM'nin içtihadları doğrultusunda olduğu söylenebilir.

VI. SONUÇ

Cinsel suç faillerine hadımın uygulanması gerekip gerekmediği tartışmalı bir konudur. Genel olarak Avrupa uygulamasına bakıldığında cinsel suç faillerinin rızası olması koşuluyla kimyasal hadımın uygulandığı görülecektir. Cerrahi hadım da birçok ülkede yasal olarak var olmasına karşın Çek Cumhuriyeti dışında bunu uygulayan devlet yoktur. Kimyasal hadımın uygulanabilmesi için cinsel suç faillerinin rızası önemli olsa da, tedavi için bir zorunluluk teşkil etmesi halinde rızaya gerek olmadan da kimyasal hadım uygulanabilecektir.

Cerrahi hadımda testosteron üreten hormanlar kişinin vücudundan uzaklaştırıldığı için kişi cinsel faaliyette bulunma yetisini kaybeder. Ayrıca buna bağlı olarak çocuk yapma yeteneğini kaybetmekle birlikte çeşitli yan etkileri de vardır. Genel olarak cerrahi hadım geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlara neden olmaktadır. Bu nedenle de cinsel suç failinin rızası olmadan cerrahi hadımın uygulanması AİHS madde 3, 8 ve 12'yi ihlal edeceği sonucuna varılabilir.

Kimyasal hadımın da çeşitli yan etkileri olmakla birlikte söz konusu yan etkilerin ilaçların kullanımının bırakılmasıyla ortadan kalkacağı için geçici niteliktedir. Tedavi amaçlı olmak koşuluyla AİHS madde 3, 8 ve 12'yi ihlal etmeyecektir. Kimyasal hadımın sadece cezai amaçla verilmiş olması ve uzun süreyle kullanılması halinde AİHS ihlal edecektir.

Türk hukuku bakımından da kimyasal hadımın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik ile birlikte hukuk siste-

mimize girdiği söylenebilir. Bu Yönetmelik doğrudan kimyasal hadımdan söz etmemekte bunun yerine tıbbi tedavi veya tedavi amaçlı programlardan bahsetmektedir. Yönetmeliğe göre, söz konusu tedaviler genel olarak cinsel dokunulmazlığa karşı suçları işleyenlere karşı uygulanacağı belirtilmiştir. Bu konuda da dikkat edilen husus tüm cinsel suç faillerine değil, tıbbi açıdan zorunluluk teşkil edilen cinsel suç faillerine uygulanmalıdır. Yönetmelik hükümlülerin rızasını aramamakta fakat rızanın alınması daha isabetli olurdu. Ayrıca Yönetmelik yetişkinleri kapsamaktadır.

Cerrahi hadım bakımından da AİHM ve Avrupa'daki uygulamalar dikkate alındığında açık bir düzenleme olmaması, kişinin rızasının yazılı bir şekilde alınması ve aydınlatılmış onam hakkında hüküm içermemesi ve hem ceza hukukunun temel prensipleri hem de anayasadaki temel hak ve hürriyetlere aykırı olması nedeniyle Yönetmelik kapsamı dışında olduğu sonucuna varılabilir. Sonuç olarak da Yönetmeliğin yeni olması nedeniyle uygulamadaki aksaklıkların bilinmesi mümkün olmamasına rağmen, AİHS ve AİHM'nin içtihadlarına temel olarak uygun olduğu söylenebilir. Uygulamada bir eksiklik söz konusu olması halinde de AİHM içtihadları da dikkate alınabilir.

Kaynakça

Akbaba Zeynep Burcu, "Kimyasal hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-1" *TBB Dergisi*, Sayı 81, 2009.

Akbaba Zeynep Burcu, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu-II, *TBB Dergisi*, sayı 82, 2009".

Ataç Adnan, "Tıp Etiği Açısından Kastrasyon" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara.

Brown Peter, "'Castrate Em!' Treatments, Cures and Ethical Considerations in UK Press Coverage of 'Chemical Castration'" the Wiley-Blackwell Handbook of Legal and Ethical Aspects of Sex Offender Treatment and Management in Karren Harrison and Bernadatte Rainery, Wiley-Blackwell Publication, 2013.

Çağlayan Ramazan,"İnsanilik Unsuru Açısından Hadımlaştırma Cezası" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara.

Doğan İlyas, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, 2015, Ankara.

Doğan Murat, "Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara.

Doğru Osman ve Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi- Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Doğru Osman ve Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi –Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt 2, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Gözübüyük Şeref ve Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhankitabevi 2013, Ankara, (10. bası).

Güzelsoy Zeycan, "Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması" İstanbul, 2014 (Yükseklisans Tezi).

Harrison Karen, "Legal and Ethical Issues When Using Antiandrogenic Pharmacotherapy with Sex Offenders" Sexual Offender Treatment, Vol 3/2, 2008, s.6, http://www.sexual-offender-treatment.org/2-2008_01.html E.T.25.03.2016.

Harrison Karen, "The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is Chemical Castration an Option?" *The Howard Journal of Criminal Justice*, Vol: 46/1 2007.

Işıka Sertaç, "Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon" İstanbul, 2012(Yükseklisans Tezi).

Jacob M. Appel, "Sex Rights for the Disabled?" *J Med Ethics,* 2010:36.

Küçük Sönmez Tevfik, "Bir Ceza Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.XIX, 2015, sayı:4.

Özdemir Hayrunisa, "Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara.

Pitula Elizabeth ve College Bernard, "An Ethical Analysis of the Use of Medroyprogesterone Acetate and Cyproterone Acetate to Treat Repeat Sex Offenders" http://academiccommons.columbia.edu/catalog/ac:132381 E.T.27.03.2016.

Rainey Bernadette ve Harrison Karen, "Pharmacotherapy and Human Rights in Sexual Offenders: best of friends or unlikely bedfellows?" http://www.sexual-offender-treatment.org/2-2008_02.html E.T.31.03.2016.

Scott Charles L ve Holmberg Trent, "Castration of Sex Offenders: Prisoners' Rights Versus Public Safety" *The Journal of the Academy of Psychiatry and the Law*, Vol: 31/4, 2003.

Stojanovski Voislav,"Surgigal Castration of Sex Offenders and its Legality: the Case of the Czech Republic" *Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe*, 2011, s.12

Şen Ersan ve Yenice Nilüfer, "Cinsel Suçlarda Tıbbi Tedaviye Tabi Tutulma" http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2074295-cinsel-suclarda-tibbi-tedaviye-tabi-tutulma E.T.02.01.2017.

Temel Erhan, "Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk" Ankara Barosu 3. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Mayıs 2010, Ankara.

Tezcan Durmuş, Erdem M. Ruhan, Sancakdar Oğuz ve Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık 2014, Ankara, (5. Baskı).

Yenidünya A. Caner ve Yaşar Yusuf, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?" *TAAD*, Yıl:4 Sayı:14, 2013.

Yenidünya A. Caner, "Cinsel Suç Faillerinin Islahında Kimyasal Hadım Bir Tedbir Olabilir mi?" http://www.hukukihaber.net/cinsel-suc-faillerinin-islahinda-kimyasal-hadim-uygun-bir-tedbir-olabilir-mi-makale,3825.html E.T.01.01.2017.

Diğer Kaynaklar:

Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) From 25 March to 2 April 2008, Strasbourg 2009, http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2009-08-inf-eng.pdf E.T.02.04.2016.

Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 25 Novermber to 7 December 2010, Strasbourg, 2012,http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2012-06-inf-eng.pdf E.T.02.04.2016.

YARGILANAN VİCDANÎ RET HAKKI

THE RIGHT TO CONSCIENTIOUS OBJECTION ON TRIAL

Ranâ GÖKSU*

Özet: Vicdanî ret hakkı, yaygın kullanım şekliyle dinî, ahlakî, insanî, felsefî veya politik nedenlerle askerlik yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddetme şeklidir. Avrupa ülkeleri başta olmak üzere bugün demokratik kabul edilen çoğu ülkede, farklı uygulamalar söz konusu olsa da, vicdanî ret temel bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmada ise vicdanî ret hakkının bir hak olarak uluslararası hukukta tanınma süreci, uluslararası düzenlemeler ve iç hukuktaki mevcut düzenlemelerle ele alınmış olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının ulusal pozitif hukuka etkisi değerlendirilmiştir. Çalışmanın esasında ise vicdanî itirazlar nedeniyle söz konusu olan ceza yargılamaları iki dava özelinde irdelenmiştir. İncelenen davalarda görülmektedir ki, vicdanî ret özellikle AİHM içtihatları ve Anayasa'nın doksanıncı maddesinin beşinci fıkrası gereği bir hak olarak kabul edilmekle birlikte vicdanî redde ilişkin yasal düzenlemelerin yokluğu tartışmalı yargı kararlarına neden olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Vicdanî Ret, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Ceza Yargılaması, Enver Aydemir, Serdar Delice

Abstract: The common used form of the right to conscientious objection is refusal to perform military duties for religious, moral, humane, philosophical or political reasons. In European countries, today considered the most democratic countries, although there are different applications, conscientious objection has been recognized as a fundamental right. This study examines the recognition process of conscientious objection in international law as a right, the current international and national arrangements, the influence of the European Convention on Human Rights (ECHR), and the decision of the European Court of Human Rights (ECHR) on the Turkish national law. The main body of the study assesses two cases of criminal procedure. It should be noted that, in both cases, the absence of legislation regarding the denial of conscience has led to controversial trials. This is in spite of the fact that according to the European Court of Human Rights case law, and the fifth paragraph of ninetieth article in Turkish Constitution, such legislation is considered as a right.

Keywords: Conscientious Objection, Freedom of Religion and Conscience, Criminal Procedure, Enver Aydemir, Serdar Delice

* Avukat, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

Giriş

Vicdanî ret kavramı genel anlamı itibariyle kişilerin ahlakî, felsefî, insanî, dinî, etik veya siyasî kanaatleri nedeniyle hukukî zorunluluklara uygun davranmamasıdır. Vicdanî reddin yapılan tanıma paralel, bir sivil itaatsizlik örneği olduğunu ileri süren görüşe göre; sivil itaatsizlik, hukuk devletinin içerdiği değerler yerine kamuya açık ve yasaya aykırı ancak üçüncü kişilerin üstün değerlerine zarar vermeden gerçekleştirilen barışçıl bir protestodur.[1] Bu görüşe karşı olarak; bireysel bir hareket olarak vicdanî reddin kamusal bir hareket olan sivil itaatsizlikle barışçıl olma, yasaya uygun olmama, eylemin sonuçlarına bilinçli olarak katlanma gibi ortak özellikleri mevcutken; vicdanî ret, değerlere aykırı olan normun yükümlülüklerinden kaçınmayı amaçlarken sivil itaatsizlik, normu ortadan kaldırmayı hedeflemektedir.[2] Günümüzde ise vicdanî ret kavramı genel anlamının yanı sıra kişilerin savaş karşıtı olma hali için kullanılmaktadır. Vicdanî ret kavramı, ilk olarak din temelli, yani dinî inançları nedeniyle bireylerin silâh altına girmeye taraftar olmamaları üzerine ortaya çıkmıştır. Vicdanî ret kavramının Birinci Dünya Savaşı öncesinde çeşitli ülkelerde zorunlu aşı veya zorunlu kürtaj uygulamasına karşı çıkma amacıyla da kullanıldığı görülmüştür. Birinci Dünya Savaşı sonrasında ise bu kavram daha çok zorunlu askerlik hizmetine karşı bir duruş amacıyla kullanılmıştır. Kavram, başlangıçta askerlik hizmetine dahil olmama amacını taşımış olsa da sonraları askerî harcamalara kaynak oluşturması nedeniyle vergi vermeme ya da Norveç'te kabul gördüğü gibi nükleer silahların kullanımına karşı olma gibi davranışları da bünyesine dahil ederek anlamsal çeşitlilik göstermiştir. Vicdanî ret kavramının günümüzdeki yaygın kullanımı; dinî, ahlakî, insanî, politik ya da felsefî gerekçelere dayanarak savaşmak ve dolayısıyla öldürme amacıyla kurulmuş olan ordularda zorunlu olarak hizmet etmeyi reddetme şeklindedir.[3]

---

1 Mehmet Altundiş, "Avrupa Konseyi ve AİHM Kararlarına Göre Türk Hukukunda Vicdani Red Hakkı", *Yasama Dergisi*, 2012, S. 20, s. 146.

2 Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2010, S. 13, s. 256.

3 http://serkankoybasi.com/2011/10/31/insan-haklari-avrupa- mahkemesinin-bayatyan-ermenistana-karsi-karari-ve-kararin-turkiyedeki-vicdani-ret-hakkina-etkisi/, (18.04.2015).

Bu çalışma kapsamında, uluslararası hukukta ve çeşitli ülkelerin iç hukuklarında insan hakkı olarak tanınan ve gözetilen vicdanî ret hakkına dair uluslararası hukuk ışığında, sadece Askeri Ceza Mahkemeleri'ndeki ceza yargılaması usulü üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır. Bu sebeple, vicdanî itirazlara dayanarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan ve henüz sonuçlanmamış başvurulara ilişkin açıklamalar, bu çalışmanın kapsamı dışında tutulacaktır.

1 – Uluslararası Hukuk Açısından Vicdanî Ret Hakkı

Roma Antik Dönemi'ne kadar uzanan vicdanî retçilerin vicdanî ret beyanları, günümüzde ulusal ve uluslararası çeşitli platformlarda daha yüksek perdeden dile getirilmektedir. Özellikle vicdanî reddin insan hakları bağlamında değerlendirilmesine duyulan ihtiyaç ve bu durumun daha görünür bir hâl alması, Türkiye'nin de taraf olduğu çeşitli uluslararası örgütlerin vicdanî ret konusunda somut adımlar atma gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu çalışmada, genel hatlarıyla vicdanî ret hakkının uluslararası hukukî metinlerde ele alınış süreci Avrupa'daki ve Birleşmiş Milletler'deki düzenlemeler şeklinde iki grup halinde incelenecektir.

A. Birleşmiş Milletler'de Vicdanî Ret Hakkı

Vicdanî ret hakkının tanınması hususunda Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komisyonu'nun ilke kararlarının etkisi büyük olmuştur. Komisyon, 1987 / 46 kararıyla[4] taraf devletleri vicdanî ret hakkını tanımaya davet etmiş ve devletleri, bu hakkını kullananları cezalandırmaktan kaçınma çağrısında bulunmuştur; 1989 / 59 kararında[5] ise Komisyon, daha da ileri giderek vicdanî ret hakkını fikir, vicdan ve din hürriyetini güvence altına alan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 18. maddesinde zımnen düzenlemiş, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHİUS) 18. madde-

4 UN Commission on Human Rights, Conscientious Objection to Military Service, 43rd Session, Geneva, 10 March 1987, E/CN.4/RES/1987/46.

5 UN Commission on Human Rights, Conscientious Objection to Military Service, 45th Session, Geneva, 8 March 1989, E/CN.4/RES/1989/59.

sinde[6] ise yer alan inanç özgürlüğünün bir kulanım şekli olduğunu açık bir şekilde belirtmiştir.[7] Komisyon'un sonraki kararlarında da önceki kararlarındaki görüşlerini destekleyen ve hattâ genişleten bir tutum sergilediği görülmüştür.

BM İnsan Hakları Komitesi ise bireysel başvuru yoluyla önüne gelen Yeo-Bum Yoon ve Bay Myung-Jin Choi v Güney Kore Cumhuriyeti Davası[8] neticesinde Güney Kore Cumhuriyeti'ni, iki Yehova Şahidi'nin vicdanî retlerini kabul etmemiş olması ve kişilerin dinî inançları nedeniyle zorunlu askerlik hizmetini reddetmelerinden dolayı hapis cezasına mahkûm edilmiş olmaları gerekçeleriyle MSHİUS'nin 18. maddesinin ilk fıkrasının ihlâl edilmiş olduğu tespitinde bulunmuştur. Belirtilmesi gereken önemli bir husus ise Komite'nin zikredilen davada dinî bir sebebe dayanan vicdanî reddi esas alıp ihlâl tespitinde bulunmuş olmasının, vicdanî reddin sadece dinî inanç temelinde cereyan edebileceği anlamını taşımadığıdır. Vicdanî ret hakkı, dinî olmayan inanç sahiplerine de tanınan bir hak olduğu gibi sadece inançtan değil, ahlakî, etik, insanî, felsefî veya başka güdülerden de kaynaklanabilir. Bununla ilgili herhangi bir ayrımcılığın yapılamayacağı Komite'nin 22 sayılı Genel Yorum Beyanı'nın[9] 11. paragrafında ve Komisyon'un 1998 / 77 kararında[10] açıkça ifade edilmiştir.[11] Ayrıca Komite, 1993 yılında

---

6 Madde şu şekildedir: 1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olacaktır. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin aleni veya özel olarak bireysel ya da başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını ibadet, icra, bunun icaplarını yerine getirme ya da öğretme bakımından ortaya koyma özgürlüğünü de içerir. 2. Hiç kimse, kendi seçtiği bir din ya da inanca sahip olma ya da bunu benimseme özgürlüğünü zedeleyecek bir baskıya maruz bırakılamaz. 3. Bir kimsenin kendi dinini veya inançlarını ortaya koyma özgürlüğüne ancak yasalarla belirlenen ve kamu güvenliğini, düzenini, sağlığını, ahlakını ya da başkalarının temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli kısıtlamalar getirilebilir.

7 Bayatyan/Ermenistan, Başvuru No. 2345 /03, 07.07.2011, 58. paragraf; Hande Seher Demir, "Vicdani Ret Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 4, s. 241-283.

8 Başvuru No: 1321/2004 ve 1322/2004, 3 Kasım 2006.

9 General Comment No. 22, The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion, 1993.

10 UN Commission on Human Rights, Conscientious Objection to Military Service, 54th Session, Geneva, 22 April 1998, E/CN.4/RES/1998/77.

11 Rachel Brett, Askerlik Hizmetinin Vicdanen Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslar arası Standartlar, Hazırlayanlar: Özgür Heval Çınar – Coşkun Üsterci, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, İletişim Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2008, s. 251-252; United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Conscientious Objection to Military Service, United Nations Publication, 2012, s. 18; Bayatyan /

18. maddede vicdanî reddin açıkça belirtilmemiş olmasına dayanarak Sözleşme'de vicdanî ret hakkının tanınmamış olduğu yönündeki iddialara karşı cevabını da gene MSHİUS'nin 18. maddesinin yorumlanmasına yönelik çıkarılan 22 sayılı Genel Yorum Beyanı'nda vermiştir. Bu Beyan ile vicdanî ret bir hak olarak nitelendirilmiştir. Bununla birlikte Komite, Güney Kore Cumhuriyeti'nin aleyhine verdiği kararında vicdanî reddin MSHİUS'nin 8. maddesi yerine sadece 18. maddesi ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[12] Tüm bunlara ek olarak, BM'nin İnsan Hakları Komitesi bünyesinde kurulan Keyfî Tutukluluk Çalışma Grubu tarafından ve BM İnsan Hakları Komisyonu ve Komitesi tarafından alınan çeşitli kararlarda vicdanî ret hak olarak tanınıp güvence altına alınmış ve vicdanî ret hakkının zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi kabul etmiş ya da askerlik hizmetini profesyonel olarak icra eden kişiler tarafından da kullanılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca İnsan Hakları Komitesi tarafından 2005 yılında yayımlanan Suriye üzerine Sonuç Gözlemleri Raporu'nun 11. paragrafında askerlik hizmetinin karşılığı olarak ödenen ödemelerin vicdanî ret ile eş değer olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.[13]

B. Avrupa'da Vicdanî Ret Hakkı

Avrupa'daki vicdanî ret hakkına yönelik düzenlemeler ise Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi çatısı altında gelişme göstermiştir. Avrupa Birliği, 7 Aralık 2000 tarihinde ilân edilen ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın onuncu maddesinde, vicdanî reddi bir hak olarak tanımıştır. Madde şu şekildedir: 1. Herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancı değiştirme özgürlüğünü ve din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü içerir. 2. Bu hakkın kullanılmasına ilişkin ulusal mevzu-

---

Ermenistan, Başvuru No. 23459 / 03, 07.07.2011, 58. paragraf.

12 http://serkankoybasi.com/2011/10/31/insan-haklari-avrupa- mahkemesinin-bayatyan-ermenistana-karsi-karari-ve-kararin-turkiyedeki-vicdani-ret-hakkina-etkisi/ , (18.04.2015).

13 Rachel Brett, Askerlik Hizmetinin Vicdanen Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar, Hazırlayanlar: Özgür Heval Çınar – Coşkun Üsterci, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, İletişim Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2008, s. 252.

ata uygun olarak dinî nedenlerle askerlik görevini yapmayı reddetme hakkı tanınmaktadır. Şart, 21. ve 52. maddeleri de göz önünde tutularak değerlendirilmelidir. Böylece ayrımcı ve hakkın özüne dokunan uygulamalardan kaçınmak olanak dahilinde olabilecektir.[14] Belirtmek gerekir ki, bu Şart tüm Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkeler tarafından kabul edilmiştir. 1 Aralık 2009 tarihli Şart öncesinde ise 7 Şubat 1983, 13 Ekim 1989, 11 Mart 1993 ve 19 Ocak 1994 tarihlerinde Avrupa Parlamentosu tarafından verilen kararlarda vicdanî reddin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına alan dokuzuncu maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir hak olduğu ve tüm AB üyesi devletlerin kendi iç hukuklarında buna uygun yasal düzenlemeler getirmeleri gerektiği belirtilmiştir.[15] Bununla birlikte vicdanî ret, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilâtı tarafından 1990 yılındaki İnsanî Boyut Konferansı'nda (Second Conference on the Human Dimension of the CSCE, Copenhagen, 1990) bir temel hak olarak tanınmıştır.[16] Avrupa Konseyi bakımından ise vicdanî ret hakkının tanınması konusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin dokuzuncu maddesi esas alınmakla birlikte Sözleşme hükmüne paralel şekilde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ile Bakanlar Komitesi'nin ilke kararları da mevcuttur. Bu kararlara kısaca değinmek gerekirse; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi 337 (1967) Kararı'nda[17] hak olarak vicdanî redde şu şekilde yer vermiştir: "(1) Askerî hizmetle yükümlü olan fakat vicdanî veya bir dinî, ahlakî, ruhanî, insanî, felsefî veya başka bir derin inanç nedeniyle askerî hizmeti yerine getirmeyi reddedenler, bu hizmetten muaf tutulmayı sağlayan kişisel bir haktan yararlanmalıdır. (2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) dokuzuncu maddesi ile güvence altına alınan bu hakkın, hukukun üstünlüğü üzerine kurulu demokratik devletlerde bu hakkın temel bir hak olduğu kabul edilir.[18]"

---

14 Friedhelm Schneider, Vicdani Red Hakkında Avrupa Standartları ve Alternatif Hizmet, Hazırlayanlar: Özgür Heval Çınar - Coşkun Üsterci, Çarklardaki Kum: Vicdani Red, İletişim Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2008, s. 269.

15 Demir, s. 264.

16 Nal, s. 258.

17 Parliamentary Assembly Debate on 26th January 1967, 22nd Sitting (Doc. 2170, Report of the Legal Committe).

18 Schneider, s. 268, 269.

Parlamenter Meclisi 478 (1967) sayılı Tavsiye Kararı'nda[19] ise, Bakanlar Komitesi'ni üye devletlerin iç hukuklarını vicdanî ret hakkına uyumlu hale getirmeye davet etme konusunda yetkilendirmiştir. 816 (1977) sayılı[20] ve 1518 (2001) sayılı[21] Tavsiye Kararları'nda da vicdanî reddin bir hak olduğu pekiştirilmekle birlikte, vicdanî reddin AİHS'nin dokuzuncu maddesinde tanınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün bir parçası olduğu belirtilmiştir.[22] Aynı zamanda 1518 (2001) Tavsiye Kararları'nda[23] üye olan devletlerden beşinin vicdanî reddi hâlâ temel hak olarak tanımadığına işaret edilerek, temel hak olarak tanınan ülkelerde de düzenlemelerin ve güvencelerin yetersiz olduğu belirtilmiştir. Karar'da vicdanî redde yönelik düzenlemelerin nasıl olması gerektiği de "Askerlik çağrısından önce, sonra ya da çağrı sırasında ya da askerlik hizmeti süresince vicdanî retçi olunabilir. Silahlı kuvvetler mensupları da vicdanî retçi olabilirler. Vicdanî retçi statüsü ve bu statüyü elde etme yollarıyla ilgili bilgi edinme hakkının tanınması gerekir. Açıkça sivil (zorunlu askerlik hizmeti ve Savunma Bakanlığı'nın denetiminde olmayan kurumlarda) alternatif hizmetin caydırıcı ya da cezalandırıcı (askerî hizmet süresiyle karşılaştırıldığında makul ölçülerde olması) niteliği haiz olmaması gerekir." denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.[24] Askerlik hizmetini profesyonel olarak yerine getiren kişilerin vicdanî retçi olabilecekleri bu Tavsiye Kararı ile 1742 (2006) sayılı Karar'da[25] da ifade edilmiş ve üye devletler bu yönde düzenleme yapmaya davet edilmiştir.

---

19 Hitomi Takemura, International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders, Springer, Germany, 2009, s. 89; Parliamentary Assembly Debate on 26th January 1967, 22nd Sitting (Doc. 2170, Report of the Legal Committe).

20 Parliamentary Assembly Debate on 7 October 1977, 10th Sitting (Doc. 4027, Report of the Legal Affairs Committee).

21 The Standing Committee on 23 May 2001, (Doc. 8809, Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights).

22 http://serkankoybasi.com/2011/10/31/insan-haklari-avrupa- mahkemesininbayatyan-ermenistana-karsi-karari-ve-kararin-turkiyedeki-vicdani-ret-hakkinaetkisi/, (18.04.2015).

23 The Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 23 May 2001 (Doc. 8809, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights).

24 Demir, s. 263.

25 Parliamentary Assembly Debate on 11 April 2006, 11th Sitting (Doc. 10861, Report of the Legal Affairs Committee).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ise R(87)8 Tavsiye Kararı[26] ile vicdanî reddi tanımamış olan üye ülkelerin ulusal mevzuatlarında zorunlu askerlik hizmetine tâbi olanların bu hizmeti görmekten muaf tutulabilecekleri ve onun yerine sivil alternatif hizmet görebileceklerini belirten bir düzenleme yapmaları gerektiği çağrısında bulunmuştur. Avrupa Konseyi tarafından vicdanî reddin tanınmasının gerekliliği ve bu hakkın AİHS'nin dokuzuncu maddesinin bir uygulaması olduğu yönündeki 1967 tarihli ilk Tavsiye Kararı'nın verildiği zamandan 2011 yılına kadar -bu süreçte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vicdanî ret ile ilgili hiç karar vermemiştir- Tavsiye Kararları AİHM tarafından kabul görmüş, Mahkeme tarafından çözüme kavuşturulan davalarda da Tavsiye Kararları'nın etkili olmuştur. Bu açıdan verilen Tavsiye Kararları'nın AİHM için yol gösterici nitelikte olduğu ileri sürülebilir.

AİHM'nin vicdanî ret hakkına yönelik vermiş olduğu belli başlı davalara değinmek konunun aydınlatılması bakımından faydalı olacaktır. Bu davalar ayrıntılarıyla irdelenmeyip, ilerleyen bölümlerde kararların ilgili kısımları konu ile ilintili olduğu ölçüde ele alınarak belirtilecektir. Mahkeme'nin Komisyon olduğu dönemlerdeki kararlarında, vicdanî reddin tanınması üye devletlerin tercihine bırakıldığı gibi verilen kararlarla da vicdanî retçilerin cezalandırılmasına engel olunamıyordu. Komisyon tarafından verilen kararlara örnek olarak "Grandrath v Almanya Davası ve A. v İsviçre Davası[27]" verilebilir. Bu kararlarda, vicdanî reddin tanınmadığı bir üye devlette vicdanî retçilerin aleyhine verilen cezaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlâl etmeyeceği ve bu konuyu dokuzuncu madde çerçevesinde değerlendirmenin gerekli olmadığı yönünde karar verilmiştir. Komisyon başvuruları dokuzuncu maddeye göre değerlendirdiği vakit ise salt dokuzuncu maddeyi dikkate almayıp maddeyi Sözleşme'nin dördüncü maddesinin üçüncü fıkrasının b bendi ile birlikte yorumluyordu. Buna göre, üye ülkenin ulusal mevzuatında öncelikle vicdanî reddin tanınıp tanınmadığı incelemesi yapılarak hüküm kuruluyordu. Mahkeme döneminde ise 6 Nisan 2000 tarihli "Thlimmenos v Yunanistan

26 Council of Europe Committee of Ministers on 9 April 1987 at the 406th meeting of the Ministers' Deputies.

27 Grandrath/Almanya, Başvuru No. 2299 / 64, 12.12.1966; A. / İsviçre, Başvuru No. 10640 / 83, 09.05.1977.

Davası[28]" ve 24 Ocak 2006 tarihli "Ülke v Türkiye Davası[29]" Sözleşme hükümlerinin ihlâl edildiği yönünde hüküm kurulan verilen önemli kararlardır. İhlal edilen Sözleşme hükmü, Sözleşme'nin din, vicdan ve inanç özgürlüğünü güvence altına alan dokuzuncu maddesi olmayıp "Ülke v Türkiye Davası'nda" tekrarlanan hapis cezaları nedeniyle kötü muamelenin düzenlendiği üçüncü maddenin ihlâl edildiği, "Thlimmenos v Yunanistan Davası'nda" da başvurucunun vicdanî retçi olması nedeniyle mahkûm edildiği hapis cezasını çektikten sonra hesap uzmanı olabilmek için girmiş olduğu sınavda ikinci olmasına rağmen hükümlü sıfatını taşımış olması nedeniyle göreve getirilmemesi gerekçe gösterilerek ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin ihlâl edildiği yönünde karar verilmiştir. Emsal nitelikte olan "Bayatyan v Ermenistan Davası'nda[30]" ise Mahkeme, vicdanî reddi salt dokuzuncu madde çerçevesinde değerlendirmiş ve Yehova Şahidi olan Vahan Bayatyan'ın askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesi karşısında yerel mahkemelerin başvurucu Bayatyan'ı askerlik yoklamasından kaçtığı gerekçesiyle hapis cezasına mahkûm etmesini bireyin dinini açıklama özgürlüğüne müdahale olduğu ve bu müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olmadığı şeklindeki hükmüyle vicdani ret hakkı yönünden önemli bir karar vermiştir. Böylece Mahkeme, dokuzuncu maddenin ihlâl edildiğini kabul etmiş olup bu karar ile içtihadını değiştirmiştir. Kişinin dinî veya vicdanî kanaatleri nedeniyle zorunlu askerlik hizmetini reddetmesi nedeniyle yargılanması ve cezalandırılması Sözleşme'nin ihlâl edilmesi için yeterli hale gelmiştir.

2 – Türkiye'nin Pozitif Hukuku'nda Zorunlu Askerlik Hizmeti

Anayasa'nın 72. maddesinin Vatan Hizmeti başlığının altında "Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir." şeklinde vatan hizmetine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. İlgili Anayasa hükmünün lafzına baktığımızda görülmektedir ki, hükümde doğrudan askerlik hizmetinden söz edilmemekte, daha kapsayıcı bir anlamda vatan hizmetin-

28 Thlimmeno /Yunanistan, Başvuru No. 34369 / 97, 06.04.2000.
29 Ülke/Türkiye, Başvuru No. 39437 / 98, 24.01.2006.
30 Bayatyan /Ermenistan, Başvuru No. 23459 / 03, 07.07.2011.

den söz edilmektedir. Anayasa, vatan hizmetinin yerine getirilmesini sadece Türkiye vatandaşlarına bir hak ve ödev olarak getirmiştir. Vatan hizmeti kavramının içinin ne şekilde doldurulacağı yani neyin vatan hizmeti olarak kabul edileceğine ilişkin açık bir düzenleme ise mevcut olmayıp, bu hususa ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Askerlik hizmetiyle ilgili düzenlemeler 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nda yer almaktadır. Bu Kanun'un birinci maddesine göre "Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur." hükmüyle askerlik, Türkiye vatandaşı olan erkekler için zorunlu bir hizmet olarak getirilmiştir. Aynı Kanun'un onuncu maddesinde, askerlik hizmetinden muafiyet halleri, kimlerin asker olamayacağı ve askerlik hizmetini yerine getirme usulleri gösterilmiştir. Bu maddeye göre askerlik hizmeti bedel ödemek suretiyle (m. 10/4-a), kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilmek suretiyle (m. 10/4-b) ve Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı'nın ihtiyaç görmesi ve Genelkurmay Başkanlığı'nın uygun görmesi üzerine adı anılan Bakanlık kadrolarında öğretmen olarak görev yapmak suretiyle yerine getirilebilir. Kanundaki düzenlemelerin askerlik hizmetini ifa etmiş sayılmak için silâhaltına girmeyi zorunlu kılmaması alternatif hizmete imkân tanıdığı düşüncesini yaratabilecek olsa da kanun gereği askerlik hizmeti yerine getirilirken öncelikle askerlik eğitimi almak gerekmektedir. Alternatif hizmette ise kişilerin kısa süreli de olsa hiçbir şekilde askerlik yapmamaları gerekir.

Sonuç olarak, Anayasa'da vicdanî ret hakkının tanınması ve bu hakkın kullanılması konusuda bir engel söz konusu değildir. Bu noktada 1111 sayılı Askerlik Kanunu'ndaki bu düzenlemenin, vatan hizmetinin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde görülebileceği yönündeki Anayasa hükmü ile çelişmektedir. Bu duruma ek olarak, Anayasa'nın 72. maddesinde vatan hizmeti, "her Türk'ün hakkı ve ödevi" olarak düzenlenmiştir. Hak olduğu kabul edilen vatan hizmetinden yararlanma hususunda Askerlik Kanunu'ndaki düzenlemeyle kadınların dışlanmış olması Anayasa'nın onuncu maddesinin ikinci fıkrasının "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alı-

nacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." hükmü ile ve Anayasa'nın 72. maddesindeki "her Türk vatandaşı için getirilen vatan hizmeti ödevi" ile uyuşmamaktadır. Normlar hiyerarşisindeki konumu gereği Anayasa, kanunlardan üstündür ve tüm hukukî düzenlemelerin Anayasa'ya uygun olması gerekmektedir. Bu halde, 1111 sayılı Askerlik Kanunu'ndaki düzenlemelerin belirtilen sebeplerle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilecektir. Keza, vicdanî ret davalarını takip eden avukatlar, duruşmalar esnasında Askerlik Kanunu'nun başta birinci maddesi olmak üzere çeşitli maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin itirazlarda bulunduklarını, ancak Mahkemelerin bu itirazların hiçbirini kabul etmediklerini belirtmişlerdir. Buna göre, Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Askerlik Kanunu'ndaki hiçbir madde Anayasa Mahkemesi önünde henüz incelenmemiştir.

Türk Ceza Kanunu'ndaki askerlik hizmetini yerine getirmekten kaçınanlara karşı uygulanacak müeyyideler, 318. ve 319. maddelerde gösterilmiştir. "Halkı Askerlikten Soğutma" başlığı altında düzenlenen 318. madde şu şekildedir: (1) Askerlik hizmetini yapanları firara sevk edecek veya askerlik hizmetine katılacak olanları bu hizmeti yapmaktan vazgeçirecek şekilde teşvik veya telkinde bulunanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.

"Askerleri İtaatsizliğe Teşvik" başlığı altında düzenlenen 319. maddede ise "(1) Askerleri veya askerî idareye bağlı olarak görev yapan diğer kişileri kanunlara karşı itaatsizliğe veya yeminlerini bozmaya veya askerî disiplini veya askerlik hizmetine ilişkin görevlerini ihlâle yönelten ve tahrik edenler ile kanunlara, yeminlere veya disiplin veya diğer görevlere aykırı hareketleri askerler önünde öven veya iyi göründüğünü söyleyen kimselere, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, aleni olarak işlenmişse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (3) Fiil, savaş zamanında işlenmiş ise ceza bir katı oranında artırılır." şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

Diğer cezaî yaptırım içeren hüküm ise 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 87. maddesinde yer alır. Bu madde hükmüne göre silah taşımayı reddetme, üniforma giymeyi reddetme gibi fiiller emre itaatsizlik suçu çerçevesinde değerlendirilecek ve suç teşkil eden bu fiilleri

icra edenler üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. Eğer aynı fiiller savaş durumunda işlenirse on yıla kadar hapis cezası verilecektir.

3 – Uluslararası Hukukta Tanınmış Vicdanî Ret Hakkının İç Hukuka Etkisi

Çalışmanın esas inceleme konusunu vicdanî ret nedeniyle söz konusu olan ceza yargılamaları teşkil etse de görülmektedir ki Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa BirliğI vicdanî reddi bir insan hakkı olarak tanımış ve demokratik kabul edilen ülkelerde de bu hak yaygın bir şekilde uygulama alanı bulmuştur. Türkiye'deki iç hukukun şekillenmesinde en fazla etkiye sahip olan Avrupa Konseyi, 1960'lı yılların sonlarından itibaren vicdanî reddi bir hak olarak kabul edip taraf ülkelerin iç hukuklarında buna yönelik düzenlemeler getirmeleri gerektiği hususunda çeşitli Tavsiye Kararları vermiştir. Tavsiye Kararlarına paralel olarak bu Kararları geliştiren yorumlarla AİHM de vicdanî ret hakkını incelemiş ve bu konuda emsal nitelikte olan "Bayatyan v Ermenistan Davası" ile vicdanî reddi AİHS'nin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına alan dokuzuncu maddesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu Karar doğrudan Türkiye'yi ilgilendirmekle birlikte, Mahkeme'nin Türkiye aleyhine vermiş olduğu "Erçep v Türkiye Davası[31]" ile de Türkiye'nin vicdanî reddi temel bir hak olarak tanımasına dair gereklilik pekiştirilmiştir. Türkiye'nin verilen kararlara uygun olarak iç hukukunda gerekli değişiklik ve düzenlemeleri yapma zorunluluğu Anayasa'dan ve taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanmaktadır. Buna göre, Anayasa'nın doksanıncı maddesinin beşinci fıkrası "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." şeklindeki hükmü önem taşımaktadır. Anayasa hükmünden anlaşıldığı üzere AİHM'nin vicdanî red-

31 Erçep/Türkiye, Başvuru No. 43965 / 04, 22.11.2011.

di Sözleşme'nin dokuzuncu maddesi kapsamında değerlendirdiği kararları, vicdanî reddi tanımayan 1111 sayılı Askerlik Kanunu'ndan üstün konumda[32] olup, esas alınması gereken Askerlik Kanunu olmayıp AİHS hükümleri ve AİHM'nin içtihatlarıdır. Bu bağlamda, mevcut kanunlar ve uygulamalar hem AİHS'ye hem de Anayasa'ya aykırıdır. Vicdanî reddin yasal metinlerde hak olarak kabul edilmiyor oluşu gene aynı şekilde Anayasa'nın din ve vicdan özgürlüğü ile düşünce ve kanaat hürriyetini güvence altına alan 24. ve 25. maddelerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Vicdanî reddin hak olarak tanınması gerekliliğini doğuran bir diğer düzenleme ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme'nin 46. maddesi "Kararların Bağlayıcılığı ve İnfazı" başlığı altında ilk fıkrası "Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler." şeklinde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda özellikle "Erçep v Türkiye Davası"ndan sonra Türkiye, dokuzuncu madde yani düşünce, vicdan ve din özgürlüğü kapsamında vicdanî ret hakkını iç hukukunda tanımakla yükümlüdür. Türkiye'nin Sözleşme'ye taraf olan ülkelerden biri olmasından dolayı demokratik toplum hayatında değişen ve gelişen normlara ve Mahkeme'nin yorumlarına paralel gerekli yasal değişikliği de yapması beklenmektedir. Sözleşme ve Mahkeme kararlarına bağlayıcılık getirilmesinin amacı, taraf devletlerde insan hakları ve demokrasi konularında asgari ölçüde bir standardı sağlamak ve devletlerin ulusal hukuklarını demokratik toplum düzenine uygun hale getirmektir. Taraf devletlerin bu taahhütlerini yerine getirmemeleri ve insan haklarının dinamik bir yapıya sahip olduğunu göz ardı etmeleri onları demokratik toplum olma niteliklerinden uzaklaştırmakla birlikte, gereklilikleri sağlamamaları nedeniyle dış ilişkilerini de olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Öte

[32] Katıldığımız görüşe göre, AİHS anayasa dahil niteliği ne olursa olsun tüm iç hukuk normlarından üstün konumdadır. Aynı zamanda AİHM içtihatları, anayasa dahil tüm iç hukuk normlarında değişikliğe neden olabilir. Ulusal anayasa ve yasa koyucuların özellikle uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı normlar kabul etmemesi gerekir. Bu görüşün savunucuları arasında yer alan Hans Kelsen'e göre bir uluslararası andlaşma ancak başka bir uluslararası andlaşma ile bağlayıcı gücünü kaybedebilir. Bu görüşün savunucuları arasında Dominique Carreau, Louis Favoreu, Feyyaz Gölcüklü gibi isimleri saymak olanaklıdır.

yandan üyelerinin tamamında vicdanî reddin hak olarak tanındığı ve iç hukuklarında da buna uygun olarak düzenlemelerin mevcut olduğu Avrupa Birliği'nin bir parçası olmak isteyen Türkiye'nin vicdanî redde yönelik mevcut yasal durumu, Birlik'e dahil olmasını güçleştiren bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

4 - Türkiye'de Vicdanî Ret Yargılamaları

İç hukukta vicdanî redde ilişkin düzenlemelerin yokluğu nedeniyle, yargılamalar neticesinde vicdanî ret beyanları karşısında uygulanan suçlar ve cezalar değişkenlik göstermektedir. Mahkemelerin genelde vicdanî retçilerin eylemlerini "halkı askerlikten soğutmak", "yoklama kaçağı", "firar" veya "emre itaatsizlik" fiilleri olarak değerlendirdikleri görülmektedir. Askere alınan bir vicdanî retçinin kendisine verilen üniformayı vicdanî itirazı nedeniyle reddetmesi, giymemesi ve bu yöndeki emirlere uygun davranmaması bu duruma örnektir. Böylece bu fiilleri gerçekleştirme kastları olmayan vicdanî retçilerin belirtilen suçlar nedeniyle yargılanmaları söz konusu olacaktır. Böylece hem yargılamalar neticesinde verilen cezalar kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecek hem de bahsi geçen suçlara yönelmiş kastlarının yokluğu nedeniyle suçu oluşturan unsurlardan manevi unsurun yokluğu söz konusu olacaktır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile mevcut yargılamalar arasındaki ilişkiyi biraz detaylandırmak gerekirse; kanunilik ilkesi, bireylerin eylemlerine egemen olabilmeleri açısından önemli bir ilkedir. Bu ilke sayesinde suçlar ve suçların karşılığı olanlar cezalar önceden öngörülebilmektedir. Bu sayede kişi hak ve özgürlüklerinin sınırları çizilir. Vicdanî retçiler için durum böyle olmayıp eylemlerine uygun düşmeyen yani aslında mevzuatlarda karşılığı olmayan vicdanî itirazı içeren beyanları veya davranışları nedeniyle beklenmeyen suçlar isnat edilip, haklarında bu suçlara karşılık olan kanunî yaptırımlar uygulanmaktadır.

A. Askerî Mahkemelerde Vicdanî Reddin Bir Hak Niteliği Kazanması

Bu başlıkta, ilgili noktalarda hukukun evrensel ve temel ilkelerine işaret edilerek, karşılaştırmalı hukuk ışığında vicdanî ret beyanlarına ilişkin ceza yargılamaları iki dava özelinde irdelenecektir. Bu

davalar, Eskişehir Birinci Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Mahkemesi tarafından hükümlü Enver Aydemir'in ve Malatya İkinci Ordu Komutanlığı Askerî Mahkemesi tarafından hükümlü Serdar Delice'nin mahkûmiyet kararıyla neticelenen davalardır.

Vicdanî ret hakkına yönelik özellikle uluslararası zeminde olumlu gelişmeler kaydedilirken, aksi bir şekilde pozitif hukukumuzda bu gelişmelerle örtüşmeyen düzenlemeler ve uygulamalar söz konusu olmaktadır. Uluslararası hukuktaki bu gelişmelerin, Türkiye'nin üstlenmiş olduğu taahhütler nedeniyle iç hukuku da etkilemesi beklenendir. Günümüzde, ulusal hukukta vicdanî reddi hak olarak tanıyan açık bir yasal düzenleme mevcut olmasa dahi, özellikle "Bayatyan v Ermenistan Davası" başta olmak üzere "Erçep v Türkiye Davası"ndan sonra vicdanî ret beyanları nedeniyle söz konusu olan ceza yargılamalarına bakan hâkimlerin vermiş olduğu kararlarda bazı değişiklikler görülmüştür. Başta belirtilen iki dava özelinde değerlendirdiğimizde, bu davalara bakan hâkimlerin kararlarında daha önceki tarihli kararlardan farklı olarak vicdanî reddi bir hak olarak kabul ettikleri ve bunu da özellikle AİHM kararlarına yaptıkları atıflarla desteklediklerini görülmektedir. Uluslararası gelişmeler henüz vicdanî reddin hukukî metinlerde açıkça yer bulmasını sağlayamamış olsa da hâkimlerin kararlarında bir şekilde etkili olmuştur. 24 Şubat 2012 tarihli Malatya İkinci Ordu Komutanlığı Askerî Mahkemesi tarafından verilen Delice Kararı'nda "(…) iç hukukumuzda vicdanî ret ile ilgili herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktaysa da, Türkiye Cumhuriyeti'nin AİHS'nin, Anayasamız açısından kanun hükmünde olduğu, AİHS'nin uygulayıcısı ve yorumlayıcısı olan AİHM kararlarının da hem Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uyarınca hem de iç hukukta açıkça yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak sayılmaları nedeniyle, iç hukukta dikkate alınması gerektiği, milletlerarası andlaşmalarla kanunlar arasında aynı konuda farklı hükümler bulunması nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınmasının anayasal zorunluluk olduğu, bu hususun aynı zamanda bir uluslararası hukuk ilkesi olan 'ahde vefa'nın da bir gereği olduğu izahtan varestedir.[33]" şeklindeki ifadelerle vicdanî reddin hak

[33] Kara Kuvvetleri Komutanlığı 2'nci Ordu Komutanlığı Malatya Askeri Mahkemesi, 24.02.2012, E. 2012/ 98, K. 2012/40, s. 3.

olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Eskişehir Askerî Mahkemesi, 29 Mart 2010 tarihli "Bayatyan v Ermenistan" içtihadı öncesinde vermiş olduğu ve sanık Enver Aydemir'in mahkûmiyetiyle neticelenen kararında[34], AİHS m. 9/2'den yola çıkarak şu yorumu yapmıştır: (...) Sözleşme'nin dokuzuncu maddesinin 1'inci bendinde her şahsa düşünme, vicdan ve din hürriyeti tanındıktan sonra maddenin 2'nci bendinde bu hakların demokratik toplumlarda kamu güvenliği, kamu düzeni ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zorunlu olan tedbirler ile kanunla sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. (...) Her devletin ülke savunması için gerekli tedbirleri almasının kamu düzeni ve kamu güvenliği ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için zorunlu bir tedbir olduğuna kuşku yoktur. (...) silâhlı çatışmaların devam ettiği bir coğrafyada bulunan Türkiye Cumhuriyeti'nin de ülke savunması için gerekli tedbirleri alması en başta gelen görevi olmaktadır. (...) devletin ve toplumun ihtiyaç ve gerçeklerini dikkate alarak Türk Cumhuriyeti vatandaşı her erkeğin zorunlu asker olacağı esasını benimsemiştir." Aynı kararda, " (...) (Anayasa) 24'üncü maddede herkese din ve vicdan özgürlüğü tanınırken, 72'nci maddede vatan hizmetinin her Türk'ün hakkı ve ödevi olduğu, 10'uncu maddede herkesin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, 12/2 maddesinde temel hak ve hürriyetlerinin kişinin topluma ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva edeceği belirtilmiştir. Bu maddeler birlikte ele alındığında maddelerin kendi içinde uyumlu olduğu, (...) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla çelişmediği görülmektedir." ifadeleriyle vicdanî reddi kavramsal olarak kullanmaktan kaçınmakla birlikte, vicdanî itirazın toplumsal gerekliliklerle örtüşmemesi nedeniyle temel hak olarak kabul edilemeyeceği Anayasa hükümleri dayanak gösterilerek gerekçelendirilmiştir. Mahkeme vermiş olduğu kararın özellikle AİHS'nin dokuzuncu maddesine ve AİHM kararlarına uygun olduğunu da belirtmiştir. Bu noktada Mahkeme'nin AİHS hükümlerini ve AİHM içtihatlarını göz önünde bulundurarak tartışması önem arz edecektir. Ne var ki, dava Askerî Yargıtay 2'nci Dairesinin 8 Şubat

[34] Hava Kuvvetleri Komutanlığı 1'inci Hava Kuvveti Komutanlığı Eskişehir Askeri Mahkemesi, 29.03.2010, E. 2010/580, K. 2010/155.

2012 tarihli bozma ilâmından sonra yeniden yargılama konusu olmuş ve tekrar Eskişehir Askerî Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. 5 Temmuz 2013 tarihinde verilen kararda, ilk karardan farklı olarak "Bayatyan v Ermenistan Davası"nın etkisi açık bir şekilde fark edilmektedir. Mahkeme, ilk kararında yer verdiği gerekçeleri korumakla birlikte ayrıca "Mehmet Tarhan v Türkiye Davası[35]" ile "Bayatyan v Ermenistan Davası"na atıflar yaparak, vicdanî reddi hak olarak tanımıştır. "(...) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına göre vicdanî ret; inancın zorunlu gereklerini yerine getirmek amacıyla kanunî bir yükümlülük olan askerlik hizmetinden kaçınmak olarak tanımlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde vicdanî ret hakkı dayanağını inanç özgürlüğünde bulmaktadır. (...) vicdanî retçilik düşüncelerden değil inançlardan beslenmesi halinde sözleşme kapsamında korunmaktadır. (...) vicdanî ret, her bireyin tek tek kendi düşüncesine göre askerlik hizmeti yapmayı reddetmesi anlamına gelmez, kişinin ait olduğunu belirttiği fikrî, dinî veya siyasî grubun askerlik hizmetini reddetmesi temeline dayanır." Mahkeme'nin vicdanî reddi salt dinî sebeplere indirgeyen yaklaşımı bu hakkın uluslararası normlar ile kabul gören tanımına yaklaşmış olsa da, yetersiz kalmıştır. Mahkeme, vicdanî reddin düşüncelerden kaynaklanamayacağını sadece dinî nedenlere dayanabileceğini ifade ederken bir sonraki cümlesinde bu ifadesi ile çelişir şekilde, vicdanî reddin kişinin ait olduğunu belirttiği fikrî veya siyasî gruptan da ileri gelebileceğini belirtmiştir. Kararın ilerleyen paragraflarında, "(...) Bayatyan v Ermenistan kararında bu husus açıkça vurgulanmış ve savaş karşıtı inançlara mensup kişilerin zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmekten kaçınması AİHS'nin 9. maddesi kapsamında inanç özgürlüğü olarak değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre askerî hizmet yükümlülüğü ile kişinin sahip olduğu inançlar arasındaki ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişkinin var olması halinde vicdanî ret Sözleşme'nin 9. maddesinin sağladığı güvenceden yararlanabilecektir. (...) mevcut hukuk sistemimizde halen vicdanî ret hakkı konusunda öncekinden farklı bir düzenleme yapılmamış bu konuda herhangi bir makam veya organ yetkili kılınmamıştır.[36]" şeklindeki

35 Tarhan /Türkiye, Başvuru No. 9078 / 06, 17.07.2012.

36 1'inci Hava Kuvvetleri Komutanlığı Eskişehir Askeri Mahkemesi, 05.07.2013, E. 2013/164, K. 201 /349, s. 7.

açıklamalarla görülmektedir ki, Mahkeme olumlu bir gelişme olarak vicdanî reddi bir hak olarak zikretmekle birlikte, AİHM kararlarına atıfta bulunarak kendisi bir vicdanî ret tanımı yapma yoluna gitmiştir.

B. Vicdanî Ret Kriterleri

Emsal "Bayatyan v Ermenistan Davası"nda AİHM, kişinin vicdanî itirazını dokuzuncu madde kapsamında değerlendirirken bazı kriterler ortaya koymuştur. İlk olarak; düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alan dokuzuncu maddenin lafzından vicdanî reddin bir hak olduğu sonucuna doğrudan varılamamaktadır, ancak bilindiği üzere bu Dava'da Mahkeme, söz konusu olan vicdanî itirazı dokuzuncu madde kapsamına dâhil ederek vicdanî ret hakkını değerlendirmiştir. Mahkeme, bu değerlendirmeyi yaparken, somut olay ile yorum yoluyla geliştirmiş olduğu bazı kriterler arasındaki ilişkiyi incelemiş ve tartışmıştır. Buna göre:

1. Kişinin orduda hizmet yapma yükümlülüğü ile örtüşmeyen bir dini, diğer türlü bir inancı veya kanaati olmalıdır.

2. Bunlar, makul derecede inandırıcı, ciddi, tutarlı ve önemli olmalıdır.

3. Kişi, söz konusu olan dine, inanç sistemine veya kanaat grubuna samimi ve gerçekten bağlı olmalıdır.

4. Kişinin sahip olduğu inançları veya kanaatleri ile askerlik hizmeti arasında ciddi ve üstesinden gelinemez çelişki var olmalıdır.

Kriterler ışığında görülmektedir ki, bireyin sadece vicdanî itirazını beyan etmesi yeterli olmayıp, ayrıca belirtilen kriterlerin de sağlanması AİHM nezdinde aranmıştır. Böylece, vicdanî ret dokuzuncu madde kapsamına giren bir hak olarak değerlendirilebilecektir. Bu durum ise vicdanî ret beyanlarının nasıl değerlendirileceği sorunsalını karşımıza çıkarmaktadır. Esasında böyle bir sorgulama yoluna gidilmesi Anayasa'nın düşünce ve kanaat hürriyetini düzenleyen 25. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz." hükmünü ihlâl eder niteliktedir. Bu hallerde bir zorlamanın olmadığı ve

kişinin düşünce veya inançlarını açıklayıp açıklamama serbestisine sahip olduğu ileri sürülebilecek olsa da, aslında vicdanî itirazların geçerli olarak kabul görebilmesi için bireye kanaat veya inançlarını açıklamasından ve hattâ bunları kanıtlamasından başka bir seçenek bırakılmamıştır. Oysa, kişilerin haklarını kullanabilmeleri için hiçbir surette kendi inanç ve kanaatlerini bir makam önünde kanıtlamaları şartı getirilmemelidir. Böyle bir beklenti temel hak ve özgürlüklerin ruhuna aykırı olmakla birlikte, bu hak ve özgürlüklerin kullanımı önünde bir engel oluşturmaktadır. Anayasa'nın 25. maddesi de kişilerin vicdan, düşünce ve inanç özgürlüğünü güvence altına alma amacıyla getirilmiş bir hükümdür. Nasıl diğer hakların ve özgürlüklerin kullanımı için herhangi bir açıklama, ispat ya da başka bir işlemin yapılması gerekmiyor ve hattâ bu hakların tesisi devletlerin pozitif yükümlülüğü olarak kabul ediliyorsa, vicdanî ret hakkının kullanımı için de böyle bir sorgulama mekanizmasının getirilmemesi gerekir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 25. maddesi, vicdanî ret beyanlarına yönelik gerçekleştirecek sorgulamalara karşı kullanılabilecek temel bir itiraz nedenini teşkil edecektir.

Temeli inançlara veya düşüncelere dayanan bir hususun gerçekliğinin ya da samimiyetinin saptanması, düşünce ve inançların göreceliği ve soyutluğu nedeniyle son derece tartışmaya açık ve zor bir hususdur. Eğer mutlaka bir değerlendirme gerekiyorsa da bu incelemenin etraflıca ve titizlikle yapılması gerekir. Bunun sağlanabilmesi için de değerlendirmeyi yapacak olan kişilerin ya da mercilerin kimler olacağı önem kazanmaktadır. Ancak bir çekince olarak belirtilmelidir ki, yapılacak incelemenin konusu nedeniyle, her ne kadar titizlikle yapıldığı iddia edilen bir değerlendirme söz konusu olsa bile haksızlıkların yaşanabilecek olması ve temel hakkın kullanımı konusunda doğabilecek sakıncaların varlığı kaçınılmazdır. Bunlara engel olmak ve Anayasa'ya aykırı uygulamaların önüne geçmek için her Türkiye vatandaşı erkek için getirmiş olduğu zorunlu askerlik hizmeti yükümlülüğünün uluslararası normlara uygun şekilde kaldırması yerinde olup, sadece profesyonel askerliğin kabul etmesi hakkın kullanımı için uygun bir uygulama olacaktır.

C. Vicdanî İtirazın Sorgulanması

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu 1998 / 77 sayılı kararıyla vicdanî reddin devletler tarafından yapılacak sorgulamaya gerek olmadan geçerli olduğunu, ancak eğer bir sorgulama olacaksa da bunun bağımsız ve tarafsız bir karar merci tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir[37].

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ise vicdanî ret hakkının sorgulanmasına ilişkin vicdanî ret talebini karara bağlayacak ilk merci olan otoritenin sivil, tarafsız ve bağımsız olması gerektiği ve bu otoritenin kararlarının aynı nitelikleri taşıyan başka bir merci tarafından denetlenmesi gerektiği, ardından en az bir bağımsız yargı organı tarafından daha denetime tâbi tutulması gerektiğini belirtmiştir[38].

Vicdanî reddi ulusal mevzuatlarında da hak olarak tanıyan Avrupa Birliği üyesi devletlerde ise vicdanî itirazları değerlendirme yetkisi genelde özel komiteler, heyetler, mahkemeler ya da başka merciiler gibi sivil makamlara bırakılmış durumdadır. Buna örnek olarak Almanya'daki Kontrol Komisyonu verilebilir. Kontrol Komisyonu, vicdanî ret talepleri hakkında karar vermektedir. Bu makamın kararları itirazı kabil olup üst merci olan Kontrol Heyeti, kararı inceler. Heyet'in kararına da itiraz edilebilir ve bu halde, Danıştay son ve kesin karar mercidir[39]. Burada önemli olan, bireyin samimiyetini, kanaat veya inançları ile yaşantısının paralelliğini değerlendirebilecek niteliğe sahip sivil, bağımsız, tarafsız ve bilimsel bir mekanizmanın yaratılmasıdır. Bu mekanizmanın hangi nitelikleri taşıması veya kimlerden teşekkül etmesi gerektiği gibi ayrıntılar ise yasa ile gösterilmiş olmalıdır.

İç hukukumuzdaki duruma geldiğimizde, vicdanî redde ilişkin bir yasal düzenleme olmadığı gibi haliyle vicdanî itirazın değerlendirilmesine yönelik bir mekanizma da mevcut değildir. Vicdanî reddin AİHM tarafından bir hak olarak tanınması gereği olarak hâkimlerin karşısına bu hususa ilişkin davalar gelmektedir. Kararlarda ise hâkimler, vicdanî ret sorgulaması yapıp hüküm kurmaktadırlar. Belirtildiği gibi inceleme konusunu teşkil eden hususun inançlar

37 Brett, s. 253.
38 Demir, s. 262.
39 Ayrıntılı bilgi için bknz: Demir, s. 271.

ya da fikirler olmasından dolayı kararı verecek olan mahkeme dışında ayrı bir değerlendirmenin olması gerekir ve bu değerlendirmenin üzerine yargı organları kararlarını inşa etmelidirler.

Delice Kararı'nda davaya bakan hâkim, Serdar Delice'nin vicdanî itirazını değerlendirirken kişinin vicdanî reddini dayandırdığı İslâmiyet inancının veya fikrî düşünce akımı olarak benimsediği milliyetçiliğin zorunlu askerlik hizmetinin ifasını engellemediğini, kişinin daha evvel yapmış olduğu beş aylık askerlik hizmeti süresi içinde de aynı inanç ve kanaatleri taşımış olmasına rağmen bu süre zarfında askerliğini yapmış olduğunu belirterek eylemin başından beri kişinin esas saikinin vicdanî ret olmadığı yani bu itirazı yeterince gerçek ve samimi bulmadığına kanaat getirmiştir. Aynı kararda belirtildiği üzere ilgili kişinin bir basın toplantısındaki "Müslüman olmayan bir ordunun mensubu olmayacağı, vatan bize sahip çıkıyorsa, asker bizi koruyorsa, sahip çıkıyorsa tabii seve seve bu işin içerisinde yer almak gerekiyor." ifadeleri de dikkate alınarak kişinin vicdanen, inançsal ve fikrî olarak askerlik hizmetini tamamen reddetmediği sonucuna varılmıştır. Netice itibariyle Mahkeme, orduda hizmet etme yükümlülüğü ile Delice'nin inanç ve kanaatleri arasında ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişkinin mevcut olmadığına kanaat getirmiştir[40].

Aydemir Kararı'nda ise bozma ilamından sonraki kararda Mahkeme'nin vicdanî ret sorgulaması yaptığı görülmektedir. Kişinin adli sicil kaydı incelenmiş ve 1995 yılında işlemiş olduğu kasten yaralama suçuna ve mahkeme huzurundaki beyanında yer alan "(...) ben Kuran'ı Kerim'in referans alınarak doğrudan doğruya uygulandığı bir sistem için askerlik yapabilirim. (...) benim idealimdeki ve düşüncemdeki sistemi uygulamadıkları için bu şartlar altında askerlik yapmam mümkün değildir, sadece Kuran'ı Kerim'in referans alınarak doğrudan doğruya uygulandığı bir sistemde severek askerlik yapabilirlim. (...)" ifadelerine dayanarak kişinin dinî inançları gereğince askerlik hizmetini tamamen reddetmediği, sadece mevcut siyasî rejim nedeniyle askerlik yapmayacağını beyan ettmesi ve geçmişinde kasten

40 2'nci Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 24.02.2012, E. 2012 / 98, K. 2012 / 40, s.5.

yaralama suçu işlemiş olması gerekçelerinin silah ile yürütülen bir görevi reddetmek için yeterli derecede ciddi ve inandırıcı olmadığı yönünde bir kanaatin oluşmasına neden olmuştur.[41]

Yasal düzenlemelerin yokluğu nedeniyle mahkemelere bırakılan vicdanî ret beyanlarının değerlendirilmesi çeşitli yönlerden eleştirilebilmektedir. Mahkemeler tarafından sanıkların saiklerinin araştırılması, maddî vakıaları değerlendirmekten çok, onların niyetlerini okuma işlevi görmektedir. Bu ise yargılamanın objektifliğini ve hukukîliğini olumsuz yönde etkileyebilecek bir durumdur. Ayrıca vicdanî ret beyanlarının Askerî Ceza Kanunu'nda yer alan suçlara yönelik yapılan yargılamalar esnasında gündeme gelmesi nedeniyle ve Askerî Mahkeme hâkimlerinin ve savcılarının asker kişilerden teşekkül etmesi, bu kararların tarafsızlığı konusunda tereddütlere neden olabilmektedir. Diğer eleştirilebilecek konu ise, kişilerin dinî inançları ya da ideolojilerinin gerçekliği ve bu inanç ve ideolojilerin kişilerin yaşantısına sirayeti inceleme konusu olacağından böyle bir incelemenin o konunun uzmanları tarafından yapılması, o kişi hakkında daha sağlıklı veriler elde edilmesini sağlayabilecektir. Her iki kararda da ortak şekilde Mahkemeler, mevcut hukuk sisteminde vicdanî ret hakkı konusunda açık bir düzenlemenin yokluğuna işaret edip bu hususta karar verme konusunda yetkili herhangi bir makam veya organın da bulunmadığını belirtmişlerse de, üstlendikleri bu değerlendirmeler, yargılamaları somut olaydan ziyade şahıs yargılamasına dönüştürmektedir. Böylece sanığın fiilinden çok onun niyeti, fikirleri ve bunların samimiyeti değerlendirilmektedir. Dolayısıyla mahkemelerin yargılama yaparken belirtilen eleştiriler nedeniyle vicdanî ret hakkına dair takdir yetkileri olmamalıdır. Vicdanî itirazların incelenmesi fonksiyonu ile bağdaşmayan mahkemeler yerine sivil, bağımsız, tarafsız ve bilimsel bir mercie terk edilmelidir. Bu mercilerin oluşturulmasında vicdanî itirazın gerekçeleri dikkate alınabilir. Buna göre inanç temelli vicdanî ret hakkının kullanımı söz konusu ise o inanç sistemine hakim uzmanlardan, kişilerin fiziksel ve ruhsal durumlarını inceleyebilecek doktorlardan, psikologlardan ve benzer

41 1'inci Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi, 05.07.2013, E. 2013/164, K.. 2013 / 349, s. 8.

başka üyelerden oluşacak bilimsel, bağımsız, tarafsız ve sivil bir heyet oluşturulabilir. Heyetin yapacağı incelemeler neticesinde vermiş olduğu karar, rapor halinde mahkemelere sunulabilir. Bu raporun ceza yargılamaları içindeki konumu ise bilirkişi raporları ile aynı nitelikte olabilir. Diğer bir uygulama örneği olarak ise bu raporların hâkimlerin karar verme sürecinde onlara yol gösterici bir yardımcı unsur vasfı taşıması yerine, doğrudan kişi hakkında dava açılmasını ya da açılmamasını sağlayabilecek kudrette belgeler olarak kabul edilmesidir. Bu halde ise raporlara karşı kişi itiraz edebilmeli ve böylece raporlar aşamalı bir şekilde diğer üst merciler tarafından denetlenebilmelidir. Önemli olan, eğer bir değerlendirme yapılacaksa bunun mahkemeler dışında, güvenilir ve tarafsız olduğu yönünde kanaat getirilebilecek makamlarca yerine getirilmesidir.

Sonuç

Vicdanî reddin uygulamasına yönelik düzenlemelerde bir yeknesaklık olmasa da devletler, sosyal, ekonomik, kültürel ve savunma ihtiyaçlarına göre askerlik hizmeti yükümlülüğünü tamamen kaldırabildikleri gibi inançları veya kanaatleri nedeniyle askerlik hizmetini yerine getiremeyeceğini beyan eden bireyleri hiçbir zorlamaya maruz bırakmadan onlar için farklı uygulamalar getirebilmektedirler. Devletlerin askerlik hizmetine yaklaşımı, toplumsal barış ortamının gerekleri ve demokratik ihtiyaçlar nedeniyle bireylere ve onların haklarına uygun şekilde değişim gösterirken, Türkiye gibi demokratikleşme iddiası ve kaygısında olan bir ülkeden de demokratik toplum hayatındaki değişen ve gelişen değer yargıları ve normları takip etmesi ve ulusal hukukunda da gerekli düzenlemeleri yapması beklenir. Ne var ki, mevcut durumda vicdanî ret hakkına dair yasal bir düzenleme olmadığı için çalışmada belirtildiği gibi sorunlu uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Yargılamaları yapan hâkimler, AİHM kararlarına atıflar yaparak Anayasa ve uluslararası taahhütler gereği kararlarında vicdanî reddi hak olarak tanımak zorunda kalmaktadırlar. Uluslararası kararlara uygun açık bir yasal düzenlemenin yokluğu, yargılamaları somut olayların yargılanmasından ziyade, niyet okumaya dönüşen kişi yargılamalarına dönüştürebilmektedir. Hâkimler

kararlarında, kişilerin vicdanî ret beyanlarını ve bunların gerçekliğini inceleme yetkisine sahip mercilerin bulunmaması nedeniyle, kişilerin inanç ve kanaatlerini değerlendirme yoluna gitmektedirler. İnceleme konusunun bireyin inanç ve kanaatleri olması ise haksız yargılama ve mahkûmiyetlere neden olabilmektedir. Bunun önüne geçebilmek için vicdanî itirazları objektif kriterler çerçevesinde değerlendirebilecek sivil, bağımsız ve bilimsel bir mekanizmanın varlığı lâzımdır. Eğer vicdanî ret hakkına yönelik itirazı inceleyen bir mekanizmanın var olsaydı, yapılacak değerlendirme neticesinde bireylerin kişisel özellikleri göz önünde tutularak, bireylere ve toplum ihtiyaçlarına göre en uygun alternatif hizmetin belirlenmesi de kolaylıkla sağlanabilecekti. Mevcut durumda ise vicdanî ret, AİHM kararlarının iç hukuka etkisi nedeniyle salt bir hak olarak kabul edilmekte ancak, uygulamada bu hakkın gerekleri sağlanamamaktadır. Dolayısıyla iç hukukta yasal düzenlemeler olmadan vicdanî reddin yargılamalar sırasında hak olarak kabulünü anlamlı bulmak olanaklı değildir. Yargılamaları yürüten hâkimlerin hukuk prensiplerine paralel ve vicdanlardaki adalet duygusunu sarsmayan kararlar verebilmesi için, vicdanî reddi şayet bir hak olarak değerlendiriyorlarsa, vicdanî itirazlarını beyan eden kişilerin haklarını kullandıklarını kabul ederek Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesi[42] gereği bir hukuka uygunluk sebebinin varlığına dayanarak hüküm kurabilmeleri söz konusu olabilir. Hakimlerin vicdanî ret hakkını doğrudan Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesi kapsamında değerlendirmesi halinde, hukuk düzeni tarafından onaylanan fiilin varlığı nedeniyle yargılama esnasında vicdanî itirazını ileri süren sanık hakkında beraat kararı verilecektir. Böylece hem niyet okuma niteliğindeki sorgulamaların mahkemeler tarafından icra edilmesine gerek kalmayacak hem de vicdanî ret hakkını kullanan kişiler hakkında verilen haksız mahkumiyet kararlarının önüne geçebilmek olanaklı hale gelebilecektir.

[42] Türk Ceza Kanunu'nun 26. madde hükmü: Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilemez. (2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez.

Kaynakça

Altundiş Mehmet, "Avrupa Konseyi ve AİHM Kararlarına Göre Türk Hukukunda Vicdani Red Hakkı", *Yasama Dergisi*, 2012, S. 20, s. 143-174.

Boyle Kevin, Uluslar arası Hukukta Vicdani Red ve Osman Murat Ülke Davası, Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci (der.), Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s. 273-290.

Brett Rachel, Askerlik Hizmetinin Vicdanen Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslar arası Standartlar, Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci (der.), Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s. 247-266.

Can Osman, Vicdani Red ve Anayasa, Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci (der.), Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s. 291-313.

Çınar Özgür Heval, Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış, Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci (der.), Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s. 235-246.

Çınar Özgür Heval, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Red ve Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul, 2014.

Demir Hande Seher, "Vicdani Ret Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 4, s. 241-283.

Eren Abdurrahman, "Türk Hukukunda Vicdani Red", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2006, S. 61-3, s. 103-130.

Gözler Kemal, İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu, http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm, Erişim Tarihi: 20.04.2015.

IHOP (İnsan Hakları Ortak Platformu), İzlem Vicdani Ret Özel Sayısı – AİHM'de Tarihi Karar, 28.09.2011.

Köybaşı Serkan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Bayatyan Ermenistan'a Karşı Kararı ve Kararın Türkiye'deki Vicdanî Ret Hakkına Etkisi, http://serkankoybasi.com/2011/10/31/insan-haklari-avrupa-mahkemesinin-bayatyan- ermenistana-karsi-karari-ve-kararin-turkiyedeki-vicdani-ret-hakkina-etkisi/, Erişim Tarihi: 18.04.2015.

Mızrak Dilan, Vicdani Retçilerin Ret Sebepleri ve Vicdani Retçileri Bekleyen Sorunlar, in İnsan Hakları Araştırmaları Ağı Türkiye'nin İnsan Hakları Gündemi Konferansı I, İstanbul, Ülkü Ofset, 2014, s. 224-227.

Mızrak Dilan, Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Mızrak Dilan, Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret ve Sivil İtaatsizlik, *TBB Dergisi*, Ocak – Şubat 2015, S. 116, s. 113-134.

Nal Sabahattin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Vicdani Ret", *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 7, S. 13, 2010, s. 253-274.

Schneider Friedhelm, Vicdani Red Hakkında Avrupa Standartları ve Alternatif Hizmet, Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci (der.), Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim, İstanbul, 2008, s. 267-272.

Takemura Hitomi, International Human Right to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders, Springer, Germany, 2009.

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Conscientious Objection to Military Service, United Nations Publication, 2012.

Üçpınar Hülya, Türkiye'de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları, Özgür Heval Çınar ve Coşkun Üsterci (der.), Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler, İletişim, İstanbul, 2008, s. 313-334.

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN VERGİSEL SORUMLULUĞU

TAX-RELATED LIABILITY OF MEMBERS OF BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANIES

Özen KAYA GÖÇMEN*
Ender DEDEAĞAÇ**

Özet: Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları, yönetim kurulunun görev ve yetkileri de dikkate alındığında, farklı hukuk disiplinlerini ilgilendiren geniş bir konudur. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergisel sorumluluğu da benzer şekilde olup hukuki, cezai ve idari sorumluluk açısından ayrı ayrı değerlendirilmeyi gerektirir. Uygulamada bu vergisel sorumluluk konusunda, bazı durumlarda herhangi bir ayrıma gidilmeksizin, yönetim kurulu üyelerinin tamamı sorumlu tutulmaktadır. Oysaki, uygulamanın aksine, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ve hangi hallerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği, konu hakkında mevzuatta yer alan hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde nettir. Yönetim kurulu üyelerinin tamamının sorumluluğuna gidilmemesi için, yönetim kurulunun devredilemez yetki ve görevleri ile üst denetim ve gözetim konusunun dikkate alınması, usulüne uygun görev ve yetki devri yapılması, "fiillerin kişi ile irtibatlandırılması" ve mevzuatta yer alan sınırlayıcı ve genel hükümlerin dikkate alınmasıyla usul kurallarının özellikle de ispat konusunun layıkıyla uygulanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları, Vergisel Sorumluluk, Yönetim ve Temsil Yetkisi, Sorumluluğun Koşulları, Sorumlu Tutulmama

Abstract: The liability of members of Board of Directors in joint stock companies is a broad subject which concerns different legal disciplines, especially when the tasks and powers of the Board of Directors are taken into account. The tax-related liability of members of Board of Directors in joint stock companies, which is also likewise, necessitates assessment in terms of legal, criminal and administrative liability respectively. In practice, about this matter of tax-related liability, in some cases, all of the members of Board of Directors are held liable, without making any distinction. However, contrary to what happens in practice, the liability of the members of Board of

* Avukat, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

** Avukat, Ankara Barosu

Directors and the circumstances under which they can be held liable are clear when the provisions in the legislation about this matter are considered as a whole. In order not to be held liable together as members of Board of Directors, the issue of non-assignable powers and tasks of Board of Directors and supervision and monitoring should be taken into account, tasks and powers should be duly delegated, "the acts should be connected with persons", the limiting and general provisions in the legislation should be taken into account and rules of procedure, especially the issue of proof, should be duly applied.

Keywords: The Liability of Members of Board of Directors in Joint Stock Companies, Tax-Related Liability, the Power of Management and Representation, Conditions of Liability, Not To Be Held Liable

GİRİŞ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu; hukuki, cezai, idari gibi pek çok farklı boyutu olan ve geniş bir çerçevede mevzuatta yer alan farklı yasal düzenlemeleri birlikte değerlendirmeyi gerektiren bir konudur. Bu çalışmada da; genel olarak anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu incelenecek, bu yapılırken vergi sorumluluğuna odaklanılacak ve çeşitli ihtimallerle yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları değerlendirilmeye çalışılacaktır. Vergi sorumluluğu incelenirken konu; hem hukuki sorumluluk hem de cezai sorumluluk kapsamında ayrı ayrı ele alınacak ve her iki açıdan çeşitli kanunlar birlikte değerlendirilecektir. Bununla birlikte; bu çalışma yapılırken anonim şirketin her hangi bir şirkete bağlı şirket olması ya da aksine kendisinin tepe şirket olması hali inceleme dışında bırakılmıştır.

Bu çalışmada ilk olarak, konuya Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ışığında yaklaşılacak ve anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergi sorumluluğu hem 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("ETK") hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")'nda yer alan hükümler kapsamında hâlihazırda uygulamaya yansıyan biçimiyle ele alınacaktır. Bu başlıklar altında konu, "ticaret hukuku" bağlamında irdelenecektir. İkinci olarak konuya Vergi Usul Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ışığında yaklaşılacak ve bu kez anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergi sorumluluğu daha çok cezai sorumluluk yönüyle irdelenecektir.

I- Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergi Sorumluluğunun Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi

1. Genel olarak Yönetim Kurulu ve Görev ve Yetkileri

Yönetim kurulunun yapısına ve işleyişine ilişkin kurallar TTK'da yer almasına rağmen, yönetim, özünde, yönetim bilimlerini ilgilendiren bir kavramdır. Bu nedenle, yapılacak çalışmada, bu gerçek dikkate alınmıştır.

Yönetim bilimlerine ilişkin kaynaklara baktığımızda yönetimin ve yöneticinin değişik tanımlarına rastlamaktayız. Bunların hepsinde yer alan iki temel unsur, örgütün/işletmenin hedeflerine varabilmek için gereken kararları alarak, örgütün/işletmenin para ile ölçülebilen ve para ile ölçülemeyen kaynaklarını en verimli şekilde kullanmaktır.

Üstelik dar anlamda inceleme konumuz, anonim şirketler olduğuna göre, hukuk sistemimize yeni kazandırılmış olan tek ortaklı anonim şirketleri istisna olarak kabul edersek, yönetimin hedeflere/amaçlara ulaşmak için kullandığı paranın, kendi parası dışında ortak olarak nitelendirdiğimiz kişilerin parası olduğunu düşündüğümüzde, yönetimin işleyişini ve sorumluluğunu özenle değerlendirmek zorunda olduğumuz gerçeği ile karşı karşıya kalırız.

Az önce ifade ettiğimiz gibi, yönetim kurulunun, şirket içindeki yerini, görevlerini, yetkilerini, cezai ve hukuki sorumluluğunu düzenleyen temel kurallar TTK'da yer almaktadır.[1]

Anonim şirketler her ne kadar TTK'da düzenlenen tüzel kişilerden ise de, tüzel kişi olmaları nedeniyle, öncelikle TMK'nın tüzel kişilere ilişkin hükümleri ile değerlendirilmeleri gerekmektedir. Anonim şirketleri, TTK ve TMK hükümlerine göre değerlendirdiğimizde, bir anonim şirketin yapısında üç ayrı organın görev yaptığını görmekteyiz. Bunlar; genel kurul, yönetim kurulu ve denetçiler olarak isimlendirilmektedir. Yeni TTK eski TTK'dan farklı bir yaklaşımla, genel kurulun üst karar organı olması ilkesinden ayrılmış ve genel kurul ile yönetim

[1] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ender Dedeağaç/Oğuzhan Sapan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2013; Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.329-449.

kurulu arasında işlevsel dengeye önem vermiştir. Bunu sağlamak için de gerek genel kurulun gerekse yönetim kurulunun devredemeyeceği görevlerini ayrı ayrı hükme bağlayarak her iki kurulun bir birinin işlemlerine karışmasının önünü kesmiştir.[2]

Bu amaçla TTK 408 maddesine baktığımızda, genel kurulun devredemeyeceği görev ve yetkilerin iki kategoride değerlendirilmesinin yapılmasının gerektiğini anlamaktayız. Bunlardan birincisi, TTK 408/2 maddesinde sayılan görev ve yetkilerdir. İkincisi ise diğer kanunlarda sayılan görev ve yetkilerdir. Anonim şirketin uğraş alanı diğer kanunlara ilişkin hangi hükümler olduğunu belirlemek için gerekli olduğundan ötürü şimdilik bu konudaki incelemeyi zorunlu olarak geriye bırakmaktayız.

TTK 408/1 maddesinin gerekçesine baktığımızda, "Genel kurul karar verme yetkisini kanundan ve kanun hükümleri çerçevesinde esas sözleşmeden alır. Esas sözleşme, anonim şirketin organsal yetki sistemini kuran yapısına ve organlar arasındaki, kanuni işlev dağılımına aykırı bir şekilde genel kurulu yetkilendiremez; yönetim kurulu kendisine kanunla bırakılan, devredilemez yetkileri genel kurula nakledemez, onun onayına bağlayamaz. Genel kurul da diğer organlara ait devredilemez yetkileri kendisine çekemez. Yönetim kurulu da genel kurulun yetkilerini yüklenemez. Ayrıca denetleme işlevine ilişkin hiçbir yetki genel kurula ve yönetim kuruluna bırakılamaz. Onun tarafından kullanılamaz." Açıklamasının yer aldığını görmekteyiz. Bu açıklamadan anlaşılacağı gibi, anonim şirketlerin yapılanmasında organların işlevleri, görev ve yetkileri büyük önem kazanmaktadır. ETTK genel kurulu en üst karar organı olarak tanımlamasına rağmen, YTTK genel kurulu da diğer organlar gibi, sınırlı bir yetki ile donatmıştır.

TTK 408/2 maddesine göre;

- Esas sözleşmenin değiştirilmesi

---

[2] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ender Dedeağaç/Elçin Sanal, "Limited Şirketlerde Genel Kurul, Genel Kurul Kararlarının Butlan ve İptali",
Erişim: http://enderdedeagac.blogspot.com.tr/2016_08_01_archive.html, Erişim Tarihi: 22.09.2016. Ayrıca bkz. Fahrettin Önder, "Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2005; Abdullah Erdoğan, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XVII, Sayı 3, Yıl 2013.

- Yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ve huzur hakkı, ikramiye ve pirim gibi hakların belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları
- Kanunda belirlenen istisnalar dışında denetçinin ve işlem denetçilerinin seçimi ile görevden alınmaları
- Finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kar üzerinde tasarrufa, kar payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kara katılması dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması
- Kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi
- Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı

konularında genel kurula verilen görev ve yetkiler devredilemez görev ve yetkilerdir.

Anonim şirkette genel kurul için hüküm altına alınmış olan devredilemeyen görev ve yetkiler olduğu gibi yönetim kurulunun devir edemeyeceği görev ve yetkileri bulunmaktadır. Bunlar TTK 375 maddesinde hüküm altına alınmıştır. Maddeye göre;

- Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi
- Şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi
- Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması
- Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları,
- Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi
- Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi

- Borca batıklık durumunun varlığının mahkemeye bildirimde bulunulması

yönetim kurulunun devredemeyeceği görev ve yetkileridir.

Bu maddede yer alan görev ve yetkileri değerlendirmek için TTK 375/1.a ve b maddelerinin incelemesi yapılmalıdır. Hatta bu incelemeyi yaparken TTK 375/1.a maddesi hükmünü ikiye bölerek inceleyerek, konunun daha anlaşılır olmasını sağlamak da mümkündür.

TTK 375/1.a da yer alan hükmün birinci bölümüne göre yönetim kurulu "şirket üst düzey yönetimi.." ne ilişkin görevini ve yetkilerini devredemez.

Şirketin üst düzey yönetiminden ne anlaşılması gerektiğini saptamak için, TTK 375 maddesinin birinci fıkrasına ilişkin madde gerekçesine bakıldığında "üst düzeyde yönetimle kastedilen, genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilmesi gereken araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşılıp ulaşılmadığının veya ulaşılıp ulaşılmayacağının belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerinin tespitidir." ifadesinin yer aldığını görmekteyiz.[3] Madde gerekçesinde anlaşıldığı gibi, öncelikle, üst düzey yönetimden amaç, şirketin hedeflerinin ve bu hedefleri gerçekleştirmek için hangi araçlardan yararlanılacağının belirlenmesi/anlaşılması gerekmektedir. Bu görev, profesyonel ekibin yapacağı çalışmaların, yönetim kurulu kararına bağlanması ile gerçekleştirilecek bir görevdir.

TTK 375/1.a da yer alan hükmün devamında "bunlarla ilgili talimatların verilmesi" ifadesi yer almaktadır. TTK 375/1.a maddesini bütün olarak değerlendirdiğimizde, yönetim kurulunun üst düzeyde yönetime ilişkin görevi ile ilgili olarak almış olduğu kararların hayata geçirilmesi için, gereken talimatları vermesinin de yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer aldığı sonucuna ulaşmaktayız. Her ne kadar madde gerekçesinde talimatların verilebileceği ifade edilmiş ise de, buradaki "verilebilir" sözcüğü ile, madde

[3] Ayrıca bu madde ile ilgili ayrıntılı açıklamalar çalışmanın "2. Yönetim Kurulunun Sorumluluğunun Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi" başlığı altında "B. Vergisel Açıdan Çeşitli Görev ve Yetkiler" başlıklı kısımda ele alınmıştır.

içeriğinde yer alan "verilmesi" sözcüklerini karşılaştırdığımızda, bu maddede bir emrin yer aldığını söylemek zorunluluğumuz doğmaktadır. Zaten bir kararın, ilgililerine talimat olarak ulaştırılmamış olması onun hayata geçmediği anlamına geleceği için kanımızca gerekçedeki ifadede bir hata olduğudur.

Belirlenen hedeflerin gerçekleşmesi için, verilecek olan talimatların, kime ve nasıl verileceğini belirlemek de yönetim kurlunun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer almaktadır. TTK 375/1.b maddesinde yer alan "şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi" görevi bu amaçla yasalaşmıştır. Bu görev nedeni ile yönetim kurulu şirketin işleyişini gösteren bir organizasyon şeması yapmak zorundadır. Üstelik bu şema temsil ve yönetim yetkilerinin devrini sağlayan TTK maddeleri gereğince de yapılması gereken bir şemadır.

Elbette, alınan tüm kararlar izlenmeyi gerektirir işte TTK 375/1.e maddesi bu gerçek üzerinden hareketle, yönetim kuruluna "üst gözetim görevi" yüklemiştir. Yasa koyucu madde gerekçesinde üst gözetimden ne anladığını "üst gözetim ile kastedilen hem kurumsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimidir. Yoksa yönetim kurulu bir kontrol ve denetim organı değildir. Üst yönetimin normatif niteliği hükmün bizzat kendisinden anlaşılmaktadır." cümleleri ile ifade etmiştir.

2. Yönetim Kurulunun Sorumluluğunun Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi

A. ETTK'ya göre Yönetim Kurulunun Vergisel Sorumluluğu

Bilindiği gibi ETTK 66/2 maddesi tacirin, tüzel kişi olması halinde, yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri ve karar defteri tutmasının zorunlu olduğunu belirtmenin yanı sıra, ETTK 67/2 maddesinde, defter tutma yükümlülüğünün "idare organının azalarında veya idare işlerine salahiyetli olan kimselerde" bulunduğunu belirtmiştir.

Yasa koyucu, ETTK 67/2 son cümlede, idare organlarının azalarının ve idare işlerine salahiyetli olanların bu konudaki sorumluluklarını, memur ve müstahdemlerine devredemeyeceğini de açıkça hüküm altına almıştır. ETTK 67/1 maddesine baktığımızda, ETTK 67/2 son cümlenin bir tekrar anlamı taşıdığını görmekteyiz. Çünkü söz konusu

maddeye göre, " Bir tacirin defter tutma mükellefiyetini yerine getirmeye salahiyetli kıldığı kimsenin bu defterlere geçirdiği kayıtlar, o tacirin kendisi tarafından tutulmuş kayıtlar hükmündedir."

ETTK 66 maddesinde yer alan hükümle yetinmemiş ayrıca ETTK 325 maddesi ile de idare heyetinin defter tutmakla yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır.

Tüzel kişi tacirle gerçek kişi tacir arasındaki farkı dikkate alan yasa koyucu, ETTK 326 maddesi hükmü ile tüzel kişi tacirin tutmakla yükümlü olduğu defter türlerini arttırmıştır.

ETTK'nın defterlere ilişkin hükümlerinde, yönetim kuruluna yüklenen bu görev ve görevden kaynaklı sorumluluk özünde, ETTK 327 maddesinin devamı niteliğindedir. Söz konusu maddeye göre, gerek şirketin idaresi gerekse temsili yönetim kurulunun görevidir. Her ne kadar, ETTK 327/2 maddesi, esas sözleşmede hüküm olması şartı ile yönetim kurulunun gerek şirketin idaresine gerekse temsiline ilişkin görevlerinin bir kısmını ya da tamamını, yönetim kurulu üyelerinden birine veya yönetim kurulu üyesi olmayan müdürlere bırakmasına olanak tanımış ise de, ilmi ve kazai içtihatlara baktığımızda, yönetim kurulunun, denetim görevini ve sorumluluğunu devretmesinin mümkün olmadığının kabul edildiğini görmekteyiz. Yönetim kurulu üyelerinin bu sorumluluğu ETTK 320 maddesi hükmünün yollaması ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ("EBK") 528. maddesinden kaynaklanmakta olup, bu sorumluluğa, yönetim kurulunun özen borcundan kaynaklı sorumluluk da denilmektedir.

ETTK 336/3 maddesine göre "Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bunların intizamsız bir surette tutulması"ndan ve aynı maddenin 5. bendine göre "kanunun yüklediği görevler"in yapılmamasından ötürü yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumludur.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulabilmesi, iki halde mümkündür. Bunlardan birincisi ETTK 336/2 maddesinde yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre, "Aynı maddenin birinci fıkrasının beşinci bendinde yer alan "Gerek kanunun gerekse esas mukavelelerinin kendilerine yüklediği sair vazifeler"den kaynaklı sorumluluğun bir kısmı ya da tamamı yönetim kurulu üyelerinden birine bırakılmış ise yani ETTK 319/2 maddesi doğrultusunda murahhas yönetim ku-

rulu üyesi atanmış ise diğer yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğundan söz edilemez. Ancak, söz konusu madde, murahhas yönetim kurulu atanması halinde yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğundan söz edilemeyeceğini hükme bağlamasına rağmen murahhas müdür atanması halinde bu olanağın bulunmadığını, maddenin mefhumu muhalifinde belirtmektedir.

Bunlardan ikincisi ise, ETTK 338 maddesinde düzenlenen üç haldir. Bu üç halden birisi, sorumluluk doğuran muameleden ötürü, yönetim kurulu üyesinin hiçbir kusuru olmadığını kanıtlaması halidir. Diğeri yönetim kurulu toplantısına katılmış olup söz konusu muameleye ilişkin karara muhalif kalmış ve de bunu şirket denetçisine haber vermiş olması halidir. Üçüncüsü ise, kabul edilebilir bir mazereti nedeniyle yönetim kurulu toplantısına katılmamış olması halidir.

Yukarıda iki paragrafta anlattıklarımız dışında kalan tüm muamelelerden ötürü, yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumludur.

ETTK, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını düzenlerken, ETTK 337. maddesinde, yeni seçilen yönetim kurulu üyelerinin eski yönetim kurulu üyelerinin yolsuz muamelelerinden ötürü de sorumlu olacağını hükme bağlayarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını ağırlaştırmıştır. Yönetim kurulu üyelerinin, eski yönetim kurulu üyelerinin muamelelerinden sorumlu olmaması için, bilgi sahibi olduğu muameleleri denetçiye bildirmesi gerekir.

Yukarıda yer alan açıklamaları birlikte değerlendirdiğimizde, ETTK 336/1.3 ETTK 67/1 ve 2 maddelerinin yüklediği sorumluluklar nedeniyle, yönetim kurulu üyelerinin defter tutmak ve bu defterlerde yer alan kayıtlardan ötürü doğan sorumluluğunu, ETTK 319/2 maddesine dayanarak, vergiye ilişkin görevleri murahhaslara bırakmış olsalar bile, vergiden kaynaklı sorumluluklarını, devredemeyeceği sonucuna ulaşmaktayız.

Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan diğer bir anlatımla genel denetim yükümlülüğünden kaynaklı sorumluluğu da onların vergisel sorumluluğuna yol açmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu ("VUK") 10. maddesi de yönetim kurulu üyelerinin tüzel kişinin yani anonim şirketin vergi borçlarından ötürü sorumlu olduğunu hükme bağlayan bir başka hükümdür.

Bu yasa hükümlerin yanı sıra 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ("AATUHK") mükerrer 35. maddesinde yer alan "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir." hükmü de, yönetim kurulu üyelerinin amme alacakları açısından sorumluluğunu doğuran bir başka hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır.

AATUHK'daki sorumluluk ile VUK sorumluluğunu birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Bu konudaki en iyi ayrımın Anayasa Mahkemesi kararında yapıldığını hatırlamakta yarar bulunmaktadır.[4]

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu sadece anonim şirketi yönetmekten kaynaklanmamaktadır. Bu sorululuğun yanı sıra vergi kesen olarak da sorumluluğu bulunmaktadır.

ETTK'nın 319 ve 342. maddelerini incelediğimizde, şirkette iki ayrı görev ve yetki ile donatılmış müdürün var olduğunu görmekteyiz. Bunlardan ETTK'nın 319. maddesine göre atanan müdüre murahhas müdür denilmekte olup, bu müdürün atanabilmesi için şirket esas sözleşmesinde buna olanak veren bir hükmün varlığı gerekmektedir. ETTK 319/2 maddesi hükmüne göre, murahhas müdüre şirketi idare ve temsil görev ve yetkisinin bir kısmı ya da tamamı devredilebilir. Ancak, ETTK'nın 319. maddesine göre, murahhas müdüre, şirketi temsil yetkisi devredilirken, temsil yetkisinin aynı zamanda şirket yönetim kurulu üyelerinden en az birine de verilmiş olması gerekmektedir.

ETTK'nın 319. maddesinin yazılımında, idare ve temsil yetkisi bir arada değerlendirildiği için uygulamada aksamalara neden olmakta idi.

Gene, murahhas yönetim kurulu üyelerinin ve murahhas müdürlerin atanmalarında izlenecek yol ve uyulması gereken kurallar belirlenmediği için, genelde ETTK 342 vd maddelerinde düzenlenen

[4] Anayasa Mahkemesi'nin 19/3/2015 tarihli ve E: 2014/144, K.: 2015/29 sayılı Kararı. Ayrıca bkz. aşağıda "E. TTK açısından VUK md. 10 ve AATUHK mükerrer 35 inci maddesinin değerlendirilmesi" başlıklı kısım.

ve sadece şirketin işlerinin icra safhasına taalluk eden işlerle görevli ve yetkili müdürlere ilişkin kurallardan yararlanarak, yönetim kurulunun, ETTK 346. maddesi hükmü doğrultusunda, atamada özen göstermesi gerektiği belirtilmekteydi. ETTK'da yer alan bu özen borcu, özünde Borçlar Kanunu'nda yer alan, alt vekil atamada var olan sorumluluğun ETTK'ya yansıması olarak kabul edilebileceği gibi, ETTK'nın 320. maddesi atfı nedeniyle, EBK'nın 528 maddesinin sonucu olarak da değerlendirilebilinir.

Bu nedenle, idare ve temsil görevlerinin bir kısmının ya da tamamının murahhas müdür ya da murahhas yönetim kurulu üyelerine devredilmiş olmasına rağmen, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun devam etmesi açıklanabilir.

B. Vergisel Açıdan Çeşitli Görev ve Yetkiler

YTTK 365/1 ve 367/2 maddelerine göre, eğer 367/1 maddesindeki kurallara uygun bir devir söz konusu değil ise, şirketi yönetmek görevi yönetim kuruluna aittir.

ETTK 66 ve 67 maddelerinin karşılığı olarak düzenlenen YTTK 64 maddesi de ticari defterlerin tutulmasının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır. Üstelik ticari defter olarak sayılan defterler arasına pay, yönetim kurulu karar defteri ile genel kurul müzakere ve karar defterini de dâhil etmiştir. Ancak, madde gerekçesine baktığımızda, "Tacirin, tüzel kişi olması halinde defterleri tutmak sorumluluğu yöneticilere ve yönetim kuruluna aittir. Yöneticiler ve yönetim kurulu, ilgili tüzel kişiye ilişkin özel hükümlere göre belirlenir; sorumlulukta aynı hükümler çerçevesinde saptanır. Defter tutulması, yani fiilen kayıtların işlenmesi kişiye bağlı bir görev ve yetki olmadığı için kayıtların bizzat sorumlularca tutulması anlamına gelmez. Kastedilen fonksiyondur. Anonim şirketlerde bu yükümlülük, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri başlığı altında tasarının 375 inci maddesinde "muhasebenin ilkelerinin belirlenmesi" şeklinde ifade olunmuştur. Defteri bizzat tutacak kişilerin gerekli bilgiye haiz uzman kişiler arasından seçilmesi zorunluluğu, yöneticiye ve yönetim organlarına gene bir sorumluluk halinde yüklenmiştir." gerekçesi ile tacirin bizzat defter tutmak ya da defterin bir başkası tarafından tutulması halinde bile kendisi defter tutmuş gibi sorumlu olması hali yerine, defterin profes-

yoneller tarafından tutulabileceği ve böylesi bir durumun varlığı halinde defter tutmadan kaynaklı sorumluluğun bu kişilere ait olacağını hükme bağlamıştır.

YTTK 64 maddesi ile paralellik gösteren TTK 375. maddesinin birinci fıkrasının a bendine baktığımızda yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinin başında şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi olduğunu görmekteyiz. Yasa koyucu bu madde hükmünden ne anlaşılması gerektiğini madde gerekçesinde; "Üst düzeyde yönetim" ile kastedilen, genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, temettü gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşılıp ulaşılmadığının veya ulaşılıp ulaşılmayacağının belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespitidir.

Politikalara ve hedeflere ulaşılmasına ilişkin kararlar ve stratejilerin uygulanması ile ilgili talimatlar da yönetim kurulu tarafından verilebilir. Talimatlar sözlü veya yazılı olabileceği gibi bir iç yönetmelik, sirküler veya genelge ile de şekillenebilir."ifadeleri ile üst yönetimden ne anlaşılması gerektiğinin ifade edildiğini görmekteyiz.

YTTK 375/1.e maddesinde ise, üst yönetimin, denetim olarak ne ifade ettiği hükme bağlanmış ve madde gerekçesinde, "Üst gözetim ile kastedilen hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimidir. Yoksa, yönetim kurulu bir kontrol ve denetim organı değildir. Üst gözetimin normatif niteliği hükmün bizzat kendisinden anlaşılmaktadır." denilerek, yönetim kurulunun günlük işler dışında kalan işleri karara bağlamak ve bunları denetlemekle yükümlü olduğu bir kez daha hüküm altına alınmıştır.

YTTK 375/1.b maddesi şirket yönetim teşkilatının belirlenmesinin yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında olduğunu hükme bağlamış olmasına rağmen aynı maddenin b bendi muhasebe ve finans konularının gösterdiği önemden ötürü, bu konunun, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında bulunduğunu ayrıca hükme bağlamıştır.

Söz konusu a ve b bentlerine ilişkin gerekçeye baktığımızda b bendinin gerekçesinde; "Örgüt şeması, yönetimde yer alan herkesin,

altlık-üstlük ilişkilerini, görev tanımlarını; bölümleri ve aralarındaki ilişkileri gösteren şemadır. Bu hükümle, yönetim kurulunun, yönetimin bir bütün halinde işleyişini görmesi, politikaların ve stratejilerin gerçekleştirilmesinde görevlilerin rolünü değerlendirmesi; insan kaynaklarının kullanılmasını izlemesi amaçlanmıştır. Şema, sistemin işleyişindeki aksaklıkların ve aksayan yerin belirlenmesine yardımcı olur. Kurul yönetimi devrederken de zaten örgüt şemasını tayin eder. Şemada yer almayan ayrıntıyı, diğer yetkililer belirleyebilir." açıklamasının yer aldığını,

(c) bendinin gerekçesinde ise; "Muhasebenin bölüm olarak belirlenmesi ile kastedilen, kanuna ve genel kabul gören muhasebe ilkelerine göre muhasebe örgütünün (bölümünün), konsolide hesap sisteminin, defter ve kayıtların tutulma kurallarının tespiti, hesap planlarının yapılması, yani, düzenin, bir anlamda muhasebe bölümünün örgütlenmesidir. Muhasebenin hangi ortamda tutulacağını da yönetim kurulu karara bağlar. Muhasebenin belirlenmesi ve programlanmasını, muhasebenin 515 inci maddede öngörülen dürüst resim ilkesine göre belirlenmesini de içerir. "Düzenin kurulması" sözcüğünden de anlaşıldığı üzere, devredilmez olan "düzenin kurulması görevi"dir; yoksa muhasebenin tutulması devredilebilir ve yönetimin devri hallerinde bu husus açıkça ifade edilir.

Finansal denetim düzeninin kurulması, şirketin iş ve işlemlerinin denetlenmesine ilişkin bir "iç-denetim" sisteminin ve bunu yapacak örgütün (bölümün) gösterilmesidir. Şirket hangi büyüklükte olursa olsun, şirkette, muhasebeden tamamen bağımsız, uzmanlardan oluşan, etkin bir iç-denetim örgütüne gereksinim vardır. Bir anonim şirketin denetimi sadece bir bağımsız dış denetim kuruluşuna bırakılamaz. Bir bağımsız denetim kuruluşunun onlarca, hatta yüzlerce müşterisi vardır; onlara birçok hizmet sunmaktadır. Her müşterisini içerden ve yakından izleyemez. Finansal denetim, bir anlamda "teftiş kurulu" nun yaptığı denetimdir. Finansal denetim iş ve işlemlerin iç denetimi yanında, şirketin finansal kaynaklarının, bunların kullanılması şeklinin, durumunun, likiditesinin denetimini ve izlenmesini de içerir. Finansal denetim kurumsal yönetim kurallarının gereğidir.

Finansal planlama, bütçeleme ile yeterli likiditenin sağlanmasının güvence altına alınmasını ifade eder. Kurumsal yönetim kurallarının

ve çağdaş yönetim usullerinin gereği olan bu örgüt bütün anonim şirketler için gerekli değildir; şirketin yönetimi gerektiriyorsa finansal planlama zorunludur." açıklamasının yer aldığını görmekteyiz.

Gerek madde hükmündeki açıklık gerekse gerekçede yer alan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde yönetim kurulu üyelerinin, ticari defterler arasında yer alan muhasebeye ilişkin defterlerin tutulması ile ilgili ETTK'ya göre sorumluluğunu, üst düzeyde yönetim kapsamında kalan muhasebe ve finansal konularına ilişkin planlamanın yapılması ile sınırlı hale getirdiğini görmekteyiz.

Yasa koyucu üst yönetimden ne anlaşılması gerektiğini açıkça belirlemenin yanı sıra, söz konusu maddenin 1. fıkrasının b bendi ile, şirketin yönetim teşkilatının belirlenmesinin, d bendi ile yönetim teşkilatında görev alacak olan kişilerin atanmaları ve görevden alınmalarının yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında olduğunu belirtmiştir. Böylece, sorumluluğu üstlenen kişilerin, belirlenmesinde izlenecek yolu hükme bağlamıştır. Madde gerekçesine baktığımızda, d bendinde yer alan atama ve görevden alınma yetkisinin murahhas yönetim kurulu üyelerine bile devredilemeyeceğinin belirtildiğini görmekteyiz.

Gene madde metnine göre "Bu hükümdeki 'müdürler ile aynı işleve sahip kişiler' ibaresi kendilerine yönetme görev ve yetkileri tanınmış olan kimseleri ifade eder. Görev ve yetki verilmesi ile kastedilen yönetim hakkının veya genel olarak yönetimin geçirilmesi, diğer bir ifadeyle 'delegasyon' değildir. Kastedilen, işlemlerin yürütülmesi aşamasına ilişkin yetkilerdir." denilerek, yönetim kurulunun devrettiği görev ve yetkilerin sınırı belirlenmiştir.

C. Yönetim ve Temsil Yetkisi ile Sınırları

YTTK'nın 365. maddesine göre, anonim şirket yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Ancak yönetim kurulu, YTTK'nın 375. maddesinde yer alan devredilemez yetki ve görevleri dışında kalan görev ve yetkilerini devredebilir. Çünkü YTTK'nın 375. maddesine göre, yönetim kurulunun temel görevi "üst yönetimi" gerçekleştirmek ve "üst gözetimi sağlamaktır.

ETTK'nın aksine YTTK'nın 367. maddesi yönetimin devrine ve 370. maddesi ise temsil yetkisinin devrine ilişkin açık hüküm getirmiştir.

Yönetimin devrine ilişkin olan YTTK'nın 367. maddesi, devrin koşullarını da hükme bağlamıştır. Söz konusu maddeye göre, yönetimin devredilebilmesi için;

Esas sözleşmede hüküm olması,

Yönetim tarafından bir iç yönergenin düzenlenmiş olması

koşullarının varlığı aranmaktadır.

Madde metnine göre, "Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler." Madde metninde yer alan bu açıklama özünde YTTK 375/1.b maddesinde yönetim kuruluna verilen devredilemez yetki ve görevler arasında yer alan, şirket teşkilatının belirlenmesi, görev ve yetkisinin bir başka yasa maddesinde yansımasıdır.

YTTK 370/2 maddesine göre ise, yönetim kurulu, şirketi temsil yetkisini, murahhas yönetim kurulu üye ya da üyelerine devredebileceği gibi müdür olarak üçüncü kişilere de devredebilir. Yani murahhas müdür atayabilir.

YTTK 371/1 maddesi ETTK 321/1. maddesi ile aynı hükmü taşımakta ve temsil yetkisinin kapsamını "Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her tür işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilir." şeklinde belirtmektedir.

Bu kapsamda; şirketi yönetim görevi ve yetkisi ile şirketi temsil görev ve yetkisinin sınırlarını belirlemekte yarar bulunmaktadır. Ancak, bu konuda ETTK'da ve YTTK'da bir hükme rastlamamaktayız. Kanımızca, şirketi temsil görev ve yetkisi, idare görev ve yetkisi ile oluşan bir kararın şirket dışındaki işlemlere yansımasıdır. Bu nedenle, şirketi temsil görev ve yetkisini kullanan bir kişi, yasalara ve şirket esas sözleşmesine uygun davranmak zorunda olduğu gibi, şirketi idare görev ve yetkisi ile yükümlü olan kişilerin karar ve işlemlerine de uygun davranmak zorundadır. Her ne kadar, ultra vires kuralının

kalkmış olması nedeniyle, şirketi temsil görev ve yetkisi ile donatılmış kişilerin, şirket esas sözleşmesine, şirket genel kurul kararlarına ve hatta şirketi yönetmek görev ve yetkisine sahip olan kişilerin karar ve işlemlerine aykırı olarak üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemler YTTK 371 maddede yer alan istisnalar dışında gene aynı madde hükmü gereğince şirketi bağlar. Elbette bu işlemlerden dolayı, işlemi gerçekleştiren kişilere karşı, şirketin aynı maddeden kaynaklı rücu hakkı bulunmaktadır.

Yönetim görev ve yetkisinin devri, iç yönergeye bağlanmış olmasına rağmen şirketin temsil görev ve yetkisi YTTK 373/1 maddesi gereğince tescil ve ilan edilmelidir.

D. Sorumluluğun Koşulları

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamaları, YTTK 553. maddesi ile birlikte değerlendirmekte yarar bulunmaktadır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun doğabilmesi için yasalardan veya esas sözleşmeden kaynaklanan görevlerini yerine getirmemiş olması gerekir. Elbette, genel kurul kararlarının yerine getirilmemiş olması da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açan bir başka sorumluluk nedenidir. Çünkü YTTK 375/1.f maddesinin son hükmü, genel kurul kararlarının yerine getirilmesini yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında saymıştır.

Her ne kadar YTTK 553/1. maddesi, yasalara ve esas sözleşmeye aykırılık hallerini sorumluluk nedeni saymış ise de, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, gerek yasalara ve esas sözleşmeye aykırılık halinde ve yolsuzlukların varlığı halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için, sorumluluk doğuran bu olayların ya da kararların, yönetim kurulu üyelerinin kontrolünde gelişmiş olmasını da şart olarak aramaktadır.

Gene aynı fıkra hükmünün son cümlesine göre, "…bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz."

Söz konusu maddenin ikinci fıkrası, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna bir sınırlama daha getirmiştir. Bu madde hükmüne

göre, yönetim kurulu üyeleri, devredilemeyen görev ve yetkiler dışında kalan bir görev ve yetkiyi yasal koşullara uygun olarak devretmiş ise, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu, sorumluluğu iddia edenin, yapılan devir işleminde, görev ve yetkiyi devir alan kişinin, seçiminde makul özenin gösterilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar YTTK nelerin makul neden olarak kabul edileceğine dair bir hüküm içermiyorsa da, bu konu hukuk hayatımızda sık sık uyguladığımız ve genelde hakimin takdirine dayalı bir konudur. YTTK 553/2 maddesinde, yönetim kuruluna yüklenilen seçimde makul kişinin seçilmesine ilişkin yükümlülük özünde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 628. maddesinde yer alan yükümlülük ile aynı niteliktedir.

Görüldüğü gibi, yasa koyucu, yönetim kurulunun devir işleminde yasalara uygun davranması ve seçimde makul kişiyi seçmesi diğer bir anlatımla seçimde özen göstermesi halinde sorumluluğu olmadığını kabul etmektedir.

Yasa koyucu, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmalarına ilişkin koşulları ETTK'ya göre daha sıkı koşullara bağlamıştır. Kanımızca, bu sınırlama getirilirken yönetim kurulu üyelerinin baskın özelliğinin servet sahibi/varlık sahibi kişiler olarak sermayedar niteliğini elde etmiş olmaları nedeniyle, onların profesyonellik gerektiren tacirlik ve yönetim konularından ötürü sorumlu tutmamaları düşüncesi hakim olmuştur. Eğer onlar, kanunda ve esas sözleşmede belirtilen devredilemez görev ve yetkilerini yerine getiriyorsa, görev ve yetki devrinde yasalara uygun davranıyorsa özellikle teşkilatlanmayı sağlayan kuralları doğru belirlemiş ise, devredilen kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermişler ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

YTTK 446/1.c ve d fıkraları, yönetim kurulu üyelerinin, genel kurul kararlarının yerine getirilmemesinden kaynaklı olarak, doğan sorumluluğunun, yönetim kurulu üyesinin tek başına ya da kurul olarak açacağı iptal davası ile sınırlandırılabileceği hükmünü getirmiştir.

ETTK 336/1 maddesinde yer alan şirket yönetim kurulunun zarardan hepsinin müteselsilen sorumluğu yerine YTTK 557. maddesi sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanmasında öncelikle kişinin kendi kusurunun dikkate alınması gerektiğini hüküm altına almıştır. Kısaca farklılaştırılmış teselsül uygulamasını hukukumu-

za kazandırmıştır. Gene aynı fıkra hükmüne göre, yönetim kurulu üyeleri arasında teselsül uygulanabilmesi için meydana gelen zararda birlikte kusurlu olmaları gerekmektedir. Söz konusu maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları değerlendirildiğinde, teselsül kurallarının uygulanmasında, hâkim her bir üyenin kusurunu belirlemede resen hareket etmekle yükümlü olup, tüm yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu içeren bir sorumluluk davasında bile resen bu ilkeyi gözeterek farklılaştırılmış teselsül doğrultusunda karar vermekle yükümlüdür.

YTTK'nın ilk yayınlandığı halinde, diğer bir anlatımla YTTK 553. maddesinin değişikliğinden önceki halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulanmasında ispat yükü yönetim kurulu üyelerine yüklenmiş idi, değişiklik ile ispat yükü, sorumluluğun varlığını iddia eden tarafa yüklenmiştir. Bu konunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") ispat ve delil yükü kuralları ile değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.[5]

E. TTK açısından VUK md. 10 ve AATUHK mükerrer 35 inci maddesinin değerlendirilmesi

Yukarıda yer alan bu açıklamalar ışığında VUK 10 ve AATUHK mükerrer 35 inci maddesini değerlendirmekte yarar bulunmaktadır.

YTTK 375 maddesi hükmüne göre, defter tutmak görevi, maddenin 1/f bendinde yer alan istisna dışında, yani pay defteri ile yönetim kurulu ve genel kurul karar defterleri dışındaki defterler açısından yönetim kurulunun devredebileceği görev ve yetkiler arasında yer almaktadır.

YTTK 557. maddesi hükmüne göre, yönetim kurulunun devrettiği görev ve yetkilerden ötürü sorumlu tutulması için, devredilen kişinin seçiminde makul özenin gösterilmemiş olması gerekmektedir. Üstelik YTTK 557. maddesi farklılaştırılmış teselsülü getirdiğine göre, yönetim kurulunun müteselsilen sorumlu tutulmaları için, aynı somut olayda aynı kusuru birlikte işlemiş olduğunun kanıtlanması gerekmektedir.

---

5 İspat yükü konusu aşağıda, "1. VUK Açısından Değerlendirme" başlığı altında "B. Usul Hukuku Açısından Değerlendirme" başlıklı kısımda ayrıca ele alınacaktır.

VUK 10 maddesini incelediğimizde, tüzel kişinin vergi mükellefi olması halinde, tüzel kişiliğe düşen görevler, tüzel kişinin "kanuni temsilcisi" tarafından yerine getirilmek zorundadır. Gene aynı madde hükmüne göre, tüzel kişinin yerine getirilmemiş görevlerinden yani ödenmemiş vergilerinden, kanuni temsilci, şahsi mal varlığı ile sorumludur. YTTK 64 maddesinin gerekçesini dikkate aldığımızda, bu konuda sorumlu tutulması gereken, kanuni temsilcinin, muhasebe düzeni ile görevlendirilen ve YTKK'ya göre görev ve yetki devredilen profesyonellerin olması gerekmektedir.

Bu durumda, tüzel kişiliğin vergiye ilişkin görevlerinin yerine getirilmesi ve hatta vergi daireleri karşısında temsili, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer almadığına göre, görev ve yetki devri yolu ile kanuni temsilci belirlenmiş hale gelir. Eğer böylesi bir görev ve yetki devri, YTTK'ya uygun olarak gerçekleştirilmiş ise, yönetim kurulunun öncelikle sorumluluğu, görevlinin seçiminde gösterilen özenle sınırlı hale gelir. Bunun dışında yönetim kurulunun sorumluluğu, üst düzey yönetim ve üst düzey denetimle ilgili yükümlülüğünü yerine getirmemekten kaynaklanır. Örneğin, muhasebe planlamasını ya da finansal sistemi şirketin gereksinimi ile uyumlu olarak gerçekleştirmemiş ise bundan ötürü sorumluluğu doğar.

Her ne kadar, bu güne kadar olan uygulamada, tüzel kişinin kanuni temsilcisi, borcun ödenmemesinden ötürü sorumluluğuna gidilemeyeceğini örneğin VUK 13 maddesinde yer alan mücbir sebeplerden birine ya da maddede yer alan "gibi" ibaresinden yararlanarak, kabul edilebilir bir mücbir sebebi ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilirken yani mücbir sebebe ilişkin maddi vakıayı ileri sürmek ve kanıtlamak görevi kanuni temsilciye ait iken, kanımızca, YTTK'nın 553 inci maddesi hükmü nedeniyle, kanuni temsilcinin sorumlu olduğunun kanıtlanması vergi idaresine yüklenmiş olmalıdır. Üstelik bu sorumluluk saptanırken, vergiyi tahakkuk ettiren ve de uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olan vergi hakimi resen farklılaştırılmış teselsül ilkesi doğrultusunda hareket etmek zorundadır.

Unutulmaması gereken bir husus, uygulamada riayet edilmemekle birlikte ETTK dönemimde de, yönetim kurulunun sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak kabul edilmekte ve vergi dairesi dışında

kalan tüm gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi ve kamu hukuku tüzel kişisi, bu hüküm nedeniyle, kanuni temsilcinin kusurunu kanıtlamakla yükümlüydü. Bugün, YTTK'da yer alan hükümlere, özellikle YTTK 553 maddesinde, yönetim kurulunun sorumluluğunda ispat yükünün kime düştüğüne ilişkin değişiklikten sonra, vergi dairelerinin ispat yükü ile yükümlü olmadığını beyan etmek yasama organın iradesini yanlış yorumlamak anlamına gelir.

Aynı şekilde, yapılan hizmetler ya da alım-satımdan ötürü, tüzel kişi vergi kesmekle yükümlü ise, bu yükümlülük onun adına kanuni temsilcisine aittir. Yani kanuni temsilci, böylesi bir kesinti hatasından ötürü, tüzel kişinin ödeyemediği vergiden ötürü, şahsi mal varlığı ile sorumludur. Bu yasa maddesinden kaynaklı sorumluluk, tüzel kişiye ait vergilerin ödenmemesinden kaynaklı vergilerin sorumlusunu belirlerken yaptığımız gibi, kesintiler nedeniyle doğan vergisel ödevi aynı kanuni temsilciye yani görev ve yetki devrettiğimiz kişiye ya da işletmenin gerekleri dikkate alınarak, başka bir kişiye örneğin şube sorumlusuna ya da alım-satım müdüre devredilen görev ve yetki ile devredilebilir. Yani kişi kanuni temsilci olarak atanmış olur.

VUK kanuni temsilci denmiş olmasına rağmen, tüzel kişi temsilcileri yani anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, idare ve temsil yetkisini devrederek sorumluktan kurtulmayı ilmi ve yargısal platformda işlemediklerinden ve de vergi dairesi açısından yönetim kurulun sorumlu tutmak kolay olduğu için, kanımızca var olan olanaklar kullanılmamıştır.

AATUHK uygulamasında dikkatli olmak gerekmektedir. Çünkü VUK 10 maddesi hükmü ile AATUHK mükerrer 35 maddesi hükmü bir birinden farklıdır. AATUHK 1. maddesine göre, "Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri

tatbik olunur." Bu nedenle de, bu kapsamda kalan tüzel kişi borçlarının ödenmemesinden ötürü kanuni temsilci AATUHK gereğince, şahsi mal varlığı ile sorumludur. Aynı düşünce ile hareket edersek, yasaya uygun olarak görev ve yetki devredilmiş kişi kanuni temsilci olacağından ötürü, bu yöndeki sorumluluk da yönetim kurulu yerine kanuni temsilciye geçmiş olacaktır. Örneğin SGK'dan kaynaklı işlemlerde, böylesi bir devir ile personel müdürü sorumlu hale getirilecektir.

Her ne kadar, gerek VUK gerekse AATUHK tüzel kişi borçlarının yönetimle görevlendirilmiş kişilerden tahsiline olanak vermiş ise de, borcun nedenine göre bu iki yasadan birinin uygulanması gerekecektir.

AATUHK mükerrer 35. maddesinin 5 ve 6 fıkralarının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 19.03.2015 gün ve 2014/144 E 2015/29 K sayılı kararına baktığımızda, Anayasa Mahkemesi'ne göre tüzel kişide temsilcilerin sorumluluğuna gidebilmek için, kusurun var olması gerekmektedir. Bilindiği gibi, anonim şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğunu düzenleyen YTTK 557. maddesine baktığımızda, yönetim kurulu üyelerinin, sorumluluklarının, farklılaştırılmış teselsül kavramına uygun olarak ve YTTK 553 maddesi ile kusuru ispat davacı da olmak üzere düzenlendiği ve YTTK 553. maddesi hükmü ile genel anlamda özen borcunun yerine getirilmemiş olmasının yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna yol açmayacağının hükme bağlandığını görmekteyiz. Üstelik, yasanın ilk halinde, kusursuzluğun yönetim kurulu tarafından ispatı gerekirken yapılan değişiklikle ispatın davacıya yüklenmiş olması, bu konuda ki yasamanın düşüncesini açıkça ortaya koymaktadır.[6]

Vergi idaresine tanınan, inceleme, belge isteme gibi hakları bir yana bırakırsak, vergi idaresinin, ispat yükünden kurtulduğuna buna davalı mükellefin katlanması gerektiğine ilişkin bir hükme rastlamamaktayız. Elbette somut olayın gereği ispat yükünün davalı mükellefe düşmesi hali hariç.

---

6 Ender Dedeağaç/Oğuzhan Sapan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2013, s.80-86.

II- Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergi Sorumluluğunun Vergi Usul Kanunu, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu Açısından Değerlendirilmesi

1. VUK Açısından Değerlendirme

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergi sorumluluğu ele alınırken öncelikle konu; VUK'da yer alan vergi cezaları; vergi ziyaı cezası, usulsüzlük ve vergi suçları ve cezaları bakımından maddi hukuk yönüyle ele alınmalı daha sonra da usul hukuku açsından değerlendirilmelidir.

A. Maddi Hukuk Açısından Değerlendirme

Vergi hukukunda kişilerin kanuna aykırı davranışları, niteliklerine göre vergi suçlarını ya da kabahatlerini oluşturmaktadır. Bu suçlara ve kabahatlere verilecek cezaların nitelikleri ve usulleri de yine farklı şekilde belirlenmiştir. Vergi suç ve cezaları konusunda yasal mevzuatta doğrudan tanımlar mevcut olmamakla birlikte öğretide bu konuda çeşitli görüşler dile getirilmekte ve farklı sınıflama ve tanımlarla konu ele alınmaktadır.[7]

Bilindiği gibi, VUK'da yer alan cezalar, ceza mahkemelerinde yargılanmayı gerektiren eylemlerden kaynaklı olanlar ve olmayanlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, ceza mahkemelerinde yargılanmayı gerektirmeyen eylemler kabahatler kapsamında değerlendirmeye başlanmıştır. Bu durumda, vergi uygulamalarından doğan yasaya aykırı eylemleri suçlar ve kabahatler olarak ayırmak konuyu anlamak açısından yararlı olacaktır.[8]

---

7 Özellikle de ceza hukukunda yapılan düzenlemeler sonucu suç ve kabahat ayrımının esas alınması, TCK'da kabahatlere yer verilmeyerek bu konunun ayrı bir Kabahatler Kanunu ile düzenlenmesi sonrası vergi ceza hukukunda da farklı yaklaşımlar gündeme gelmiş, kavramsal bir takım tartışmalar öğretide dile getirilmiştir. Bu çalışmanın konusu itibariyle bu konudaki farklı değerlendirmelere değinilmeyecek, vergi suçu ve vergi kabahati şeklindeki sınıflama ile konu ele alınacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ve genel olarak vergi ceza hukuku konusunda bkz.Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara 2014, s.479-597.

8 Konuya aşağıda ayrıca "3. Kabahatler Kanunu Açısından Değerlendirme" başlıklı kısım altında da değinilecektir.

Bu anlamda VUK'da yer alan bazı eylemler, ceza hukuku anlamında suç oluşturmaktadır ve bu fiillerin yargılamaları ceza mahkemelerinin görev alanına girmekte, bu eylemlerin karşılığı olarak da hürriyeti bağlayıcı ceza verilmekte ayrıca suçun niteliğine göre idari yaptırım kararı da bu hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte verilebilmektedir. VUK'da yer alan bu vergi suçları; kaçakçılık suçları (md.359), vergi mahremiyetini ihlal suçu (md.362) ve mükelleflerin özel işlerini yapma suçu (md.363) şeklindedir.

VUK'da yer alan bazı eylemler bakımından ise bu eylemlerin niteliklerini belirleme ve yaptırım uygulama yetkisi idareye verilmiştir. Vergi kabahatleri olarak nitelendirilen bu davranışlar, kanunda öngörülen şekli vergi ödevlerini ihlal eden ve dolayısıyla vergisel kamu düzenini bozan ve bu nedenle idarenin yaptırım uyguladığı hukuka aykırı davranışlardır.[9]

Kabahatler olarak değerlendirdiğimiz eylemler VUK 344 maddesinde vergi ziyaı, 351 maddesinde usulsüzlük (usulsüzlük kendi içinde birinci derece ve ikinci derece olarak ikiye ayrılmaktadır), 353 maddesinde özel usulsüzlük ve mükerrer 355 maddesinde bilgi vermeme olarak sayılmıştır. VUK 351 maddesinde yer alan birinci ve ikinci derece usulsüzlük hallerinden nelerin şirketleri ilgilendirdiğini, belirlediğimizde;

Defter tutmamak

Muhasebeye ilişkin kayıtların düzensiz olması

İşe başlamanın bildirilmemiş olması

Tasdike tabi defterlerin tasdiklerinin yaptırılmaması

Kesilmesi gereken gelir vergisine ilişkin tarh işlemlerinin yapılmamış olması

Vergi Yasaları gereğince yapılması gereken bildirimlerin yapılmamış olması

Vergi beyannamelerinin düzenlenmesinde yapılan hata ve noksanlıkların bulunması

9 Bkz. Aziz Taşdelen, "Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt: 59, Sayı: 4, Yıl: 2010, s.770-771. sayfa aralığı: s.767-795.

Bunların yukarıda saydığımız hususlarla sınırlı olduğunu görürüz. Yapılan belirlemeyi yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini düzenleyen YTTK 375 inci maddesi açısından değerlendirdiğimizde, bu eylemlerin diğer bir anlamda görevlerin hiç birinin bu madde kapsamında kalmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, olayı yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer alan muhasebe planını yapmak ve bunun işlerliği sağlamak için gereken emirleri vermek hükmü kapsamında değerlendirdiğimizde, usulsüzlük kapsamında kalan tüm eylemlerin, söz konusu plan kapsamında düzenlenmesi ve görev dağılımı yapılarak sorumlularının belirlenmesi gerekir.

Özel usulsüzlük eylemlerinin neler olduğu ve bunların yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer alıp almadıklarını saptayabilmek için VUK 353 maddesine baktığımızda, bu eylemlerin, işletmenin satış, satın alma vb. eylemlerinden kaynaklı olarak verdiği belgeleri vermemek olarak belirlendiğini görmekteyiz. Zaten işletmenin organizasyon yapısına göre bu günde, bu eylemler işletmenin yardımcı elamanları tarafından çözülen eylemler olup, devredilemez görev ve yetki kapsamında yer almayan görev ve yetkilerdir.

Ceza yargılamasını gerektiren eylemleri düzenleyen VUK 359. maddesini incelediğimizde, bu maddenin çeşitli şekillerde "kaçakçılık suçları ve cezalarını" düzenlediğini görmekteyiz.[10]

YTKK 375 ve 64. maddelerinin gerekçelerinde ve madde hükmünde, muhasebenin planlanması sorumluluğunun dışında kalan defter ve belgelerin tutulması, düzenlenmesi ve saklanması gibi işlemlerin işletmede yer alan işin uzmanlarınca yapılmasının amaçlandığı açık-

---

10 Bu fiilleri ana çizgileriyle şu şekilde ifade edebiliriz: 1) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açmak, defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek, 2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek, gizlemek, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak, 3) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek, defter sayfaları yerine başka yapraklar koymak, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak, 4) yetkisiz olarak belge basmak veya bu belgeleri bilerek kullanmak.

landığına göre, özünde alınan ve düzenlenen belgelerin de bu kişiler tarafından düzenlenen belge ve defterler olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, yasa gereği muhasebe düzenini oluşturarak görev ve yetki dağılımı yapıldığında, bu görev ve yetki de, görev devri yapılan kişiye geçmiş olacaktır.

Olayı cezaların şahsiliği, fiil ile fail arasındaki illiyet bağı açısından da değerlendirdiğimizde, görev devredilen kişinin sorumlu olması gerektiğini görmekteyiz. Bu yorum aynı zamanda Anayasamızda yer alan cezaların şahsiliği ilkesi ile de bağdaşır.[11]

Gerek kabahatler gerekse suçlar kapsamında kalan eylemlerden ötürü, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan söz edebilmek için, ya görev ve yetki devrinin YTTK hükümlerine aykırı olarak gerçekleşmiş olması ya da kabahat ya da suç oluşturan eylemin YTTK 375 inci maddesinde sınırlama da dikkate alınarak YTTK 375/1.e maddesinde düzenlenen üst denetim kapsamında kalmış olması gerektiğine inanmaktayız.

Konunun, Tahsilat Genel Tebliğinin VIII. bölüm hükümlerine göre değerlendirilmesinde de, yasalara uygun devir ile vergi yönünden sorumluluğun devir alana geçeceği anlaşılmaktadır.[12]

Bazı yazarlara göre, VUK 333/3 maddesi, hapis cezasının sorumlusunun fiili işleyen kişi olduğunu ifade etmekle birlikte, bu hükmün TTK'da yer alan yönetim kurulunun bu konuda, yasalara uygun bir devir işlemini gerçekleştirerek şirketin yönetimine ilişkin görev ve yetkilerini, devretmiş olması gerekir. Bu görüş, Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin, 20.06.2001 Tarih ve E.2000/3350, K.2001/7004 sayılı kararında da benimsenmiştir.[13]

---

11 Benzer görüş için bkz. Turgut Candan, "Cezaların Şahsiliği İlkesi ve Tüzel Kişilerin Vergi Cezalarından Sorumluluğu" Erişim: https://turgutcandan.com/2015.06.18/cezalarin-sahsiligi-ilkesi-ve-tuzel-kisilerin-vergi-cezalarindan-sorumlulugu/ Erişim Tarihi: 02.06.2016.

12 Tahsilat Genel Tebliği (Seri: A Sıra No: 1) Bkz. Cevdet Akçakoca, "Tahsilat Genel Tebliğine Göre Anonim Şirketlerde Kanuni Temsilciler ve Sorumlulukları (2)", Erişim: http://www.muhasebetr.com/yazarlarimiz/cevdet/0130/, Erişim Tarihi: 22.09.2016.

13 Şükrü Kızılot, "İyi Niyetli Şirket Yöneticisi Hapis Cezasından Nasıl Kurtulur", Hürriyet Gazetesi, 12.03.2009,Erişim:http://uye.yaklasim.com/OfficialJournal.aspx?categoryidlast=28067&parentid=28053&categoryid=24145, Erişim Tarihi:

Öğretide de belirtildiği üzere; "tüzel kişinin iş ve yer yönünden faaliyet alanı, iletişim yoğunluğu ve olanakları, örgütlenme biçimi ve yapısı, büyüklük ölçeği, personel sayısı, görev dağılımı, iş hacmi kapasitesi, bağımsız hareket etme olasılığı, mali bünyesi, malvarlıkları, kasa ve banka mevcudu, fiilin mahiyeti ve konusu gibi unsurlar dikkate alınarak değerlendirilmesi yapılarak bir sonuca varılmalıdır."[14]

B. Usul Hukuku Açısından Değerlendirme

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları yargılama usulü açısından ele alındığında tıpkı genel ilkelerde olduğu gibi, şirket tüzel kişiliğinin organ olarak sorumlu tutulmamaları gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu sonuca varılırken temel alınan da, Yönetim kurulunu oluşturan kişilerin sorumluluklarının gerek vergi hukuku gerek ceza hukuku açısından tespitine yönelik yapılan yargılamada uygulanacak usul kurallarıdır. Özellikle de sorumluluk tespiti açısından bu yargılamada uygulanması gereken resen araştırma ilkesi ve ispat konusu dikkate alınmalıdır.

Ceza yargılamasında ve vergi –idari yargılama yönteminde yargılama, yargıç tarafından yönetilir. Hâkimin, delillerin araştırılmasında ve davanın yürütülmesinde, kendiliğinden hareket etme yetkisi vardır.[15] Özel hukukta yargılamaya hâkim olan ilkeler ile kamu

---

22.09.2016.

14 Yiğit Uğur, Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları, Beta Yayınları, İstanbul 2004 Aktara, Mehmet Taştan, "Açıklamalı - İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları", Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.12.

15 Soruşturma ve kovuşturma organları maddi gerçeği resen araştırmakla yükümlüdür. Bkz. Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihat Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.603. Ayrıca bkz. Şeref Gözübüyük, "Yönetsel Yargı", Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.347. Vergi yargısında resen araştırma ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden geçirilmiş, değişiklikler işlenmiş, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.206-207; Recep İbiş, Vergi Yargılamasında Resen Araştırma, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2013; ayrıca konu hakkına bkz. Mehmet Yaşin, Türk Vergi Yargısı ve Vergisel Uyuşmazlıkların Dava Yoluyla Çözümü, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, s.24-25; Yusuf Karakoç, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:77, İzmir 1997; Ceza muhakemesinde resen araştırma ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınevi; Doğan Gedik/Mahir Topaloğlu, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık

hukukundaki bu konudaki ilkeler birlikte değerlendirildiğinde çok önemli farkların olduğu açıktır. Davacının iddiasını hangi delillerle ispat etmesi gerektiği, hakimin delilleri nasıl toplayacağı gibi konular ilgili Kanunlarda ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Anonim şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğu kamu hukuku boyutuyla ele alındığında da bireysel menfaatlerin ötesine geçilerek gerek idari gerek cezai yargılamalarda hakimin, yalnızca tarafların ileri sürdüğü belge ve bilgilerle yetinmemesi gerektiği aynı zamanda davanın çözümünde gerekli gördüğü bütün araştırmayı da kendisinin yapma yetki ve görevi olduğu şüphesizdir. Bu anlamda "resen araştırma ilkesi" delil serbestisi ve ispat faaliyeti ile de iç içedir.

Bilindiği üzere; "Ceza muhakemesinde, esas olarak, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin işine ispat denir.[16]" Vergi hukukunda da ispat, "bir vergi ilişkisinin temelindeki maddi olayın vasıta olarak delillerden yararlanmak suretiyle ortaya konulması faaliyetidir."[17]

Delil ise, genel olarak ispat araçlarına verilen addır. Maddi gerçeğe ulaşma, olguların kanıtlanması deliller yardımıyla olur ve kamu hukukunda ispat sistemi bir bütün olarak büyük önem arz eder.

Kural olarak ispat külfeti, iddiada bulunan kişiye düşer. Bu kural ceza yargılamasında ve idari yargılamada da bu şekildedir.[18]

Kamu hukukunda, "taraflar arasındaki dengesizlik, yönetilenlerin yönetime karşı korunması gibi nedenlerle kanıtlama yükünü saptama açısından mahkemelere geniş yetkiler tanınmıştır."[19]

---

lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.17 vd.

16 Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.603.

17 Mehmet Yüce, Mali Yargılama Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2014, s.121.

18 Ceza muhakemesinde ispata yönelik yürütülen faaliyetler konusunda detaylı bilgi için bkz. Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014; Doğan Gedik/Mahir Topaloğlu, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2014. Vergi hukukunda ispat konusunda bkz. Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden geçirilmiş, değişiklikler işlenmiş, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, Mehmet Yüce, Mali Yargılama Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2014,

19 Şeref Gözübüyük, Yönetsel Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.470.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da deliller ve ispat konusunda pek çok özel düzenleme yer almaktadır. Örneğin; "Delillerin ortaya konulması ve tartışılması" başlığı ile konu ayrıntılı şekilde düzenlenmiş[20] özellikle de 207. madde ile delil bildirmede süre olmadığı, maddi gerçeğe ulaşma ve ispat konusuna verilen önem vurgulanmıştır.

Vergi mevzuatı açısından ise; daha önceden ispat konusunda özel bir düzenleme yer almamaktaydı. Yapılan değişiklikle VUK'a bu konuda düzenlemeler eklenmiştir bu kapsamda VUK md. 3/b gereği ispat yükü her bir somut olay açısından değerlendirilmelidir.[21] VUK 3/b maddesine baktığımızda, söz konusu maddenin TMK ve HMK'nın ispat kuralına uygun olarak düzenlendiğini görmekteyiz. VUK 3/b maddesine göre "iktisadi ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutat olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir. Hukuktaki genel kurala uygun olarak vergi hukukunda da iddia sahibi iddiasını ispat ile yükümlü tutulmaktadır; bir olaydan kendi lehine sonuç çıkartacak olan taraf bunu ispat zorundadır. "VUK md.3 b bendi üçüncü fıkrası ekonomik, ticari ve teknik gereklere değinmek suretiyle genel, objektif koşullara uymayan durumlarda ispat yüküne, olayın özelliğine göre normal ve mutat olmayana değinmek suretiyle de sübjektif durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır."[22]

Gene vergi kanunlarına göre, vergi idarelerine usulüne uygun olarak düzenlenen belge, kayıt ve beyan ve bildirimlere, aksini kanıtlayamadıkları sürece, itibar ederek vergilendirme işlemi yapma zorunluluğu getirilmiştir.

---

20 Bkz. CMK dördüncü bölüm md.206-218 .

21 Öğretide çeşitli görüşler dile getirilmekle birlikte "vergi yargısında kanıtlama yükünün (ispat külfeti) , yani ileri sürülen olgunun doğruluğunu kanıtlama ödevinin, savda bulunan kişiye ait olduğu söylenebilir." bkz. Mehmet Yaşin, Türk Vergi Yargısı ve Vergisel Uyuşmazlıkların Dava Yoluyla Çözümü, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, s.111. Karş. "Bir hususun ispatı sadece mükelleflerden veya sadece vergi idaresinden beklenen bir durum değildir. İspat hem mükelleflerden hem de vergi idaresinden beklenir." bkz. Gürol Ürel, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara,2012, s.49-50.

22 Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden geçirilmiş, değişiklikler işlenmiş, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.202-203. Ayrıca bkz. Gürol Ürel, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.48-51.

Yukarıda yer alan kurallar doğrultusunda vergi idaresi, öncelikle vergilendirmeye ilişkin tüm işlemlerini mükellefin beyan ve belgelerine dayanarak yapmak zorundadır. Eğer, mükellefin bu beyan ve belgelerinde, VUK 3/b maddesinde belirtilen hususlardan biri söz konusu ise ve bu mükellef hakkında, işlem yapmak gereğini duyarsa, ispat yükünün kendisinde olduğunu bilerek hareket etmesi gerekecektir. Bu yükümlülük doğrultusunda ilk kanıtlaması gereken şey, belge ya da beyanın aksini kanıtlamak olacaktır.

VUK'a göre kural, kanıt serbestisi olduğuna göre, "vergi idaresi de vergilendirmede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetlerini hukuka uygun olarak elde edilmiş olmak kaydı ile (AY md.38/6) her türlü delil ile ispatlayabilir."[23]

Olayın bir başka boyutu ise, idare hukukunda yatmaktadır. Bilindiği gibi, idare ilk aşamada gerekçe göstermekle yükümlü değil ise de, istendiğinde gerekçesini bildirmekle yükümlüdür. Burada yer alan ispat yükünü bu açıdan da değerlendirmek ve idarenin vergisel işlemlerinde gerekçeye dayalı olarak hareketinin bir zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Olayı ceza hukuku boyutundan değerlendirdiğimizde Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu ("YİBBGK") kararını hatırlamakta yarar bulunmaktadır.[24] Söz konusu karara göre, eğer bir ceza davası, özel hukukla ilgili bir olaydan kaynaklanıyorsa, ispatın özel hukuk kuralları ile yapılması gerekmektedir. Her hukuk dalı az veya çok başka hukuk dalları ile ilişki içindedir. Vergi usul hukuku da kanaatimizce, özel hukuk alanı ile sıkı bir ilişki içinde olduğundan[25] bu konuda yapılacak ceza kovuşturmalarının da bu YİBBGK kararı

---

23 Turgut Candan, "Vergi Yargısında İspat: Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü Maddesi: Vergi Kanunlarının Uygulanması ve İspat", Erişim: https://turgutcandan.com/2012/11/08/vergi-yargisinda-ispat/, Erişim Tarihi: 22.09.2016.

24 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.03.1989 tarih, E: 1988/1, K: 1989/2 sayılı kararı. Bu içtihadı birleştirme kararının halen varlığını sürdürmekte olup olmadığı, bağlı delil ilkesinin kabul edilip edilemeyeceği gibi konular üzerine çeşitli farklı görüşler dile getirilse de kanaatimizce konu hakkında ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.02.2013 tarih ve E: 2012/11-1086, K: 2013/40 sayılı kararı dikkate alınmalıdır.

25 Vergi hukukunun özel hukukla olan ilişkisi konusunda öğretide de çeşitli yaklaşımlar dile getirilmiştir. Bu konuda örneğin bkz. Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden geçirilmiş, değişiklikler işlenmiş, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.4-5.

dikkate alınarak yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bunun temel nedeni de vergi hukukunun özel hukuk ile ilişkisinde prensip olarak özel hukuk biçimlerini, kavramlarını kabul etmesi ve esasen bir "para borcuna" dayanması ve devletin de vergi ilişkisinin "alacaklısı" olmasıdır. Nitekim vergi alacağı, VUK'un 19. maddesinde vergiyi doğuran olay başlığı ile belirtildiği şekilde; vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğmakta ve vergi alacağı mükellef bakımından vergi borcunu teşkil etmektedir. Yine VUK'un 3. maddesinde vergi kanunlarının uygulanması ve ispat başlığı ile de vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin ispatı konuları düzenlenmiştir. O halde ispat konusunun, VUK ilgili hükümlerinin YİBBGK kararı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca; idare tarafından verilen kabahat niteliğindeki cezalar açısından ceza yargılaması ile hâkim tarafından VUK 367/ıv maddesine göre verilen cezaları birlikte değerlendirdiğimizde, ceza hakiminin vermiş olduğu kararın, idare tarafından verilecek olan cezayı bağlamayacağını da belirtmek isteriz.[26] Kanımızca bu yorum, TBK'da yer alan, hukuk hâkimi ceza hakiminin beraat kararı ile bağlı değildir, kuralının vergi hukukuna yansıması olarak değerlendirilmelidir.

O halde, vergisel ve cezai açıdan anonim şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğu tespit edilirken resen araştırma ilkesi ve ispat konusunun da hatırda tutulması ve yargılamalarda somut olayın özelliğine göre şekli sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin değil mahkemelerce resen de yapılacak araştırmalar ile yönetim ve temsil yetkisi ile kişilerin işlenen fiil kapsamındaki rolleri de dikkate alınarak gerçek sorumluların tespiti gerekmektedir.

2. Ceza Kanunları Açısından Değerlendirme

Anonim şirketlerde cezai sorumluluk konusu yönetim kurulu üyelerinin şahsi olarak işledikleri suçlar dışında özellikle, yönetim kurulu üyelerinin işlenen bir suç dolayısıyla sorumlu tutulması yahut da yönetim kurulu üyelerinin işledikleri suçlardan dolayı şirketin sorum-

---

26 Yusuf Karakoç, "Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, 2010 (Basım Yılı 2012), s.3-26.

luluğuna gidilmesi şeklinde karşımıza çıkabilmekte ve bu konu çeşitli açılardan sorun oluşturmaktadır. Genel olarak bu tip cezai sorumluluk ve yaşanan sorunların çözümü konusunda Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan genel hükümler belirleyici olacaktır. Nitekim; TCK'nın Özel kanunlarla ilişki başlıklı 5. maddesi uyarınca; "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır." Bu nedenle yalnızca TCK'da yer alan suç tipleri için değil, özel nitelikli ceza kanunlarında yahut da ceza içeren çeşitli kanunlarda yer alan suç tipleri bakımından da bu genel sorumluluk ilkeleri uygulama alanı bulacaktır.

Ülkemizde anonim şirketlerin faaliyet konularının genişliği de dikkate alındığında karşılaşılabilecek suç tiplerinin ve uygulanacak kanun hükümlerinin çok çeşitli olabileceği açıktır. Şirketlerin faaliyet konularına göre her bir şirket bakımından karşılaşılabilecek sorunlar ve uygulanması muhtemel olan kanunlar özel olarak ele alınarak kendilerine özgü bir takım değerlendirmeler yapılabilir ancak burada detaya girilmeyecek olup genel olarak farklı suç tipleri yahut da kanun hükümleri uygulansa da ceza hukukunun temel prensipleri ışığında anonim şirketlerde cezai sorumluluk konusu ele alınmaya çalışılacaktır.

Cezai sorumluluğun belirlenmesi TCK'da genel hükümler arasında düzenlenmiştir. Bu kapsamda özellikle şahsilik, kanunilik prensibi, kast ve taksir somut olaya göre işlenen suçlar açısından dikkate alınmalıdır.

Yönetim kurulu üyelerinin işlenen bir suç dolayısıyla sorumlu tutulması yahut da yönetim kurulu üyelerinin işledikleri suçlardan dolayı şirketin cezai sorumluluğu konuları öncelikle şahsilik ilkesi açısından ele alınmalıdır. Bilindiği üzere bu ilke, öncelikle anayasal bir ilkedir. Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. maddesinde açıkça ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilmiştir. Nitekim TCK da Anayasa'ya uygun bir biçimde bu kuralı vurgulamıştır. TCK'nın Ceza sorumluluğunun şahsiliği başlıklı 20. maddesi; " (1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır." şeklindedir.

Örneğin VUK'da yer alan kaçakçılık suçları ve cezaları ile ilgili olarak bu kanunda ayrıca düzenleme yapılmıştır. VUK'un tüzel kişilerin sorumluluğu başlıklı 333. maddesine göre; "Kanunun 359 uncu maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için 359 ve 360 ıncı maddelerde öngörülen cezalar bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunur." (md.333/3) O halde VUK'un cezai sorumluluk için tam da olması gerektiği şekilde "fiili işleme" koşulunu getirmiş olduğu açıktır. VUK'un sistematiği içinde tüzel kişiler açısından kusursuz sorumluluk ya da organ sorumluluğu söz konusu değildir. Öğretide de bu görüşümüze benzer şekilde, tüzel kişiler için, bir bütün olarak organ sorumluluğundan uzaklaşan temsilciliğe dayanan gerçek kişi sorumluluğunun kabul edildiği belirtilmektedir.[27] O halde ceza sorumluluğunun şahsiliği gereği, öncelikle; bir yönetim kurulu üyesinin işlediği bir suç dolayısıyla başka bir yönetim kurulu üyesinin ya da bir bütün olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmaması gerektiği açıktır. Tüzel kişiler açısından da şahsilik prensibi geçerlidir ve tüzel kişiler açısından bahse konu suç oluşturan fiil ile irtibatı olan ve hukuka aykırı fiili ile suçu işleyen kişinin cezalandırılması gerekmektedir. Bu itibarla da; suçun şekli sorumlusu olan kanuni temsilciler değil, "suçun ayrıntısını bilen ve suçun oluşumda rolü olan" temsilciler veya kişiler cezalandırılmalıdır.[28] Ceza verilebilmesi için de tüzel kişiliği kimin temsil ettiği, bu kişi veya kişilerin işlenen fiil ile bir ilgilerinin olup olmadığı, konunun ayrıntısına hâkimiyet durumları, oluşumda rollerinin olup olmadığı gibi illiyet bağı hususlarının araştırılması gerekmektedir. Bu yapılmadığı takdirde öncelikle şahsilik prensibi gereği kişiye ceza verilemeyecektir; çünkü ceza yaptırımı, suç oluşturan fiil ile ilgisi olmayan yalnızca temsil yetkisi olması dolayısıyla sorumlu olduğu kabul edilen bir kişiye uygulanamaz.

Bu sebeple aşağıda ayrıca belirtileceği üzere, sorumluluğun diğer yönetim kurulu üyelerinde olmaması için şahsilik prensibi kapsamında "fiillerin" kişi ile irtibatlandırılması gerekmektedir.

---

27 Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 5. Baskı, Bursa 2011, s.382; Mehmet Taştan, Açıklamalı - İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.10.

28 Benzer görüş için bkz. Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 5. Baskı, Bursa 2011, s.382. Mehmet Taştan, Açıklamalı - İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.10.

Bir diğer yandan tüzel kişiler açısından konu ele alındığında, tüzel kişilerin suç faili olup olamayacağı konusundaki tartışmalar bir yana bırakılırsa[29], TCK'nın sistematiği gereği, yalnızca gerçek kişiler bir suçun faili olabileceğinden tüzel kişilerin cezai sorumlulukları bulunmamaktadır.[30] Özel hukuk tüzel kişileri açısından suç faili olma ve cezai yaptırıma hükmedilme mümkün olmamakla birlikte işlenen suç dolayısıyla tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilmesi mümkündür.

Anonim şirketin tüzel kişi olduğu dikkate alındığında işlenen bir suç nedeniyle, şirketin de yaptırımlara maruz kalabileceği hususu dikkate alınmalıdır. TCK'nın ceza sorumluluğunun şahsiliği başlıklı 20. maddesinde tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu belirtilmiş ve TCK'nın özel hükümler kısmında yer alan çeşitli suç tiplerinde de tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceği ilgili madde hükümlerinde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca uygulanacak güvenlik tedbirleri de TCK'nın 60. maddesinde "*Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri başlığı altında* " (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

---

29 5237 sayılı TCK'nın kabulünden sonra bu yöndeki tartışmaların bir anlamı kalmamıştır. Ancak tüzel kişilerin suç faili olup olamayacağı konusunda temelde iki görüş bulunmaktadır. Bunlar birbirinden oldukça farklı gerekçelere sahip bulunan Gerçeklik ve Varsayım teorileridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2013, s.56-58 vd.

30 Tarih boyunca toplumların ceza siyasetindeki farklı yaklaşımları nedeni ile tüzel kişilerin tek başlarına ya da kendilerini temsil eden gerçek kişilerle birlikte bir suçun faili olup olamayacakları konusu tartışma konusu olmuştur. Konu hakkında özellikle de tüzel kişilerin esasını açıklayan teoriler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014, s.270-271 vd.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır" şeklinde

düzenlenmiştir.

O halde, somut olaya göre; örneğin, anonim şirkette yönetim kurulu üyesinin bir suç işlemesi halinde işlenen suçun niteliğine göre de, şayet tüzel kişi yararına haksız bir menfaat sağlanıyor ise bu durumda tüzel kişi Anonim şirket hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunması gerekecektir. Uygulamada sıkça karşılaşılan örnekler, TCK'nın 235-242. maddeleri arasında düzenlenen; Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar'dır. (Özellikle de ihaleye fesat karıştırma gibi.) O halde, bu örnek üzerinden hareketle, şirketin bu yaptırıma maruz kalması ve şirket hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması için şirketin yararına haksız menfaat sağlanması koşulunun ispatı gerekmektedir. Çeşitli kanun hükümlerinde yer alan düzenlemeler bakımından konunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmekte olup, bu örnek üzerinden hareket edildiğinde; bu ispat koşulunun sağlanamaması halinde şirket hakkında güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanamayacaktır.

Bir diğer yandan tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün olmakla birlikte bunun yanı sıra tüzel kişilerin idari yaptırımlar nedeni ile de sorumlulukları söz konusudur. [31]

Konu, ayrıca kanunilik ilkesi açısından da ele alınmalıdır. Kanunilik ilkesi; "kanunsuz suç ve ceza olmaz" temel prensibi olarak Anayasa ve yasalar tarafından ferdi hürriyetin bir garantisi olarak kabul edilmiştir.[32] TCK'nın *Suçta ve cezada kanunîlik ilkesi* başlıklı 2. maddesi; "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz." şeklindedir. Anayasa'da da ifade edilen ve evrensel nitelikteki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin gereği olarak da, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Kanunilik ilkesinin sonuçları ge-

---

31 Bu konu aşağıda "3. Kabahatler Kanunu Açısından Değerlendirme" başlığı ile ele alınmıştır.

32 Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar bu prensipten ne anlaşılması gerektiği gibi konular için bkz. Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014, s.93-94. Ayrıca genel olarak kanunilik ilkesi için bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s.38 vd.

reği[33]; kanunda suç oluşturan fiiller açıkça sayılmış olduğuna göre ve ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa da başvurulamayacağına göre bu sınırlayıcı hükümler, tüzel kişiler açısından da karşılaşılması muhtemel kanunun hükümleri kapsamında ele alınabilir. Tüzel kişiler, faaliyet konularına göre ve her bir muhtemel somut olay açısından ilgili kanun hükümlerini nazara alarak, "fiiller ile kişileri irtibatlandırabilir" ve bu şekilde yapılacak bir çalışma ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda netlik sağlanabilir.

Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu değerlendirilirken TCK'nın suça iştirak hükümleri de hatırda tutulmalıdır. Bu kapsamda özellikle faillik (md.37), azmettirme (md.38), ve yardım etme (md.39) hükümleri incelenmelidir. Bu aşamada, bu konunun ayrıntısına girilmeyecektir ancak somut olaya göre yönetim kurulu üyelerinin kanunda sayılmış olan bu şekilde bir "suça iştirak" sıfatları söz konusu değil ise, sorumlu tutulmalarının da mümkün olmadığı belirtilmelidir.

Benzer şekilde kast ve taksire ilişkin genel hükümlerin değerlendirilmesinde de bir üst paragraftakine benzer bir sonuca ulaşılmaktadır. Bir kişinin eyleminden sorumlu tutulabilmesi ve cezalandırılabilmesi için o kişinin eyleminde kusurlu olması gerekir. Failin psişik faaliyeti ile sonuç arasındaki ilişki olarak da tanımlanan kusur veya kusurluluk sorumluluk için gerekli bir koşuldur.[34] Failin isnat kabiliyetine (kusur yeteneği) sahip olması ve fiili de bilerek ve isteyerek işlemesi gerekir.[35]

---

33 Kanunilik ilkesinin sonuçları için bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.15 vd.

34 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2013, s.173 vd.

35 Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.28 vd. İsnat yeteneği ile kusur yeteneği kavramları burada aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Nitekim TCK'da isnat edilebilir olmayanlar kusur yeteneği olmayanlar şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin bkz. md.37/2. Benzer tespit için bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s.380 vd; TCK'nın isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenlerin düzenlendiği ilgili madde gerekçelerinde de "kusur yeteneği" ifadesinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Örneğin TCK md. 31, 32 ve 34. maddelerin gerekçesi, Bkz. Cumhur Şahin/İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, T.C.Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2007, s.140-145. Benzer görüş ve bu konudaki açıklamalar için bkz. Zeki Hafızoğulları, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler" Erişim: http://

Anayasa'da yer alan kusur ilkesinin ve evrensel nitelikli kusursuz ceza olmaz ilkesinin bir gereği olarak, her bir somut olay açısından yönetim kurulu üyelerinin fiilleri bu kusur- kast veya taksir-(suçun niteliğine göre) dikkate alınmalıdır. Bu kusurun ispatlanamadığı durumlarda yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bir diğer yandan cezai sorumluluk açsından örneğin, şirketteki yönetim kurulu üyelerinin ya da çalışan personelin suç işlemesi halinde kanuni temsilcilerin sorumluluğu gündeme gelebilir ancak bu durumda da yine kusur ilkesi hatırda tutulmalıdır. Vergi kaçakçılığı suçu açısından örnek verilirse, "bu suç, personel tarafından emir ve talimatlara bağlı bir uygulama sonucunda işlenmiş ise kanuni temsilcinin cezai sorumluluğunu kabul etmek gerekir; örneğin, sahte faturaların kullanılmasına izin ve onay veren kanuni temsilcinin cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Buna karşın personelin, kanuni temsilcinin isteği, iradesi ve onayı olmadan işlediği fiillerden dolayı kanuni temsilcinin cezai sorumluluğu kabul edilemez."[36] Bir diğer deyişle de; "tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin istek, irade ve onayı olmadan suç fiillerinin işlenmesinde fiili işleyen personel sorumlu olup, işlediği suçun sonucuna katlanmalıdır.[37] Bu itibarla da her bir somut olay açısından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmeden önce kusur ve kusurluluk durumları dikkate alınmalı kusurun olmadığı/ispatlanamadığı durumlarda sorumluluğa gidilmemelidir.

3. Kabahatler Kanunu Açısından Değerlendirme

5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile; hukuk düzeninde daha önce ceza kanununda düzenlenmiş bulunan ve hafif ihlaller (cüce cürümler) olarak nitelendirilen bazı eylemler ve idari yaptırımlara ilişkin haksızlıklar birlikte ele alınarak düzenlenmiştir. Ancak 5326 sayılı bu

---

www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html, Erişim Tarihi: 14.02.2017; Ayrıca kusurluluk ve isnat edilebilirlik konusunda bkz. Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Us-A Yayıncılık, Ankara 2011, s.269-272 vd.

36 Mehmet Taştan, Açıklamalı - İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.11-12. ayrıca bkz. Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 5. Baskı, Bursa 2011, s.383-384.

37 Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 5. Baskı, Bursa 2011, s.383.

Kanun'un yürürlüğe girmesiyle hem ceza hukuku alanında hem de idare hukuku alanında birtakım sorunlar doğmuştur.

İdare tarafından ve idari usullerle gerçekleştirilen ve idari işlem niteliğinde olan idari yaptırım kararlarının Kabahatler Kanunu kapsamında değerlendirilmesi sonucu uygulamada pek çok konuda tereddüt yaşanması nedeniyle, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ele alınırken de "idari yaptırım"lar nedeniyle sorumluluk konusunun ayrıca ele alınması gerekmiştir.

İdari yaptırımlar, idarenin idari düzeni korumaya yönelik, bireylerin idari düzene aykırı davranışları nedeniyle idarece düzenlenen, ilgililerin idareye karşı olan borç ve yükümlülüklerini yerine getirmelerini ve idarece konulmuş bulunan yasaklara uymalarını sağlamayı amaçlayan kararlarından oluşmaktadır.[38] Öğretide[39] ve uygulamada[40] da idari yaptırım kavramının çeşitli tanımları yapılmıştır.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin idari yaptırımlardan sorumlu olup olmadıkları yahut da hangi idari yaptırımlardan ne ölçüde sorumlu oldukları gibi konulara geçmeden önce idari yaptırımlar ile ceza yaptırımları arasındaki farkın ortaya konması gerekmektedir. Bu yapılırken de ilk olarak amaçlarına bakılmalıdır.

---

38 Metin Günday, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2004, s.214.

39 Örneğin İdari yaptırım; "Yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalardır şeklinde tanımlandığı gibi (bkz. Özay İl Han; Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s.35.) "İdari nitelikteki yaptırımlar, idareye ait yetkilerin nasıl kullanılacağını sosyal düzeni bozucu davranışların neler olduğunu ve bunları önleyici ne gibi yaptırım ve tedbirlerin uygulanabileceğini gösteren düzene aykırılıklar ile ilgili yaptırım kurallarıdır" şeklinde de tanımlanmıştır. (bkz. Fatih Selami Mahmutoğlu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, s. 53 vd.)

40 Anayasa Mahkemesi idari yaptırımları; "Öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla verdiği cezalara idari yaptırım denilmektedir." şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 23.10.1996 tarih, 1996/48 E ve 1996/41 K. sayılı kararı.
Yine Uyuşmazlık Mahkemesi idari yaptırımları "…kanunun öngördüğü bir cezanın idarenin bir organı eliyle uygulanabilmesi" şeklinde daha kısa şekilde tanımlamıştır. Bkz. 8.5.1998 tarih, 1998/10 E ve 1998/12 K. sayılı karar.

Cezanın amacı, cezanın kendisi ile, yani ödetme ile ulaşılmak istenen sonuçtur. Günümüz ceza hukuklarında ceza müeyyidesinin amacı, suçluyu uslandırmaktır, ıslahtır, açıkçası kişinin düzeltilmesidir.[41] Ceza Kanunu'nun amacı TCK'nın 1. maddesinde; "kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir." şeklinde yer almıştır.[42]

İdari yaptırımların amacı ise; idari yaptırım kavramının tanımından hareketle tespit edilebilir. Bu kapsamda toplum düzenini korumak amacıyla idari düzene aykırı davranışları, düzen bozucu davranışları önlemek şeklinde dile getirilebilir. Anayasa Mahkemesi tarafından da bazı kararlarda bu amaca değinilmiştir. Bu itibarla amaç; İdari para cezası, kabahat sayılan eylemin işlenmesini önlemeye yönelik caydırıcılık fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacına da hizmet etmektedir." şeklinde dile getirilmiştir.[43] Bununla birlikte idari yaptırımların, ihlallerin önlenmesini, idari işlemlerin uygulanmasının sağlanmasını, idari ihlalin kamu yararında neden olduğu eksilmeyi gidermeyi amaçladığı söylenebilir.

Cezalar ve idari yaptırımlar amaçları bakımından değerlendirildiklerinde birtakım farklılıklar göze çarpmaktadır. Genel olarak cezalar ile idari yaptırımların amacının yasaklanan davranışları yapan kişilerin cezalandırılması ve bireylerin yasak alanlarının belirlenmesi olduğu ve bu sayede de sosyal düzenin korunduğu sonucuna varılsa da amaçları aslında farklıdır.[44] Bu kapsamda toplum düzeninin korunması-idari düzenin sağlanması, ıslah caydırma, acı çektirme, kişinin düzeltilmesi-kamu yararında meydana gelen eksilmenin giderilmesi ve idarenin yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeye zorlama, ihlalden sonra eylemi yapan kişiyi cezalandırma-ihlalden önce ihlalleri önleme gibi birçok konuda amaçların farklı olduğu anlaşılmaktadır.

---

41 Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Us-A Yayıncılık, Ankara 2011, s. 431-432.

42 Bu düzenlemeye ilişkin öğretide birçok eleştiri yapılmıştır. Ancak bu çalışmanın kapsamı itibariyle bu eleştirilere yer verilmeyecektir. Bu konuda bilgi için bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 4-7.

43 Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2012 tarih, E: 2011/119 ve K: 2012/33 sayılı kararı.

44 Lütfi Duran; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 238; İl Han Özay; Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 507.

İdari yaptırımların temel hukuki dayanağı olan Kabahatler Kanunu'nun amacının ne olduğu incelendiğinde ise hem cezaların ve ceza hukukunun amacı ile hem de idari yaptırımların amacı ile paralellik arz ettiği anlaşılmaktadır. Kabahatler Kanunu'nun 1. maddesinde kabahat türünden olan haksızlıkların yaptırım altına alınmasıyla genel olarak toplum düzeninin, genel ahlakın, genel sağlığın çevrenin ve ekonomik düzenin korunmasının amaçlandığının belirtilmiş olduğu görülmektedir.

Kabahatler Kanunu'nun amacı da gözetildiğinde ceza hukuku yanında ayrı bir idari ceza hukukundan söz edilip edilemeyeceği ya da idari yaptırımlar konusundaki bu farklılıklar ile ilgili öğretide dile getirilen görüşler bir yana bırakılırsa;[45] Kabahatler Kanunu'nun düzenleniş şekli itibariyle ceza hukuku ile idare hukukunun bir kesişimi olduğu ve idari cezaların ele alındığı görülmektedir.

O halde anonim şirketlerde idari cezalar konusunda sorumluluk tespit edilirken de Kabahatler Kanunu'nun genel düzenlemeleri dikkate alınmalıdır. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde "Genel Kanun Niteliği" başlığı ile bu kanunun genelliği düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu'nun tarihsel gelişim süreci incelendiğinde bu kanundan önce de bir genel kanun oluşturma iradesi olduğu anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere Kabahatler Kanunu ile kanun koyucu idari yaptırımları tek bir hukuki rejime tabi kılmıştır. Nitekim bu kanundan önce de 2003 yılında 4854 sayılı kanun[46] ile yaklaşık 55 kanunda yer alan adli ceza, idari cezaya dönüşmüş ve idari yargı kolunda itiraz yolu öngörülmüş idi. Ancak Kabahatler Kanunu ile kanun koyucu bu konudaki yaklaşımını değiştirmiş ve bu kez idari cezaların büyük çoğunluğunu adli yargı rejimine tabi kılmıştır.

---

45 Öğretide idarenin yetkileri kapsamında idari cezalardan bahsedilmiş olduğu ifade edildiği gibi, idari yaptırımların idare hukukunun bir parçasını oluşturduğu ve dolayısıyla idari ceza hukuku diye bir hukuk dalının mevcut olmadığı görüşü de mevcuttur. karş. Bkz. Metin Günday; İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2004, s.214 Feyyaz Gölcüklü, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* Cilt: 18, Sayı:3 Haziran 1963, s. 118. Kayıhan İçel / Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım I, İstanbul 1995, s. 31; İl Han Özay; Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 11-12.

46 4854 sayılı Bazı Kanunlardaki Cezaların İdari Para Cezasına Dönüştürülmesine Dair Kanun, Kabul Tarihi: 24.4.2003, R.G: 6.5.3003, Sayı:25100.

Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin daha çok ceza hukukuna ilişkin ilkeleri düzenlediği görülmektedir.[47] Bu nedenle de genel olarak yukarıda "Ceza kanunları açısından konunun ele alınması" başlığı altında değinilen temel prensipler hatırda tutulmalıdır.

Bir diğer yandan; idari yaptırımlar ile ilgili olarak tüzel kişilerin sorumluluğunda; Kabahatler Kanunu'nda açıkça düzenlenen ve özellik arz eden özellikle de iki maddeye dikkat çekilmelidir. Kabahatler Kanunu'nda yer alan "Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk"[48] başlıklı 8. madde ile "Tüzel kişilerin sorumluluğu"[49]

---

47 Örneğin kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama, yer bakımından uygulama, kabahatten dolayı sorumluluğun esasları ve bu başlık altında düzenlenen özellikle hata, sorumluluk, hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler, teşebbüs, iştirak ve içtima gibi hükümler ceza hukuku ilkelerine benzer mahiyette genel hükümlerdir.

48 Bkz. Kabahatler Kanunu madde 8: "Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk
Madde 8- "(1) Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. (2) Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir. (3) Kanunun, organ veya temsilcide ya da temsil edilen kişide özel nitelikler aradığı hallerde de yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. (4) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin hukuken geçerli olmaması halinde de uygulanır."

49 "Tüzel kişilerin sorumluluğu
Madde 43/A- (Ek: 26.6.2009-5918/9 md.) (1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından; a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun; 1) 157 nci ve 158 inci maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun, 2) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun, 3) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, 9347 4) 252 nci maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun, 5) 282 nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun, b) 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçunun, c) 21.3.2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarının, ç) 4.12.2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suçun, d) 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun, tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. (2) Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir."

başlıklı 43/a maddesi anonim şirketlerde sorumluluk konusunda gündeme gelmektedir.

Tüzel kişilerin idari yaptırımlar nedeni ile sorumlu olması, özellikle de kabahat olarak tanımlanan hallerde bu durumun şahsilik prensibi ile olan bağlantısından da hareketle farklı görüşlerin dile getirilmesine neden olmaktadır.[50]

Mevcut yasal düzenlemeler gereğince, tüzel kişilere idari yaptırım uygulanmasının mümkün olduğu ve bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından; tüzel kişinin yararına olacak şekilde kanunda sayılan belirli suçların işlenmesi halinde doğrudan tüzel kişiye idari para cezası uygulanma ihtimali gündeme gelebilecektir.

Kanaatimizce; her ne kadar mevzu bahis idari yaptırımlar nedeni ile sorumluluk olsa da; işlenen bir suç dolayısıyla bu sorumluluğun gündeme gelmesi, idari yaptırımların ceza yaptırımları ile olan ilişkisi ve yukarıda değinilen her iki yaptırımın amacı ve uygulanan temel ilkeler dikkate alındığında, sorumluluğun bu şekilde düzenlenmiş olması ceza hukukunun evrensel prensiplerine - özellikle de; kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı, faillik, içtima ve kast ve taksir gibi hususlardaki temel prensiplere- aykırıdır.

SONUÇ

Bu çalışmada ayrı başlıklar altında çeşitli yönleriyle dile getirilmeye çalışılan temel ilkeler ışığında, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmemesi için, yönetim kurulunun devredilemez yetki ve görevleri ile üst denetim ve gözetim konusu dikkate alınarak bir görev ve yetki devrinin yapılması, yetki devri yapılırken (organizasyon şemasında ayrıntılı şekilde) tek tek şirketin niteliğine ve faaliyet konusuna göre muhtemel suç oluşturabilecek nitelikteki fiillerin belirlenmesi ve açıkça sayılması gerekmektedir. "Fiillerin kişi ile irtibatlandırılması" halinde, bahse konu fiil açıkça sayılarak bu fiil, bir kişiye devredilmiş

[50] Bkz. Turgut Candan, "Cezaların Şahsiliği İlkesi ve Tüzel Kişilerin Vergi Cezalarından Sorumluluğu" Erişim:https://turgutcandan.com/2015.06.18/cezalarin-sahsiligi-ilkesi-ve-tuzel-kisilerin-vergi-cezalarindan-sorumlulugu/ Erişim Tarihi: 02.06.2016.

olduğundan sorumluluk da ona ait olacaktır. O halde öncelikle, yönetim ve temsil yetkisinin bölüşümü yapılmalı, bu bölüşümdeki ağırlık ve sınırlara göre suçun ayrıntısını bilen ve eylemin oluşumunda rolü olan yetkili temsilci belirtilmelidir bu durumda cezai sorumluluk ona ait olacaktır. Gerek TCK gerekse de özel ceza kanunları ve ceza içeren çeşitli kanunlar bakımından anonim şirketlerin nitelikleri de dikkate alınarak bu ayrıntılı çalışma yapılabilir.

Ayrıca uygulamada Yargıtay tarafından şahsilik ilkesi, suç ve suçlu arasındaki illiyet bağı, sanıkların suçun işlenmesindeki rolleri ve temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlar gibi hususlara vurgu ile sorumluluğun tespiti konusunda belirttiği görüşler de dikkate alınmalıdır. [51]

Bu değerlendirmeler ışığında da somut olayın özelliğine göre şekli sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin cezalandırılmaması gerektiği, suçun ayrıntısını bilen, fiilin oluşumunda rolü olan kişilerin cezalandırılabileceği sonuç ve kanaatine varıyoruz.

Özetle; Vergi yargılamasında, yönetim kurulunun tamamını ya da içinden bir ya da birkaçını sorumlu tutmak için, görevi kapsamında kalan bir işin yapılmasından kaynaklı olması, kasıt unsuru taşıması, ispatın iddia eden tarafından yani vergi idaresi tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Kaynakça

Akçakoca Cevdet, "Tahsilat Genel Tebliğine Göre Anonim Şirketlerde Kanuni Temsilciler ve Sorumlulukları (2)",

Erişim: http://www.muhasebetr.com/yazarlarimiz/cevdet/0130/, Erişim Tarihi: 22.09.2016.

Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2014.

Aydın Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.

Candan Turgut, "Cezaların Şahsiliği İlkesi ve Tüzel Kişilerin Vergi Cezalarından Sorumluluğu", Erişim: https://turgutcandan.com/2015.06.18/cezalarin-sahsiligi-

[51] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.12.1990 gün ve 312/340 sayılı kararı; Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 28.05.2001 tarih ve E. 2001/5066 K: 2001/5853 sayılı kararı; Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 18.04.2012 tarih ve E.2012/4288, K.2012/5986 sayılı kararı.

ilkesi-ve-tuzel-kisilerin-vergi-cezalarindan-sorumlulugu/ Erişim Tarihi: 02.06. 2016.

Candan Turgut, "Vergi Yargısında İspat: Vergi Usul Kanununun 3'üncü Maddesi: Vergi Kanunlarının Uygulanması ve İspat", Erişim: https://turgutcandan.com/2012/11/08/vergi-yargisinda-ispat/, Erişim Tarihi: 22.09.2016.

Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

Dedeağaç Ender/Sanal Elçin, "Limited Şirketlerde Genel Kurul, Genel Kurul Kararlarının Butlan ve İptali",

Erişim:http://enderdedeagac.blogspot.com.tr/2016_08_01_archive.html, Erişim Tarihi: 22.09.2016.

Dedeağaç Ender/Sapan Oğuzhan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2013.

Duran Lütfi; İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Erdoğan Abdullah, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XVII, Sayı 3, Yıl 2013, s.39-60.

Gedik Doğan/Topaloğlu Mahir, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık lehine Yorumlanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Gölcüklü Feyyaz , "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* Cilt: 18, Sayı:3 Haziran 1963, s.115-182.

Gözübüyük Şeref, Yönetsel Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Günday Metin; İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2004.

Hafızoğulları Zeki, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler" Erişim: http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html, Erişim Tarihi: 14.02.2017.

Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Us-A Yayıncılık, Ankara 2011.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

İbiş Recep, Vergi Yargılamasında Resen Araştırma, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2013.

İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2013.

İçel Kayıhan/Donay Süheyl; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, İstanbul 1995.

Karakoç Yusuf, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:77, İzmir 1997.

Karakoç Yusuf, "Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 12, Özel Sayı, 2010 (Basım Yılı 2012), s.3-26.

Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Bası, Ankara 2014.

Kızılot Şükrü, "İyi Niyetli Şirket Yöneticisi Hapis Cezasından Nasıl Kurtulur", Hürriyet Gazetesi,

12.03.2009,Erişim:http://uye.yaklasim.com/OfficialJournal.aspx?categoryidlast=28067&parentid=28053&categoryid=24145, Erişim Tarihi: 22.09.2016.

Mahmutoğlu Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995.

Öncel Mualla/Kumrulu Ahmet/Çağan Nami, *Vergi Hukuku,* Gözden geçirilmiş, değişiklikler işlenmiş, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Önder Fahrettin, "Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2005, s.103-126.

Özay İl Han; Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Şenyüz Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 5. Baskı, Bursa 2011.

Şahin Cumhur/Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2007.

Taşdelen Aziz, "Vergi Kabahatlerinin Anayasal Temelleri Üzerine Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt: 59, Sayı: 4, Yıl: 2010, s.767-795.

Taştan Mehmet, Açıklamalı - İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.

Ürel Gürol, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

Yaşin Mehmet, Türk Vergi Yargısı ve Vergisel Uyuşmazlıkların Dava Yoluyla Çözümü, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006.

Yüce Mehmet, Mali Yargılama Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2014.

KANUNİ TEMSİLCİLERİN AMME BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU: KUSURLU SORUMLULUK v. KUSURSUZ SORUMLULUK*

THE LIABILITY OF LEGAL REPRESENTATIVES FROM PUBLIC DEBTS: FAULT LIABILITY v. STRICT LIABILITY

Ahmet Emrah GEÇER**

Özet: Bu çalışmamızda, kanuni temsilcilerin amme borçlarından sorumluluğu müessesesi ve özellikle bu sorumluluğun hukuki niteliği tartışılacaktır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla, ilk olarak, iradi temsilci-kanuni temsilci ayrımı özet şekilde ele alınacaktır. Sonrasında, ilgili kanunlar çerçevesinde kanuni temsilciler ile kanuni temsilci gibi sorumlu tutulan kişiler incelenecektir. Son olarak, AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinin 5. ve 6. fıkralarını iptal eden Anayasa Mahkemesi Kararı, diğer yargı kararları ve doktrin ışığında kanuni temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin kapsamları, hukuki nitelikleri ve şartları analiz edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Hukuku, Kanuni Temsilci, İradi Temsilci, Kusurlu Sorumluluk, Kusursuz Sorumluluk

Abstract: In this study, the concept of legal representatives' liability from public receivables and particularly legal nature of this liability are analysed. In order to clarify the issue, first of all, the distinction between contractual representative and legal representative is briefly reviewed. Afterwards, legal representatives and persons, who are liable as legal representative in consideration of the concerned statutes are examined. Last but not least, we attempt to address the scope of the articles which regulates legal representatives' liability, their legal nature and conditions in the light of Constitutional Court Decision abrogating 5. and 6. paragraphs of duplicated article 35 of the Public Receivables Collection Procedure Code No 6183, other judicial decisions and doctrine.

Keywords: Tax Law, Legal Representative, Contractual Representative, Fault Liability, Strict Liability

---

* Bu çalışmamız, 16.4.2016 tarihinde Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen 6. Genç Hukukçular Konferansında sunduğumuz "Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu" isimli tebliğimiz esas alınarak hazırlanmıştır.

** Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

Giriş

Vergi ve diğer amme alacakları, kamu hizmetlerinin idamesinin sağlanmasında, demokratik rejimin finanse edilmesinde[1] ve sosyal adaletin göreceli de olsa gerçekleştirilmesinde etkin bir araç olarak kabul edilmektedir.[2] Kanun koyucu, zamanında ve yerinde tahsil edilmesinde üstün kamu yararı olduğu düşüncesi ile vergi ve diğer amme alacakları için ayrıcalıklı düzenlemeler öngörmüştür. Bu düzenlemelerden biri de, vergiyi doğuran olay kendi şahsında gerçekleşmemesine rağmen vergi mükellefi ile hukuki veya ekonomik ilişki içinde olan üçüncü kişilerin vergi mükellefinin vergilendirme ile ilgili maddi ve/veya şekli ödevlerini yerine getirmesi bakımından vergi idaresine karşı muhatap tutulmasını sağlayan vergi sorumluluğu müessesesidir.[3] Vergi sorumlusu olmak için kural olarak kanuni ehliyet diğer bir ifade ile fiil ehliyeti şart değildir. Ayrıca, yine kural olarak tüzel kişilerin vergi sorumlusu olmasında hukuki bir engel yoktur. Diğer yandan, vergi sorumluluğu kurumunun özel bir görünümü olan kanuni temsilcilerin sorumluluğunda, kanuni temsilcinin fiil ehliyetini haiz olması ve prensip olarak gerçek kişi[4] olması gerekmektedir.

Türk vergi hukukunda kanuni temsilcilerin sorumluluğunu öngören kanun maddelerinin hukuki nitelikleri, kapsamları ve koşulları uygulamada[5] ve doktrinde yıllardan beri tartışılan ve birçok kez deği-

---

1 Nami Çağan, (1982), Anayasa Tasarısında Vergi ve Benzeri Yükümlülükler, Vergi Dünyası, Maliye Uzmanları Derneği Yayını, Sayı:13, Eylül, s. 30; Nami Çağan, (1980), Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 37, sayı:1-4, s. 130.

2 Kişiler yönünden bakıldığında ise vergi ve diğer amme alacakları, demokrasinin bedeli ve daha açık bir ifade ile demokratik toplumda hak ve özgürlüklerin insan haklarına yaraşır şekilde kullanılması için gerekli ortamın sağlanmasına anonim katılma payı olarak nitelendirilebilir. Billur Yaltı Soydan, (2002), İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği, Vergi Dünyası, Sayı: 254, Ekim, s. 100.

3 Adnan Gerçek, (2015), Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 4. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 35. Vergi Sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Akkaya, (1997), Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:46 Sayı:1-4, s. 185-208.

4 İstisnası 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 359/2 fıkrası.

5 Hukuki meselenin ciddiyetine ilişkin olarak Danıştay Dairelerinin kararları ışığında öz bir analiz için bkz. Nihal Saban, (2013), Vergi Usul Kanunu Madde 10: Olgu ve Dil, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:19 Sayı:2, s. 271-281.

şikliğe uğrayan ancak bir türlü adil ve tatmin edici sonuca ulaşılamayan hukuki bir mesele haline gelmiştir. Bu bağlamda, kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen temel kanun hükümlerinden biri olan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesinin 5. ve 6. fıkralarını iptal eden Anayasa Mahkemesi[6] bu sorumluluğun yeni bir kanun hükmü ile açık şekilde düzenlenmesine olan ihtiyaca işaret etmektedir.

Bu çalışmamızda, kanuni temsilcilerin amme borçlarından sorumluluğu ve özellikle bu sorumluluğun hukuki niteliği incelenecektir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle iradi temsilci-kanuni temsilci ayrımı öz bir biçimde ele alınacaktır. Sonrasında, kanuni temsilciler ile kanuni temsilci gibi sorumlu olanların kimler olduğu konusu irdelenecektir. Müteakiben, AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinin 5. ve 6. fıkralarını iptal eden Anayasa Mahkemesi kararı, diğer yargı kararları ve doktrin ışığında kanuni temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin kapsamları, hukuki nitelikleri ve şartları analiz edilmeye çalışılacak ve konuya ilişkin görüşlerimiz paylaşılacaktır.

1. İradi Temsilci-Kanuni Temsilci Ayrımı

Temsil, bir kimsenin, temsilci sıfatıyla diğer bir kişi adına hukuki işlem yapmasıdır.[7] Diğer bir ifade ile temsilci, temsil ettiği kişiyi hak sahibi yapabilir ya da borçlu statüsüne sokabilir.[8] Temsil yetkisi, bir kanun hükmünden veya doğrudan doğruya bir hukuki işlemden doğabilir.[9] Kanunen temsil yetkisine sahip olan kişiye kanuni temsilci, temsil olunanın iradesi ile temsil yetkisine sahip olan kişiye iradi temsilci denilmektedir.[10] Türk vergi hukukunda iradi temsile ilişkin açık

---

6 Anayasa Mahkemesi 2014/144E. 2015/29K. 19.3.2015 RG: 3.4.2015-29315.

7 Haluk N. Nomer, (2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta, İstanbul, s. 67; Safa Reisoğlu, (2013), Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Beta, İstanbul, s.148.

8 Necip Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi, Serozan, Arpacı), (2010), Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.622.

9 Kanundan doğan temsil yetkisinde temsil olunanın iradesi rol oynamamaktadır. Bu yetki kanun icabı gereği kendiliğinden, mahkeme kararıyla ya da hukuki işlemin kanuni sonucu vücut bulur. Diğer taraftan, kaynağını doğrudan doğruya hukuki işlemden alan temsil yetkisi, temsil olunanın iradesinin ürünüdür. Geniş bilgi için bkz. Sermet Akman/ Atilla Altop, (1995), Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 168.

10 M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, (2000), Borçlar hukuku Genel Hükümler, 3. Bası,

bir hüküm bulunmamaktadır fakat iradi temsil yasaklanmış da değildir.[11] Burada önemli olan husus, kanun aksini öngörmediği sürece bir hukuki işlem sonucu iradi temsil yetkisini haiz olan kişinin, idareye karşı bir sorumluluğunun söz konusu olmamasıdır.[12] Bir başka anlatımla, iradi temsilci, devlet ile kişi arasında kamu hukuku ilişkisinden doğan maddi ve şekli ödevlerin yükümlüsü haline gelmemektedir. Ancak, tarafların özel hukuk hükümleri gereğince bu konuya ilişkin yaptıkları sözleşmeler -geçerlilik şartlarını taşımaları halinde- ile bağlı olacakları ifade edilebilir.[13]

Diğer yandan, kanuni temsilci, kamu hukukundan doğan ve temsil ettiği kişiye ait olan maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmesinden kanun gereği şahsen sorumlu tutulmuştur. Kanuni temsilci, fiil ehliyetine sahip olmalıdır.[14] Ayrıca tüzel kişilerin tek bir istisnai durum haricinde kanuni temsilci sıfatı kazanmaları mümkün değildir.[15] Zira kanuni temsilcinin sorumluluğunun kanunda düzenlenmesinin altında yatan temel neden, mali gücü olan ancak fiil ehliyetine sahip olmayan veya fiil ehliyeti kısıtlananlar (gerçek kişiler) ile sahip olduğu fiil ehliyetini organları aracılığıyla kişilerin (tüzel kişiler) kamu hukuku ilişkisinden doğan ödevlerinin yerine getirilmesinin etkin şekilde sağlanması ve nihayetinde ilgili vergi ve diğer amme alacaklarının tahsilidir.

Filiz Kitabevi, İstanbul, s.161; Mehmet Ayan, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Mimoza, Konya, s. 187-188.

11 Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, (2014), Vergi Hukuku, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 75.

12 Binnur Çelik, (2000), Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu, *Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi,* Cilt 2 Sayı 1, s. 122.

13 İrfan Barlass, (2006), a.g.e., s. 8; Kişilerin vergiye ilişkin olarak akdettikleri özel hukuk sözleşmelerinin hukuki niteliği ve bağlayıcılığı konusunda bilgi için bkz. Mustafa Akkaya, (2000), Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu, Yaklaşım Yıl:8, Sayı:95 Kasım, s. 145-151.

14 Adnan Gerçek, (2003), Türk Vergi Hukukunda Tahsilat İşlemleri ve Etkinliği, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 66. Kanuni temsilcinin aksine, temsil olunanın iradesi sonucu temsil yetkisini elde eden kişinin fiil ehliyetine sahip olması şart değildir. Bu kişi küçük ya da kısıtlı olabilir ancak ayırt etme gücüne sahip olması zorunludur. Haluk N. Nomer, a.g.e., s. 71.

15 6102 sayılı Kanun'un 359/2 fıkrasında, tüzel kişilerin anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olarak seçilebilmesine imkân tanımıştır. Aynı fıkrada, tüzel kişi ile birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen gerçek bir kişinin tescil ve ilan edileceği ve sadece bu gerçek kişinin tüzel kişi adına toplantılara katılıp oy kullanabileceği öngörülmüştür. Burada, yönetim kurulu üyeliği sıfatı bu tüzel kişiye aittir. Dolayısıyla, bu tüzel kişi, kural olarak anonim şirketin kanuni temsilcisi sıfatını da haiz olacaktır.

2. Kanuni Temsilciler ve Kanuni Temsilci Gibi Sorumlu Olanlar

Kanuni temsilcilerin amme alacaklarından doğan sorumluluğuna ilişkin başlıca hükümler, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerin ortak özelliği, kamu hukuku ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişileri kanuni temsilci olarak kabul etmeleri ve bu kişileri belli şartlar altında temsil ettiği kişi şahsında doğan amme borçlarından ötürü ilgili idareye karşı sorumlu tutmalarıdır. Kanun maddelerinin içeriği incelendiğinde, kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kapsamı ve şartlarının -net şekilde olmasa da- öngörüldüğü, ancak kanuni temsilci terimi ile kastedilenin ne olduğuna yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, VUK ve AATUHK'nın bu hükümleri aracılığıyla sorumluluk atfedilen kanuni temsilcilerin kimler olduğuna ilişkin sorunun cevabı, Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve diğer ilgili kanunlardaki hükümlerde aranması gerekmektedir. [16]

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre gerçek kişiler[17] bakımından kanuni temsilci, küçükler için veli, velisi olmayan küçükler ve kısıtlılar için vasi, bazı durumlarda belirli işleri görmek ve malvarlığını yönetmek için atanan kayyımdır.[18] Burada, Vergi Usul Kanunu'nun 10.

---

16 Sadık Kırbaş, (2015), Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 20. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, s. 77; Seri A 1 Nolu Tahsilat Genel Tebliği'nin kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen VIII. Bölümüne bakılabilir. (R.G. T:20.6.2007, S:25568).

17 Herkes sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Ancak, bir kimsenin kendi fiilleriyle hak edinebilmesi ve borç altına girebilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Fiil ehliyetinin şartları: Ayırt etme gücüne sahip olma, ergin olma ve kısıtlı olmamaktır. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, (2013), Kişiler Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul. s. 40.

18 Vergi Usul Kanunu'nun 9/1 fıkrasında mükellefiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyetin diğer bir deyişle fiil ehliyetinin şart olmadığını öngörmüştür. Gerçek kişinin hak ehliyetine sahip olması yeterlidir. Zira vergi hukukunda ehliyet, kişinin ödeme gücünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ödeme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı da vergi mükellefi ya da sorumlusu olabilecektir. Yusuf, Karakoç, (2014), Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 211-212. Kayyım, belli bir işin yapılması veya malvarlığının yönetilmesi için görevlendirilmiş olabilir. Bu sebeple, kayyım, kanuni temsilci sıfatını haiz olur ve sonuç olarak kanuni şartların gerçekleşmesi halinde kayyım olarak atandığı kişinin amme borçlarından ötürü sorumluluğu söz konusudur. Nihal Saban, (2014), Vergi Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul, s. 86. Medeni Kanun gereğince atanan yasal danışmanın temsil yetkisini haiz olmaması ve sadece sınırlı sayıda işler için görüş

maddesinde öngörülen kanuni temsilcinin sorumluluğu, gerçek kişinin yükümlü olduğu vergi aslı ile bunun fer'ileri ile sınırlıdır. Buna karşılık, Vergi Usul Kanunu'nun 332. maddesi gereğince kanuni temsilci, vergi cezalarının muhatabıdır.[19] Diğer bir ifade ile burada asıl amme borçlusu, kanuni temsilcinin bizzat kendisidir. Bunun doğal sonucu olarak, vergi cezasını gerektiren fiili işleyen kanuni temsilci, ödediği vergi cezasından ötürü temsil ettiği kişiye rücu etme hakkını haiz değildir.[20] Burada, kanun koyucu, evrensel olarak kabul edilen cezaların şahsiliği ilkesi ile uyumlu bir düzenleme ihdas etmiştir.[21]

Tüzel kişilerde kanuni temsilci, ilgili tüzel kişiliğe ilişkin hükümlerin bulunduğu kanunlar gereğince, tüzel kişiliği yönetim hakkına ve temsil yetkisine sahip kişi veya organlardır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre, derneklerde yönetim kurulu, vakıflarda yönetim organı kanuni temsilcidir.[22] 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre, kanuni temsilci, anonim şirketlerde yönetim kurulu, limitet şirkette şirketin müdürü, adi komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde komandite ortaklar, kolektif şirkette ortakların her biridir.[23] 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'na göre, kooperatiflerde kanuni temsilci, yönetim kuruludur. Vergi Usul Kanunu'nun 333. mad-

---

bildirme yükümlülüğü olması sebebiyle kanuni temsilci sıfatına sahip olmadığını ve dolayısıyla bu kişi açısından kanuni temsilcilerin sorumluluğu hükümlerinin işletilemeyeceğini düşünmekteyiz. Aksi görüş için bkz. Turgut Candan, (2013), Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Mali Akademi Yayınları, 3. Bası, Ankara, s.28.

19 Aziz Taşdelen, (2010), Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 80.

20 Nihal Saban, a.g.e., s. 97.

21 Yusuf Karakoç, (2016), Vergi Ceza Hukuku, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 139.

22 Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 85/1 ve 109; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu Madde 6.

23 Aksi kararlaştırılmadığı sürece limitet şirketlerde ortakların hepsi şirketi kanunen temsil etme yetkisine sahiptir. Diğer bir deyişle, tüm ortaklar şirket müdürüdür ve her biri şirketin kanuni temsilcisidir. Ancak, bu yetki ortaklardan birine ya da bir kısmına bırakılabilir. Ayrıca, ortak olmayan kişiye de şirketi temsil etme yetkisi verilebilir. Bu durumda, bu ortak olmayan müdürle beraber bir ortağın daha şirketi yönetim hakkına ve temsil yetkisini haiz olması gereklidir. Anonim şirketlerde, kanuni temsilci esas olarak yönetim kuruludur. Ancak, kanuni temsil yetkisi yönetim kurulu üyelerinden birine veya birkaçına verilebilir ya da yönetim kurulu dışından bir kişiye kanuni temsil yetkisi verilebilir. Bu son durumda yönetim kurulu üyelerinden en az birinin kanuni temsilci olarak belirlenmesi zorunludur. Nurettin Bilici, (2015), Vergi Hukuku, 36. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara, s.45.

desinin 1. fıkrasında, tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde vergi kanunlarına aykırı davranışlardan kaynaklanan cezaların tüzel kişi adına kesileceği öngörülmüştür.[24] Bu sebeple, tüzel kişiler açısından Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen kanuni temsilcinin sorumluluğu, vergi aslı ile buna bağlı alacaklar yanında vergi kabahatlerinden doğan para cezalarını da kapsamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, kanuni temsilci, ödediği vergi ve buna bağlı alacaklar için asıl amme borçlusu tüzel kişiye rücu hakkı saklı iken ödediği vergi cezaları bakımından böyle bir imkana sahip değildir.[25]

Diğer yandan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 333. maddesinin 3. fıkrasında, bu kanunun 359. maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için öngörülen cezaların bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacağı ifade edilmiştir. Anlaşılacağı üzere, kanun koyucu bu son hususta da cezaların şahsiliği ilkesine riayet etmiştir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda ise, Vergi Usul Kanunu'ndaki gibi cezaların tüzel kişi adına kesileceğine dair bir hüküm mevcut değildir. Gümrük Kanunu'na göre, idari para cezasının muhatabı, gümrük kanunlarını ihlal eden kişi ya da kişilerdir. [26] Görüldüğü üzere burada da kural, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince fiili işleyen kişinin cezanın muhatabı olmasıdır.

Hem Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinin 1. fıkrasında hem de

---

24 Doktrinde, Candan, ikna edici argümanlar ile cezaların şahsiliği ilkesinden yapılan bu sapmanın hukuken isabetli olmadığını savunmaktadır. Turgut Candan, (2010), Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 31-32. Aksi görüş için bkz. M. Yasin Aslan, (2010), Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2010/2, s. 242 ve 245. Birçok kişinin istihdam edildiği tüzel kişi nezdinde işlenen vergi kabahatinin faili her zaman ve her durumda kanuni temsilci olmayabilir. Ayrıca, kanuni temsilci, tüzel kişi şahsında işlenen vergi kabahatinde kusursuz olabilir. Bu sebeplerle, kanunun ilgili vergi cezasının tüzel kişi adına kesilmesine ilişkin emrinin hukuka uygun olduğu söylenebilir.

25 Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 221. Aksi görüş için bkz. Selim Kaneti, (1989), Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 90; Doğan Şenyüz/ Mehmet Yüce/ Adnan Gerçek, (2014), Vergi Hukuku Genel Hükümler, Ekin, 5. Bası, Bursa, s. 85.

26 Türkmen Derdiyok, (2013), Dış Ticarette Vergi ve Mali Yükümlülükler, Türkmen, Ankara, s. 78; Turgut Candan, (2010), Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 32 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 3. maddesinin 3. fıkrasında: "Gerçek ve tüzel kişiler ile hukuken tüzel kişilik statüsüne sahip olmamakla birlikte yürürlükteki mevzuat uyarınca hukuki tasarruflar yapma yetkisi tanınan kişiler ortaklığıdır." şeklinde tanımlanmıştır.

6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin 1. fıkrasında tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenlerin de kanuni temsilci gibi sorumluluğunun olduğu belirtilmiştir. Tüzel kişiliği olmayan teşekküle örnek olarak adi şirketler[27] ve cemaatler gösterilebilir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinin 3. fıkrasında, "*Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.*" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, adi şirketin borçları bakımından ortaklarının müteselsil sorumlu[28] olduğunu öngörmüştür. Dolayısıyla, adi ortaklardan birinin adi şirketin temsilcisi olduğu durumda bu kişi aynı zamanda adi şirketin ortağı olması sebebiyle ilgili amme borcunun tamamından aslen sorumlu olacağı için kanuni temsilcinin sorumluluğu kurumuna başvurulmasına gerek yoktur. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun 625. maddesine göre, adi şirket ortakları dışında üçüncü bir kişinin adi şirkete genel temsilci olarak atanması durumunda, bu üçüncü kişi bakımından kanuni temsilcinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin işletilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Cemaatler, Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalan bir takım ayrıcalıklara sahip ancak tüzel kişiliği haiz olmayan topluluklardır. Bu toplulukların idaresi, topluluğun lideri din adamı ile dinsel niteliği olmayan topluluklarda ise meclisler aracılığıyla olmaktadır.[29] Anlaşılacağı üzere, burada ilgili topluluğu idare eden din adamı veya meclis, topluluğun asıl amme borçlarından ötürü kanuni temsilci gibi sorumlu sayılacaktır. Ancak, kanun, tüzel kişiliği olmayan teşekküller ile idare arasındaki vergi ilişkisinden kaynaklanan cezaların muhatabının kim olduğu konusunda açıklık getirmemiştir. Düşüncemize göre burada vergi cezalarının muhatabı, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince doğrudan doğruya bu teşekkülleri idare edenlerin olması gerekmektedir. Zira kişiliği haiz olmayan bir teşekkülün cezai işleme tabi tu-

---

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, (2014), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 39-85; Mehmet Bahtiyar, (2015), Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, Beta, İstanbul, s. 27-44.

28 Danıştay'ın bu yöndeki kararı için bkz. Danıştay 4.D. 1983/83E. 1984/3782K. 23.10.1984T., 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

29 Seha L. Meray, (1970), Lozan Barış Konferansı Tutanaklar ve Belgeler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:300, Ankara Üniversitesi Basımevi, Cilt 1 Kitap 2, aktaran Nihal Saban, a.g.e., s. 94.

tulması ceza hukukunun genel prensiplerine aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, vergi cezalarının muhatabı doğrudan bu teşekkülleri idare eden gerçek kişi veya kişiler olacağı için bu cezalar bakımından kanuni temsilcinin sorumluluğunu öngören hükümlere gidilmesine gerek yoktur.

Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinin 2. fıkrasında Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin temsilcilerine bu kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Benzer bir düzenleme, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin 2. fıkrasında yabancı şahıs veya kurumların Türkiye'deki temsilcileri için öngörülmüştür. Bu kanun hükümleri gereği, temsile ilişkin hukuki işlem ile temsilci taraf, kanuni temsilci gibi temsil ettiği kişinin amme borçlarından sorumlu tutulacaktır. Burada, taraflar arasında temsil ilişkisinin olup olmadığı Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilecektir.[30]

3. Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlerin Kapsamı

Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kapsamı, vergi alacakları ile vergiye bağlı alacaklar ve vergi cezaları ile sınırlıdır.[31] Diğer yandan, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde öngörülen sorumluluk hükmü, aynı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinde belirtilen tüm alacakları kapsar niteliktedir. Bu sorumluluğun kapsamına, gümrük idareleri tarafından alınması öngörülen vergi ve resimler yanında Vergi Usul Kanunu kapsamındaki amme alacakları da girmektedir.

---

30 Örneğin tarafların arasında akdedilen genel temsile ilişkin sözleşme, mümessile kanuni temsilci sıfatı kazandırabilir. Diğer yandan, ilgili şahsın bir davada temsil olunmak için avukat ile yaptığı vekâlet sözleşmesi, ilgili avukatı kanuni temsilci statüsüne sokmaz. Bağımlı tacir yardımcıları, ticari temsilci, ticari vekil, pazarlamacı ve bağımsız tacir yardımcıları simsar, acente, komisyoncu ve taşıma işleri komisyoncusu da olayın şartlarına göre yabancı şahıs ve kurumların kanuni temsilci sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sabih Arkan, (2014), Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 241 vd. Bu noktada sözleşmenin başlığına değil özüne bakılarak kişinin Türkiye'de bulunmayan yükümlünün temsilcisi olup olmadığına karar verilmelidir.

31 Burada vergi ifadesinden kastettiğimiz 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun kapsamında olan vergi, resim ve harçlardır. (Vergi Usul Kanununun 1. ve 2. maddeleri gereğince, bu kanun hükümleri gümrük idareleri tarafından alınanlar hariç olmak üzere genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idareleri ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar için uygulanır.)

Buradan da anlaşılacağı üzere, kanuni temsilcilerin temsil ettiği kişinin vergi borçlarından sorumluluğunu düzenleyen iki farklı hüküm mevcuttur. Bu durumda hangi kanun hükmünün uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. 6118 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'a 4108 sayılı Kanun ile eklenmiş mükerrer 35. maddenin gerekçesinin son cümlesinde: "*…Bu itibarla amme borçlusunun mal varlığından alınamayan bu tür alacakların kanuni temsilcilerinin, teşekkülü idare edenlerin veya yabancı şahıs veya kurum mümessillerinin mal varlığından 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsilini temin etmek ve Vergi Usul Kanunu kapsamına giren vergi ve buna bağlı alacaklarda sorumlu olan bu şahısların diğer amme alacaklarının ödenmesinden de sorumlu olmalarını sağlamak amacıyla 6183 sayılı Kanun'a mükerrer 35 inci madde eklenmiştir.*" ifadesi yer almaktadır. Kanun koyucu, kanuni temsilcilerin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamında olmayan diğer amme borçlarından da sorumlu tutulmasının sağlanması için böyle bir düzenleme ihdas etmiştir. Ayrıca, Vergi Usul Kanunu'nda kanuni temsilciler için öngörülen sorumluluk, 6183 sayılı Kanun'da düzenlenen sorumluluğa göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Bu sebeplerle, kanuni temsilcilerin sorumluluğu konusunda, vergi aslı ile buna bağlı alacaklar ve vergi cezaları için Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinin, diğer amme alacakları için ise 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin uygulanması icap etmektedir. Aksi halin kabulü, hangi hükmün uygulanacağı noktasında belirsizliğe yol açacağı için hukuk devleti olmanın asli unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesinin[32] ihlali anlamına gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, "*Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz.*"[33] metnini içeren 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin 6. fıkrasını[34] aynı maddi olaya ilişkin iki farklı kanun hükmünün bulunmasının bu kanun hükümlerinden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizliğe yol

---

32 Anayasa Mahkemesi, hukuki belirlilik ilkesini hukuk devletinin ana yapı taşlarından biri olarak görmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi 2006/61E. 2007/91K. 20.11.2007 R.G. 23.02.2008 S. 26796, Anayasa Mahkemesi 2007/21E. 2008/40K. 17.1.2008 R.G. 8.4.2008 S. 26841.

33 Bu Kanun hükmü 2008 yılında 5766 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesine eklenmişti.

34 2008 tarihli 5766 sayılı Kanun ile AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinin 6. fıkrasına eklenmişti.

açacağı gerekçesiyle Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir.[35] Diğer yandan, Danıştay'ın müstakar hale gelmiş kararlarında, yukarıda izah ettiğimiz hukuki gerekçeler çerçevesinde kanuni temsilcilerin sorumluluğu hususunda, vergi aslı ile vergiye bağlı alacaklar ve vergi cezalarında Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi hükmünün, diğer amme alacaklarında ise 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesi hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmiştir.[36]

4. Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Hukuki Niteliği

Kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin uygulamada ve doktrinde fikir birliği mevcut değildir. Biz burada kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliğini, VUK'un 10. maddesi ve AATUHK'nın mükerrer 35. maddesi çerçevesinde iki ayrı alt başlık altında değerlendirmeye çalışacağız.

4.1. Vergi Usul Kanununun 10. Maddesi

Doktrinde, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu hükümde yer alan sorumluluğu, kusursuz sorumluluk esasına dayandıran görüşe göre, kanuni temsilcinin sorumluluğunun doğması için kusur şart değildir.[37] Kanundan doğan vergi ödevlerinin yerine getirilememiş olması sorumluluğun doğması için yeterlidir.

Bu görüşü savunanların dayandığı gerekçelerden biri, 3505 sayılı Kanun değişikliği ile "*bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle*" şeklindeki

35 Anayasa Mahkemesi 2014/144E. 2015/29K. 19.3.2015 R.G. 3.4.2015 S. 29315.

36 Danıştay VDDGK 2000/261E. 2001/31K. 26.1.2001; Danıştay VDDGK 2001/79E. 2001/208K. 18.5.2001; Danıştay VDDGK 2006/27E. 2006/174K. 16.6.2006, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Haklı bir eleştiri için bkz. Nihal Saban, a.g.e., s. 101-103.

37 Cevdet Okan Bahar, (2005), Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri, Vergi Dünyası, Sayı 281, s.134; Azmi Demirci, (2003), Tüzel Kişilerin Vergi Kanunlarına Aykırı Fiiller Nedeniyle Kesilen veya Hükmolunan Vergi Cezaları ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Karşısındaki Durumu, Vergi Dünyası, Sayı 257, s.47-48.

ifadenin madde metninden çıkarılmış olmasıdır.[38] Diğer taraftan, bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüşe göre ise, Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen sorumluluk, kusur esasına dayanmaktadır.[39] Zira Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik öngören 3505 sayılı Kanun'un 2. maddesi, "*Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır.*" ifadesini değiştirmemiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi kanuni temsilcinin kusurlu[40] olmasına şart olduğunu açıkça göstermektedir.

Bu durumda, 3505 sayılı Kanun değişikliği ile "*bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle*" ifadesinin madde metninden çıkarılmasının sonucunun ne olduğu sorusu sorulabilir. Bu değişikliğin, ispat hukuku açısından sonuç doğurduğu doktrinde ileri sürülmektedir.[41] 3505 sayılı Kanun değişikliğinden önce kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi, vergi idaresinin, kanuni temsilcinin kusurunu yani kastını veya ihmalini ispatlamasına bağlıydı. Bu değişiklik ile birlikte kanuni temsilci, kusurunun olmadığını kendisi kanıtlamak zorundadır; diğer bir ifade ile ispat külfeti yer değiştirmiştir.[42] Burada, kanuni temsilci, ilgili vergi borçlarının ödenmemesinde kusurlu olmadığını diğer bir ifade ile kast, ihmal veya taksirinin olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanına sahiptir.[43]

Diğer yandan, kanuni temsilcilerin sorumluluğunu öngören 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mehazı Alman Vergi Usul Kanunu'nun

---

38 Tuğrul Özsüt, (1989), 3505 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler, *Vergi Dünyası*, Sayı 90, İstanbul, s. 37-38.

39 İrfan Barlas, Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 55-56; Candan, Açıklamalı AATUHK, s. 186; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 220; Nihal Saban, a.g.e., s. 88; Osman Saraç, (2000), Amme Alacağının Korunması ve Vergisel Sorumluluk, Yaklaşım, Sayı 89, s. 197.

40 Kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade noksanıdır. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kişi kusurludur. Safa Reisoğlu, a.g.e., s.171.

41 İrfan Barlass, a.g.e., s. 61.

42 Yılmaz Özbalcı, (2003), Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, İstanbul, s. 136-144.

43 Danıştay VDGKK 1994/239E. 1995/117K. 31.3.1995, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

(Abgabenordnung) 69. maddesinde -öz itibariyle- aynı kanunun 34. ve 35. maddesi kapsamı içinde sayılan kanuni temsilciler ve kanuni temsilci gibi sorumlu olanlar vergi ödevlerini kasten ya da ağır ihmalleri sonucu ifa edemezlerse sorumlu olacakları belirtilmiştir.[44] Görüldüğü üzere burada kanuni temsilcilerin sorumluluğu kusur esasına dayandırılmıştır. Ayrıca, Birleşik Devletler, İngiltere, Kanada, Belçika, Avustralya, Çin gibi ülkelerin hukukları incelendiğinde, kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusura dayalı olduğu açıkça görülmektedir.[45] Tüm bu hususlar dikkate alındığında, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamındaki amme alacakları bakımından kanuni temsilcilerin ancak ve ancak kusur esasına göre sorumlu tutulabileceklerine ilişkin görüşün hukuken isabetli olduğu sonucuna varılmaktadır.

4.2. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun Mükerrer 35. Maddesi

6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde yer alan kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı doktrinde baskın olarak savunulmaktadır.[46] Bu düzenlemenin, bir

---

44 Alman Vergi Usul Kanunu'nun (Abgabenordnung) 69. maddesinin resmi metni: "Die in den §§ 34 und 35 bezeichneten Personen haften, soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis (§ 37) infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt oder soweit infolgedessen Steuervergütungen oder Steuererstattungen ohne rechtlichen Grund gezahlt werden. Die Haftung umfasst auch die infolge der Pflichtverletzung zu zahlenden Säumniszuschläge." 4.1.2016 tarihinde http://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/__69.html adresinden erişilmiştir.

45 Phyllis Horn Epstein, (2012), Officer and Owner Liability for Corporate Tax, Corporate Business Taxation Monthly, s. 15-22; Martha Bruce, (2016), Rights and Duties of Directors, 15. Bası, Bloomsery Professionals, İngiltere, s. 410; John Tiley/ Glen Loutzenhiser, (2012), Revenue Law, 7. Bası, Hart Publishing, Oxford, s. 87-91; Nicola Sartori, (2010), Corporate Governance Dynamics and Tax Compliance, International Trade and Business Law Review, Cilt:13, s. 273-274; Ryan Morris / Les Chaiet, (2005), On the Hook: Directors Liability for Corporate Tax Transgressions, Taxation Law, Mayıs, s. 13-18; Anil Hargovan, (2015), Tax Debts and directors Liability for Insolvent Trading, Governance Directions Legal Updates Corporate Law, Haziran, s. 302-305; Bill H. Zhang, (2015), Legal Representatives, Company Supervisors and Their Roles and Responsibilities in foreign Invested Enterprises in China, Korea University Law Review, Cilt 16-17, s. 13-22.

46 Cevdet Okan Bahar, (2005), Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri, *Vergi Dünyası*, Sayı 281, s. 134; Turgut Candan, (2006), Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 56; Şükrü Yıldız, (1999), Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin

tür kanuni kefalet müessesesi olduğu ifade edilmektedir.[47] Kanun metni göz önüne alındığında, sorumluluğun hukuki niteliğinin kusursuz sorumluluk olduğu ifade edilebilir. Zira, bu sorumluluğun doğması, yalnızca amme alacağının asıl borçlunun malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememiş olması veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumlarından birinin gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Diğer bir ifade ile AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinde yer alan sorumluluk hükmüne başvurulması için kanuni temsilcinin amme alacağının asıl amme borçlusundan tahsil edilememesinde kusurunun olup olmadığı hususu önem arz etmemektedir.

Ancak, kamu hukuku ilişkisinin tarafı olmayan kanuni temsilcinin, temsil ettiği kişi, kurum veya teşekkülün amme borçlarından ötürü kanun icabı kusursuz sorumlu sayılmasının hukuki olup olmadığı konusu tartışmaya değerdir. Başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk ve İsviçre hukukunda da, kural olarak sorumluluk müessesinde kusur ilkesi benimsenmiştir.[48] Bu ilkeye göre fail kusurlu değilse sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kusursuz sorumluluk, diğer bir deyişle objektif sorumluluk, kanunda adalet ve hakkaniyetin gereği olan durumlar için istisnai olarak düzenlenmiştir. Kusursuz sorumluluğu öngören hükümlere dair ilginç bir ortak özellik: Kanun koyucunun istisnai olarak kusursuz sorumluluk yüklediği tüm kişiler, sorumluluğun doğumuna kaynaklık eden faaliyetin bizzat sahibi ya da yararlanıcısıdırlar.[49] Diğer taraftan, kanuni temsilci, teşekkülün ya da faaliyetin sahibi olmadığı gibi bunlardan doğrudan doğruya yararlanan sıfatını da haiz değildir. Bir başka önemli nokta, Türk Borçlar Kanununa bakıldığında, kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü durumlarda, kişinin kusursuz sorumlu olup olmadığına yapılan yargılama sonucunda ulaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile burada kusursuz sorumlu olduğu iddia edilen kişi, savunma hakkını haizdir.

Kamu Borçlarından Sorumluluğu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, Beta, İstanbul, s. 793 Aksi görüş için bkz. İrfan Barlass, a.g.e., s. 62-63.

47 Bu görüşe göre, kanuni temsilci kusuru olmaksızın ilgili amme borçlarından sorumludur. Diğer bir ifade ile kanuni temsilcinin şahsının dışında gelişen ve müdahale etme şansı olmayan olağanüstü ekonomik kriz, doğal afet vb. gibi olağanüstü durumlarda da sorumluluğu söz konusudur. Turgut Candan, (2006), Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 8.

48 Safa Reisoğlu, a.g.e., s.179.

49 İrfan Barlass, a.g.e., s. 63

Bu da kişi lehine hukuki güvence tesis etmektedir. Ayrıca, kişi, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen bazı kusursuz sorumluluk hallerinde, özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olmaktadır.[50] Ancak, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde yer alan kanuni temsilcinin sorumluluğu müessesesine bakıldığında bu gibi durumların olmadığı gözlemlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin *"amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsil sorumlu tutulurlar."* metnini içeren beşinci fıkrasını, Anayasanın 2. maddesine aykırılığı gerekçesiyle iptal etmiştir.[51] Mahkeme, bu madde hükmünün iptal gerekçesinde *"Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği göz önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır. Adalet ve hakkaniyet ilkeleri karşısında, bireyin bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır."* ifadesini kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi, burada, kanuni temsilcinin kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, görev süresi bittikten sonra başkalarının kasıt veya ihmali sonucu doğacak sorumluluğa ortak olmasını hukuka uygun bulmamış ve söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, Danıştay isabetli şekilde kanuni temsilcinin görevde olmadığı zamanda işlenen fiillerden sorumluluğunun olmadığı yönünde kararlar vermeye başlamıştır.[52]

Ancak, 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin halen yürürlükte olan 1. fıkrasının lafzı nazara alındığında, kanuni temsilcinin

---

50 Safa Reisoğlu, a.g.e., s.186-189.

51 Anayasa Mahkemesi 2014/144E. 2015/29K. 19.3.2015 RG: 3.4.2015-29315.

52 Danıştay 13.D. 2013/2821E. 2015/2877K. 3.9. 2015; Danıştay 13.D. 2014/208E. 2015/2873K. 3.9.2015.

görevde olduğu süre içerisinde temsil ettiği kişi veya kurumlardan tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme borçlarından ötürü kusursuz sorumluluğunun devam ettiği kabul edilebilir. Bu konuya ilişkin olarak ilk olarak ifade etmek isteriz ki, yukarıda da açıkladığımız gibi AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin sorumluluğu müessesesinin getiriliş nedeni, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun kapsamı dışında kalan amme alacaklarının tahsilinin garanti altına alınmasını sağlamaktı. Bu sebeple, AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinin, kanuni temsilcinin sorumluluğunu kusur esasına dayandıran VUK'un 10. maddesi ile tam paralellik arz etmesi gerekirdi. Ancak paralel bir düzenleme yapılmamıştır ve bunun sonucunda uygulamada ve doktrinde baskın olarak bu hükümdeki kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı belirtilmiştir.

Kamu hizmetlerinin sürdürülmesinde sarf edilen kaynaklardan en büyüğü olan amme alacaklarının kişilere tanınan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını olanaklı kıldığı tartışmasızdır.[53] Bu sebeple, amme alacaklarının tahsilinin garanti altına alınmasında üstün kamu yararının olduğu kabul edilmektedir.[54] Bu üstün kamu yararının korunması amacıyla asıl amme borçlusu olan kişilerin haricinde onlarla hukuki ya da ekonomik ilişki içerisinde olan başka kişilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler öngörülebilir. Ancak, kişilerin mülkiyet hakkına müdahale edebilme kudretine sahip bu gibi hükümlerin, hukuk devleti ilkesi[55] (*the principle of the rule of law*) çerçevesinde oluşturulması gerekmektedir. Bu bağlamda, asıl amme borçlusunun faaliyetinden doğrudan doğruya yararlanmayan ve devlet ile kişi arasında doğan kamu hukuku ilişkisinde üçüncü kişi statüsünde olan kanuni temsilcinin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi, adalet ve hakkaniyet ile uyuşmadığından hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

---

53 Anayasa Mahkemesi 6/42 7.11.1989 R.G. Tarihi 6.4.1990 aktaran Billur Yaltı, (2006), Vergi Yükümlüsünün Hakları, 1. Bası, Beta, İstanbul, s.1-2.

54 Sıddık Sami Onar, (1966), İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt:3, 3. Bası, İ. Akgün Yayınları, s.1647-1648.

55 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, (2001), Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, s. 29-68; Ramazan Çağlayan, (1998), Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi, *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt:2, Sayı:1, s.41-54.

Diğer yandan, kamu hukuku ilişkisinde üçüncü kişi konumunda olan kanuni temsilcilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden biri olan ve diğer temel hak ve özgürlüklere renk veren mülkiyet hakkını sınırlayıcı niteliği haiz olacağından ölçülülük ilkesi[56] (*the principle of proportionality*) gereğince hukuki değerlendirilmeye tabi tutulması icap etmektedir. Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.[57] AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinde öngörülen kusursuz sorumluluk müessesesi, amme alacaklarının tahsilinin garanti altına alınması amacının gerçekleştirilmesi için elverişlidir. Ancak bu amaç, kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusur esasına dayandığının kabulünü öngören bir hüküm ile de gerçekleştirilebilir. Şöyle ki idarenin görev ve yetkileri ile kişilerin maddi ve şekli ödevleri Anayasa ve kanun sınırları içerisinde önceden öngörülmüş kurallar çerçevesinde belirlenmektedir.[58] Bu durumda, kural olarak kanuni temsilcinin temsilcilik sıfatı dolayısıyla idareye karşı sorumluluklarının neler olduğu evvelce hukuk dünyasında vücut bulmaktadır. Kanuni temsilci, önceden öngörülmüş kurallar çerçevesinde üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmesi icap etmektedir. Görüldüğü üzere böyle bir durumda kanuni temsilcinin kusursuz olduğunu ispatlayarak ilgili amme alacağından doğan sorumluluktan kurtulması çok zordur. Diğer bir ifade ile kanuni temsilcinin sorumluluğu, özü ve ruhu itibariyle kusur sorumluluğu esasına dayanmaktadır. Zira, idari mevzuat tarafından öngörülen kurallara kanuni temsilcinin hukuken geçerli bir neden olmaksızın riayet etmemesi kusurunun varlığına işaret etmektedir. Bu sebeplerle, kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusur esasına da-

---

56 Ölçülülük ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Christian Rumpf, (1993), Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:10, s. 25-48; Andrew B. Serwin, (2009), The Principle of Proportionality, University of Michigan Journal of Law Reform, Cilt:42, Sayı: 4, s. 869-930; Juan Cianciordo, (2010), The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights, Journal of Civil Law Studies, Cilt:3, s. 177-186; Margherita Poto, (2007), The Principle of Proportionality in Comparative Perspective, *German Law Journal,* Cilt:8 Sayı:9, s. 835-870.

57 Ergun Özbudun, (2014), Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 116-117.

58 Turgut Tan, (2013), İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 215.

yandığının kabulü halinde de amme alacakları için etkin bir koruma sağlanabilecektir. Böyle bir düzenleme ile ölçülülük ilkesine de riayet edilmiş olacaktır.

Düşüncemizi özetleyecek olursak, üstün kamu yararı gereği de olsa amme alacakları bakımından kanuni temsilcinin sorumluluğunun kanuni kefalet niteliğinde bir kusursuz sorumluluk müessesesi olarak düzenlenmesine gerek yoktur! Aksi halin kabulü, evrensel hukuk normu haline gelen ve anayasal ilke olan hukuk devleti ilkesinin ve ölçülülük ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kamu hukukundan doğan ilişkide üçüncü kişi statüsünde olan kanuni temsilcinin mülkiyet hakkı meşru sınırları aşan bir müdahale ile sınırlandırılmaktadır. Sonuç olarak, AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinde öngörülen kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusur esasına dayandığını açıkça öngören ve kamu yararı ile kişilerin menfaati arasında hukuki denge gözeten bir hüküm konulması gerekmektedir. En azından, kanuni temsilcinin kusurlu olduğuna dair adi karine konulabilir ancak kusurunun olmadığını ispatlaması için kanuni temsilciye hukuki imkan tanınmalıdır.

5. Kanuni Temsilcilerin Sorumluğunun Şartları

Yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız gibi 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun kapsamında bir amme alacağından ötürü kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi, amme alacağının asıl amme borçlusunun malvarlığından tahsil edilememiş olmasının sebebinin kanuni temsilcinin vergiye ilişkin ödevlerini yerine getirmemiş olması şartına bağlıdır. Diğer bir söylemle, burada kanuni temsilci kusurlu olması halinde sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesinin lafzına bakıldığında -hukuken isabetsiz olduğunu düşünsek de- kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa dayandığı görülmektedir. Sonuç olarak mevcut düzenleme nazara alındığında, Vergi Usul Kanunu kapsamı dışındaki amme alacakları bakımından kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusura ilişkin bir şart aranmayacaktır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde ve 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin

sorumluluğu esas olarak[59] ikinci derecedendir. [60] Diğer bir ifade ile ilgili idare, kesinleşen amme borcu için ilk olarak asıl amme borçlusu aleyhine icra takip işlemlerini yürütmek zorundadır. Aksi halde, kanuni temsilcinin sorumluluğuna gitmek mümkün değildir. Bu şart, her iki madde metninde de aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinin 2. fıkrasında, "*Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır...*" hükmü öngörülmüştür. Kanun hükmü burada tahsile ilişkin bir duruma atıf yapmıştır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamındaki amme alacaklarının tahsili işlemleri, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yürütülmesi öngörülmüştür. Dolayısı ile bu kanun hükümlerine göre cebri tahsil işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir. Vergi idaresi, amme alacağının asıl amme borçlusundan tahsil edilmesi için AATUHK'nın 54. ve devamındaki maddelerde öngörülen cebri tahsile ilişkin tüm işlemleri somut olayın gerektirdiği ölçüde tüketmiş olmalıdır.[61]

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanunu'nun mükerrer 35. maddesinin 1. fıkrasında, "*Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu kanun hükümlerine göre tahsil edilir.*" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu burada ilgili amme alacağının asıl amme borçlusundan tamamen veya kısmen tahsil edilememiş ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumlarından birinin gerçekleşmesi halinde kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidileceğini öngörülmüştür.

Tahsil edilememiş olması durumu, ilgili idarenin asıl amme borçlusuna şartların gerekli kıldığı ölçüde AATUHK'nın 54. ve devamın-

---

59 Gerçek kişilerin kanuni temsilcisi, vergi cezalarından bizzat sorumludur.

60 Abdurrahman Akdoğan, (2013), Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi Temel İlke ve Esasları Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, s. 50.

61 Örnek olarak bu karara bakılabilir. Danıştay VDDGK 2014/144E. 2014/307K. 30.4.2014, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

daki maddelerde öngörülen cebri tahsil yollarının kullanılmasına rağmen amme alacağının tam olarak tatmin edilmemesidir. İdare, asıl amme borçlusunun ekonomik veya hukuki bağı olan işletmelerden, bankalardan ve diğer resmi ve özel kurum ve kuruluşlardan amme borçlusunun haczi kabil mal veya alacağı olup olmadığını sormalı, amme borçlusuna ait olan kendi veya 3. kişiler nezdindeki tüm haczi mümkün mal ve alacaklara haciz işlemi yapmalı ve onları nakde çevirmelidir. Buna rağmen, ilgili amme alacağı tamamen tatmin edilemez ise idare, amme alacağının tahsil edilememiş olduğunu, yaptığı bu araştırmalara dayanarak düzenleyeceği AATUHK'nın 75. maddesinde öngörülen aciz fişi ve İcra İflas Kanununa göre düzenlenecek aciz belgeleri ile ispatlayabilir ve sonuç olarak tatmin edilmeyen amme alacağı için kanuni temsilcinin sorumluluğuna gitmesi gerekir.[62]

Tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmış olması durumu için ise AATUHK'nın 54. ve devamındaki maddelerde öngörülen cebri tahsil yollarının tümünün kullanılmış olması gerekmemektedir. Örneğin, asıl amme borçlusunun tüm aramalara rağmen bulunamaması ya da haczedilen mal ve alacakların ilgili görevlilerce yapacağı tespit sonucunda amme alacağını karşılamayacağı anlaşıldığı durumlarda ilgili amme alacağının tahsil edilemeyeceği anlaşılmış sayılır.[63]

Buna karşılık, AATUHK'da öngörülen koruma önlemlerine başvurulabilmesi için asıl amme borçlusunun malvarlığına yönelik takip yollarının tüketilmesine ve ilgili amme alacağının kesinleşmesine gerek yoktur.[64] Örneğin, koruma önlemlerinden biri olan ihtiyati haciz, ileride doğacak amme alacağının tahsilini garanti altına almak amacıyla kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde kanuni temsilcinin mal varlığına uygulanması zorunludur. Fakat, kanuni temsilcinin malvarlığına ihtiyati haciz uygulanabilmesi için, kanunda öngörülen ihtiyati haciz sebeplerinden birinin ilgili kanuni temsilcinin şahsında gerçekleşmesi ve idarenin de bu gerçekleşen ihtiyati haciz sebebine dayanarak karar alması gerekmektedir.[65] Somutlaştırmak

62 Candan, Açıklamalı AATUHK, s. 199.
63 Candan, Açıklamalı AATUHK, s. 200.
64 Danıştay 3.D. 2008/1135 2010/1035 5.4.2010; Danıştay 4.D. 2002/1086 2002/3906 17.12.2002; Danıştay 4.D. 2008/3635E. 2011/7432K. 13.10.2011, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.
65 Danıştay 4.D. 2007/4821E. 2008/1577K. 28.4.2008; Danıştay 7.D. 2000/6450

gerekirse, şirket adına alınmış ihtiyati haciz kararı ile kanuni temsilcinin mal varlığına ihtiyati haciz uygulanması hukuka aykırı olacaktır.[66]

6. Kanuni Temsilcilerin Asıl Amme Borçlusuna Rücu Hakkı

Vergiyi doğuran olay şahsında gerçekleşmeyen kanuni temsilci, temsil ettiği kişinin amme borcunu kanununun öngördüğü şartlar çerçevesinde ilgili idareye ödemektedir.[67] Bu yönü ile kanuni temsilciye, fer'i borçlu da denmektedir.[68] Kanuni temsilcinin amme alacaklarından sorumluluğunu öngören yukarıda ele aldığımız her iki düzenlemede de, kanuni temsilcilerin ve kanuni temsilci gibi sorumlu olan kişilerin, ödedikleri miktar için asıl amme borçlusu olan temsil edilene rücu imkanı getirilmiştir. Ancak, Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi gereğince bu kişiler sadece vergi ve vergiye bağlı alacaklar ile sınırlı olarak asıl amme borçlusuna rücu edebilme olanağına sahiptir.[69] 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin 4. fıkrasına göre ise, kanuni temsilci ve kanuni temsilci gibi sorumlu olanlar ödedikleri hem asıl amme alacakları hem de cezai niteliğe sahip amme alacakları için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler. Burada önemli olan nokta, bu amme alacaklarının tüzel kişi adına kesilmiş olmasıdır. Dolayısıyla, kanuni temsilcinin bizzat muhatabı olduğu idari cezalardan ötürü rücu hakkı söz konusu değildir.

Diğer taraftan, her iki düzenlemede de, kanuni temsilciye ve kanuni temsilci gibi sorumlu olanlara rücu hakkı sadece asıl borçluya yönelik verilmiştir. Ancak, kanuni temsilcinin birden fazla olduğu durumlarda asıl amme borçlusunun borcunu ödeyen temsilci, kendi payından fazlasını ödediği takdirde özel hukuk hükümleri çerçevesinde diğer kanuni temsilcilere karşı rücu hakkını kullanabilmesi gerekmektedir.[70]

2002/574K. 13.2.2002, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

66 Danıştay 1988/234E. 1988/1381K. 4.5.1988; Danıştay 3.D. 1989/2593E. 1990/939K. 20.3.1990, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

67 Selim Kaneti, (1989), Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 80.

68 Adnan Gerçek, (2005), Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi*, Cilt:54 Sayı:3, s. 161.

69 Nihal Saban, a.g.e., s. 97.

70 Candan, Açıklamalı AATUHK, s. 210.

Sonuç

Günümüz demokratik ülkelerin vergi hukuku incelendiğinde, vergi ve diğer amme alacaklarının tahsilinde üstün kamu yararı olduğu temel prensip olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu sebeple, amme alacakları için, özel hukuktan doğan alacaklara göre daha ayrıcalıklı hükümlerin ihdas edilmesi işin doğası gereği olduğu düşünülmektedir.

Vergi ve diğer amme alacaklarının tahsilinin sağlanması için getirilmiş hukuki müesseselerden biri de, devlet ile kişi arasındaki kamu hukuku ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin bu ilişkiden kaynaklanan ödevlerin ifa edilmesinden bizzat sorumlu tutulmasıdır. Kanuni temsilcilerin sorumluluğu kurumu, bu kamu hukukundan doğan sorumluluğun özel bir hali olarak kanunda yerini almıştır.

Kanuni temsilci, temsil ettiği kişinin şahsında doğan maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmesinden kanun gereği sorumlu tutulan fiil ehliyetine sahip kişidir. Türk vergi hukukunda, kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen iki temel hüküm vardır. Yukarıda açıkladığımız gibi bu hükümlerden ilki olan Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kapsamı vergi alacakları ile vergiye bağlı alacaklar ve vergi cezaları ile sınırlıdır; 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde öngörülen sorumluluk hükmü, VUK kapsamı dışında kalan amme alacaklarını kapsamaktadır.

Kanuni temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliği hususunda uygulamada ve doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusur esasına dayandığı baskın olarak ifade edilmektedir. Diğer taraftan, doktrinde 6118 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinde yer alan kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliğinin kanuni kefalet müessesi olduğu zira bu sorumluluğun kanun hükmünün lafzı gereği kusursuz sorumluluğa dayandığı belirtilmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, bize göre asıl amme borçlusunun faaliyetinden doğrudan doğruya yararlanmayan ve devlet ile kişi arasında doğan kamu hukuku ilişkisinde üçüncü kişi statüsünde olan kanuni temsilcinin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi, adalet ve hakkaniyet ile uyuşmadığından hukuk devleti ilkesine

aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca, Amme alacağının tahsilinin garanti altına alınması için kanuni temsilcinin kusursuz sorumluluğuna gidilmesine gerek yoktur çünkü bu amaç kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusur esasına dayandığının kabulünü öngören bir hüküm ile de gerçekleştirilebilir. Bu sebeple, ilgili kanun hükmü, ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Sonuç olarak, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde ve ölçülülük ilkesine uygun şekilde kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusur esasına dayandığının ilgili hükümde açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Kanuni temsilcinin sorumluluğuna ilişkin ilk şart sorumluluğun hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesine göre kanuni temsilcinin sorumluluğunun işletilebilmesi için, amme alacağının asıl amme borçlusunun malvarlığından tahsil edilememiş olmasının sebebinin kanuni temsilcinin vergiye ilişkin ödevlerini yerine getirmemiş olması şarttır. Diğer yandan, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un mükerrer 35. maddesinin lafzına bakıldığında -hukuken isabetsiz olduğunu düşünsek de- kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurunun varlığına gerek yoktur. Kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için ikinci şart, kesinleşen amme alacağının ilk önce asıl amme borçlusundan alınması için icra takip işlemlerinin yürütülmesidir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun kapsamındaki amme alacakları için AATUHK'nın 54. ve devamındaki maddelerde öngörülen cebri tahsile ilişkin tüm işlemleri somut olayın gerektirdiği ölçüde tüketilmiş olmalıdır. Ancak, 6183 sayılı Kanun kapsamında olan diğer amme alacakları için ilgili amme alacağının asıl amme borçlusundan tamamen veya kısmen tahsil edilememiş ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumlarından birinin gerçekleşmesini yeterli bulmuştur.

Diğer taraftan, kanun koyucu, kanuni temsilci sıfatıyla amme borçlarını ödeyen kişiye asıl amme borçlusuna rücu hakkı sağlamıştır. Ancak, Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi gereğince, bu kişiler sadece vergi ve vergiye bağlı alacaklar ile sınırlı olarak asıl amme borçlusuna rücu edebilme olanağına sahiptir. Diğer bir ifade ile kanuni temsilciye ödediği vergi cezaları bakımından rücu hakkı tanınmamıştır. 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddesinin 4. fıkrasına göre ise, kanuni temsilci ve kanuni temsilci gibi sorumlu olanların ödedikleri hem asıl amme borçları hem de cezalar için asıl amme borçlusuna rücu edebil-

me imkanına sahiptirler. Burada dikkat edilmesi icap eden husus, bu amme alacaklarının tüzel kişi adına kesilmiş olmasıdır. Zira kanun icabı kanuni temsilci adına kesilen cezaların asıl muhatabı kendileri olduklarından rücu mekanizmasının işletilmesi mümkün değildir.

Kaynakça

Akkaya Mustafa, (1997), Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt:46 Sayı:1-4, s. 185-208.

Akkaya Mustafa, (2000), Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu, Yaklaşım Yıl:8, Sayı:95 Kasım, s. 145-151.

Akman Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, (1995), Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Akdoğan Abdurrahman, (2013), Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi Temel İlke ve Esasları Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara.

Aliefendioğlu Yılmaz, (2001), Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2.

Arkan Sabih, (2014), Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

Aslan M. Yasin, (2010), Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2010/2.

Ayan Mehmet, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Mimoza, Konya.

Bahar Cevdet Okan, (2005), Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri, Vergi Dünyası, Sayı 281.

Bahtiyar, Mehmet, (2015), Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, Beta, İstanbul.

Barlass İrfan, (2006), Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Bilici Nurettin, (2015), Vergi Hukuku, 36. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara.

Bruce Martha, (2016), Rights and Duties of Directors, 15. Bası, Bloomsery Professionals, İngiltere.

Candan Turgut, (2006), Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara.

Candan Turgut, (2010), Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara.

Candan Turgut, (2013), Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Mali Akademi Yayınları, 3. Bası, Ankara.

Candan Turgut, (2015), Cezaların Şahsiliği İlkesi ve Tüzel Kişilerin Vergi Cezalarından Sorumluluğu, http://turgutcandan.com/2015/06/18/cezalarin-sahsiligi-ilkesi-ve-tuzel-kisilerin-vergi-cezalarindan-sorumlulugu/ 2.3.2016 tarihinde erişilmiştir.

Cianciordo Juan, (2010), The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights, *Journal of Civil Law Studies*, Cilt:3, s. 177-186.

Çağan Nami, (1982), Anayasa Tasarısında Vergi ve Benzeri Yükümlülükler, Vergi Dünyası, Maliye Uzmanları Derneği Yayını, Sayı:13, Eylül.

Çağan Nami, (1980), Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 37, sayı:1-4.

Çağlayan Ramazan, (1998), Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi, *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt:2, Sayı:1, s.41-54.

Çelik Binnur, (2000), Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu, *Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi,* Cilt 2 Sayı 1.

Demirci Azmi, (2003), Tüzel Kişilerin Vergi Kanunlarına Aykırı Fiiller Nedeniyle Kesilen veya Hükmolunan Vergi Cezaları ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Karşısındaki Durumu, *Vergi Dünyası*, Sayı 257.

Derdiyok Türkmen, (2013), Dış Ticarette Vergi ve Mali Yükümlülükler, Türkmen, Ankara.

Epstein Phyllis Horn, (2012), Officer and Owner Liability for Corporate Tax, Corporate Business Taxation Monthly, s. 15-22.

Gerçek Adnan, (2003), Türk Vergi Hukukunda Tahsilat İşlemleri ve Etkinliği, Ekin Yayınevi, Bursa.

Gerçek Adnan, (2005), Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi,* Cilt:54 Sayı:3.

Gerçek Adnan, (2015), Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 4. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa.

Hargovan Anil, (2015), Tax Debts and directors Liability for Insolvent Trading, Governance Directions Legal Updates Corporate Law, Haziran, s. 302-305.

Kaneti Selim, (1989), Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Karakoç Yusuf, (2014), Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

Karakoç Yusuf, (2016), Vergi Ceza Hukuku, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

Kırbaş Sadık, (2015), Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 20. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara.

Kocayusufpaşaoğlu Necip (Hatemi, Serozan, Arpacı), (2010), Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Meray Seha L., (1970), Lozan Barış Konferansı Tutanaklar ve Belgeler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:300, Cilt 1 Kitap 2, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Morris Ryan/Chaiet, Les, (2005), On the Hook: Directors Liability for Corporate Tax Transgressions, Taxation Law, Mayıs, s. 13-18.

Nomer Haluk N., (2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta, İstanbul.

Oğuzman M. Kemal; Öz, Turgut, (2000), Borçlar hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Oğuzman Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, (2013), Kişiler Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Onar Sıddık Sami, (1966), İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt:3, 3. Bası, İ. Akgün Yayınları.

Öncel Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami, (2014), Vergi Hukuku, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

Özbalcı Yılmaz, (2003), Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, İstanbul.

Özbudun Ergun, (2014), Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

Özsüt Tuğrul, (1989), 3505 Sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler, Vergi Dünyası, Sayı 90, İstanbul.

Poroy Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, (2014), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Poto Margherita, (2007), The Principle of Proportionality in Comparative Perspective, German Law Journal, Cilt:8 Sayı:9, s. 835-870.

Reisoğlu Safa, (2013), Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Beta, İstanbul.

Rumpf Christian, (1993), Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:10, s. 25-48.

Saban Nihal, (2013), Vergi Usul Kanunu Madde 10: Olgu ve Dil, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:19 Sayı:2, s. 271-281.

Saban Nihal, (2014), Vergi Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul.

Saraç Osman, (2000), Amme Alacağının Korunması ve Vergisel Sorumluluk, Yaklaşım, Sayı 89.

Sartori Nicola, (2010), Corporate Governance Dynamics and Tax Compliance, International Trade and Business Law Review, Cilt:13, s. 264-286.

Serwin Andrew B., (2009), The Principle of Proportionality, University of Michigan Journal of Law Reform, Cilt:42, Sayı: 4, s. 869-930.

Şenyüz Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan, (2014), Vergi Hukuku Genel Hükümler, Ekin, 5. Bası, Bursa, s. 85.

Tan Turgut, (2013), İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

Taşdelen Aziz, (2010), Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

Tiley John/Loutzenhiser, Glen, (2012), Revenue Law: Introduction to UK Tax Law; Income Tax; Capital Gains Tax; Inheritance Tax, 7. Bası, Hart Publishing, Oxford

Yaltı Soydan Billur, (2002), İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği, Vergi Dünyası, Sayı: 254, Ekim, s. 100.

Yaltı Billur, (2006), Vergi Yükümlüsünün Hakları, 1. Bası, Beta, İstanbul.

Yıldız Şükrü, (1999), Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, Beta, İstanbul.

Zhang Bill H., (2015), Legal Representatives, Company Supervisors and Their Roles and Responsibilities in foreign Invested Enterprises in China, Korea University Law Review, Cilt 16-17, s. 13-22.

MEDENİ USUL HUKUKUNDA HÂKİMİN VERDİĞİ KESİN SÜRE

PEREMPTORY TERM DETERMINED BY THE JUDGE IN THE LAW OF CIVIL PROCEDURE

Volkan ÖZÇELİK*

Özet: Medeni usul hukukumuzda süreler kanunda belirtilir veya hâkim tarafından tespit edilir (HMK m. 90/1). Hâkim tayin ettiği sürenin kesin olmasını istiyorsa, vereceği ara kararın bazı niteliklere haiz olması zorunludur. Zira kesin sürenin taraflar ve mahkeme bakımından önemli sonuçları vardır. Çalışmamızda özellikle Yargıtay kararları ışığında hâkimin verdiği ara kararın nitelikleri ve hâkimin verdiği kesin sürenin taraflar ve mahkeme bakımından sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin Verdiği Süre, Kesin Süre, Kesin Sürenin Sonuçları

Abstract: The terms are specified in the code or determined by the judge in our civil procedural law. If the judge wants a term to be certain, the interlocutery decree given must have some certain qualities. Because peremptory terms have important results for the court and the parties. In this study, the qualities of interlocutery decree that is given by the judge and the results of peremptory terms given by the judge are examined in the context of Supreme Court's decisions.

Keywords: Term by Judge, Peremptory Term, Results of Peremptory Term

GİRİŞ

Medeni yargılama hukukunda dava açılıp karar verilinceye kadar, davaya bakan mahkeme ve yargılamanın tarafları belli usul işlemleri yaparlar. Her usul işleminin belli bir zaman aralığında yapılması gereklidir. Usul hükümleri ile normatif bir değer kazanan bu zaman ara-

* Arş. Gör., On Dokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, volkan.ozcelik@omu.edu.tr

lıklarına süre denilmektedir.[1] Medeni usul hukukunda süreler genel olarak yargılamanın gecikmesini önlemek için bulunmaktadır.[2]

Medeni usul hukukunda süreler, kanunda belirtilir veya hâkim tarafından tespit edilir (HMK m. 90/1). Sürenin kanun tarafından önceden belirlenmesi bazı hallerde somut olayın niteliğine uygun düşmeyebilir. Bu gibi hallerde kanun sürenin miktarını önceden belirlemeyip, bu yetkiyi hâkime vermiş olabilir. Ayrıca bazı durumlarda da, Kanun'da hâkimin süre belirlemesine yönelik özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, yapılması istenen işin niteliği gereği hâkim tarafa süre verebilir. Her iki durumda da hâkim süreyi tespit ederken somut olayın özelliklerini dikkate almalıdır.[3]

Hâkim tarafa süre verirken, sürenin kesin olduğunu usulüne uygun verdiği ara kararda belirtebilir. Eğer sürenin kesin olduğuna karar vermemişse süreyi geçirmiş olan tarafa talebi üzerine ikinci bir süre verilir. İkinci kere verilen süre kararda belirtilmemiş olsa bile kanun gereği kesin olup,[4] bu şekilde verilen süreyi de geçiren tarafa yeniden süre verilemez (HMK m. 94/2).[5]

Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar (HMK m. 94/3). Kesin sürenin yaptırımı açısından düşünülürse, hâkim tarafından verilen kesin sürenin usulüne uygun bir ara karar ile olması gerekir.[6] Bu maksatla verilen ara kararın hangi unsurlara sahip olması gerektiği Hu-

---

1 14. HD, 08.04.2013, E. 2013/3569, K. 2013/5475 (www.legalbank.net).

2 Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Springer Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963, s. 106.

3 Erdal Tercan, Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme, Ankara 2006, s. 40; Blomeyer, s. 106.

4 Şakir Berki, "Hukukda Müddet Çeşitleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1-2, 1968, s. 104; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. 5, İstanbul 2001, s. 5443; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 265; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 450.

5 Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 696.

6 Ara kararlar hâkimin davadan elini çekmesine neden olmayan, uyuşmazlığa son vermeyen ancak uyuşmazlığı sona erdirmek için yargılamanın yürütülmesini sağlayan kararlardır (Timuçin Muşul, "Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 4, 1988, s. 218; Nilüfer Boran Güneysu, Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014, s. 148; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 3, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 2998; Karslı, s. 417-148; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 804).

kuk Muhakemeleri Kanunu'muzda düzenlenmiş değildir. Doktrinde "hükmün kapsamını" düzenleyen maddenin (HMK m. 297), ara kararlar için de uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.[7] Yargıtay'a göre de, kesin süre verilen ara kararın belli niteliklere sahip olması gerekir. Çalışma yapılırken bu niteliklere uygun bir sistematik izlenmiştir. Zira mahkemelerin yerleşik uygulamadan dönmeleri veya farklı bir çözümü benimsemeleri kural olarak sürpriz karar verme yasağı çerçevesinde değerlendirilmektedir.[8]

I. HÂKİM TARAFINDAN VERİLEN KESİN SÜREYE İLİŞKİN ARA KARARIN NİTELİKLERİ

Mahkemece tarafa verilen kesin süreye ilişkin ara karar belli niteliklere haiz olmalıdır. Aksi halde kesin süre usulüne uygun olmadığı için Yargıtay'ca hükmün bozulması ile karşı karşıya kalınabilir. Bu ise kesin süre verilmesinin temel amacını zedeler. Öyle ki kesin süre ile yargılamanın makul sürede bitirilmesi amaçlanırken, kesin süreye ilişkin ara kararın usulüne uygun olmaması nedeniyle verilen hükmün bozulması yargılamanın geç bitmesine neden olur.[9] Bu nedenle hâkimin kesin süreye ilişkin verdiği ara kararın Yargıtay'ın getirdiği kriterlere uygun olması gerekmektedir.[10] Kesin süreye ilişkin ara karar açık bir şekilde yazılmalı, ara kararda yapılacak işler belirtilmeli, verilen süre yapılması istenen iş için yeterli olmalı, yapılması emredilen işler yargılama için gerekli ve tarafça bizzat yapılabilir olmalı ve ara kararda kesin süreye uyulmamasının sonuçları açıklanmalıdır.

A. Ara Kararın Açık Bir Şekilde Yazılması

Kesin süreye ilişkin ara kararın açık bir şekilde yazılması, kararın ilgilisi tarafından anlaşılabilir olması demektir. Taraf, verilen kararın kapsamı ve sonuçları hakkında tereddüde düşürülmemelidir.[11] Nitekim bu gereklilik kesin sürenin taraf bakımından önemli sonuç-

---

7 Muşul, s. 228.

8 Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 186.

9 Mustafa Çetintürk, "Hukukta Hâkimin Tayin Ettiği Süreler", *Bursa Barosu Dergisi*, Yıl: 5, S. 12, Nisan 1981, s. 1.

10 Karslı, s. 449.

11 15. HD, 17.06.2013, E. 2012/4512, K. 2013/3907 (www.kazanci.com); 1. HD, 11.09.1996, 8913/9700 (Yılmaz, Şerh, s. 696).

lar doğurması nedeniyle vazgeçilmezdir. Örneğin tarafa tanık adresini bildirmesi için kesin süre verilecekse ara karar işlemin kapsamı ve sonuçlarını tam olarak ifade etmelidir. Tarafın tanık adresini kesin sürede mahkemeye bildirmesi gereği ve bildirmezse tanığın dinlenilmesinden vazgeçildiğine karar verileceği özellikle ara kararda belirtilmelidir (HMK m. 94/3; HMK m. 240/3).[12]

Hâkimin verdiği kesin süreye ilişkin ara karar, yorumu zorunlu kılmayacak, yanlış anlaşılmayı önleyecek ve ilgilisi tarafından kolaylıkla anlaşılabilecek derecede açık ve sınırlı olması gerekir. Ara karar kaleme alınırken sade bir dil kullanmaya özen gösterilmelidir.[13] Özellikle tarafların hukuki bilgisinin olmaması ihtimali düşünülürse, kullanılan karmaşık ifadeler tarafın tereddüde düşmesine yol açabilir.[14] Bununla birlikte sadelik ve açıklık günlük konuşma dilinin kullanılması anlamına gelmemelidir. Ara kararı kaleme aldıran kişinin hâkim olduğu ve onun belli bir entelektüel birikime sahip olduğu düşünülürse, bu birikimin karara yansıması tabiidir. Bununla birlikte hâkim mesleki ve entelektüel birikimini karara yansıtırken bir taraftan da gereksiz ve zihinleri yoracak ifadeler kullanmaktan kaçınmalı; tarafın yerine getirmesi gereken işlerin neler olduğunu açık bir şekilde teker teker yazdırmalı, bu işlerin yerine getirilmemesi halinde doğabilecek sonuçları izah etmelidir.

Ara kararda taraftan yapması beklenen işlemin kayıt ve şarta bağlanmaması gereklidir. Zira ara kararda yapılması istenen işlemin kayıt

---

12 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bu düzenleme ile tanığın adresinin gösterilmemesi veya yanlış gösterilmesinden doğan gecikmelerin önlenmesini amaçlamıştır. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda tarafa tanıkların adresini bildirmesi için kesin süre verilmesi ve eğer süresinde adres bildirilmemişse tanığın dinlenilmesinden vazgeçildiğine karar verilmesine ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 274. maddesine göre tanık listesinin verilmesi hakkında bkz. Mesut Ertanhan, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 187-188.

13 15. HD, 22.11.2011, E. 2010/7482, K. 2011/6735 (www.legalbank.net); HGK, 16.11.1966, 2/1269-291 (Kuru, Usul- V, s. 5438).

14 Kural olarak avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan hukukumuzda, tarafların yargılama hukuku kuralları hakkında bilgi sahibi olmaması yüksek bir ihtimaldir. Nitekim avukatla temsil zorunluluğunun amaçlarından birisi de açılan ve yürütülen dava hakkında tarafları bilgilendirmek ve bu yolla da tarafları korumaktır (Mine Akkan, Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 154-158; İbrahim Ercan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukatla Temsil Zorunluluğu", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, S. 5, 2006/3, s. 1278).

ve şartta bağlandığı hallerde, kendisine süre verilen taraf bu konuda tereddüde düşebilir. Tarafın kesin süre verilen işlemi yapması, ancak söz konusu şartın gerçekleşmesi halinde amacına ulaşacaksa kesin süreye ilişkin verilen karar usulüne uygun olmaz. Örneğin mahkeme bir kurumdan uyuşmazlık ile ilgili bilgi isteyip, gelecek bilgiye göre de bilirkişi incelemesine karar verecekse; mahkemenin ilgili kurumdan bilgi gelme koşulunun yerine gelip gelmeyeceğini gözetmeksizin tarafa bilirkişi gideri için kesin süre vermesi ve tarafın süresinde bilirkişi giderini yatırmaması nedeniyle de bilirkişi deliline dayanmaktan vazgeçtiğine karar vermesi isabetli olmaz.[15] Böyle bir durumda mahkeme öncelikle ilgili kurumdan bilgi istemeli, sonrasında da kurumdan gelen cevaba göre bilirkişi incelemesi için gider yatırması konusunda tarafa kesin süre vermelidir.

Ara kararın açık bir şekilde yazılması gerekliliği, kararın zorunlu muhtevasına da işaret etmektedir. Kesin süre verilmesine ilişkin ara kararda yapılacak işlerin neler olduğu, bu işlerin hangi sürede yapılması gerektiği ve süresinde yapılmayacak olursa sonuçlarının neler olduğu açıkça yazılmalıdır. Bu anlamda hâkimin genel bir ifade ile tarafın belli bir işlemi yapmasını karara yazması çoğu zaman yeterli olmaz. Bu kararın gereklerinin neler olduğu tam olarak yazılmalıdır. Örneğin keşif yapılması için avans yatırılmasına yönelik bir karar yeterli olmayabilir. Zira keşif yapılırken bilirkişiye müracaat edilecekse bunların sayısı, nitelikleri ve her biri için ne kadar avans yatırılacağı; keşif mahalline araç ile gidilecekse araç için yatırılması gereken avansın ne kadar olduğu açıkça belirtilmelidir.[16]

Kesin süreye ilişkin ara kararın "açık olması" için ara kararda üç unsurun zorunlu olarak bulunması gerektiği ifade edilebilir.[17] Zira açıklanacak bu zorunlu unsurların ara kararda bulunmamasına rağmen, bu karara dayanılarak hüküm verilmesi kanun yolu aşamasında hükmün bozulmasına sebebiyet verebilir.[18]

İlk olarak, hâkim ara kararda verdiği sürenin kesin olduğunu açık-

15 15. HD, 17.06.2013, E. 2012/4512, K. 2013/3907 (www.legalbank.net).
16 15. HD, 05.02.2013, E. 2013/371, K. 2013/643 (www.kazanci.com).
17 12. HD, 30.01.2001, E. 2001/384, K. 2001/1473 (Kuru, Usul- V, s. 5438).
18 HGK, 16.11.1966, 2/1269-291 (Kuru, Usul- V, s. 5438); 6. HD, 11.02.1987, 15042/1363 (Kuru, Usul- V, s. 5439).

ça belirtmelidir. Verilen sürenin kesin olduğunun ara kararda açıkça belirtilmemesi halinde, kesin süreye ilişkin sonuçlar doğmaz.[19] Ayrıca tarafa kesin süre verildiğinde bu sürenin miktarının da belirli olması gerekir. Sonu gösterilmeksizin tarafa süre verilip, bu sürenin de kesin süre olduğunun belirtilmesi "açık olma" unsuru bakımından ilke olarak yeterli olmamalıdır.[20] Bu nedenle, Yargıtay'ın keşif giderlerinin yatırılması için kesin süre verilip sürenin son günü belirtilmemesi halinde, kesin sürenin son gününü keşfin yapılacağı gün olarak kabul eden[21] ve tanık listesi verilmesi ve tanık ücretlerinin yatırılması için kesin süre verilip sürenin son gününün belirtilmemesi halinde, kesin sürenin son gününü duruşmanın bırakıldığı gün olarak kabul eden[22] kararlarını isabetli bulmamaktayız. Zira kesin süreye ilişkin ara kararın her türlü yanlış anlamayı önleyecek ve yoruma ihtiyaç göstermeyecek biçimde açık olması gerekir. Sonu gösterilmeksizin kesin süre verilen ara karar açık olmayıp yorumu gerektirecek türdendir. Avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan hukukumuzda, yorumu gerektiren kesin süre ara kararı hak kaybına sebebiyet verebilir. Tanık listesi verilmesi veya keşif için gerekli giderleri yatırması konusunda tarafa, mahkemenin sonunu göstermeksizin verdiği kesin süre ara kararını yorumlayarak, sürenin son gününü bir sonraki duruşma günü kabul etmek; bu günde de gerekli işlemi yapmayan tarafın bir daha bu işlemi yapamaması sonucunu doğurur (HMK m. 94/3). Bu ise, ara kararı usulüne uygun biçimde kaleme alma görevinin hâkime ait bir iş olmasına rağmen, hâkimin yaptığı hataya tarafın katlanmasını beklemek olur.

---

19 HGK, 16.11.1966, 2/1269-291 (Kuru, Usul- V, s. 5438).

20 HGK, 31.10.1962, E. 6/26, K. 56 (Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 288).

21 HGK, 04.02.1959, 5/3-5 (Kuru, Usul-V, s. 5436).

22 "Mahkemece 12.7.1977 tarihinde, davacıya tanık listesi verip karşı tarafa tebliğ ettirmek, yirmişer lira tanık ücretlerini mahkeme veznesine yatırmak üzere kesin mehil verilmiş süre (sürenin sonu) belli edilmemiştir. Yargılamanın bırakıldığı 4.10.1977 tarihinde de, duruşmaya ilk kez giren davacı vekili tanık listesi vermiştir. Davalı vekili kesin mehlin geçtiğini, liste vermesine muvafakat etmediğini bildirmiştir. Mahkeme kesin mehle riayetsizlik sebebiyle davayı reddetmiştir. Davacıya delil ikamesi için verilen mehilde süre belli edilmediğinden, mehlin son günü duruşmanın bırakıldığı 4.10.1977 günüdür. Davacı vekili o gün tanık listesi verme yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Verilen kesin mehilde ayrıca tanıklara davetiye çıkarılması için gerekli zaman bırakılmamasına göre verilen bu mehil usule aykırı bulunmaktadır. Bu bakımdan davacının delillerinin toplanarak incelenmesi gerekirken yazlı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır (Kuru, Usul- III, s. 2582)."

İçtihadı birleştirme kararlarının ortaya çıkmasında temel neden, üst mahkemenin kararları arasında uyum sağlanarak kanunların ülkenin tamamında aynı şekilde uygulanmasını sağlamaktır.[23] Ayrıca mahkemelerin yerleşik uygulamadan dönmeleri veya farklı bir çözümü benimsemeleri kural olarak sürpriz karar verme yasağı çerçevesinde değerlendirilmektedir.[24] Dolayısıyla hâkim kesin süreye ilişkin ara kararı yerleşik içtihatlar doğrultusunda vermelidir. Diğer taraftan bu şekilde yapılan yorum, duruşmaların varlık nedeni ile de bağdaşmayabilir. Duruşmalar delillerin toplandığı aşamalar olmayıp, aksine toplanan delillerin tartışıldığı yargılama kesitleridir.[25] Tarafa tanık listesi vermesi için, sonu gösterilmeden verilen kesin süre ara kararındaki kesin sürenin bir sonraki duruşma günü biteceği kabul edilirse, taraf bu duruşma gününde liste verse bile, tanıkları bizzat hazır bulundurmadığı sürece dinlenmeleri mümkün olmaz. Zira hukukumuzda tanık, davetiye ile çağrılır ve kural olarak davetiyenin duruşma gününden en az bir hafta önce tebliğ edilmiş olması gerekir (HMK m. 243/1 ve 2).[26] Yine tarafa sonu gösterilmeksizin keşif gideri yatırması için kesin süre verilen ara karar da keşfin uygulanması bakımından sorunlar doğurabilir. Mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyecekse (HMK

---

23 Cenk Akil, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 15.

24 Özekes, s. 186.

25 Bu durum yargılamanın uzamasına da sebebiyet verebilir. "Bugün ülkemizde yargılamanın uzamasının en önemli sebeplerinden biri de, yargılama kurallarının gereği gibi hem mahkemelerce hem de taraflarca uygulanmamasıdır. Örneğin, tahkikatın bir parçası olan duruşmaların asıl amacı, tarafların dinlenmesi, delillerin incelenip tartışılması iken, deliller başlangıçta, tahkikattan önce toplanamamakta, duruşmalar adeta delillerin toplanması için birer yargılama kesiti olarak kullanılmakta, tapuya, nüfusa vs. ye yazı yazılarak duruşmalar ertelenmektedir; diğer yandan da bu konuda gerekli ciddiyet ve özeni göstermemektedirler. Bugün her mahkemede yapılan günlük duruşma sayısının yarıdan fazlasını, duruşmaların ruhuna aykırı şekilde yürütülen bu faaliyetler almakta, sonra da iş çokluğu şikâyet konusu olmaktadır." (Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 397-398)

26 "Taraflar, dava ve cevap dilekçeleri ile delillerini bildirmiş ve tanık deliline de dayanmışlardır. Taraflar, tanık listesinde isimlerini bildirdiği tanıkların dinlenmesinden açıkça vazgeçmedikleri gibi Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. madde koşulları da gerçekleşmemiştir. O halde mahkemece yapılacak iş, taraf tanıklarının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243. ve devamı maddelerinde belirtilen usule uygun olarak çağrılıp dinlenmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir." (2. HD, 03.11.2014, E. 2014/23098, K. 2014/21523, www.lexpera.com)

m. 290/2)[27], tanığın ve bilirkişinin keşif gününden önce haberdar edilmesi gereklidir. Aynı şekilde keşfin icrası üçüncü kişiyi etkileyecekse ona da bildirim yapılır ve keşif kural olarak üçüncü kişinin de uygun olduğu zamanda yapılır (HMK m. 291/3).[28] Keşfin icrasına ilişkin bu hükümler kesin sürenin son gününü keşfin yapılacağı gün olarak kabul etmeye engeldir.

İkinci olarak, hâkim ara kararda tarafın yapmasını istediği işlerin neler olduğunu açıkça yazmalıdır. Tarafın yapması gereken iş birden fazla ise, bu işlerin neler olduğu teker teker belirtilmelidir.[29]

Üçüncü olarak, kesin süreye riayet edilmemesinin doğuracağı sonuçlar tarafa ihtar edilmelidir. Başka bir deyişle ara kararda kesin süre içinde yapılması istenen iş(ler)in yapılmaması halinde hangi sonuçların doğacağı açık bir şekilde yazılmalıdır.[30]

Hâkimin verdiği kesin süreye ilişkin ara kararın açık olmasının bir gereği de, ara kararda yapılması istenen işin muhatabının kim olduğunun anlaşılmasıdır.[31] Bu gereklilik işlemin hangi taraftan yapılmasının beklendiğinin belirlenmesi ve işlemin süresinde yapılmaması halinde hak kaybına uğrayacak tarafın önceden açıkça belirlenerek, ara kararın sonucunun ilgilisinin dikkatine çekilmesi için önemlidir.

B. Ara Kararda Yapılacak İşlerin Belirtilmesi

Hâkim tarafa kesin süre verirken, ara kararda taraftan yapması istenen işlerin neler olduğunu belirtmelidir. Bu yapılırken yapılması

---

27 16. HD, 16.02.2016, E. 2015/18174, K. 2016/1368 (www.lexpera.com).

28 "Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, keşif, üçüncü kişi bakımından uygun olan zamanda yapılır. Doğaldır ki mahkeme keşif zamanını tayin ederken tarafların durumunu da göz önünde bulunduracaktır. Dava dışı olan üçüncü kişiye keşfin yeri ve zamanı hakkında keşiften önce bilgi verilmelidir. Gecikmesinde zarar doğacak hâllerde bu bildirimden vazgeçilebilir. Üçüncü kişinin keşfe karşı koyması, engelleyici davranış içerisine girmesi hâlinde, hâkim zor kullanabileceği gibi, maddedeki diğer müeyyideleri de uygular. Ancak üçüncü kişi, tanıklıktan çekinme sebepleri varsa keşfe katlanmak zorunda değildir." (Hukuk Muhakemeleri Kanunu 291. maddesinin üçüncü fıkrasının gerekçesi için bkz. www.lexpera.com)

29 6. HD, 11.02.1987, 15042/1363 (Kuru, Usul- V, s. 5439); HGK, 10.10.2001, 14-940/709 (Yılmaz, Şerh, s. 703-704).

30 15. HD, 22.11.2011, E. 2010/7482, K. 2011/6735 (www.legalbank.net).

31 1. HD, 08.10.1990, 9710/10926 (Yılmaz, Şerh, s. 705): "…ara kararın kim tarafından yerine getirileceğinin birleştirilen davanın davacısı mı, yoksa önceki davanın davacısı mı olduğunun açıklanmaması da doğru değildir…"

istenen işler bir bütün halde değil ayrı ayrı gösterilmelidir.[32] Örneğin tarafın yatırması gereken giderler ara kararda ayrı ayrı gösterilmelidir.[33] Ayrıca hâkim genel ifadelerden kaçınarak tarafın yapması gereken işi somut olarak belirlemelidir. Örneğin tarafa delillerini sunması için kesin süre verilip, gereken masrafları yatırması gereği ihtar edilmemesine rağmen, tarafın masrafları yatırmamış olması nedeniyle tarafın o delile dayanmaktan vazgeçtiğine karar verilmesi, tarafın hukuki dinlenilme hakkını sınırlar.[34]

Hâkimin, tarafın yapması gereken işlerin neler olduğunu somut olarak ayrı ayrı ara kararda yazması gereği, şüphesiz ki dosya kapsamından anlaşılabilen işlerle sınırlı olmalıdır. Hâkimin de dosya kapsamına göre bilme imkânının olmadığı hallerde, vereceği ara kararda yapılması istenen işler dosya kapsamıyla sınırlı olur.[35]

C. Ara Kararda Verilen Sürenin İşlemin Yapılabilmesi İçin Yeterli Olması

Hâkim, tarafa kesin süre verirken bu sürenin ara kararda belirtilen ve taraftan yapması beklenen işler için yeterli olmasına dikkat etmelidir.[36] Hâkim, kesin sürenin miktarını belirlerken ne gereğinden az belirlemeli ne de gereğinden fazla belirlemelidir. Zira gereğinden az verilen bir süre tarafın hak kaybına uğramasına; gereğinden fazla verilen süre yargılamanın uzamasına neden olabilir.[37]

Taraf usul işlemlerinin süreye bağlanmasının amaçları, adaletin makul bir sürede tesis edilmesi, mahkemelerin aynı iş ile uzun süre meşgul olmasının engellenmesi ve keyfiliğin önüne geçme isteği şeklinde özetlenebilir.[38] Ayrıca bu yolla yargılamanın makul sürede ta-

---

32 1. HD, 11.09.1996, 8913/9700 (Yılmaz, Şerh, s. 696).

33 HGK, 30.01.2013, E. 2012/19-671, K. 2013/151 (www.kazanci.com); 9. HD, 11.04.2012, E. 2010/5215, K. 2012/12366 (www.kazanci.com); 14. HD, 12.06.2013, E. 2013/6998, K. 2013/8840 (www.kazanci.com).

34 9. HD, 11.04.2012, E. 2010/5215, K. 2012/12366 (www.legalbank.net); 2. HD, 24.05.2005, 7039/8141 (Yılmaz, Şerh, s. 705).

35 Bu doğrultuda bkz. HGK, 19.11.2014, E. 2013/22-1319, K. 2014/927 (www.legalbank.net).

36 HGK, 10.10.2001, 14-940/709 (Yılmaz, Şerh, s. 703-704); 1. HD, 11.09.1996, 8913/9700 (Yılmaz, Şerh, s. 696); HGK, 11.11.1987, 9-334/832 (Yılmaz, Şerh, s. 702); Blomeyer, s. 106.

37 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 265.

38 HGK, 30.01.2013, E. 2012/19-671, K. 2013/151 (www.legalbank.net); 9. HD,

mamlanarak adil yargılanma hakkının teminine katkı sağlanır.[39] Ara karar ile tarafa kesin süre veren hâkim, sürenin miktarını gereğinden fazla belirlemeyerek, taraf usul işlemlerinin süreye bağlanması amaçlarının gerçekleşmesine ve adil yargılanma hakkının tesisine katkı sağlar.

Hâkim kesin sürenin miktarını belirlerken gereğinden az olmamasına da dikkat etmelidir. Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkının ortadan kalkacağı düşünülürse (HMK m. 94/3); hâkimin belirleyeceği kesin sürenin miktarı o işlemin yapılabilmesi için yeterli olmalıdır. Aksi halde taraf, kendisinden yapması beklenen işlemi yapmak istese bile sürenin yeterli olmaması nedeniyle hak kaybına uğrayabilir. Nitekim hâkim kesin süre verirken, kesin sürenin amaçlarından hareket etmeli, kesin süreyi davayı ret etmek için bir araç olarak görmemelidir.[40]

Hâkim kesin sürenin miktarını belirlerken takdir yetkisine haizdir.[41] Genel olarak kanun koyucu somut olay adaletini sağlamak amacıyla hâkime takdir yetkisi tanımaktadır.[42] Hâkim takdir yetkisini kullanarak kesin sürenin miktarını belirlerken, her somut olayın özelliğini, tarafların durumunu, yargılamanın amacını, objektif hukuk kurallarını ve özellikle medeni usul hukukuna hâkim olan ilkeleri dikkate almalıdır.[43] Hâkim, bir taraftan kendisine kesin süre verilen

---

11.04.2012, E. 2010/5215, K. 2012/12366 (www.legalbank.net).

39 AYM, 15.04.2014, Başvuru Numarası: 2013/4785, RG, 12.06.2014, S. 29028, § 40.

40 HGK, 30.01.2013, E. 2012/19671, K. 2013/151 (www.legalbank.net); 14. HD, 21.03.2008, E. 2008/954, K. 2008/3680 (www.legalbank.net); 1. HD, 24.03.2010, E. 2010/2541, K. 2010/3276 (www.legalbank.net); HGK, 10.10.2001, 14-940/709 (Yılmaz, Şerh, s. 703-704); 1. HD, 11.09.1996, 8913/9700 (Yılmaz, Şerh, s. 698).

41 Ejder Yılmaz, "Hukuk Davasında Hâkimin Verdiği Kesin Mehilin Hakkı Kısıtlaması", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, Ankara 1987, s. 48; Yılmaz, Süreler, s. 3174.

42 Seyfullah Edis, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1-4, s. 169; Zahit İmre, "Türk Medeni Kanununa Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısındaki Durumu", Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973, s. 168; Selahattin Sulhi Tekinay, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1978, s. 76; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk (Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 91; Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C. 1- Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013 s. 133.

43 Yılmaz, Süreler, s. 3174. Hâkimin kesin sürenin uzunluğunu tespit ederken somut olaya uygun hareket etmesi gerektiğine ilişkin bkz. 16. HD, 17.06.1999, 2340/2369 (Yılmaz, Şerh, s. 703).

tarafın işlemi yapabilmesi için gerekli en uygun süreyi, bir taraftan da gereğinden fazla süre verilerek yargılamanın uzaması riskini birlikte düşünerek, çatışan bu iki değer arasında uygun bir çözüm bulmalıdır.[44] Bu anlamda özellikle hukuki dinlenilme hakkı ile usul ekonomisi ilkesi çatışma halindedir.

Hâkim kesin süreye ilişkin ara kararı bir celsede veriyorsa, kesin sürenin bitimini genellikle bir sonraki celse olarak belirleyebilir.[45] Bununla birlikte taraftan yapması beklenen işleme göre, hâkim bir sonraki celseden önce bazı değerlendirmeler yapacak yahut tarafın yapacağı işlemi esas alarak bir usul işlemi yapacaksa, kesin sürenin bitimi bir sonraki celseden önceki bir tarih olmalıdır. Örneğin hâkim, celsede verdiği ara kararla taraftan tanıkların adreslerini bildirmesini kesin süre vererek istemişse (HMK m. 240), kesin sürenin bitimini bir sonraki celseden önceki bir tarih olarak belirlemelidir. Zira tanıkların bir sonraki celsede dinlenebilmeleri için, usulüne uygun tebligat ile davet edilmeleri gereklidir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, kesin sürenin bitimi tarihi ile bir sonraki celse tarihi arasında geçecek süre içinde başka bir yargılama işleminin yapılıp yapılmayacağını esas alarak karar vermiştir.[46]

D. Ara Kararda Emredilen İşlerin Gerekli Ve Bizzat Yapılabilir Olması

Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümü için yapılan usul işlemlerinin yargılamanın yürütülmesi ve ilerlemesi için "gerekli" olması zorunludur. Aksi halde yargılama uzar ve makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilir. Ayrıca yargılamanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için gerekli olmadığı halde yapılan usul işlemleri nedeniyle ortaya çıkan giderler usul ekonomisi ilkesini zedeler.[47] Özellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmemesi ve usul ekonomisi ilkesinin zedelenmemesi için, mahkemenin kesin süre vererek taraftan yapmasını beklediği işlemin yargılamanın yürütülmesi için gerekli olması zorunludur. Diğer taraftan bir işlemin yapılması gerekli

44 Yılmaz, s. 48; Yılmaz, Süreler, s. 3174.
45 6. HD, 22.10.1974, 4604/4549 (Kuru, Usul- V, s. 5434).
46 4. HD, 19.03.1991, 3365/2311 (Kuru, Usul- V, s. 5434-5435).
47 Cumhur Rüzgaresen, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 73.

olmadığı halde hâkim, tarafa kesin süre vererek işlemi yapmasını istemiş ve taraf yapmamışsa; tarafın hak kaybına uğramayacağı kabul edilmelidir.[48]

Hâkimin kesin süre verirken dikkat etmesi gereken bir diğer husus: Yapılması emredilen işin kendisine kesin süre verilen "tarafça bizzat yerine getirilebilir" olmasıdır.[49] Kesin süre verilen tarafın, kendisinden yapması istenen işlemi yapması konusunda hukuken yetkisi olmalı veya tarafa bu konuda hukuken bir yükümlülük yüklenebilmelidir.[50] Aksi halde verilen ara karar usulüne uygun olmaz. Bu kaideye aykırı bir şekilde ara karar verilir ve taraf işlemin kendisinin sorumlu olduğu kısmını yaparsa ara kararın gereğini yerine getirmiş sayılmalıdır.[51] Örneğin tanık deliline dayanan tarafın, tanık listesi vermesi ve gereken masrafları yatırması hukuken kendisinden beklenebilir. Buna karşılık taraftan göstermiş olduğu tanıkları mahkeme huzuruna getirmesi için kendisine kesin süre verilemez.[52] Yine tarafa keşif için gerekli giderleri mahkeme veznesine yatırması için kesin süre verilebilirken; belirtilen sürede keşif yapılması için kesin süre verilmesi mümkün olmamalıdır. Zira keşfin yapılamaması tarafın gerekli giderleri yatırmış olmasına rağmen onun iradesi dışında bir sebepten (örneğin yağmur yağması) kaynaklanmış olabilir.[53] Kaldı ki keşif, mahkeme tarafından yapılan bir usul işlemi olup, tarafça bizzat yapılabilir türden de değildir. Bir başka örnek de davacı veya davalının dilekçesinde gösterdiği

---

48 8. HD, 23.05.1989, 5784/5400 (Yılmaz, Şerh, s. 707): "…bir mehlin hak kaybına sebebiyet verebilmesi için gerçekten bu işlemin yapılması zorunlu olmalıdır. Daha açık deyimle, mehil verilen taraf böyle bir işlemi yaptırmak zorunda değilse verilen mehil sonuç doğurmaz. Nitekim olayımızda davacı taraf keşfe gerek olmadığını davayı ispat ettiğini bildirmiştir. Gerçekten de davacı yönünden iddia kanıtlanmış olmaktadır."

49 Kuru, Usul- V, s. 5453; Umar, s. 289. 8. HD, 21.06.2013, E. 2013/10147, K. 2013/9742 (www.kazanci.com); 2. HD, 03.06.1985, 5200/5244 (Yılmaz, Şerh, s. 698-699).

50 2. HD, 27.10.2003, 13122/14281 (Yılmaz, Şerh, s. 706): "…Mahkemece kurulan ara kararında ise bilirkişi raporundaki eksikliklerin gerektirdiği talimatları yazdırması şeklinde davacıya kesin süre verilmiş, izleyen oturumlar benzer ara kararlar yinelenmiş ve kesin süre içinde ara kararı gereği yerine getirilemediği gerekçesiyle dava reddedilmiştir…Rapordaki eksikliklerin tamamlanmasına yönelik yapılacak bilirkişi incelemesi ve keşfe ait talimatın içeriğini belirleme görevi mahkeme hâkimine aittir. Bu görev yanlara yüklenemez."

51 Kuru, Usul- V, s. 5452.

52 HGK, 20.05.1964, E. 237, K. 377 (Ankara Barosu Dergisi, S. 6, 1964, s. 692); HGK, 20.05.1964, E. 8/237, K. 377 (Umar, s. 293).

53 HGK, 11.01.1969, 6-903/23 (Kuru, Usul- V, s. 5452).

ve başka yerde bulunan bir belgeyi mahkeme huzuruna getirmeleri hakkında verilebilir. Tarafın elinde bulunmadığı halde dilekçesinde gösterdiği bir belgenin nerede bulunduğunu dilekçesinde açıklaması zorunludur (HMK m. 121 ve HMK m. 129/2). Hâkim bu yükümlülüğü yerine getirmeyen tarafa, gerekli açıklamayı yapması ve masrafları yatırması için kesin süre verebilir.[54] Benzer şekilde resmi bir kuruma yazılan yazının cevabının mahkemeye gelmesi için gerekli masrafların yatırılması için tarafa kesin süre verilebilirse de, tarafa bu yazıyı mahkemeye getirmesi için kesin süre verilemez.[55] Son olarak, uyuşmazlığın çözümü için tarafın veraset belgesine sahip olup olmadığı önemli olabilir. Böyle bir durumda tarafa kesin süre içinde veraset belgesi alması için görevli mahkemeye başvurması yüklenebilirken, veraset belgesini mahkemeden alarak ibraz etmesi yüklenemez.[56]

Hâkim ara kararla tarafa kesin süre verirken, yapılması istenen işlemin hukuken yargılama için gerekli ve tarafça bizzat yapılabilir olmasına dikkat etmelidir. Yargıtay bir kararında bu kapsamı hâkimin takdir yetkisini daraltacak şekilde genişletmiştir. Karara göre, tarafa delil sunması için süre verilirken hâkimin, süreyi kesin süre olarak nitelemesi ve tarafın süreye uymaması halinde de onun delil sunmasına imkân vermeden eksik tahkikatla karar vermesi bozma nedenidir.[57] Kanaatimizce bu karar isabetli değildir. Zira hâkimin ilk defa vereceği sürenin kesin süre olup olmayacağını belirleme konusunda takdir yetkisi vardır (HMK m. 94/2).[58] Kanun koyucu her somut olayın özelliğinin farklı olmasından hareketle hâkime takdir yetkisi tanımakta, hâkim de takdir yetkisini kullanırken somut olayın özelliklerine uygun biçimde hareket etmesi gerekmektedir. Bu nedenle takdir yetkisinin olayın özelliklerine, objektif hukuk kurallarına ve adalet düşüncesine uygun kullanılıp kullanılmadığı denetlenebilir. Ancak özünde belli ölçüde serbest hareket etmeyi barındıran takdir yetkisinin kanun tarafından önceden sınırı daraltılmamasına rağmen, yetkinin kapsamının içtihat yoluyla daraltılması isabetli olmaz. Ayrıca

54 9. HD, 29.12.1988, 13229/13002 (Kuru, Usul- V, s. 5453-5454); 9. HD, 10.12.2001, 20066/19150 (Yılmaz, Şerh, s. 705).
55 6. HD, 25.06.2001, 5099/5303 (Yılmaz, Şerh, s. 707).
56 1. HD, 05.07.1965, 4960/3948 (Umar, s. 293).
57 2. HD, 30.05.1969, E. 3239, K. 2889 (Umar, s. 293). Benzer şekilde bir başka karar: 8. HD, 26.01.1966, E. 4322, K. 4496 (Umar, s. 293).
58 Yılmaz, Şerh, s. 695.

hâkim tarafın davayı uzatma ve sonucunu geciktirme amacı gütmesini engellenmek[59] yahut ara kararın gereklerinin ciddiyet ve özenle yerine getirilmesini sağlamak amaçlarıyla da kesin süre verilebilir.[60] Buna karşılık verilen sürenin hak aramayı sınırlandırıcı nitelikte de olmaması gerekir.[61]

E. Ara Kararda Kesin Süreye Uyulmamasının Sonuçlarının Açıklanması

Hâkim kesin süre vermesine rağmen taraf süresinde işlemi yapmazsa, işlemi süresinde yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar (HMK m. 94/3) ve kural olarak taraf süresinden sonra işlemi yapamaz.[62] Dolayısıyla hâkim kesin süre verdiği ara kararda tarafın verilen süre içinde işlemi yapmamasının sonuçlarını tarafa açıklamalıdır. Ayrıca ara kararın gereğinin yerine getirilmemesinin sonuçlarının açıklanması, avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan hukukumuzda hukuk bilgisi olmayan tarafın hak kaybına uğramasının önlenmesi bakımından önemlidir.[63] Kesin süre içinde yapılması istenen işin yapılmamasının sonuçlarının açıklanmadığı ara karar usulüne uygun olmaz.[64]

Hâkimden beklenen, tarafın süresinde işlemi yapmamasının sonuçlarını tarafa somut ve açık bir şekilde açıklamasıdır. Bu doğrultuda hâkim, ara kararın gereğinin yerine getirilmemesinin sonuçlarını genel ifadelerle belirtirse, verilen ara kararın usulüne uygun olmadığı kabul edilmelidir.[65] Örneğin keşif giderlerinin yatırılması için verilen ara kararda, keşif giderlerinin yatırılmaması halinde tarafın keşif de-

---

59 14. HD, 24.10.2000, 4512/6600 (Yılmaz, Şerh, s. 695-696).

60 Abdurrahim Karslı, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s. 93.

61 Yılmaz, Şerh, s. 688.

62 Yılmaz, Süreler, s. 3185; Karslı, s. 450.

63 15. HD, 27.05.2008, E. 2007/4838, K. 2008/3383 (Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S. 13, 2009/2, s. 308).

64 12. HD, 21.06.2012, E. 2012/5576, K. 2012/21769 (www.legalbank.net); 14. HD, 15.09.2014, E. 2014/5888, K. 2014/9876 (www.legalbank.net); 8. HD, 18.03.2013, E. 2012/7554, K. 2013/3739 (www.legalbank.net); 1. HD, 19.09.2012, E. 5644, K. 9659 (Umar, s. 294); HGK, 10.10.2001, 14-940/709 (Yılmaz, Şerh, s. 703-704).

65 17. HD, 23.12.2004, 8907/14024 (Yılmaz, Şerh, s. 704): "…kesin önel gereğinin ve sonucunun ne olduğu karara yansıtılmayarak, sadece (ihtarat yapıldı) denilmek suretiyle içeriği belli olmayan örtülü bir ifade kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında yasaya uygun biçimde verilmiş bağlayıcı bir kesin önelin varlığından söz etme olanağı yoktur."

liline dayanmaktan vazgeçtiğine karar verileceği, kural olarak keşfe gidilemeyeceği ve diğer deliller esas alınarak karar verileceği somut olarak belirtilmelidir.[66]

Hâkimin verilen kesin sürenin sonuçlarını açıklama yükümlülüğü, ilgilisinin sıfatı ne olursa olsun veya taraf yargılamada avukatla temsil edilsin ya da edilmesin devam eder.[67] Buna karşılık Yargıtay bir kararında, kesin süreye uymamanın doğuracağı sonuçların açıklanmasını davanın taraflarca bizzat takip edilmesi şartına bağlamıştır.[68] Yargıtay'ın bu kararı ile benzer şekilde doktrinde, kendisine verilen kesin sürede işlemi yapmayan bir avukatın, ara kararda işlemin yapılmamasının sonuçlarının açıklanmaması gerekçesiyle yeniden süre istemesinin açıkça dürüstlük kuralına aykırı olacağı ifade edilmektedir.[69] *Yılmaz* ise Yargıtay'ın bu kararına katılmamaktadır.[70] Kanaatimizce de kesin sürenin sonuçları ile ilgili ihtarın yapılmasının gereğini, ilgilinin kim olduğundan bağımsız düşünerek yargılamayı sevk ve idare eden hâkimden beklemek daha isabetlidir.

Hâkimin verdiği ara kararda kesin süreye uyulmamasının sonuçlarını açıklama zorunluluğunun bulunması, hukuki dinlenilme hakkının özellikle açıklama ve ispat hakkı unsuru bakımından önem taşımaktadır. Tarafa verilen kesin sürede tarafın yapması istenen iş, delillerin sunulması veya delillerin mahkeme önünde değerlendirilmesinin sağlanmasını konu alabilir. Örneğin tarafa verilen kesin sürede tanıkların adreslerinin mahkemeye bildirilmesi istenir ve taraf bu sürede tanıkların adresini mahkemeye bildirmezse, o tanığın dinlenilmesinden vazgeçildiğine karar verilir (HMK m. 240/3). Bu durumda varsa diğer deliller değerlendirilerek karar verilir. Kesin sürenin hak düşürücü niteliğinden kaynaklanan bu türden sonuçlar, tarafın hukuki dinlenilme hakkını etkilemektedir. Tarafın hak kaybına uğrayarak hukuki dinlenilme hakkının da etkileneceği hallerde, tarafa önceden ihtar yapılıp, kesin süreye riayet edilmemesinin sonuçları hakkında ta-

66 16. HD, 09.04.2013, E. 2013/2051, K. 2013/3388 (www.kazanci.com).
67 HGK, 30.01.2013, E. 2012/19-671, K. 2013/151 (www.legalbank.net); HGK, 28.03.2012, E. 2012/19-55, K. 2012/249 (www.legalbank.net); HGK, 06.10.2004, 9-512/464 (Yılmaz, Şerh, s. 704).
68 1. HD, 19.02.2004, 705/1395 (Yılmaz, Şerh, s. 704).
69 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 267.
70 Yılmaz, Şerh, s. 704.

rafın uyarılması hukuki dinlenilme hakkının tesisine katkı sağlar. İhtar hiç veya gereği gibi yapılmazsa hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilir.[71]

II. HÂKİMİN KESİN SÜRE VERDİĞİNİ TARAFA BİLDİRMESİ

Verilen kesin sürenin işlemeye başlaması için gerek duruşma esnasında verilen kesin süre kararı, gerekse duruşma dışında verilen kesin süre kararı usulüne uygun biçimde tarafa bildirilmelidir. Ayrıca taraf vekil vasıtasıyla davayı takip ediyorsa, kesin süreye ilişkin bildirim vekile yapılır (Tebligat Kanunu m. 11/1). Kesin süre bildirimi, kesin sürenin duruşma esnasında ve duruşma dışında verilmesi bakımından, tefhim veya tebligat şeklinde olur.

Hâkim kesin süreyi tarafın veya vekilinin hazır bulunduğu duruşmada veriyorsa, kesin süre verildiğinin bildirimi duruşma esnasında olur. Tarafa ayrıca tebligat yapılmasına ihtiyaç bulunmamalıdır. Bu belirleme, sürelerin başlamasını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 91. maddesinin lafzı ile çelişkili görülebilir. Zira hüküm, "süreler taraflara tebliğ tarihinden veya kanunda öngörülen hallerde tefhim tarihinden itibaren işlemeye başlar" şeklindedir (HMK m. 91). Bu hüküm yorumlanırken gerekçesi de dikkate alınmalıdır. Hükmün gerekçesine göre, maddede 1086 sayılı Kanunun 160. maddesindeki düzenleme genel olarak korunmuş, ancak dil yönünden güncelleştirilmiştir.[72] 1086 sayılı Kanunun 160. maddesi ise "Müddetler iki tarafa tefhim ve lazım ise usulen tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar" şeklindedir. O halde duruşmada işin gereği olarak hazır bulunan tarafa kesin süre verilip, sürenin tebliğ ile başlamasını beklemek HMK m. 91'in gerekçesine, işin niteliğine, kesin süre ile ulaşılmak istenen amaca uygun düşmemektedir.[73]

Hâkim kesin süreyi duruşma dışında veya tarafın yahut vekilinin hazır bulunmadığı duruşma esnasında veriyorsa, kesin süreye ilişkin ara kararın meşruhatlı olarak tebliğ edilmesi gerekir.[74]

---

71 Özekes, s. 149.

72 Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Notlu-Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 134-135.

73 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 91. maddesinin yorumu hakkında açıklama için bkz. Yılmaz, Şerh, s. 689-690.

74 HGK, 19.11.2014, E. 2013/22-1319, K. 2014/927 (www.legalbank.net); 6. HD,

Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın o işlemi yapma hakkının ortadan kalkması yaptırımı (HMK m. 94/3) kendisine kesin süre verilen taraf içindir. Bu sebepledir ki, kesin süreye ilişkin ara karar kendisine kesin süre verilen tarafa bildirilmelidir. Acaba bu ara kararın karşı tarafa bildirilmesi de gerekli midir? Esasında bu soru kesin sürenin yaptırımının ortaya çıkması ile ilgili değildir. Zira kesin sürenin yaptırımının hüküm ifade etmesi, kendisine kesin süre verilen tarafa usulüne uygun bildirimin yapılmasına bağlıdır. Karşı tarafa tebligat yapılıp yapılmayacağı sorusu daha çok usul ekonomisi ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkını ilgilendirmektedir. Nitekim usul ekonomisi ilkesini sağlamakla görevli olan hâkim (HMK m. 30), gerekmediği halde tebligat yaparsa yargılama masraflarının artmasına neden olur. Bu ise usul ekonomisi ilkesini zedeler. Ancak konumuz bakımından, kendisine kesin süre verilmeyen tarafa da gerekirse tebligat yapılmalıdır. Zira her ne kadar tarafa kesin süre verilmese ve kesin sürenin yaptırımı kendisi hakkında uygulanmayacak olsa da, hukuki dinlenilme hakkı gereğince yargılama esnasında yapılan bu mahkeme usul işleminden kendisine kesin süre verilmeyen taraf da haberdar edilmelidir (HMK m. 27/2-a). Böyle bir durumda hukuki dinlenilme hakkı usul ekonomisi ilkesine üstün tutulmalıdır.

III. KESİN SÜRE VERİLDİĞİNİN TUTANAĞA YAZILMASI

Hâkim tahkikat ve yargılama işlemlerinin icrasını tutanağa yazdırır (HMK m. 154/1). Ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri, ancak tutanakla ispat olunabilir (HMK m. 156). Dolayısıyla tutanağın usulüne uygun biçimde ve eksiksiz tutulması son derece önemlidir. Hâkim kesin süre verdiği ara kararı da tutanağa yazmak zorundadır (HMK m. 154/3-ğ). Ayrıca tutanak hâkim ve zabıt kâtibi tarafından derhal imzalanmalıdır (HMK m. 155/1). Bu yapılırken tarafa kesin süre verildiğinin bildirilmiş olması tek başına yeterli olmaz. Yukarıda incelemiş bulunduğumuz tüm şartların yerine getirildiğinin tutanaktan anlaşılması gerekir. Yargılama işlemlerinin ancak tutanakla ispat olunabileceği düşünülürse, usulüne uygun bir kesin süre kararı verildiği ancak bu şekilde ispat olunabilir. Örneğin tarafa sözlü olarak gerekli açıklamanın ve ihtarın yapılmış olmasına rağmen bu hususun

20.01.2003, 110/211 (Yılmaz, Şerh, s. 708).

tutanağa kaydedilmemiş olması halinde, kesin sürenin hukuka uygun olarak verilip verilmediği tam anlamıyla anlaşılamayabilir. Zira kanun yolu incelemesinde mahkemenin usulüne uygun bir karar verip vermediğini tutanağa bakmak suretiyle anlaşılabilir.

Mahkeme kesin süre verdiği ara kararda, kararının gerekçesini de muhakkak yazmalıdır. Hâkim süre verirken, esas olan süreyi kesin olmayacak şekilde vermesidir. Zira kanunun düzenlemesine bakılacak olursa, hâkim ilk defa verdiği sürenin kesin olmasını istiyorsa bunu kararında belirtmelidir. Hâkim asıl olan durumun dışına çıkıp kesin süre verdiğinde bunun gerekçesini kararına yazması önem kazanır.[75] Ayrıca hukuki dinlenilme hakkının tam anlamıyla yerine gelmesi ve tarafın mahkemeye ve adalete olan güveninin sarsılmaması için ara karar gerekçeli olmalıdır. Doktrinde tarafların hukuki durumunda etki yapabilecek ara kararların da gerekçeli olmasının hukuki dinlenilme hakkına uygun olacağı ifade edilmektedir.[76] Kendisine kesin süre verilen tarafın, süresinde işlemi yapmazsa o işlemi yapma hakkının ortadan kalkacağı göz önünde tutulursa (HMK m. 94/3), taraf için verilen kesin süre ara kararı tarafın hukuki durumunda değişiklik yapabilecek türdendir. Diğer taraftan hâkimin gerekçeli karar vermesi anayasal bir zorunluluktur. Nitekim Anayasa'mızın 141. maddesinin üçüncü fıkrası bunu ifade etmektedir.

IV. HÂKİM TARAFINDAN VERİLEN KESİN SÜRENİN HESAPLANMASI

Hâkim süreyi gün olarak belirlemişse, sürenin tebliğ veya tefhim edildiği gün hesaplamada dikkate alınmaz ve süre son günün tatil saatinde biter (HMK m. 92/1). Hâkim süreyi hafta, ay veya yıl olarak da belirleyebilir. Bu durumda süre başladığı güne son hafta, ay veya yıl içindeki karşılık gelen günün tatil saatinde biter. Eğer sürenin bittiği ayda, başladığı güne karşılık gelen bir gün yoksa süre bu ayın son günü tatil saatinde biter (HMK m. 92/2). Sürenin hesabında resmi tatil günleri de süreye dâhildir. Bununla birlikte sürenin son günü resmi tatil gününe rastlarsa, süre tatili takip eden ilk iş günü çalışma saati sonunda biter (HMK m. 93).

---

75 Nihat Yavuz, "Hukuk Usulünde Müddetler", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 32, S. 2, 1975, s. 135.

76 Özekes, s. 182.

Adli tatile tabi olan dava ve işlerde, bu Kanunun tayin ettiği sürelerin bitmesi tatil zamanına rastlarsa, bu süreler ayrıca bir karara gerek olmaksızın adli tatilin bittiği günden itibaren bir hafta uzatılmış sayılır (HMK m. 104). Hükümde açıkça "bu Kanunun tayin ettiği süreler" den söz edildiği için, hâkimin verdiği süreler için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 104. maddesi uygulanmaz.[77]

V. HÂKİM TARAFINDAN VERİLEN KESİN SÜRENİN SONUÇLARI

Hâkim ara kararı ile tarafa kesin süre verdiğinde, kesin süre veren mahkeme ve taraflar için sonuçlar doğmaktadır. Çalışmamızın bu kısmında özellikle Yargıtay kararları ışığında bu sonuçlara yer verilecektir.

A. Taraflar Bakımından Sonuçları

Kesin süre kamu düzenine ilişkindir. Hâkim tarafa kesin süre verdiğinde, karşı taraf işlemin süresinden sonra yapılmasına rıza gösteremez.[78] Ayrıca taraflar kesin sürenin etkilerini bertaraf edecek yahut kesin sürenin miktarını arttıracak şekilde sözleşme yapamazlar.

1. Kendisine Kesin Süre Verilen Taraf Bakımından Sonuçları

Medeni usul hukukumuzda kesin sürenin taraf için yaptırımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 94. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar.[79] Başka bir deyişle kesin süre içinde yerine getirilmeyen işlemin, bu süre geçtikten sonra yapılmasına kural olarak imkân yoktur.[80]

---

77 Yılmaz, Şerh, s. 728.

78 Berki, s. 102-103.

79 Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2015, s. 642; Yılmaz, Süreler, s. 3185; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 263; Karslı, s. 450. 9. HD, 12.06.2012, E. 2010/13242, K. 2012/20446 (www.kazanci.com); HGK, 30.01.2013, E. 2012/19-671, K. 2013/151 (www.kazanci.com); 14. HD, 12.06.2013, E. 2013/6998, K. 2013/8840 (www.kazanci.com); 12. HD, 21.06.2012, E. 2012/5576, K. 2012/21769 (www.kazanci.com); 11. HD, 05.02.2014, E. 2013/13314, K. 2014/1982 (www.kazanci.com); 8. HD, 21.06.2013, E. 2013/10147, K. 2013/9742 (www.kazanci.com); 1. HD, 11.09.1996, 8913/9700 (Yılmaz, Şerh, s. 696); 2. HD, 17.04.2003, 4539/5591 (Yılmaz, Şerh, s. 696-697); 2. HD, 22.11.1996, 11030/12174 (Yılmaz, Şerh, s. 697).

80 Peter Gilles, Rechtsmittel im Zivilprozess, Frankfurt 1972, s. 148. Medeni usul hukukunda kesin sürede yapılmayan işlemin, bu süreden sonra yapılabilmesi için ta-

Hâkim tarafından verilen kesin sürenin konusu, tarafın yapması istenen usul işlemidir. Taraf, verilen kesin sürede bu işlemi yapmazsa ortaya çıkacak yaptırım da sadece o işlem için olur. Nitekim kesin sürenin taraf için yaptırımını düzenleyen hüküm (HMK m. 94/3), bu yargıyı doğrulamaktadır: "Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın *o işlemi* yapma hakkı ortadan kalkar." O halde kesin sürede taraf işlemi yapmasa bile, bu durum her zaman için yargılamanın son bulmasına neden olmaz. Tarafın işlemi yapmaması, sadece o işleme somut yargılamada bağlanan sonuçlara etki eder. Eğer taraftan istenen, verilen kesin süre içinde tanığın adresinin bildirilmesi ise, tarafın adres bildirmemesi halinde o tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir (HMK m. 240/3). Yargılamaya ise varsa diğer deliller ile devam edilir. Ayrıca açıklama ve ispat hakkı, hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından biri olduğu için, tarafın mahkemeye delil ibraz etmesinin temini hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşmesine hizmet eder.[81] Hâkim ara kararla vermiş olduğu kesin sürede taraftan, delili ibraz etmesini veya gerekli avansın yatırılmasını istediği halde, taraf ara kararda belirtilen işlemi yapmazsa, sadece o delil için tarafın açıklama ve ispat hakkından feragat ettiği kabul edilmelidir.[82]

Kesin sürenin yaptırımı, kendisine usulüne uygun ara karar ile kesin süre verilen taraf için tatbik edilebilir. Taraf, duruşmada hazır bulunuyorsa usulüne uygun verilen ihtarlı ara karar ile duruşmada hazır bulunmuyorsa yine usulüne uygun verilen ara kararın meşruhatlı tebliği ile kesin süreden haberdar edilmelidir. Tarafa usulüne uygun bir ara karar ile kesin süre verilmeden kesin sürenin yaptırımının uygulanması mümkün değildir.[83]

Hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde elde olmayan sebeplerle bir işlemi yapamayan kimse eski hale getirme talebinde bulunabilir (HMK m. 95/1). Medeni usul hukukumuzda taraf, kesin süre

---

rafın eski hale getirme yoluna başvurması mümkündür (Blomeyer, s. 110; Schwab, Martin, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, C.F. Müller, Berlin 2010, s. 107, 303; Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard, Zivilprozessrecht, 30. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2011, s. 131).

81 Özekes, s. 123.

82 Özekes, s. 151.

83 HGK, 19.11.2011, E. 2013/22-1319, K. 2014/927 (www.lexpera.com).

içinde yapılması gereken bir işlemi süresinde yapmazsa o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar (HMK m. 94/3). Bu sonucun ortaya çıkması tarafın kusurlu olup olmamasından bağımsızdır. Tarafın kesin süre içinde işlemi yapmamasında kusurlu olup olmadığı, eski hale getirme talebinde bulunup bulunamayacağında önem taşır.[84]

Hukukumuzda ara kararlar tek başına kanun yoluna götürülemeyip, ancak esas hükümle birlikte kanun yoluna götürülebilirler.[85] Nitekim istinaf yoluna başvurulabilecek kararlar için de (HMK m. 341/1), temyiz yoluna başvurulabilecek kararlar için de (HMK m. 361/1) nihai karar olması vurgulanmıştır. Dolayısıyla hâkimin kesin süre verdiği ara karara karşı kural olarak tek başına kanun yoluna başvurulamaz. Hâkimin usulüne uygun kesin süre vermediği yönünde bir itirazı bulunan tarafın, bu itirazını kanun yolu incelemesinde ileri sürmesi önemlidir. Özellikle itiraz sebepleriyle sınırlı incelemenin yapıldığı istinaf kanun yolunda, tarafın mahkemenin usulüne uygun bir ara karar vermediği itirazını belirtmesi yararına olur. Bununla birlikte hâkimin verdiği ara karar kamu düzenine aykırılık teşkil ederse, taraf itiraz sebebi olarak bunu ileri sürmemiş olsa bile bölge adliye mahkemesi bu hususu re'sen gözetir (HMK m. 355/1). Ayrıca temyiz incelemesinde Yargıtay, kanuna aykırı biçimde verilen kesin süre ara kararını inceleyebilir (HMK m. 369/1).

Tarafa kesin süre verildiğinde bunun sonuçlarının doğması (HMK m. 94/3), mahkemenin kararının usulüne uygun olmasına bağlıdır. Kapsam ve sınırları belli olmayan, bu nedenle de tarafın yapması istenen işlerin neler olduğu açıkça anlaşılmayan bir ara kararı yerine getirmeyen tarafın, ara kararın sonuçlarından sorumlu tutulmasına imkân yoktur. Ayrıca kapsam ve sınırları tam olarak belirtilmemesi nedeniyle açıkça anlaşılamayan bir ara kararda verilen süre içinde işlemi yerine getirmeyen taraf, süresinden sonra işlemi yaparsa artık bu işlemin geçersizliği ileri sürülememelidir.[86] Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur.[87]

---

84 Blomeyer, s. 110; Schwab, s. 107, 303; Jauernig/Hess, s. 131; Tercan, s. 31-32.
85 Boran Güneysu, s. 150.
86 Muşul, s. 228-229.
87 HGK, 25.06.1975, 1973/1-1560, K. 1975/837 (www.legalbank.net); 1. HD, 18.03.1975, E. 1975/1974, K. 1975/2598 (Ankara Barosu Dergisi, 1975/3, s. 424).

2. Karşı Taraf Bakımından Sonuçları

Hâkim tarafından verilen kesin süre içinde yapılmayan işlemi, kendisine kesin süre verilen tarafın yapma hakkı ortadan kalkar (HMK m. 94/3). Diğer taraf aynı işlemi yapmak isterse ya da yapması gerekirse ona yeni bir süre verilerek işlemi yapması sağlanabilir. Zira bir taraf için süresinde işlemi yapmamasından kaynaklanan hak kaybı, diğer tarafı etkilememektedir.[88]

Makul sürede yargılanma hakkı adil yargılanma hakkının bir unsuru olup, yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek ve adaletin zamanında yerini bulması için kabul edilmiş bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.[89] Davanın makul sürede bitirilmesinde tarafların yararı bulunduğu kadar toplumun da yararı bulunmaktadır. Hak ihlali ile bozulan menfaat dengesinin zamanında kurulamaması toplumsal barışı zedeleyebilir.[90] Bu nedenle taraflar hak uyuşmazlığının kendilerini ilgilendirdiğini ve dolayısıyla da davanın tüm sonuçlarıyla kendilerine yönelik olduğunu iddia ederek, kesin süre tedbirini ortadan kaldıracak şekilde irade ortaya koyamamalıdırlar. Ayrıca mahkemelerin iş yükünün devamlı bir şekilde fazla olması İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi için devletin sorumluluktan kurtulmasına mazeret teşkil etmez.[91] Kesin sürenin sonuçlarının gereği gibi uygulanmayıp mahkemelerin iş yükünün artması, makul sürede yargılama yapılmaması nedeniyle ülkemizin tazminata mahkûm edilmesine neden olabilir.[92]

B. Mahkeme Bakımından Sonuçları

Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) §318 mahkemenin verdiği ara kararın bağlayıcılığını düzenlemiştir. Buna göre mahkeme vermiş olduğu kararın daha sonra yanlış olduğunu anlasa bile kural olarak bu kararı değiştiremez (negatif bağlayıcı etki). Ayrıca mahkeme kararını aynı yargılamada daha sonra vereceği kararlarda esas almak

88 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 94. maddesinin gerekçe metni için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 136; Yılmaz, Şerh, s. 695.
89 İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Astana Yayınları, Eylül 2015, s. 556.
90 Sezin Aktepe Artık, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 250.
91 Aktepe Artık, s. 270.
92 Doğan, s. 558.

zorundadır (pozitif bağlayıcı etki).[93] Hukukumuzda ise ZPO §318 gibi bir hüküm bulunmamaktadır. Genel kabule göre ise mahkeme vermiş olduğu ara karardan gerekçesini açıklamak kaydıyla dönebilir. Mahkemenin ara karardan dönebilmesinin istisnası usuli müktesep haktır. Buna göre mahkemenin ara kararıyla, taraflardan biri lehine usuli müktesep hak doğmuşsa, artık hâkim bu ara kararla bağlıdır.[94] Hâkimin ara karardan dönmesi, verdiği ara kararın aksine bir başka karar vermesi veya verdiği ara kararın gereklerinin yerine getirilmemesi şeklinde olur.[95] Tatbikatta hâkimin tarafa kesin süre vermesi halinde karşı taraf lehine usuli müktesep hak doğacağı kabul edilmektedir.[96] Bu anlamda hâkim, vermiş olduğu ara karardan açıkça dönemeyeceği gibi, kararın sonuçlarının doğmasını engelleyecek yeni bir karar da veremez. Hâkim ara kararla tarafa kesin süre vermiş ve taraf işlemi yapmamışsa, hâkim kesin sürede işlemi yapmayan tarafa yeni bir süre veremez.[97] Belirtilen bu kaideye aykırı olarak hâkim tarafa yeni bir süre vermiş ve taraf da bu sefer işlemi yapmış olsa dahi, yapılan işlem hukuki sonuçlarını doğurmaz.[98]

Medeni usul hukukumuzda pozitif olarak düzenlenmiş hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 27) adil yargılanma hakkının unsurlarındandır (AY m. 36; İHAS m. 6). Hukuki dinlenilme hakkı temel yargılama ilkelerinden olup adaletli ve hakkaniyetli bir yargılama yapılmasının taraf bakımından güvencesi olması nedenleriyle önemlidir. Hâkimin vermiş olduğu ara karar tarafın hukuki dinlenilme hakkını açıkça ihlal ediyorsa, bu ara karar karşı taraf lehine usuli müktesep

93 Peter Arens/ Wolfgang Lüke, Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung), 6. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1994, s. 257.

94 Ara karardan dönülüp dönülemeyeceği konusunda açıklama için bkz. Boran Güneysu, s. 161-165.

95 Muşul, s. 233.

96 14. HD, 21.10.2000, 4512/6600 (Yılmaz, Şerh, s. 696); 1. HD, 11.09.1996, 8913/9700 (Yılmaz, Şerh, s. 697); HGK, 10.10.2001, 14-940/709 (Yılmaz, Şerh, s. 703-704); 15. HD, 14.01.2014, E. 2013/6503, K. 2014/203 (www.kazanci.com); HGK, 05.03.2014, E. 2013/9-651, K. 2014/202 (www.kazanci.com); HGK, 19.11.2014, E. 2013/22-1319, K. 2014/927 (www.kazanci.com); 9. HD, 11.04.2012, E.2010/5215, K. 2012/12366 (www.kazanci.com); HGK, 30.01.2013, E. 2012/19-671, K. 2013/151 (www.kazanci.com); 9. HD, 12.06.2012, E. 2010/13242, K. 2012/20446 (www.kazanci.com).

97 Kuru, Usul- V, s. 5442; Kuru, s. 644.

98 15. HD, 14.01.2014, E. 2013/6503, K. 2014/203 (www.kazanci.com).

hak teşkil etse bile hâkim ara karardan dönebilmelidir.[99] Bu durum lehine usuli müktesep hak teşkil eden tarafın hakkının ihlal edilmesi tereddüdüyle karşılanabilir. Ancak kanaatimizce usulüne uygun olmayan bir ara karar ile kendisine kesin süre verilen tarafın hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmişse, hukuki dinlenilme hakkı karşısında usuli müktesep hakka üstünlük tanımamak gerekir. Ayrıca hukuki dinlenilme hakkının temel yargısal haklardan olması, medeni usul hukukunun esas itibarıyla taraflara yeni haklar ihdas etmeyip maddi hukuktan doğan hakları koruyor olması[100] ve özellikle usuli müktesep hakka yöneltilen eleştirileri[101] dikkate aldığımızda kanaatimiz güçlenmektedir.

Kesin sürenin hak düşürücü ve kamu düzeninden olması nedenleriyle, mahkeme ara kararın gereğinin yapılıp yapılmadığını re'sen incelemelidir. İncelemesi neticesinde tarafın kesin süreye riayet etmediğini tespit ederse gereğini hemen yapmalıdır.[102] Taraf kesin süreyi kaçırmışsa buna bağlanan sonuçlar kendiliğinden doğar.[103] Hâkimin bu yönde bir karar vermesi sonuçların doğması bakımından gerekli olmayıp, işlemin süresi içinde yapılmadığını tespit etmek ve bu hususu tutanağa yazmak için (HMK m. 156) gereklidir.[104] Mahkeme, tarafın ara kararın gereğini yerine getirmemesi halinde yapılması istenen işleme göre bir karar verir. Örneğin kesin süre içinde taraftan yapması beklenen işlem keşif için gerekli giderleri yatırması olduğu halde taraf bu giderleri yatırmazsa, hâkim mevcut diğer delillere göre kararını verir.[105]

Hâkim kesin süre verdikten sonra yeni bir süre veremez veya verdiği kesin süreyi uzatamaz.[106] Hâkimin aksi şekilde davranması hu-

---

99 Özekes, s. 205.
100 Karslı, Usuli İşlemler, s. 112.
101 Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 230-236; Deniz Meraklı Yayla, Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 93-99.
102 Kuru, Usul- V, s. 5449; 1. HD, 11.09.1996, 8913/9700 (Yılmaz, Şerh, s. 696).
103 Gilles, s. 148.
104 Bu noktada hâkimin vereceği kararın, teknik anlamda bir ara karar olup olmadığı tartışılabilir. Zira doktrinde ara kararların verilebilmesi için yargılamada uyuşmazlık çıkmasının gerekli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz. Boran Güneysu, s. 149-150.
105 15. HD, 14.01.2014, E. 2013/6503, K. 2014/203 (www.kazanci.com); 15. HD, 05.02.2013, E. 2013/371, K. 2013/643 (www.kazanci.com).
106 Kuru, s. 644.

kuken bir sonuç doğurmaz.[107] Kesin süre içinde işlemin yapılmayıp hâkimin tekrar süre vermesi üzerine bu sefer tarafın işlemi yapması, işlemin geçerli olmasına ve sonuç doğurmasına imkânı vermez. Hâkimin hak düşürücü süreye riayet edilmemesi nedeniyle düşen bir hakkı ihya etmesi mümkün olmaz.[108] Bu konuda karşı tarafın rıza vermesi halinde bile yapılan işleme geçerlilik tanımamak gerekir.[109] Aksi halde eski hale getirme ile yapılması mümkün olabilecek bir işlemin, bu yola başvurmadan yapılması sonucunu doğar.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderlerin ödenmesini düzenlemektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvurulan deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir (HMK m. 325). Belirlenen gideri ödemesine karar verilen taraf veya taraflar, yedi gün içinde gideri yatırmazlarsa ikinci bir süre verilmez.[110] Hâkim giderin yatırılması için kesin süre vermiş ve süresinde gerekli gider yatırılmamış olsa bile kesin sürenin yaptırımı (HMK m. 94/3) uygulanmaz. Hâkim gerekli giderin ileride ödemesi gereken taraftan alınmak üzere işlemin yapılmasına karar verir.[111]

SONUÇ

Medeni usul hukukunda süreler, kanunda belirtilir veya hâkim tarafından tespit edilir. Hâkim somut olayın özelliklerine uygun olmak üzere tarafa kesin süre verebilir.

Hâkim tarafa kesin süre verirken ara kararın belli niteliklere sahip olmasına dikkat etmelidir. Bu nitelikler Yargıtay kararları ile de sabittir.

---

[107] 2. HD, 17.04.2003, 4539/5591 (Yılmaz, Şerh, s. 696-697); 2. HD, 22.11.1996, 11030/12174 (Yılmaz, Şerh, s. 697).

[108] Berki, s. 103; Tacettin Gören, "Hukukta Hâkimin Tayin Ettiği Müddetler ve Hakkın Tahdidi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 27, S. 1, 1970, s. 16.

[109] Gören, s. 18.

[110] Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesinin gerekçesi için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 339-340.

[111] 21. HD, 28.06.2005, 5047/6878 (Yılmaz, Şerh, s. 698).

Kesin süreye ilişkin ara karar açık bir şekilde yazılmalıdır. Ara karar kapsamı ve sonuçları hakkında tereddüde yer vermemeli, yorumu zorunlu kılmamalı, şarta bağlı olmamalı ve ilgilisi tarafından anlaşılabilir olmalıdır. Bunun için kesin sürenin miktarı, başlama ve bitim anı açıkça karara yazılmalıdır. Kesin sürenin bitim anı işin mahiyeti düşünülerek yorum çıkarmaya gerek olmaksızın açıkça belirtilmelidir.

Kesin süre verilen ara kararda tarafın yapması gereken işler somut biçimde ve ayrı ayrı belirtilmiş olmalıdır. Bu anlamda hâkim taraftan bir delili ibraz etmesini isterken gerekiyorsa ayrıca o delil için masraf ihtarında bulunmalıdır.

Ara kararda tarafa verilen kesin sürenin miktarı işlemin yapılabilmesi için yeterli olmalıdır. Sürenin miktarını belirlerken hâkimin takdir yetkisi vardır. Hâkim bu yetkiyi kullanırken gereğinden uzun ya da kısa bir süre vermemelidir.

Ara kararda emredilen işler yargılamanın yürütülmesi ve ilerlemesi için gerekli ve tarafça bizzat yapılabilir olmalıdır. Kesin süre içinde yapılması istenen iş gerekli değilse usul ekonomisi ilkesi zedelenir. Ayrıca tarafça bizzat yerine getirilebilir bir iş değilse, kesin sürenin yaptırımı taraf hakkında uygulanmaz.

Hâkim ara kararda kesin süreye uyulmamasının sonuçlarını somut olarak açıklamalıdır. Hâkimin bu yükümlülüğü tarafın avukat ile temsil edilip edilmemesinden bağımsızdır.

Hâkim kesin süre verdiğini tarafa bildirmelidir. Taraf duruşmada hazır bulunmuyorsa veya hâkim duruşma dışında kesin süre veriyorsa meşruhatlı davetiye ile tebligat yapılır. Kesin süre tarafın hazır bulunduğu duruşma esnasında veriliyorsa tefhim ile bildirim yapılır.

Hâkim kesin süre verdiği ara kararı tutanağa gerekçeli olarak yazmalıdır. Kesin süreye ilişkin ara kararın gerekçeli olması özellikle anayasanın ve hukuki dinlenilme hakkının gereğidir.

Kendisine kesin süre verilen taraf, kesin süre içinde yapılması gereken işlemi süresinde yapmazsa o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar. Karşı taraf ise aynı işlemi yapmak isterse kendisine yeni bir süre verilebilir.

Kesin süreye riayet edilip edilmediği mahkemece re'sen incelenmelidir.

Yargı uygulamamıza göre hâkimin verdiği kesin süre ara kararı ile karşı taraf lehine usuli kazanılmış hak doğar. Bu nedenle hâkim ara karardan dönemez. Ancak özellikle hukuki dinlenilme hakkını ihlal eden ara karardan hâkim dönebilmelidir.

Kaynakça

Akil Cenk, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 3, 2008, s. 1-32.

Akkan Mine, Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Akkaya Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Aktepe Artık Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.

Arens Peter/Lüke Wolfgang, Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung), 6. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1994.

Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Notlu-Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Berki Şakir,"Hukukda Müddet Çeşitleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1-2, 1968, s. 99-116.

Blomeyer Arwed, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Springer Verlag, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963.

Boran Güneysu Nilüfer, Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Çetintürk Mustafa,"Hukukta Hâkimin Tayin Ettiği Süreler", *Bursa Barosu Dergisi*, Yıl: 5, S. 12, Nisan 1981, s. 1-2.

Doğan İlyas, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Astana Yayınları, Eylül 2015.

Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, C. 1- Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

Edis Seyfullah,"Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 1-4, s. 169-196.

Ercan İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukatla Temsil Zorunluluğu", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, S. 5, 2006/3, s.1275-1299.

Ertanhan Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

İmre Zahit, "Türk Medeni Kanununa Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısındaki Durumu", Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973, s. 153-194.

Gören Tacettin, "Hukukta Hâkimin Tayin Ettiği Müddetler ve Hakkın Tahdidi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 27, S. 1, 1970, s. 16-18.

Jauernig Othmar/Hess Burkhard, Zivilprozessrecht, 30. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2011.

Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.

Karslı Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001 (Usuli İşlemler)

Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal Yayınevi, İstanbul 2015.

Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. 3, 6. Baskı, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul 2001 (Usul-III).

Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. 5, Demir-Demir Yayıncılık, İstanbul 2001 (Usul-V).

Meraklı Yayla Deniz, Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Muşul Timuçin, Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 4, S. 4, 1988, s. 217-262.

Oğuzman M. Kemal/BarlasNami, Medeni Hukuk (Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Rüzgaresen Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Schwab Martin, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, C.F. Müller, Berlin 2010.

Tekinay Selahattin Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1978.

Tercan Erdal, Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme, Yetkin Yayınları, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Yavuz Nihat, "Hukuk Usulünde Müddetler", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 32, S. 2, 1975, s. 133-140.

Yılmaz Ejder, "Hukuk Davasında Hâkimin Verdiği Kesin Mehilin Hakkı Kısıtlaması", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, Ankara 1987, s. 43-52.

Yılmaz Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Süreler", *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan), İzmir 2013, s. 3167-3190 (Süreler).

Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013 (Şerh).

TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA EVCİL HAYVANLARA VERİLEN ZARARLARA İLİŞKİN ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN SORUMLULUK

CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES GIVEN TO DOMESTIC ANIMALS UNDER TURKISH AND SWISS LAWS

Hüseyin Can AKSOY*

Özet: 2002 yılında İsviçre'de yapılan bir dizi kanun değişikliği ile hayvanların hukuki konumu iyileştirilmiştir. Örneğin, hayvanların eşya olmadıkları ilkesi benimsenmiş, ev ortamında tutulan ve yatırım amacı veya ticari amaçla kullanılmayan bir hayvana zarar verilmesi halinde failden talep edilebilecek tedavi masraflarının hayvanın piyasa değerini aşabileceği kabul edilmiş ve bu türden bir hayvanı ölen ya da yaralanan kişinin tazminat talebini değerlendiren hâkime, hayvanın duygusal değerini de dikkate alma imkânı verilmiştir. Buna karşılık, Yargıtay hayvanı öldürülen kimselerin manevi tazminat taleplerini hayvanın ölümünün "kişinin sosyal, fiziki ve kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem" oluşturmadığı gerekçesiyle reddetmektedir. Ancak Yargıtay'ın bu uygulaması en nazik anlatımla köhne bir düşüncenin yansımasıdır. Zira İsviçre hukukunda yapılan kanun değişikliklerine ilişkin tartışmalar, aynı ilkelerin Türk Borçlar Kanunu'nun mevcut hükümleri çerçevesinde de kolaylıkla benimsenebileceğini ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hayvanlar, Tedavi Masrafları, Tam Ziya, Duygusal Değer, Manevi Tazminat

Abstract: As a result of a series of amendments to the Swiss law, in 2002 the legal status of animals was improved. For instance, it is accepted that animals are not objects; with respect to animal kept in the domestic environment and not for investment or commercial purposes, damages for incurred treatment costs may exceed the market value of the animal; and if such animals are injured or killed, the judge can consider the affection value of the animal for the claimant while ruling for compensation. On the other hand, Turkish Court of Appeals rejects immaterial compensation claims of the owners of killed animals by arguing that it "does not constitute an act, which would be an attack to the social, physical and personal values of a person". However such opinion, to put it kindly, is outdated. In fact, the discussions regarding the amendments in Switzerland show that the same principles can also be accepted within the scope of the existing provisions of the Turkish Code of Obligations.

Keywords: Animals, Costs of Treatment, Total Loss, Affection Value, İmmaterial Compensation

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hcaksoy@bilkent.edu.tr

Giriş

1842 ve 1885 yılları arasında tüm kantonlarda hayvanlara eziyetin yasaklanmış olduğu İsviçre'de, 1992 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yaşayan varlıklar olarak hayvanların haysiyetlerinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.[1] Bu Anayasal düzenleme neticesinde, İsviçre hukukunda hayvanların hukuki statüsüne ilişkin yoğun politik tartışmalar başlamıştır.[2] Uzun yıllar süren tartışmaların sonucu ise, 4 Ekim 2002 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu'nda bir dizi değişiklik yapılması olmuştur.[3]

1 Nisan 2003 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliklerinin genel amacı, hayvanların hukuki statüsüne ilişkin olarak toplumda oluşan güncel duyarlılığın hukuk düzenince dikkate alınmasıdır. Zira Roma hukukundan kalan ve hayvanları eşya kabul eden anlayış günümüzde çağdışı kalmıştır.[4] Bu nedenle, hayvanların hukuki konumu iyileştirmek ve insanlar ile evcil hayvanları arasındaki özel ilişkiyi göz önünde bulunduran düzenlemeler yapılması amaçlanmıştır.[5] Bu çalışmada söz konusu düzenlemelerden üçü ele alınacaktır.

---

1 Margot Michel, "Chapter 4 Law and Animals: An Introduction to Current European Animal Protection Legislation", Animal Law: Reform or Revolution, (Anne Peter / Saskia Stucki / Livia Boscardin (ed.)), Schulthess, Zürich 2015, s. 87-116, s. 99. Hayvanların haysiyetinin dikkate alınmasına ilişkin bu düzenleme, insanların hayvanları (örneğin deneysel faaliyetler çerçevesinde) kötüye kullanmalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Peter Krepper, "Affektionswert-Ersatz bei Haustieren", AJP - Aktuelle Juristische Praxis 2008, s. 704-718, s. 709. İsviçre Hukukunda hayvanların haysiyeti meselesini hakkında ayrıca bkz. Peter Krepper, "Tierwürde im Recht - am Beispiel von Tiersuchen", AJP - Aktuelle Juristische Praxis 2010, s. 303-313, s. 303 vd; Margot Michel / Eveline Schneider Kayasseh, "The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to go"; Journal of Animal Law, C. VII; s. 1-42, s. 14.

2 Catherine Strunz, Die Rechtsstellung des Tieres, insbesondere im Zivilprozess, Schulthess, Zürich 2002, s. 85.

3 İsviçre'de hayvanların korunmasını amaçlayan yasal düzenlemeler bunlarla sınırlı değildir. Özellikle 1978 tarihli ilk Hayvan Koruma Kanunu ile bunun güncel hali olarak 2005 tarihinde kabul edilip 2008 yılında yürürlüğe giren Federal Hayvan Refahı Yasası da hayvanların korunmasına ilişkin hassasiyeti ortaya koyan yasal düzenlemeler arasında yer almaktadır.

4 Kommission für Rechtsfragen des Ständerats: Parlamentarische Initiative, Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 25 Januar 2002, (https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/4164.pdf), 4166.

5 Ruth Arnet / Eva Maria Belser, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, (Peter Breitschmid / Alexander Rumo-Jungo (ed.)), Schulthess, Zürich 2012, Art. 641a, N.1.

I. İsviçre Hukukunda Hayvanların Hukuki Konumu

Yapılan tüm bu yasal düzenlemelerin temel felsefesini "Hayvanlar eşya değildir." hükmünü getiren İMK m. 641a/1 düzenlemesi ortaya koymaktadır. Ancak hüküm hayvanların statüsünün ne olduğundan ziyade ne olmadığını ortaya koyduğundan, hükmün yürürlüğe girmesinin ardından İsviçre hukukunda hayvanların statüsüne ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanunun gerekçesine göre, İMK m. 641a hükmünü kaleme alan kanun koyucu, toplumsal bir beklentiye cevap vermekle birlikte aslında doğrudan doğruya herhangi hukuki değişiklik yapmamıştır.[6] Zira yalnızca bildirici nitelikte olan bu hüküm eşya hukuku anlamında yeni bir kategori yaratmamıştır. Bu çerçevede, hakkın konuları ve süjeleri (kişiler) arasında yapılan klasik ayrımda hayvanlar hala hakkın konuları (hukuk nesneleri) kapsamında yer alacaktır.[7] Zira aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, "Hayvanlara ilişkin özel düzenleme bulunmayan hallerde, bunlara eşyalara ilişkin hükümler uygulanır."[8]

---

6 Buna göre, hayvanların hukuki konumunu iyileştirmeyi amaçlayan İMK 641a hükmü, hayvanın malikine, mülkiyet hakkını yalnızca hukuk düzeninin sınırları içerisinde kullanabileceğini söylemektedir. BB1 2002, 4168.

7 BB1 2002, 4168. Aynı görüşte bkz. CHK-Arnet/Belser, Art. 641a, N.2; Ombline de Poret, Le statut de l'animal en droit civil, Schulthess, Zürich 2006, N. 381; Eveline Schneider Kayasseh, Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres - unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S. Amerikanischen Rechts, Schulthess, Zürich 2009, s. 26; Michel/Schneider Kayasseh, s. 20. İsviçre Federal Mahkemesi, 1989 tarihli bir kararında, hayvanların insanlar ile türdeş ("Mitgeschöpf") olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, hak sahibi olmadıklarından hayvanlar hâlâ hakkın konusu (hukuk nesnesi) sayılsalar da, bunların hukuki konumu diğer eşyalardan farklıdır. Zira bunlar yaşayan ve hisseden, insanlar ile türdeş varlıklar olmaları sebebiyle korunmalıdırlar. BGE 115 IV 248, 254. Türk hukukunda hayvanların hukuki konumu hakkında bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu / Özlem Söğütlü Erişgin, "Hayvanın Hukuki Konumu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, *Yaşar Üniversitesi E- Dergisi*, C. 2, İzmir 2013, s. 1691-1724, s. 1710 vd.

8 Hayvanların eşya olmadığını; fakat kanunlarda özel hüküm bulunmayan hallerde eşyalara ilişkin hükümlerin hayvanlar bakımından da uygulanacağını ifade eden tek yasal düzenleme İsviçre Hukukuna özgü değildir. Örneğin, bu ilke, 1988 yılından bu yana Avusturya Hukukunda (§ 285a ABGB), 1990 yılından bu yana ise Alman Hukukunda (§ 90a Tiere BGB) kabul edilmektedir. BB1 2002, 4167. Benzer şekilde, hayvanın maddi değerini aşan tedavi masraflarının talep edilebileceği ilkesi de Avusturya ve Alman hukuklarında kabul edilmektedir. BB1 2002, 4168. Hayvanların hukuki konumuna ilişkin olarak İMK m. 641a hükmünün kabul edilmesi, İBK'nın 42. ve 43. maddelerinde de değişikliğe gidilmesi sonucunu doğurmuştur. Müller Christoph, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, (Andreas Fürrer / Anton K. Schnyder (ed.)), Schulthess, Zürich 2012, Art. 42 OR, N. 16. Ancak ZGB 641a hükmü, İBK m. 42/3 ve 42/1bis hükümlerinden farklı olarak, hayvanın ev ortamında tutulup tutulmadığından veya ticari amaçla bakılıp bakılmadığından

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, İMK m. 641a hükmü ile hakkın konuları arasına yeni bir kategori eklenmiştir.[9]

Kanımızca İMK m. 641a hükmü ile hayvanlar hakkın süjesi haline gelmemiştir. Benzer şekilde, hakkın süjeleri ve konuları arasında yeni bir kategori yaratılması da söz konusu değildir. Zira kanun koyucu, insan-hayvan ilişkisini, iki insan arasındaki ilişkiye eş değer görmemiş, yalnızca, insan-hayvan ilişkisine insan-eşya ilişkisinden daha fazla değer atfetmiştir.[10] Ne var ki, kanun koyucunun toplumsal bir hassasiyete yanıt verdiği bu düzenlemenin varlığının göz ardı edilmesi de kabul edilemez.

İBK m. 641a hükmü, hayvanları hakkın süjesi haline getirmemekteyse de, bu hükümde benimsenin ilke, İsviçre'de hayvanların hukuki konumunu iyileştirmeyi amaçlayan yasal düzenlemelerin temel felsefesini teşkil etmektedir. İşte hayvanların eşya olmadıkları ilkesi üzerine inşa edilmiş olan çeşitli hükümlerden ikisi de, evcil hayvanlara zarar verilmesi halinde failin özel hukuktan doğan sorumluluğunu düzenleyen İBK m. 42/3 ve 43/1bis hükümleridir. Nitekim İBK m. 42/3 hükmü hayvanın piyasa değerini aşan tedavi masraflarının tazminine izin vermekte, İBK m. 43/1bis düzenlemesi ise hayvanın duygusal değerinin tazminat hesabında dikkate alınmasını emretmekte olup, her iki düzenleme de İMK m. 641a'da benimsenen "hayvanların eşya olmadıkları" ilkesinin pratik değer taşıyan yansımalarıdır. Bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturan İBK m. 42/3 ve 43/1bis hükümleri uygulanırken hayvanlara herhangi bir eşya gibi muamele edilmemesi gerektiği daima göz önünde tutulmalıdır.[11]

---

bağımsız olarak, her türlü hayvanı kapsamaktadır. CHK-Arnet/Belser, Art. 641a, N.3. Bu düzenlemenin, hayvanların duygusal varlıklar olması sebebiyle yapıldığı gerekçesiyle, hükmün yalnızca omurgalı hayvanları kapsayacağı görüşünde bkz. de Poret, N. 326-332.

9 Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2011, Art. 641a N. 4; Strunz, s. 14.

10 Schneider Kayasseh, s. 144.

11 Örneğin, Brehm'in savunduğu şekilde, insanlardan farklı olarak, ölenin bir hayvan olması durumunda yerine yenisinin satın alınabileceğini ileri sürmek hükmün amacını anlamamak veya görmezden gelmek anlamına gelir. Roland Brehm, Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, (Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (ed.)), Stämpfli, Bern 2013, Art. 43 OR, N. 89g; Roland Brehm, "Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par

II. Hayvanın Piyasa Değerini Aşan Tedavi Masraflarını Tazmini (İBK m. 42/3)

A. Genel İlke: Malın Değerini Aşan Onarım Masraflarının Tazmin Edilmemesi

İsviçre hukukunda, bir mala zarar verilmesi durumunda tazmini talep edilebilecek onarım masraflarının (onarım süresi boyunca yapılan diğer masraflar dâhil olmak üzere)[12] malın zarar gördüğü andaki değerini aşamayacağı kabul edilmektedir.[13] Diğer bir ifadeyle, tazmini talep edilebilecek onarım masrafları, malın tam ziyası durumunda ortaya çıkacak zarar miktarı ile sınırlıdır.

Öğretide, tam ziya kavramının iki türü olduğu kabul edilmektedir. Gerçek veya teknik tam ziya halinde bir malın tamamı ile yok olması söz konusudur. Buna karşılık, mal fiilen yok olmamakla birlikte, (onarım süresi boyunca yapılan diğer masraflar dâhil olmak üzere) malın onarımı için yapılması gereken masraflar malın zarara uğradığı sıradaki değerini aşıyorsa, iktisadi tam ziyanın varlığı kabul edilmektedir.[14] Bu halde, onarım yapılması iktisadi açıdan uygunsuz olacağından, tazminatın, mal tamamı ile yok olmuşçasına hesaplanacağı kabul edilmektedir.[15]

---

son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO)", HAVE - Haftung und Versicherung 2003, s. 119-122, s. 122.

12 Örneğin, onarım süresince ikame bir malın kiralanması halinde ödenecek kira bedeli bu kapsamdadır. CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 29.

13 BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 22; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 29; Michel/Schneider Kayasseh, s. 21; Heinrich Honsell / Bernhard Isenring / Martin A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess, Zürich 2013, §8, N. 51. Ancak, malın kullanılamaması nedeniyle uğranılan zararlar ile kazanç kayıpları da ayrıca tazmin edilmelidir. CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 31.

14 BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 22; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 29-30; Beat Schönenberger, Kurzkommentar Obligationenrecht, (Heinrich Honsell (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015, Art. 42 N; Karl Oftinger / Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess, Zürich 1995, §6, N. 366; Claire Huguenin, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 2014, N. 1854.

15 BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 22, 25; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 30. Bu bağlamda, zaman içerisinde değerini kaybetmeyen mallar bakımından zarar -en azından- aynı malın satım bedeline eşittir. Ancak zamanla değer kaybeden mallar söz konusu olduğu takdirde, tazminat miktarı hesaplanırken malın zarara uğradığı andaki değeri dikkate alınmalıdır. Bu hesaplama yapılırken, malın yenisinin satım bedelinden, zararın gerçekleşmesinden önceki kullanım ve aşınma nedeniyle malda oluşan değer kaybı düşülmelidir. Rey, N. 321; BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 26; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 30; Huguenin, N. 1864.

B. İstisna: Hayvanın Değerini Aşan Tedavi Masraflarının Tazmin Edilmesi

Mala verilen zararlara ilişkin olarak yukarıda bahsedilen genel ilkenin aksine, İBK m. 42/3 hükmü, zarar gören bir ev hayvanının tedavi masrafları için failden talep edilebilecek tutarın hayvanın kaza anındaki değeri ile sınırlı olmadığını ifade etmektedir.[16] Zira bu hükme göre, ev ortamında tutulan ve yatırım amacı veya ticari amaçla kullanılmayan hayvanların tedavi masrafları hayvanın değerini aşsa dahi bu masraflar makul olmak kaydıyla talep edilebilir. Böylelikle, bir ev hayvanının tedavisi için failden talep edilebilecek tazminatın üst sınırı kaldırılmıştır.[17] İBK m. 42/3 hükmü ile getirilen bu istisna, hayvanların eşya olmadığının kabul edilmesinin doğal bir neticesidir.[18]

İBK m. 42/3 hükmünün gerekliliği İsviçre'de tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de İsviçre hukukunda malın değerini aşan onarım masraflarının tazminine izin verilen tek hal İBK m. 42/3'de düzenlenen hayvan zararları değildir. İsviçre mahkemelerinin, ağaçlara verilen zararların tazmini konusunda da genel kuraldan ayrılan içtihadı bulunmaktadır. Buna göre, zarar gören malın bir ağaç olması durumunda, tazmini talep edilecek miktar, bu ağacın değerinden ibaret olmayıp, eski ağacın sökülmesi de dâhil olmak üzere, yerine yenisinin dikilmesi için yapılması gereken masraflara eşittir.[19] Alman Mahkemelerince kabul edilen bir istisna ise otomobillere zarar verilmesi durumunda, otomobilin değerini %30 oranına kadar aşan onarım masraflarının talep edilebileceği ilkesidir.[20]

---

16 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 16; Brehm, HAVE 2003, s. 119.

17 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 16. Öğretide, İBK m. 42/3 ile getirilen genel ilke, hayvanlara hukuken daha iyi bir koruma sağlanacağı izlenimi yaratmaktaysa da, korunanın aslında hayvanlar değil, hayvan sahiplerinin duyguları olduğu ifade edilmektedir. BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 68; Brehm, HAVE 2003, s. 119; de Poret, N. 393; Krepper, AJP 2008, s. 705; Paul-Henri Steinauer, "Tertium datur?", Figures juridiques Rechtsfiguren, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l'occasion de son soixantième anniversaire / K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier zu seinem sechzigsten Geburtstag, (Peter Gauch / Pascal Pichonnaz (ed.)), Schulthess, Zurich-Bale-Geneve 2003, s. 51-60, s 59. Bu görüşe göre, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının talep edilebilmesinin yalnızca belirli nitelikleri taşıyan hayvanlar bakımından kabul edilmesi de bunu göstermektedir. Brehm, HAVE 2003, s. 119.

18 Brehm, HAVE 2003, s. 119.

19 Bkz. BGE 129 III 331 E 2.2; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Stämpfli, Bern 2012, N. 18.07; Rey, N. 322; Schneider Kayasseh, s. 88; Honsell/Isenring/Kessler, §8, N. 51.

20 Bu kuralın temelinde yatan amaç mağdurun bütünlük menfaatinin korunmasıdır.

Kanun değişikliğinin gerekçesine göre de malın değerini aşan onarım masraflarının tazmininin talep edilebildiği istisnai haller zaten mevcuttur. Ancak hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla, bu hususun İBK m. 42/3 hükmü ile özel olarak düzenlenmesi amaçlanmıştır.[21] Bu açıdan bakıldığında İBK m. 42/3 düzenlemesinin gerekliliği sorgulanabilir görünse de İsviçre'deki yargısal uygulama bunun aksini işaret etmektedir. Zira talep edilebilecek tedavi masraflarının hayvanın piyasa değeri ile sınırlı olması, 2003 tarihli kanun değişikliği öncesinde İsviçre öğretisinde eleştirilmekteydi; fakat eleştirilmekle birlikte, hayvanın piyasa değerini aşan tedavi masraflarının tazminine hükmedilen (yayınlanmış) herhangi bir mahkeme kararı bulunmamaktaydı.[22]

C. İBK m. 42/3'ün Uygulanması Bakımından Aranan Koşullar

1. Zararın Tedavi Masraflarına İlişkin Olması

İBK m. 42/3 hükmünün uygulanması suretiyle, hayvanın değerini aşan zararların talep edilebilmesi çeşitli koşulların varlığına bağlıdır. Bunlardan ilki tazmini talep edilen zararların hayvanın tedavi masraflarından oluşmasıdır. Tedavi masrafları, hayvanın sağlığına kavuşturulması ve durumunun kötüleşmesinin engellenmesi için yapılması gereken veteriner masraflarıdır. Örneğin, hayvanın kurtarılması ve nakli için yapılan harcamalar, ilaç masrafları, veteriner kliniğinde kaldığı süre boyunca yapılan konaklama ve beslenme masrafları bu kapsamdadır. Ayrıca ötenazi yapılması gereken ağır yaralanmalarda, buna ilişkin harcama da tedavi masrafları içerisinde değerlendirilmelidir. [23]

2. Hayvanın Ev Ortamında Tutulması

İBK m. 42/3 hükmü yalnızca ev ortamında tutulan hayvanlar bakımından uygulanır. Ev ortamında tutulan hayvan kavramının kap-

---

Ancak %30 oranı mutlak bir oran olmayıp, somut olayın özelliklerine göre arttırılıp azaltılabilir. JZ 1992, 477, 479.

21 BB1 2002, 4171-4172. İBK m. 42/3'ün öğretide zaten kabul edilmekte olan bir ilkenin tekrarı olduğu için gerekli olmadığını ifade eden Chappuis de buna rağmen söz konusu düzenlemenin hukuk güvenliği sağlayacağı görüşündedir. Guy Chappuis, "Les nouveaux droits du détenteur de l'animal tué ou blessé. Nouveaux, vraiment?", HAVE - Haftung und Versicherung 2004, s. 92-96, s. 95-96.

22 Schneider Kayasseh, s. 87.

23 Schneider Kayasseh, s. 89.

samına hangi hayvanların girdiği kanunda tanımlanmamıştır. Ancak bu kavram, zarar gören kişinin evinde veya evinin yakınında baktığı hayvanları ifade eder.[24]

Getirilen hükmün amacı insanların hayvanlarına karşı besledikleri duyguların kanun tarafından da tanınması olduğundan, "ev ortamı" teriminin çok dar şekilde yorumlanmasından kaçınılmalıdır.[25] Zira yalnızca ev içerisinde tutulan hayvanların değil, bahçede veya kulübede tutulan hayvanların da madde kapsamına gireceği kabul edilmelidir.[26] Bu bağlamda, kediler ve köpekler dışında kobay fareleri, kanaryalar veya cırlak sıçanlar (hamsterlar) da ev ortamında tutulan hayvan kapsamına girebilir.[27]

3. Hayvanın Yatırım Amacı veya Ticari Amaçla Beslenmemesi

Yatırım amacı veya ticari amaçla beslenen hayvanlar, İBK m. 42/3 kapsamı dışında tutulmuştur. Örneğin, damızlık hayvanlar ile etinden, sütünden, yumurtasından veya yününden yararlanılmak amacıyla bakılan hayvanlar, ayrıca gösteri hayvanları ve yarışlarda kullanılmak üzere bakılan hayvanlar İBK m. 42/3'ün kapsamı dışındadır.[28] Ancak, beslenmesi neticesinde bir güvenlik sisteminin kurulum ve bakım maliyetlerinden tasarruf imkânı vermekteyse de, aile üyelerinin

---

24 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 17; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 69; Brehm, HAVE 2003, s. 120.

25 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 17; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 70; Martin A. Kessler, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015, Art. 42 OR, N. 3d; Brehm, HAVE 2003, s. 120.

26 Schneider Kayasseh, s. 56.

27 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 17; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 69; Schneider Kayasseh, s. 56; Krepper, AJP 2008, s. 710. Ancak, bir kimsenin evinden kilometrelerce uzaktaki bir ahırda tutulan atın, hayvan ile hayvan bulunduran kişi arasında duygusal bir ilişki bulunsa dahi İBK m. 42/3 ve İBK m. 43/1 bis hükümleri kapsamına girmeyeceği kabul edilmiştir. Obergericht Aargau, 2. Zivilkammer, 26.08.2014, ZOR.2014.15

28 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 19; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 71; Brehm, HAVE 2003, s. 120; Schneider Kayasseh, s. 59-60. Yatırım amacı veya ticari amaçla bakılan hayvanlar bakımından malvarlıksal zararların giderilmesine ilişkin kurallar uygulanacak ve bu hayvanların tedavi masrafları hayvanın piyasa değeri ile sınırlı şekilde tazmin edilecektir. Ancak bu kapsamdaki bir hayvanın zarar görmesi nedeniyle bir kazanç mahrumiyeti yaşanmış veya hayvanın değerinde azalma meydana gelmiş ise bunun tazmini talep edilebilir. Ayrıca zararın azaltılması için yapılan masraflar da talep edilebilir. Schneider Kayasseh, s. 97 vd.

kendisine duygusal değer atfetmesi halinde, bir bekçi köpeğinin İBK m. 42/3 kapsamına gireceği kabul edilmektedir.[29]

Öğretide, bir kimsenin, yatırım amacı veya ticari amaçla beslediği bir hayvana, aynı zamanda duygusal değer veriyor olmasının, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının talep edilmesine imkân vermeyeceği ileri sürülmektedir.[30] Bu görüşün temelinde kanun koyucunun iki farklı varsayımı yatmaktadır. Kanun koyucu, bir taraftan bir kimsenin ticari beklentisi olmaksızın bakımını üstlendiği ev hayvanına duygusal değer atfedeceğini, diğer taraftan ise bir hayvanı ticari amaçla kullanan kimse için hayvanın duygusal değer taşımayacağını varsaymıştır. Oysa İBK m. 42/3 hükmünün amaçsal yorumu neticesinde, bu varsayımın aksini ispatlamak mümkün olmalıdır. Kanımızca kazuistik bir yaklaşımdan kaçınarak, somut olay bazında bir değerlendirme yapılmalı ve hayvan sahibinin duygusal menfaatinin maddi menfaatine ağır bastığı hallerde İBK m. 42/3 hükmü uygulanmalıdır.[31] Örneğin, bir kimsenin aynı evi paylaştığı köpeğini zaman zaman sokak gösterilerinde kullanarak ticari gelir elde ediyor olması, söz konusu hayvanın ev hayvanı olduğu gerçeğini değiştirmediği gibi, hayvan sahibinin bu hayvana duygusal değer atfetmediği anlamına da gelmez.[32] O halde, bu kişiyi, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının tazmininden mahrum bırakmak İBK m. 42/3 hükmünün amacıyla bağdaşmaz.

Hayvanın ne amaçla bakıldığının tespiti bakımından esas alınacak zaman zararın gerçekleşme anıdır.[33] Zira ilk aşamada ticari amaçla bakılan bir hayvanın daha sonradan bu amacın ortadan kalkması halinde İBK m. 42/3 ve 43/1bis hükümleri kapsamına girmesi mümkündür. Bu nedenle önemli olan zararın gerçekleşme anında hayvanın ne amaçla beslendiğidir.

---

29 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 19; BSK OR-Kessler, Art. 42 OR, N. 3d.; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 72; Brehm, HAVE 2003, s. 120.

30 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 19.

31 BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 71; Brehm, HAVE 2003, s. 120; Michel/Schneider Kayasseh, s. 22.

32 Bu gibi hallerde, hayvanın bakılmasının asıl amacının ne olduğu somut olayın özellikleri çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Benzer örnekler için bkz. Schneider Kayasseh, s. 61-62.

33 Schneider Kayasseh, s. 62; Krepper, AJP 2008, s. 710.

4. Tedavi Masraflarının Makul Olması

Kanun koyucu, ev hayvanlarının değerini aşan tedavi masraflarının bir zarar kalemi olarak talep edilebilmesinin, yalnızca bu masrafların makul olması halinde mümkün olacağına hükmetmiştir. Yapılan tedavi masrafının "makul" olup olmadığını, hâkim, Medeni Kanunun 4. maddesi çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak tespit edecektir.[34] Buna göre, makul bir hayvan sahibinin, tedavi masraflarını kendisi karşılayacak olsaydı somut olayda yapacağı tedavi masrafları "makul" kabul edilecektir. [35]

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, masrafların makul olup olmadığı konusunda yapılacak değerlendirmede, öznel olarak zarar gören hayvan sahibinin yapacağı masrafların değil, nesnel olarak, insanlar ile hayvanlar arasındaki ilişkiye aşina olan ve hayvan sahibinin hayvana ilişkin manevi menfaatini ön planda tutan bir üçüncü kişinin yapacağı masrafların dikkate alınması gerekir.[36] Böylelikle, bir hayvan sahibinin, hayvanının tedavisi için tüm maddi kaynaklarını feda etmeyi göze alacak olması, failden de aynı davranışın beklenmesine imkân vermeyecektir. Öte yandan, öznel olarak davacının maddi durumu da dikkate alınmayacaktır. Zira davacının kendisinin maddi imkânsızlık nedeniyle söz konusu masrafları yapamayacağı ileri sürülerek, failin makul tedavi masraflarını ödemekten kaçınabilmesi kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz.[37] Ayrıca öğretide isabetli olarak

---

34 CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 20; Brehm, HAVE 2003, s. 120; Schneider Kayasseh, s. 89. CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 20; BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 73; Strunz, s. 97. Brehm'e göre, her ne kadar İsviçre hukukunda hayvanlar eşya statüsünden çıkarılmış ise de, hayvanların iktisadi değer taşıdıkları gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, bir hayvana duygusal değer verilmesi, talep edilebilecek tedavi masraflarının sınırsız olması sonucunu doğurmaz. BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 73. Hatta yazara göre, genellikle hayvana eziyet teşkil edeceğinden, hayvanın yalnızca acı çekerek hayatta kalmasını sağlayacak türden umutsuz durumlarda tedavi girişimlerinden kaçınılmalıdır. BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 74; Brehm, HAVE 2003, s. 120.

35 BB1 2002, 4172. Ayrıca hayvanın değerinin, türünün, yaşının, sağlık durumunun, tedavinin başarı şansının da dikkate alınması gereken unsurlar arasında olduğu savunulmaktadır. Örneğin, 50 İsviçre Frankı değerindeki bir köpek için değerinin on katı tutarında tedavi masrafları yapılmasının kabul edilebileceği; fakat 7.000 İsviçre Frankı değerindeki bir atın tedavisi için değerinin on katı tutarında tedavi masrafı yapılmasının uygun olmayacağı savunulmaktadır. Bkz. Schneider Kayasseh, s. 91 vd.

36 Schneider Kayasseh, s. 90-91.

37 Michel/Schneider Kayasseh, s. 23.

ifade edildiği üzere, burada nesnel bir ölçü olarak kabul edilecek kişinin hayvanları seven bir kimse olması gerekmektedir.[38]

5. Tazminatın Hayvanın Tedavisi İçin Harcanması

İsviçre hukukunda, zarar görenin failden aldığı tazminatı ne şekilde kullanacağını serbestçe belirleyebileceği ilkesi geçerlidir. Buna göre, zarar gören dilerse zarara uğrayan malı tamir ettirir, dilerse yok olan malın yenisini alır veya tazminat bedelini farklı bir şekilde değerlendirebilir.[39] Ancak öğretide, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının tazmini söz konusu olduğunda, isabetli olarak hayvan sahibine bu tür bir serbestlik tanınmaması gerektiği savunulmaktadır.

İBK m. 42/3 hükmünün temelinde yatan düşünce, ev ortamında tutulan, yatırım amacı veya ticari amaçla beslenmeyen bir hayvanın sağlığına kavuşmasındaki menfaatin, bir kimsenin bozulan bir eşyanın tamirine ilişkin menfaatinden daha yüksek olmasıdır. Zira kanun koyucu hayvana verilen duygusal değerin korunmaya değer bir menfaat olduğunu dikkate alarak böyle bir düzenleme yapmıştır.[40] Ancak, bir kimsenin elde edeceği tazminatı hayvanın tedavisi için harcamamayı tercih etmesi, bu kişinin, hayvanın sağlığına kavuşmasında özel bir manevi menfaati bulunmadığını gösterir.[41]

III. Hayvanın Duygusal Değerinin Tazmin Edilmesi (İBK m. 43/1bis)

A. Genel İlke: Duygusal Değerin Tazmin Edilmemesi

İsviçre Hukukunda bir kimsenin herhangi bir eşyaya öznel olarak atfettiği ve iktisadi olmayan değer tazminat hesabında dikkate alınmaz. Örneğin, bir kimsenin büyükbabasının fotoğrafına veya aile yadigârı bir mücevhere zarar verilmesi halinde, mağdurun bu şeye verdiği duygusal değerin tazmini kabul edilmez. Zira İsviçre Huku-

38 Michel/Schneider Kayasseh, s. 23.

39 Schneider Kayasseh, s. 102 vd; BSK OR-Kessler, Art. 43 OR, N. 2.

40 Chappuis'ye göre, İBK m. 42/3 hükmü, hayvanın duygusal değerinin dikkate alınması gerektiğini ifade eden İBK m. 43/1bis kuralının bir yansımasıdır. Zira bu halde hayvanın duygusal değeri, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının karşılanması çerçevesinde dikkate alınacaktır. Chappuis, HAVE 2004, s. 96.

41 Schneider Kayasseh, s. 102 vd.

kunda zarar kavramının, fark teorisi uyarınca malvarlıksal bir azalmayı ifade ettiği kabul edilmektedir.[42] Bu nedenle, manevi zararların ("immaterieller Schaden") tazmini kural olarak reddedilmektedir. Ancak istisnai hallerde "manevi haksızlığa" ("immaterielle Unbill") uğrayan bir kimsenin İBK m. 47 ve 49 çerçevesinde giderim/tatmin ("Genugtuung") isteme imkânı vardır.[43] Ne var ki, bu hallerde zarar söz konusu olmadığından, haksızlığa uğrayan kişinin talebinin hukuki niteliği tazminat değil, "giderim"dir.[44] Oysa Türk Hukukunda "immaterielle Unbill" kavramının karşılığı olarak "manevi zarar" kavramı, bunun neticesinde ileri sürülen talebe ise "manevi tazminat" adı verilmektedir.[45]

B. İstisna: Hayvanın Duygusal Değerinin Tazmini

İBK m. 43/1bis hükmüne göre, ev ortamında tutulan ve yatırım amacı veya ticari amaçla beslenmeyen bir hayvanın yaralanması ya da ölmesi halinde, mahkeme bu hayvanın onu bulunduran kişi veya bu kişinin yakınları için taşıdığı duygusal değeri de tazminatın belirlenmesi sırasında makul şekilde dikkate alabilir.[46] Böylelikle, zararın

---

42 Schwenzer, N. 17.01; Schneider Kayasseh, s. 137.

43 BGE 87 II 290; Honsell/Isenring/Kessler, §8, N. 46; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 28. Bir malın duygusal değerinin, tazminat hesabında kural olarak dikkate alınmayacağını ifade eden Rey ise yüksek duygusal değere sahip bir malın zarara uğraması halinde oluşan ruhsal zararın İBK m. 49 çerçevesinde giderime konusu olabileceği görüşündedir. Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2008, N. 323.

44 Schwenzer, N. 17.01.

45 Bkz. Çiğdem Kırca, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", *Yargıtay Dergisi*, C. 25, S. 3, Temmuz 1999, s. 242-270, s. 245; Kemal Tahir Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S., 1973, 1-4 s. 7-56, s. 8.

46 İBK m. 43/1bis hükmünün, ilgili maddenin birinci ve ikinci fıkraları arasına sıkıştırılmış olmasının sebebini izah etmenin güç olduğu görüşünde bkz. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88f; Brehm, HAVE 2003, s. 121. Benzer görüşte bkz. KUKO OR-Schönenberger, Art. 42 OR, N. 17. Brehm'e göre, İBK m. 43/1bis hükmü, hayvan sahibinin maruz kaldığı haksızlığın ("Unbill") giderilmesini düzenleyen özel bir giderim hükmüdür. Brehm, HAVE 2003, s. 121; BK-Brehm, Art. 43, N. 88f. O nedenle, İMK m. 641a'nın, hayvanları eşya statüsünden çıkaran düzenlemesinin ardından, kanun koyucunun bu hükmü, İBK m. 47'nin ikinci fıkrası olarak veya kişilik hakkı ihlallerine ilişkin İBK m. 49'un üçüncü fıkrası olarak düzenlemesi uygun olurdu. Ancak kanun koyucu bunu yapmayarak, kişilere verilen zararlardan kaynaklanan talepler ile hayvanların duygusal değerlerine ilişkin talepler arasında bir bağlantı kurulmasından kaçınmayı amaçlamıştır. Ne var ki bu çaba, söz konusu talepler arasında yakın ilişki olduğu gerçeğini değiştirmez. Zira İBK

fark teorisine göre malvarlıksal bir azalmayı ifade ettiği ve duygusal değerin tazminat hesabında dikkate alınmayacağı yönündeki ilke, cansız eşyalar bakımından geçerli olup madde kapsamına giren hayvanlar bakımından uygulanmayacaktır. [47] Zira İBK m. 43/1bis hükmü ile hayvanlar ile insanlar arasındaki duygusal ilişkinin, hukuken korunmaya değer bir menfaat olduğu ve menfaat dengelemesi yaparken mahkemelerce dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.[48]

Kimi yazarlara göre, İBK m. 43/1bis hükmü yalnızca hâkime, ticari amaçla beslenmeyen ev hayvanları ile diğer hayvanlar arasında ayrım yaparak, ev hayvanlarının duygusal değerini dikkate almak bakımından takdir yetkisi vermektedir.[49] Buna göre, hâkim takdir yetkisini, somut olayın özelliklerini dikkate alarak tazminatın belirlenmesinde hayvanın duygusal değerini dikkate almamak yönünde de kullanabilir.[50] Gerçekten de hükümde hâkimin, hayvanın duygusal değerini dikkate "alabileceği" ("kann") ifadesi yer almaktadır. Kanımızca bunun sebebi, kanun koyucunun, hayvan sahibinin ticari bir kaygı duymaksızın ev ortamında beslediği hayvanına duygusal değer vereceği

---

m. 43/1bis hükmü çerçevesinde bir hayvanın duygusal değerini hesaplayacak olan mahkeme, zorunlu olarak ölüm veya bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarına talepte bulunma imkânı sunan İBK m. 47 hükmünde bahsedilen "uygun" giderim ile benzerlik kuracaktır. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88f; Brehm, HAVE 2003, s. 121. Benzer görüşte bkz. Fellmann/Kottmann, N. 2579. Zararın belirlenmesi ile tazminatın hesaplanmasının iki farklı aşama olduğunu ifade eden Christine Chappuis ise hayvanın duygusal değerinin, zararın belirlenmesi aşamasında değil de, tazminatın hesaplanması aşamasında dikkate alınacağına hükmedilmiş olmasını eleştirmektedir. Bkz. Christine Chappuis, "Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?", Le préjudice, une notion en devenir, (Christine Chappuis/Bénédict Winiger (ed.)), Schulthess, Geneve-Zürich-Bale 2005, s. 15-37, s. 27.

47 BB1 2002, 4172. Brehm, tazminatın tespitinde hayvanın duygusal değerinin dikkate alınması suretiyle, fark teorisinin sınırlarının dışına çıkılmakla kalınmayıp, normatif zararın tazminine izin verildiğini ifade etmektedir. Bkz. BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 68a.

48 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88c; Goetschel/Bolliger, s. 19; Fellmann/Kottmann, N. 2578. Hayvanın duygusal değerinin tazmini, sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde de söz konusu olabilir. Zira haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler borca aykırılık hallerinde de uygulanır. Krepper, AJP 2008, s. 707; Michel/Schneider Kayasseh, s. 27. Örneğin, hayvanın duygusal değeri, hayvana yanlış tedavi uygulayarak ölümüne yol açan bir veterinerden borca aykırılık hükümleri çerçevesinde talep edilecek tazminatın kapsamına da dâhil edilmelidir.

49 Chappuis, HAVE 2004, s. 94. Benzer görüşte bkz. Walter Fellmann/Andrea Kottman, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Stämpfli, Bern 2012, N. 2585.

50 Fellmann/Kottmann N. 2585.

yönündeki varsayımının aksinin ispatlanabilecek olmasıdır. Bu bağlamda, söz konusu varsayımın çürütülmesi halinde hâkim duygusal değerin tazminine hükmetmeyecektir. Zira bu halde tazmini gerekecek bir duygusal değerin varlığından söz edilemeyecektir. Ne var ki, hükmü, hâkimin duygusal değerin ihlalini tespit ettiği halde dahi bunu tazminatın hesaplanmasında göz ardı edebileceği şeklinde yorumlamak hükmün amacı ile bağdaşmaz. Hâkimin duygusal değeri dikkate "alabileceği" ifadesinin lafzi yorumunda ısrarcı olunacak ise, bundan, dikkate "alamaz" ifadesinin tam tersi, yani kanun koyucunun hâkime fark teorisinden ayrılma imkânı verdiği anlaşılmalıdır.

Her ne kadar kanun koyucu, hayvanın duygusal değerinin hâkim tarafından dikkate alınabileceğini ifade etmekteyse de, bunun ne şekilde dikkate alınacağına ilişkin bir kural getirmemiştir. Bu konuda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Başlıca görüşler ise maddi tazminat ve giderim görüşleridir.

1. Maddi Tazminat Görüşü

Öğretideki bir görüşe göre, İBK m. 43/1bis hükmüne dayalı talep maddi tazminat talebi niteliğindedir. Bu görüşün savunucularından Petitpierre'e göre, İBK m. 43/1 ^{bis} hükmünü kabul ederek fark teorisine önemli bir istisna getiren kanun koyucu, bir kimsenin hayvanı ile arasındaki duygusal bağın maddi tazminata hükmedilirken dikkate alınacağı kabul etmiştir.[51] Benzer şekilde Schneider Kayasseh de, İBK m. 47 ve 49 hükümlerinden farklı biçimde burada asli olarak ihlal edilen değerin (kişilik hakkı değil) mülkiyet hakkı olduğu görüşündedir. Yazara göre, kanun koyucu, bir hayvanı konu alan mülkiyet hakkı ihlalinin bir manevi değerin de zarara uğramasına yol açacağını varsaymıştır. Bu nedenle söz konusu değer maddi tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmalıdır.[52] Strunz'a göre de İBK m. 43/1bis hükmünde ifade

---

51 Gilles Petitpierre, "Réparation et dommage", Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, (Oliver Guillod/Christoph Müller (ed)), Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, s. 275-288, s. 283.

52 Schneider Kayasseh, s. 140. Yazar, ev işi zararları ve bakım zararları söz konusu olduğunda Federal Mahkeme'nin klasik zarar tanımından ayrıldığını belirterek, benzer şekilde duygusal değerin de tazmini kabul edilen bir zarar kalemi olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre, hayvanlar ile kurulan ilişki toplumun genel sağlığına katkıda bulunan bir malvarlıksal değer olup, İBK m. 41 hükmü, maddi tazminatın kapsamına hayvanın duygusal değerinin de dâhil edilebilmesine elve-

edilen ve hayvanın piyasa değerini aşan duygusal değerin tazmini kuralı, İBK m. 47'de bahsedilen «giderim» seçeneğine benzemekteyse de, giderimden farklı olarak söz konusu duygusal değer maddi tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacaktır.[53]

Maddi tazminat görüşünü benimseyen yazarlar İBK m. 43/1bis hükmü ile kişilik hakkı ihlallerini konu alan İBK m. 47 ve 49 arasındaki ilişkiyi de irdelemişlerdir. Bu bağlamda, söz konusu yazarlara göre, İBK m. 43/1bis hükmü İBK m. 47 ve 49 hükümlerini dışlamaz. Bu nedenle, şartları gerçekleşiyor ise ayrıca İBK m. 47 veya 49 çerçevesinde giderim istenmesi de mümkündür.[54]

Maddi tazminat görüşünün temelinde İBK m. 43/1bis hükmünün varlığını açıklama çabası yatmaktadır. Zira ileride açıklanacağı üzere, giderim görüşü benimsendiği takdirde İBK m. 43/1bis hükmünün varlık amacı sorgulanabilir hale gelmektedir. Bu nedenle, anılan yazarlar tazminat kurumuna başvurmayı tercih etmektedirler. Ancak İsviçre hukukunda manevi zarar kavramı kabul edilmediği için, başvurulabilecek yegâne seçenek maddi tazminat olmaktadır.[55] Kanımızca bir hayvanın duygusal değerinin maddi tazminatın bir unsuru olarak kabul edilmesi güçtür. Zira bu değer malvarlıksal bir değer olmadığından, bu değere verilen zararı maddi zarar olarak nitelendirmek zorlama bir çözüm olur.

2. Giderim Görüşü

İsviçre'de birçok yazar İBK m. 43/1bis hükmünün bir giderim düzenlemesi olduğunu savunmakta ve hükmü İBK m. 47 ve 49 hükümleri ile ilişkilendirilmektedir. Bu görüşün savunucularından Brehm'e göre, İBK m. 43/1bis hükmünü kaleme alan kanun koyucu, hâkimin,

---

rişlidir. Schneider Kayasseh, s. 143-145.

53 Strunz, s. 98.

54 Bkz. Schneider Kayasseh, s. 174 vd. Strunz'a göre de hayvanlar genellikle aileden kabul edildikleri için aile fertlerine olan yakınlıkları dikkate alındığında, duygusal değerin tazmini yerine, İBK m. 47'nin kıyasen uygulanması suretiyle giderim talep edilebilmesi de mümkün olmalıdır. Strunz, s. 100.

55 Hüküm ile manevi zararın tazmininin amaçlandığı görüşünde bkz. Antoine F. Goetschel / Gieri Bolliger, Das Tier im Recht, 99 Facetten der Mensch-Tier-Beziehung von A bis Z, Orell Füssli, Zürich 2003, s. 20. İBK m. 43/1bis, uygulama alanı genişletilemeyecek türden yeni bir tazminat kuralı getirildiği görüşünde bkz. Steinauer, s. 59.

zarar gören hayvanın duygusal değerini "dikkate alınacağını" ifade etmekle yetinmiştir. O halde, hayvanın duygusal değeri, faile ödettirilecek toplam miktarın belirlenmesinde rol oynayacak unsurlardan birisidir. Bu bağlamda, hâkimin önünde iki seçenek vardır: hâkim, hayvanın duygusal değerini ayrı bir giderim kalemi olarak belirleyebileceği gibi, dilerse (kural olarak, tedavi masraflarından ibaret olan) maddi tazminat miktarını uygun oranda arttırma yoluna da gidebilir.[56] Ancak hâkimin ikinci seçeneği tercih etmesinin neticesi, manevi giderim ile maddi tazminatın tek bir potada toplanması olur, ki bu halde failin tazminat miktarının ne şekilde belirlendiğini anlaması güçleşir.[57] O nedenle yazar, tedavi masraflarını konu alan maddi tazminat taleplerine ilişkin İBK m. 42/3 hükmünden farklı olarak, İBK m. 43/1bis hükmünün duygusal yakınlık değerine ilişkin manevi giderim taleplerini konu aldığı görüşündedir.[58]

Öğretide İBK m. 43/1bis hükmünün aceleyle kaleme alındığı ileri sürülmekte ve İBK m. 47 ve 49 hükümlerinin varlığı dikkate alındığın-

---

56 İkinci seçenek lehine bkz. Fellmann/Kottmann, N. 2582.

57 Brehm'e göre, fail tedavi masraflarını zaten ödemiş ise hâkim ikinci seçeneğe yönelebilir ve hayvanın duygusal değerini dikkate alarak toplam tazminatta cüzi bir artış yapma yoluna gidebilir. Ancak hayvan bulunduranın diğer yakınlarının da talepte bulunmaları halinde, hayvanın onlar için taşıdığı duygusal değerin ayrıca hesaplanması gerekeceği açıktır. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88g.

58 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88c. Giderim görüşünü savunan bir diğer yazar için bkz. Thomas Probst, "Der Ersatz immateriellen Schadens im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht", *Strassenverkehrsrechts-Tagung* 2010, (http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaires/CH_Probst/files/OR%20AT%20II%20Vorlesung/ImmatSchaden.pdf) (Erişim Tarihi: 22.08.2016), s. 12. Bu çerçevede, Aargau mahkemesinin 2013 tarihli kararına (Aargau, Bezirksgericht, 10.07.2013, SG 2015 Nr. 1666) değinilmesinde fayda vardır. Karara konu olayda, davacı, av köpeği ile yürüyüş yaptığı sırada köpek yola fırlam**ış ve** yoldan geçen bir aracın çarpması sonucu ölmüştür. Mahkeme, davacıya avlanırken yardımcı olması amacıyla satın alınmış olsa dahi, köpek ile sahibi arasındaki duygusal ilişkiyi dikkate alarak İBK m. 43/1bis hükmünün uygulanacağına karar vermiştir (E. 4.3.1). Meseleyi giderimi görüşü çerçevesinde ele alarak, İBK m. 47'nin yalnızca insanlara verilen zararları konu alması sebebiyle, davacının giderim talebine dayanak teşkil edemeyeceğini kabul eden mahkeme (E. 4.4.1), giderim talebini İBK m. 49 çerçevesinde değerlendirmiş ve köpeğin ölümünün, davacının kişiliğini ağır biçimde ihlal etmediği gerekçesiyle İBK m. 49'un şartlarının sağlanmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre, evcil hayvanını kaybeden ortalama bir kimsenin bir süre için üzüntü yaşayacağı kabul edilebilirse dahi, bunun söz konusu kişi bakımından ağır bir kişilik hakkı ihlaline yol açacağını varsaymak mümkün değildir (E. 4.4.2). Buna karşılık mahkeme, köpeğin duygusal değerini dikkate alarak, davalıyı maddi tazminata ilaveten 2000 Frank tutarında bir ödeme yapmaya hükmetmiştir (E. 4.3.3).

dan İBK m. 43/1bis hükmüne ne ölçüde ihtiyaç bulunduğu sorgulanmaktadır. Bu çerçevede, hükmün lafzına uygun şekilde uygulanması halinde isabetsiz sonuçlar doğacağından, mahkemelerin bu hükmü İBK m. 47 *ve* 49 ile uyumlu olacak şekilde yorumlamaları ve uygulamaları gerektiği savunulmaktadır.[59]

Bilindiği üzere, İBK m. 47 ve 49 hükümleri, kişilik hakkı hukuka aykırı biçimde ihlal edilen kimselere veya kimi hallerde bu kimselerin yakınlarına failden "giderim" talebinde bulunma imkânı vermektedir. Özel olarak, ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlalinden kaynaklanan kişilik hakkı ihlallerini konu alan İBK m. 47'ye göre, hâkim, vücut bütünlüğü ihlal edilen kişiye veya ölüm halinde ölen kişinin yakınlarına uygun miktarda paranın ödenmesini konu alan bir giderime hükmedebilir. Bu çerçevede, ölenin yakınlarının talepte bulunabilmesi bakımından, ölen kimse ile giderim talebinde bulunan kişinin akraba olup olmamaları önem taşımayıp, söz konusu iki kişinin *fiilen* yakın ilişki içinde olmaları aranmaktadır.[60] Öte yandan, İBK m. 49 hükmü ise kişilik hakkı ihlallerine dayalı giderim taleplerine ilişkin genel hüküm[61] niteliğindedir. Her türlü kişilik hakkı ihlalini kapsayan bu hüküm, ihlalin ciddiyetinin gerektirmesi ve başka türlü bir telafinin mümkün olmaması halinde, hâkimin mağdura bir miktar paranın ödenmesine veya farklı türden bir giderime hükmedebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca, bir kimsenin yalnızca yaralanması halinde, bu kişinin İBK m. 47'ye dayalı olarak giderim talep edemeyen yakınları, *istisnai* hallerde İBK m. 49 çerçevesinde giderim talebinde bulunabilmektedirler. Ancak bunun için, söz konusu kişinin yaralanmasının, bu kimsenin yakınlarının kişilik haklarını da *doğrudan doğruya* ihlal etmesi gerekmektedir.[62] Ayrıca Federal Mahkeme, talepte bulunacak yakınların, bu kişinin yaralanmasından, en az bu kişinin ölmesi halinde etkilenecekleri kadar etkilenmeleri koşulunu aramaktadır.[63]

---

59 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89i; Brehm, HAVE 2003, s. 122.

60 Schwenzer, N. 17.09; Huguenin, N. 1906.

61 İBK m. 47 ve 49 arasındaki özel hüküm-genel hüküm ilişkisi hakkında bkz. BGE 123, II 204, 210; Huguenin, N. 1903.

62 Schwenzer, N. 17.07; BGE 123 III 204, 206.

63 BGE 112 II 226 E. 3b; BGE 125 III 412, 417 E. 2a; Huguenin, N. 1908. Örneğin, zamanında tıbbi müdahale yapılmaması sonucunda, çocukları beyin hasarına uğrayıp sürekli bakıma muhtaç hale gelen ebeveynlerin (BGE 116 II 519); geçirdiği trafik kazası sonucu ciddi beyin hasarına uğrayan çocuğun bakımını gerçekleştirmek amacıyla mesleğini bırakan annenin, çocuğun babasının ve kardeşinin (BGE 118 II 404); kaza sonucu felç kalan bir kimsenin eşinin ve çocuklarının (BGE 122 III 5) giderim talepleri kabul edilmiştir.

İBK m. 47 ve 49 hükümleri ile karşılaştırılması neticesinde, İBK m. 43/1bis hükmüne yönelik eleştiriler özellikle birkaç noktada yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki, hayvan bulunduranın *yakınlarının* İBK m 43/1bis hükmüne dayalı olarak istemde bulunmalarının koşullarına ilişkindir. Buna göre, tıpkı İBK m. 47 hükmünde olduğu gibi, İBK m 43/1bis hükmü de "yakınlara" giderim talep etme imkânı sunmaktadır.[64] İBK m. 47'ye dayalı olarak ölenin yakınlarının talepte bulunabilmesi bakımından, ölen kimse ile giderim talebinde bulunan kişinin akraba olmaları aranmamaktaysa da, iki kişi arasındaki akrabalık derecesini dikkate alarak aralarında bir duygusal bağ bulunduğunu varsaymak nispeten kolaydır. Ancak söz konusu olan bir hayvan olduğunda, duygusal kaybın özel olarak ispatlanması gerekecektir.[65] Diğer bir eleştiri ise, İBK m. 49 hükmü ile ilişkili olarak yapılmaktadır. Buna göre, bir kişinin yalnızca yaralanması durumunda yakınlarının failden İBK m. 49 çerçevesinde talepte bulunabilmeleri, sadece ihlalin ciddiyetinin gerektirmesi halinde, *istisnai nitelikteki* ruhsal acı ve üzüntü bakımından kabul edilmektedir.[66] Buna karşılık, yaralananın bir hayvan olması durumunda, hayvan bulunduran ve yakınlarının herhangi bir sınırlama olmaksızın talepte bulunabilecek olmaları isabetsiz bulunmaktadır.[67]

Giderim görüşünü kabul eden yazarlar, İBK m. 43/1bis hükmünde düzenlenen giderim isteme imkânının İBK m. 49'a dayalı giderim taleplerinden ne ölçüde farklı olduğu konusunda da görüş ayrılığı ya-

---

64 İki hüküm arasındaki amaçsal benzerliğe rağmen, İBK m. 47 hükmü mağdurun yakınlarından bahsederken, İBK m. 43/1bis kapsamına giren yakınların mağduru (hayvanı) bulunduran kişinin yakınları olduğu gözden kaçırılmamalıdır. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89f.

65 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89f; Fellmann/Kottmann N. 2587.

66 BGE 112 II 220 E. 3; BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89b. Zira Türk hukukundaki düzenlemenin (TBK m. 56/2) aksine, İBK m. 47'ye dayalı olarak bir kimsenin yakınlarının giderim isteminde bulunabilmeleri, kanunun açık düzenlemesi gereği söz konusu kişinin yalnızca ölümü halinde mümkündür. Bu nedenle bir kimsenin yalnızca yaralanması halinde, yakınların istisnai olarak İBK m. 49'a dayalı olarak talepte bulunabilecekleri kabul edilmektedir.

67 CHK OR-Müller, Art. 43 OR, N. 11; Brehm, HAVE 2003, s. 121; Fellmann/Kottmann N. 2597. Brehm'e göre, bu durum dikkate alındığında, bir hayvanın yalnızca yaralanması halinde İBK m. 43/1bis hükmüne dayalı olarak giderim istenememelidir. Brehm, HAVE 2003, s. 121. Ancak yazara göre, hayvanın ölmesi durumunda hayvanı bulunduranın ve yakınlarının giderim talepleri kabul edilebilir. Brehm, HAVE 2003, s. 122. Hayvanın yalnızca yaralanması halinde de İBK m. 43/1bis hükmünün uygulama alanı bulabileceği görüşünde bkz. Schneider Kayasseh, s. 149.

şamaktadırlar. Zira bir görüşe göre, İBK m. 43/1bis hükmü ile yeni bir "manevi zarar" kategorisi yaratılmamış olup duygusal değerin ikamesi İBK m. 49'un şartları çerçevesinde sağlanabilir.[68] Hatta İBK m. 43/1bis hükmü kanuna alınmamış olsaydı dahi, bir kimsenin yakın ilişki içerisinde olduğu hayvanına zarar verilmesi halinde İBK m. 49 hükmü çerçevesinde talepte bulunabilmesi zaten mümkündür.[69] Diğer bir görüşe göre ise bir hayvanın yaralanması veya ölümü, İBK m. 49'un şartlarını sağlar düzeyde ağır bir kişilik hakkı ihlali teşkil ediyorsa, İBK m. 43/1bis hükmü çerçevesinde dikkate alınacak olan duygusal değere ilaveten, failden İBK m. 49 çerçevesinde giderim de istenebilir.[70] Kanımızca İBK m. 43/1bis hükmü İBK m. 49'a göre özel hüküm olduğundan, İBK m. 43/1bis doğru şekilde uygulanırsa İBK m. 49'a dayalı olarak ilave bir giderim istenmesine yer ve ihtiyaç yoktur.

İBK m. 43/1bis hükmünün şartlarının İBK m. 49'un şartlarından daha hafif olması öğretide eleştirilen bir diğer husustur. Buna göre, yaralanan bir kişinin İMK m. 49'a dayalı olarak istemde bulunması, hayvanı yaralanan kişinin (hayvan bulunduranın) İBK m. 43/1bis hükmüne dayanarak istemde bulunmasından daha zor şartlara tabidir. Gerçekten de İBK m. 43/1bis hükmünün lafzına bakıldığında, istemde bulunmanın şartlarının zarar görenin bir insan olmasına kıyasla daha hafif olduğu anlaşılmaktadır. Zira kişilik hakkı ihlal edilen kişinin talebi ihlalin ciddiyetinin bunu gerektirmesi koşuluna bağlanmıştır (İBK

68 Chappuis, HAVE 2004, s. 94. Chappuis'ye göre, İBK m. 49 çerçevesinde, hâkim bir miktar paranın ödenmesine hükmedebileceği gibi bunun yerine veya buna ilaveten başka türden bir giderime de hükmedebilir. O nedenle, yazara göre hâkim, bir miktar paranın ödenmesi yerine aynı türden yeni bir hayvanın verilmesine veya "çok istisnai" hallerde hayvanın defin masrafları ile mezarının yaptırılmasına da hükmedebilir. Hatta yazar, giderim kurumunun önemini kaybetmemesi ve bir hayvan ile bir insanın ölümünün karşılaştırılmasının önüne geçilebilmesi amacıyla, para dışındaki giderim türlerinin tercih edilmesini önermektedir. Chappuis, HAVE 2004, s. 95. Aksi görüşte bkz. Schneider Kayasseh, s. 173.

69 CHK-Müller, Art. 43 OR, N. 11; BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88f, 89; Brehm, HAVE 2003, s. 121; Goetschel/Bolliger, s. 20; Schwenzer, N. 17.11. Goetschel/Bolliger'e göre ise, İBK m. 43/1bis hükmü hukuka aykırı ruhsal haksızlıkların giderimini konu alan İBK m. 49'a yaklaşmaktaysa da, İBK m. 43/1bis hükmünün işlevi hâkim tarafından hüküm verilirken hayvanın duygusal değerinin de dikkate alınması kuralını getirmesidir. Goetschel/Bolliger, s. 20. İBK m. 42 ve 43'te yapılan bu değişikliklerin gerekliliği konusunda bir değerlendirme için ayrıca bkz. Chappuis, HAVE 2004, s. 92 vd.

70 Schneider Kayasseh, s. 180; Krepper, AJP 2008, s. 707. Ayrıca bkz. İBK m. 49'un uygulanmasını çok istisnai hallerde kabul eden Schwenzer, N. 18.04.

m. 49/1).[71] Oysa İBK m. 43/1bis hükmüne dayalı istemler yönünden bu tür bir koşul aranmamıştır.[72] Kanımızca, İBK m. 43/1bis hükmü ihlalin ciddi olmasını özel olarak aramamışsa da, hâkim somut olay bazında bir değerlendirme yapmalı ve bunu yaparken de fiilin hayvana verdiği zararı ve buna bağlı olarak da talepte bulunan kişide yol açtığı etkiyi dikkate almalıdır. Örneğin, hayvan bulunduranın veya yakınlarının bir şahısvarlığı değerinin ihlal edilmediği çok ufak yaralanmalarda giderime hükmedilmemesi söz konusu olabilir.

C. Duygusal Değerin Tazmini Bakımından Aranan Koşullar

Duygusal değer kavramı, İBK m. 43 hükmünde yapılan değişikliğe kadar İsviçre haksız fiil hukukuna yabancı bir kavramdı.[73] Ancak, İBK m. 43/1bis hükmü, hayvan ve insan arasındaki duygusal ilişkinin, menfaatler arasında bir değerlendirme yapan hâkim tarafından dikkate alınması gereken, hukuken korunan bir değer olduğunu ortaya koymuştur.[74] Bununla birlikte duygusal değerin tazmini bakımından aranması gereken koşullar öğretide tartışma konusu olmuştur.

Tıpkı İBK m. 42/3 çerçevesinde arandığı gibi, İBK m. 43/1bis hükmüne göre de ölen veya yaralanan hayvan, yatırım amacı veya mesleki amaçla beslenmeyen bir ev hayvanı olmalıdır. Böyle bir durumda, hâkim, faile ödettirilecek miktarı belirlerken hayvanın sahibi için taşıdığı duygusal değeri de dikkate alacaktır. Duygusal değer, bir insanın hayvanına karşı beslediği sevginin değeridir.[75] Ancak burada bahsedilen sevgi iktisadi anlamda bir değer taşımaz.[76] Bu sevgi para ile ölçü-

---

71 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89a.

72 Bu görüşe karşı çıkan Krepper'e göre, burada manevi nitelikte bir şahısvarlığı zararı söz konusu olup, İBK m. 43/1bis hükmü ile yeni ve sui generis bir talep imkânı getirilmektedir. Bu nedenle de kişilik hakkının "ciddi" ve hatta herhangi bir şekilde ihlali aranmamalıdır. Krepper, AJP 2008, s. 706-707. Ancak yazara göre, bu halde ödettirilecek miktarın belirlenmesi bakımından giderimin hesaplanmasına ilişkin kurallardan faydalanılabilir. Krepper, AJP 2008, s. 713. Burada tazminat veya giderim değil, sui generis bir talebin söz konusu olduğu, bu nedenle kişilik hakkı ihlalinin aranması gerekmediği görüşündeki diğer bir yazar için bkz. Huguenin, N. 1913.

73 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88e.

74 BBl 2002, 4172.

75 CHK-Müller, Art. 43 OR, N. 9.

76 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88f; Brehm, HAVE 2003, s. 121.

lemeyeceğinden, bir kimsenin ev hayvanını kaybetmesi durumunda ödettirilecek tutar takdiri şekilde belirlenecektir.[77]

Hayvan bulunduran kavramı, İBK m. 56 (TBK m. 67) hükmü kapsamında hayvan bulunduran kavramı ile aynıdır.[78] O nedenle hayvan bulunduran kişinin mutlaka hayvanın sahibi olması gerekmez.[79] Öte yandan, İBK m. 43/1bis hükmü, hayvan bulunduranın yakınlarına da hayvana atfettikleri duygusal değer nedeniyle talepte bulunma imkânı vermiştir. Ancak hükümde bahsedilen yakınların, hayvanın malikinin değil, hayvanı bulunduran kişinin yakınları olduğuna dikkat edilmelidir. Bu kişilerin ölen veya yaralanan hayvana karşı besledikleri sevginin yoğunluğu hayvan bulunduranlarla akrabalıklarının yakınlığına bağlı değildir. [80] Önemli olan bu kişilerin ev ortamında bulundurulan hayvan ile ilişkilerinin, bu hayvana duygusal değer verecek yakınlıkta olmasıdır.[81] Bu bağlamda, zarar gören hayvana özel bir yakınlık duyduğunu iddia eden kimsenin bu hususu ispatlaması gerekir.[82]

İBK m. 43/1bis hükmünün lafzına bakıldığında, hükümde hayvan bulundurana "veya" yakınlarına talepte bulunma imkanı tanındığı görülmektedir. Bu nedenle, öğretideki bir görüşe göre, hayvan bulun-

77 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88e; Brehm, HAVE 2003, s. 121.

78 CHK-Müller, Art. 43 OR, N. 10; BSK OR-Kessler, Art. 43 OR, N. 23; Fellmann/Kottmann, N. 2602; Brehm, HAVE 2003, s. 122. Ancak İBK m. 43/1bis hükmü hayvana duygusal değer atfedilmesini gerektirdiğinden, İBK m. 56 hükmünün aksine, burada hayvan bulunduran yalnızca gerçek kişi olabilir. Schneider Kayasseh, s. 154; Krepper, AJP 2008, s. 712. Öte yandan ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hayvana duygusal değer atfetmeleri mümkündür. Ancak öğretide bu kişilerin ayırt etme gücünden yoksunluklarının bir indirim sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Krepper, AJP 2008, s. 712.

79 Schneider Kayasseh, s. 151; Fellmann/Kottmann, N. 2583. Bu bağlamda, hayvan ve onun getirileri üzerinde hâkimiyet sahibi olan veya bunlar hakkında karar verme yetkisine sahip olan kişi de hayvan bulunduran kişi kapsamına girer. Krepper, AJP 2008, s. 712.

80 Öğretide, hayvan bulunduranın yakınlarının hayvana korunmaya değer düzeyde duygusal değer atfettiklerinin kabul edilebilmesi için bu kimselerin hayvan bulunduran ile aynı evde yaşamaları gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Fellmann/Kottmann, N. 2607. Örneğin, hayvan bulunduran kişinin çocukları, eşi, nişanlısı veya evlilik dışı birlikte yaşadığı kimse "yakın" kavramına dâhil sayılır. Krepper, AJP 2008, s. 712; Fellmann/Kottmann, N. 2607.

81 Fellmann/Kottmann, N. 2606.

82 CHK-Müller, Art. 43 OR, N. 10; Brehm, HAVE 2003, s. 122; Schneider Kayasseh, s. 62; Fellmann/Kottmann N. 2587.

duran kişinin yakınlarının İBK m. 43/1bis hükmü çerçevesinde talepte bulunabilmeleri için, bu kimselerin hayvana hayvan bulunduran kişinin atfettiğinden daha fazla duygusal değer atfetmeleri gereklidir. Aksi halde talepte bulunma hakkı yalnızca hayvan bulunduran kişiye aittir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hayvanı bulunduran kişinin birden çok olması halinde de yalnızca hayvana duygusal açıdan en yakın olan kişi veya onun yakınları talepte bulunabilecektir.[83] Yine bu görüşü savunan yazarlara göre, hayvana duygusal değer atfeden birden çok yakın arasından ise yalnızca hayvana duygusal açıdan en yakın olan kişinin talepte bulunması mümkün olacaktır. [84] Aksi yöndeki görüşe göre ise, hayvanı bulunduran birden çok kişi ile bu kişinin çok sayıdaki yakınlarından her biri ayrı ayrı talepte bulunabilmelidirler.[85] Gerçekten de hükmün amacının hayvanın ölümü nedeniyle ortaya çıkan duygusal değer kaybının telafisi olduğu dikkate alındığında, talepte bulunma hakkının yalnızca bu kişilerden bir tanesine tanınması kabul edilemez.

İBK m. 43/1bis hükmü, hayvanın duygusal değerinin hâkim tarafından "makul" biçimde dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, öğretide hâkimin göz önünde bulundurması gereken çeşitli unsurlar önerilmektedir. Örneğin, hayvan ile geçirilen sürenin niteliği ve niceliği; mağdurun yaşı, sağlık durumu ve aile yapısı gibi kişisel yaşam koşulları; hayvanın sahiplenilmesi dâhil olmak üzere hayvana ilişkin özel durumlar ve insan ile hayvan arasındaki ilişkinin süresi hakim tarafından dikkate alınmalıdır.[86]

Her ne kadar İBK m. 43/1bis hükmü hayvanın yalnızca ölümü halinde değil, yaralanması durumunda da duygusal değerinin dikkate alınmasına hükmetmiş ise de, kimi yazarlara göre hayvanın yalnızca yaralandığı hallerde hâkim duygusal değerin karşılanmasına hükmetmemelidir.[87] Zira yaralanan bir kişinin yakınlarının manevi taz-

83 Fellmann/Kottmann, N. 2605
84 Fellmann/Kottmann, N. 2608.
85 Schneider Kayasseh, s. 153
86 Schneider Kayasseh, s. 158 vd.
87 Bu görüşte bkz. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89b; Chappuis, HAVE 2004, s. 95. Aksi görüşte bkz. Krepper, AJP 2008, s. 712. Chappuis'ye göre zarar gören hayvanın duygusal değeri hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının ödettirilmesi suretiyle dikkate alınmış olur. Chappuis, HAVE 2004, s. 96. Fellmann/Kottmann'a göre de hayvanın kalıcı hasara yol açmayan şekilde yaralanması halinde de İBK

minat talepleri istisnai haller dışında kabul edilmemektedir. Oysa bir hayvan söz konusu olduğunda, meydana gelen zarar genellikle daha hafif olmakta ya da daha ağır olsa bile kısa süre içerisinde ötenazi yoluna gidilmektedir.[88] Ancak hayvanın ölümü durumunda, hayvanı bulunduranın (veya yakınlarının) hayvanla yakın ilişki içinde olması sebebiyle duyacağı acı ve üzüntü dikkate alınarak İBK m. 43/1[bis] hükmünün uygulanabileceği savunulmaktadır.[89]

Tartışmalı konulardan bir diğeri de, duygusal değerin dikkate alındığı hallerde bu değerin faile ödettirilecek tutarın belirlenmesinde ne ölçüde etkili olacağına ilişkindir. Bu çerçevede kimi yazarlara göre, zarar gören hayvanı elinde bulundurana (veya onun yakınlarına) ödenecek tutar, zarar gören bir insanın kendisine ödenen tutardan düşük olmalı[90], hatta ihlal edilen duygusal değerin etkisi yalnızca cüzi miktarda olmalıdır.[91] Bu görüşü eleştiren yazarlar ise cüzi miktarda bir ödeme yapılması görüşünün kanun değişikliğinin amacı ile örtüşmeyeceğini savunmaktadırlar.[92] Hatta kimi yazarlara göre, hükmedilecek tutar, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, bir kimsenin çocuğunun ölmesi durumunda hükmedilecek tutara kadar çıkartılabilir.[93]

---

m. 42/3 hükmünün mağdura sunmuş olduğu, hayvanın piyasa değerini aşan tedavi masraflarının talep edilebilmesi imkânı yeterli kabul edilmelidir. Fellmann/Kottmann, N. 2600. Ancak, yazar bir kimsenin hayvan ile sürdürdüğü ilişki uzun vadeli olarak ve çok ciddi biçimde zarar görmüş ise bu halde hayvanın duygusal değerine dayalı bir talep ileri sürülebilmesinin mümkün olacağı görüşündedir. Fellmann/Kottmann, N. 2599.

88 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89b; Brehm, HAVE 2003, s. 121. Hayvanın yaralanması halinde, ihlalin giderime hükmedilmesini gerektirecek ölçüde ciddi olmayacağı görüşünde ayrıca bkz. Chappuis, HAVE 2004, s. 95. Ancak yazar ötenazi durumunda, hayvanın ölümü gerçekleşeceğinden giderim istenmesinin mümkün olacağı görüşündedir. Chappuis, HAVE 2004, s. 95.

89 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89c

90 Brehm, HAVE 2003, s. 122. Brehm'e göre bir hayvanın yalnızca yaralandığı hallerde hayvan sahibinin hayvana verdiği duygusal değer azalmayacak, hatta artacaktır. Brehm, HAVE 2003, s. 121.

91 BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89g; Brehm, HAVE 2003, s. 122; Chappuis, HAVE 2004, s. 95; Fellmann/Kottmann N. 2596. Zira Brehm'e göre, insanlardan farklı olarak, ölenin bir hayvan olması durumunda yerine yenisinin satın alınabileceği de dikkate alınmalıdır. Yazara göre, her hayvanın kendi karakteri olsa da, iki hayvan arasındaki benzerlik iki insan arasındaki benzerlikten daha fazladır. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89g; Brehm, HAVE 2003, s. 122.

92 Schneider Kayasseh, s. 169.

93 Strunz, s. 98. Eleştirisi için bkz. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89h.

Son olarak, İBK m. 43/1bis hükmüne dayalı olarak duygusal değerin talep edilebilmesi için, sorumluluğun genel şartlarının sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, duygusal değerin tazmin edilebilmesi için, hayvana duygusal değer veriliyor olması; duygusal değer kaybı yaşanması; hayvana verilen zararın hukuka aykırı olması ve davalının fiili ile davacının yaşamış olduğu duygusal değer kaybı arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir. [94]

D. Değerlendirme

İBK m. 43/1bis hükmü ile yapılan düzenleme, İsviçre'de hayvanlara verilen toplumsal değerin bir yansımasıdır. Özellikle, kanun koyucunun İsviçre hukukunun çeşitli alanlarında yapmış olduğu değişiklikler bir arada değerlendirildiğinde, hâkime verilmek istenen mesaj, hayvanlara zarar verilmesi durumunda manevi tazminata (veya İsviçre hukukundaki ifadesiyle giderime) hükmetmekten imtina etmemesidir.

Bir kimsenin herhangi bir maddi çıkar beklemeksizin evinin içerisinde beslediği hayvanına verilen zarar, hayvanın bakımını üstlenen kişide ve bu kişinin yakınlarında derin üzüntüye yol açmaktadır. Bu durumu göz önünde tutan kanun koyucu, tıpkı kişilik hakkı ihlallerinde olduğu gibi bu halde de mağdura ödenecek bir miktar para ile mağduriyetinin hafifletilmesini amaçlamıştır. İBK m. 43/1bis hükmünün yorumlanmasında ve uygulanmasında da bu esas göz önünde tutulmalıdır.

İBK m. 43/1bis hükmü ile İBK m. 47 ve 49 hükümleri arasında bir benzerlik olduğu inkâr edilemez. Ancak İsviçre mahkemelerinin İBK m. 43/1bis hükmü öncesindeki uygulamalarına bakıldığında, hayvanı yaralanan kimseler bir yana, hayvanı ölen kişilerin dahi İBK m. 49'a dayalı taleplerinin reddedildiği görülmektedir. Örneğin, Thurgau Yüksek Mahkemesi (Obergericht), 1965 tarihli bir kararında[95], insanlar ve hayvanlar arasında yakın bir ilişki olsa dahi, bir hayvanın ölümünün, kanunun aradığı ciddiyette bir kişilik hakkı ihlaline yol açmaya-

94 Aargau, Bezirksgericht, 10.07.2013, E. 4.3.2, SG 2015 Nr. 1666. Failin kusurlu olması ise aranmaz bkz. Schneider Kayasseh, s. 147 vd.

95 SJZ 62/1966 s. 328.

cağını kabul etmiştir.[96] Bu durum, mevzuat zemininde ihtiyaç olmasa da, İsviçre mahkemelerinin içtihat değişikliğine gitmeye yönlendirilmesi için İBK m. 43/1bis hükmüne ihtiyaç bulunduğunun kanıtıdır.

Öğretide, İBK m. 47 ve 49 hükümleri çerçevesinde ölen veya ağır yaralananın yakınlarına nadiren ödeme yapıldığı gerekçesiyle, yakınların İBK m. 43/1bis hükmüne dayalı taleplerinin reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır.[97] Ayrıca, hayvanın yalnızca yaralandığı hallerde de hâkimin İBK m. 43/1bis hükmüne dayalı olarak duygusal değerin tazminine hükmetmemesi gerektiği savunulmaktadır. Kanımızca her iki görüş de hükmün amacını göz ardı etmektedir. Zira aralarındaki benzerliğe rağmen, İBK m. 43/1bis hükmü İBK m. 47 ve 49 hükümlerinden farklı, yeni bir hükümdür. O nedenle, söz konusu maddelere ilişkin esaslar İBK m. 43/1bis hükmü bakımından olsa olsa yol gösterici olabilir. Buna karşılık, bu maddeler gerekçe gösterilerek İBK m. 43/1bis hükmünün içinin boşaltılması kabul edilemez. Bu çerçevede, zarar görenin bir insan olması halinde giderim elde edilebilmesinin koşullarının daha zor olması da farklı bir yorumu haklı kılmaz. Zira İBK m. 43/1bis hükmü, hâkimin somut olayın tüm özelliklerini dikkate alarak giderim miktarını belirlemesini gerekli kılar. Bu çerçevede, zarar görenin bir insan olması durumunda daha zor koşullarda; fakat daha yüksek miktarda ödemelere hükmedilirken, zarar görenin bir hayvan olması durumunda daha kolay koşullarda; fakat daha düşük miktarda ödemelere hükmedilebilir. Hayvanın ölmeyip yalnızca yaralandığı hallerde ise bu miktarın görece daha düşük tutulması mümkündür. Ne var ki, hâkim her durumda somut olay bazında bir değerlendirme yapmalı ve bunu yaparken zararın derecesini ve buna bağlı olarak da talepte bulunan kişide yol açtığı etkiyi dikkate almalıdır. Nihayetinde ister giderim isterse tazminat adı altında olsun, bir ödemeye hükmedilebilmesi için hayvan bulunduranın veya yakınlarının bir şahısvarlığı değerinin ihlal edilmesi gerekli olup çok ufak yaralanmalarda giderime/tazminata hükmedilmemesi söz konusu olabilir. Somut olayda adaleti dağıtma görevinin hâkime verilmesinin sebebi, kendisinin bu muhakemeyi yapabilecek olmasıdır. O nedenle, hayvanın yaralandığı hallerde hayvan bulunduranların ve yakınlarının taleplerinin doğrudan doğruya reddedilmesi ne gerekli ne de isabetlidir.

96 Bkz. Chappuis, HAVE 2004, s. 93 dn. 9.
97 Bkz. yuk. III. B. 2.

IV. Türk Hukukunda Genel Olarak Manevi Tazminat ve Hayvanlara Verilen Zararlara Dayalı Manevi Tazminat İstemleri

A. Genel Olarak Manevi Tazminat Düzenlemesi

İsviçre Hukukunda zarar kavramının, fark teorisi uyarınca malvarlıksal bir azalmayı ifade ettiği kabul edildiğinden, [98] manevi zararların ("immaterieller Schaden") tazmini kural olarak reddedilmekte; fakat istisnai hallerde "manevi haksızlığa" ("immaterielle Unbill") uğrayan bir kimseye İBK m. 47 ve 49 çerçevesinde giderim/tatmin ("Genugtuung") isteme imkânı tanınmaktadır.[99] Ancak Türk Hukukunda "immaterielle Unbill" kavramının karşılığı olarak "manevi zarar" kavramı, bunun neticesinde talep edilen ve bir miktar paranın ödenmesini konu alan giderime ise "manevi tazminat" adı verilmektedir.[100]

Türk hukukunda manevi tazminat istemleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. ve 58. maddelerinde düzenlenmiştir. Ölüm ve bedensel zarar hallerini konu alan TBK m. 56[101], bedensel bütünlüğü zedelenen kişiler ile ölen veya ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarına manevi tazminat talep etme imkânı sunmaktadır.[102] Buna karşılık, TBK m. 58[103] ise genel olarak kişilik hakkının zedelenmesi durumlarında manevi tazminat istemlerini düzenlemektedir.

---

98 Schwenzer, N. 17.01; Schneider Kayasseh, s. 137.

99 BGE 87 II 290; Honsell/Isenring/Kessler, §8, N. 46; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 28.

100 Bkz. Kırca, Manevi Tazminat, s. 245; Gürsoy, s. 8.

101 "d. Manevi tazminat
Madde 56- Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.
Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."

102 Oysaki 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 47. maddesi, tıpkı İBK m. 47 gibi, ağır bedensel zarar durumunda zarara uğrayan kişinin yakınlarına manevi tazminat talep etme imkânı vermemekteydi.

103 "3. Kişilik hakkının zedelenmesi
Madde 58- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.
Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

B. Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat İstemleri

Türk Hukukunda zarar görenin yakınlarının tazminat istemleri iki farklı hükme dayalı olarak karşılanabilmektedir. Bu hükümlerden ilki, ağır bedensel zarar veya ölüm hallerinde mağdurun yakınlarına da manevi tazminat talep etme imkânı getiren TBK m. 56/2 hükmüdür. Bu hüküm, Türk-İsviçre hukuklarındaki yerleşik kural olan, yansıma zararların tazmin edilmeyeceği ilkesinin bir istisnasını konu almaktadır. [104] Zira kanunun açık hükmü, zarar görenin yakınlarının *yansıma suretiyle* maruz kaldıkları zararlarının tazmini bakımından hukuka aykırılık bağı teşkil eder.[105]

Türk hukukunda zarar görenin yakınlarına tazminat imkânı tanıyan ikinci düzenleme kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören kişiye manevi tazminat talep etme imkânı tanıyan TBK m. 58 hükmüdür. Zira bir yakının zarar uğraması, bir kimsenin şahısvarlığı değerlerini de *doğrudan* ihlal ediyorsa bu halde TBK m. 58'e dayalı olarak tazminat talep edilebilir.

Eski BK, İsviçre hukukundaki düzenlemeye koşut biçimde bir kimsenin yakınlarının manevi tazminat talep edebilmelerinin yalnızca bu kişinin ölümü halinde mümkün olabileceğini ifade etmişti. Yargıtay ise çeşitli kararlarında, cismani zarar kavramının içerisinde ruhsal bütünlüğün de yer aldığını ve bir yakınının maruz kaldığı olay neticesinde, kendi ruhsal sağlığı bozulan kişinin de kişilik hakkı ihlali nedeniyle manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmekteydi. Ancak ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarının manevi tazminat taleplerinin hangi şartlarda ve hangi hükümler çerçevesinde söz konusu olabileceği tartışmalıydı.[106] Bugün ise TBK m. 56/2'nin açık düzenlemesi karşısında bu tartışmaya yer kalmamıştır.

---

104 BK-Brehm, Art. 47 OR, N. 132; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat, İstanbul 2014, s. 261, 279.

105 Haksız fiil hukukunda yansıma zararların tazmini, normun koruma amacı kuramı ve hukuka aykırılık bağı hakkında bkz. Yeşim M. Atamer, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Beta, İstanbul 1996, s. 70 vd.; Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, XII Levha, İstanbul 2016, s. 312 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014, s. 595 vd.; Çiğdem Kırca, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, BTHAE, Ankara 2004, s. 9 vd.

106 Yargıtay'ın bu hallerde TBK m. 58'e tekabül eden eBK m. 49'a dayalı olarak tazminata hükmettiği kararlar için bkz.. Yarg. 4. HD., E. 2001/4012, K. 2001/8028, T. 17.9.2001; Yarg. 4. HD., E. 2007/11865, K. 2008/10360, T. 16.9.2008. Ayrıca bkz.

C. Hayvanlara Verilen Zararlar Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi

1. Yargıtay'ın Görüşü

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk Hukukunda "immaterielle Unbill" kavramının karşılığı olarak "manevi zarar" kavramı, bunun neticesinde talep edilen ve bir miktar parayı konu alan giderime ise "manevi tazminat" adı verilmektedir. O nedenle Türk hukuku bakımından sorulması gereken soru, evcil hayvanına zarar verilen bir kimsenin, bu zarar nedeniyle failden manevi tazminat isteminde bulunup bulunamayacağıdır.

Yargıtay çeşitli kararlarında haksız fiil sonucu hayvanı ölen kişilerin manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Mahkemeye göre, bir kimsenin köpeğinin tüfekle vurularak öldürülmesinden[107] veya ineklerinin çalınarak kesilmesinden[108] ya da elektrik idaresine ait elektrik direğinin bağlantı hattının koparak orada otlayan ineğinin çarpılmasına sebep olmasından[109] *"doğan zararı davacının iç huzurunu bozacak ni-*

Yarg. HGK, E. 1998/4-251, K. 1998/265, T. 1.4.1998: "Bu bağlamda BK.nun 49. maddesindeki düzenleme itibariyle, kişinin bizzat değil de, yakınlıklarının (karı-koca, ana-baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağının zarar gördüğünün kabulü gerekir." Yargıtay'ın kimi kararlarında ise ağır bedensel zarar halinde tazminata hükmederken TBK m. 56/2'ye tekabül eden (fakat ağır bedensel zararların tazminine ilişkin istisnaya yer vermeyen) eBK m. 47'ye dayandığı görülmektedir. Örnekler için bkz. Yarg. HGK, E. 1995/11-122, K. 1995/430, T. 26.4.1995; Yarg. 21. HD., E. 2003/4754, K. 2003/5612, T. 12.6.2003; Yarg. 21. HD., E.2003/9485, K. 2003/9701, T. 1.12.2003. Bu çerçevede Yargıtay söz konusu talebi kimi kararlarında eBK m. 47'ye, kimi kararlarında ise eBK m. 49'a dayandırmakla kalmamış, eBK m. 47'ye dayalı olarak tazminata hükmettiği kimi hallerde yakınların yansıma değil, doğrudan zarara uğradıklarını kabul etmiştir. Örneğin, bkz. Yarg. HGK, E. 1995/11-122, K. 1995/430, T. 26.4.1995; Yarg. 21. HD., E.2003/9485, K. 2003/9701, T. 1.12.2003. eBK döneminde, ağır bedensel zarar hallerinde zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacaklarına ilişkin olarak ileri sürülmüş görüşler için ayrıca bkz. Seda İrem Çakırca "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", *Journal of Yaşar University*, C. 8, S. Özel, 2013, s. 785-807, s. 786 vd.

107 Yarg. 4. HD., E. 2015/16384, K. 2016/6381, T. 9.5.2016; Yarg. 4. HD., E. 2014/11340, K. 2014/14928, T. 10.11.2014. Benzer şekilde bkz. Yarg. 4. HD. E. 2014/8134, K. 2015/3858 T. 30.3.2015; Yarg. 4. HD., E. 2014/7670, K. 2014/8473, T. 22.5.2014.

108 Yarg. 4. HD., E. 2013/17800, K. 2014/14023, T. 27.10.2014.

109 Yarg. 3. HD., E. 2012/18288, K. 2012/23291, T. 12.11.2012.

telikte bir olgu değildir. Manevi tazminatın koşullarını düzenleyen Borçlar Yasası'nın 49. maddesine göre hayvanın uğradığı zarar kişinin sosyal, fiziki ve kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak benimsenemez."

Kanaatimce Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen yerleşik içtihadı çağın gereklerinin gerisinde kalmıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, köpeği başkasına ait bir köpek tarafından öldürülen bir kimsenin manevi tazminat istemi reddettiği 2005 tarihli bir kararında[110] yazılan karşı oy, meselenin esasını hakkıyla ortaya koyduğundan burada alıntılanmasında fayda vardır: *"Davacıya ait köpeğin ölümü nedeniyle manevi tazminat isteminin reddine ilişkin olan sonuca katılamıyorum. Sorun, bir kimsenin evinde baktığı, sahiplendiği, birlikte yaşadığı evcil bir hayvanın ve özellikle köpeğin ölümünden dolayı manevi tazminat isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.*

Bilindiği üzere, kedi, köpek, kuş gibi evcil hayvanlar sahiplerine ekonomik bir yarar sağlamayan, salt kişinin duygu ve ruh alanını ilgilendiren ve bu amaçla beslenen, bakılan hayvanlardır. Kişinin bunlardan hiçbir ekonomik çıkarı olmadığı gibi, onlar için önemli ölçüde giderler yapmakta, özellikle köpeğin beslenme giderleri yanında onu her gün gezdirmekte, seyahatlerinde birlikte götürmek zorunda kalmaktadır. Bu tür hayvanlar adeta sahibi ve ev halkı ile bütünleşmekte ve ev halkından biri gibi görülmektedir. Diğer hayvanlardan farklı olarak ev halkı ile birlikte aynı evde, aynı odada yaşamaktadırlar. Böylece, ev halkı ile köpek arasında bir sevgi bağı, duygusal bir ilişki ve uzlaşma, anlaşma, birbirine pozitif enerji verme sonucu da doğmaktadır. Bu sonuç, hem köpeği ve hem de sahibini mutlu kılmakta ve yaşama bakışını olumlu yönde gelişmesini sağlamaktadır. Sosyolojik ve psikolojik olarak, köpeğin sahibi üzerinde sağlık sorunlarını olumlu yönde geliştirdiği de bilinmektedir. Bunun içindir ki, bu tür hayvanların beslenmesi, bakılması, ev halkı ile birlikte yaşaması önem ve özellik taşımaktadır. Bunun içindir ki, diğer hayvanlardan, bu bağlamda, etinden sütünden ve diğer ürünlerinden yararlanıldığı için bu amaçla beslenen ve bakılanlardan ayrı bir yeri ve bakılma amacı bulunmaktadır. Salt kişinin ruh yapısı üzerindeki etkisi nedeniyle beslenip bakılmaktadırlar.

---

110 Yarg. 4. HD., E. 2004/9526, K. 2005/3733, T. 11.4.2005.

Bu ölçüde olumlu katkıları olan bir canlının, evden yok edilmesi, herhangi maddi bir değeri olan bir hayvandan daha çok üzüntü yaratacağı ev halkı ve sahibinin duygusal ve sosyal kişilik değerlerini önemli ölçüde bozacağı tartışmasız kabul edilmelidir. Böyle bir sonuç, salt üzüntü değil, kişinin ruh yapısını da olumsuz etkileyecektir. Yerine koyacağı başka bir köpek, hiçbir zaman aynısı olmayacağı için sahibinin ruh ve duygusal dengesinin düzelmesini sağlayamayacaktır.

Uygulamada ve kişi yaşamında, köpeği ölen veya öldürülenin manevi tazminat isteyebileceği, kabul edilen bir olgudur. Bu nedenle yerel mahkemenin gerekçeden yoksun olarak varılan sonucu ve aynı sonucu uygun gören daire kararına katılamıyorum. Davacıya, köpeğinin ölümü nedeniyle manevi tazminat verilmek üzere kararın bozulması gerektiği düşüncesindeyim."

Yukarıda alıntılanan karşı oy yazısında haklı olarak ifade edildiği üzere, ticari amaç gütmeksizin beslediği hayvanı öldürülen bir kimse failden TBK m. 58'e göre manevi tazminat talep edebilmelidir. Her ne kadar bu mesele Türk hukukunda detaylıca incelenmemiş olsa da, İsviçre'de yapılan tartışmalar Türk hukuku bakımından da yol göstericidir.

2. Görüşümüz

Yargıtay'ın yukarıda anılan kararlarındaki görüşü en nazik anlatımla çağdışı bir düşüncenin yansımasıdır. Zira Yargıtay bir kimsenin evcil hayvanına beslediği sevginin bir insana beslenilen sevgi kadar değerli olamayacağını ve bu nedenle de, bir kimsenin, evcil hayvanının ölümü halinde kendisine manevi tazminat ödenmesini haklı kılacak düzeyde acı ve üzüntü duyamayacağını kabul etmiştir. Oysa içinde yaşadığımız çağda bu görüş terk edilmiş olup birçok Avrupa ülkesinde hayvanların hukuki konumunu iyileştirme amaçlı yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Yukarıda anılan Yargıtay kararlarında varılan sonucun, olması gereken hukuk bakımından yanlış olduğu açıktır. Bir açıdan bakıldığında, Yargıtay'ın var olan hukuku uyguladığı ve TMK ve TBK hükümlerinin aksi yönde bir uygulamaya açık kapı bırakmadığı savunulabilir. Gerçekten de İMK m. 641a, İBK m. 42/3 ve İBK m. 43/1bis hükümleri mehaz kanunlara sonradan eklenmiş olup bu hükümlerin muadilleri

TBK ve TMK'da bulunmamaktadır. Ne var ki bu iddianın kabul edilemez olduğu İsviçreli hukukçuların İMK m. 641a, İBK m. 42/3 ve İBK m. 43/1bis hükümlerine ilişkin görüşlerinden yola çıkarak rahatlıkla ortaya konulabilir.

Öncelikle, İsviçre'deki kanun değişikliği gerekçesinde de ifade edildiği üzere, İMK m. 641a hayvanları hakkın süjesi haline getirmeyip yalnızca toplumdaki bir hassasiyeti bildirici niteliktedir. Ancak hayvanların herhangi bir eşya ile bir tutulmaması gerektiğini kabul etmek için Federal Mahkeme'nin de Yargıtay'ın da kanun koyucunun bildirimine ihtiyacı yoktur. Kaldı ki her iki hukuk sisteminde de diğer eşyalardan farklı olarak hayvanların korunmasına ve hayvanlara kötü muamele edilmesinin engellenmesine yönelik hukuki düzenlemelerin varlığı[111] gözlerini bu gerçeğe sımsıkı kapayan kişiye dahi hayvanların herhangi bir eşya ile denk tutulamayacaklarını haykırmaktadır.

İkinci olarak, İBK m. 42/3 hükmüne muadil bir hükmün bulunmaması karşısında, Türk hukukunda hayvanların piyasa değerini aşan tedavi masraflarının talep edilip edilemeyeceği meselesi ele alınmalıdır. İsviçreli hukukçuların bir kısmı, onarım masraflarının kimi hallerde eşyanın piyasa değerini aşabileceği ilkesinin zaten kabul edilen bir ilke olması sebebiyle, İBK m. 42/3 hükmüne ihtiyaç olmadığını savunmaktadırlar. Gerçekten de malın değerini aşan onarım masraflarının tazmin edilmeyeceği ilkesine yargı kararları ile çeşitli istisnalar getirilmiştir.[112] O halde hayvanların piyasa değerini aşan tedavi masraflarının da belli şartlar dahilinde tazmin edileceği ilkesinin mahkemelerce kabulü önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. 2003 yılında yapılan kanun değişikliği öncesinde, İsviçre mahkemelerinin, zarar gören bir hayvanın piyasa değerini aşan tedavi masraflarının tazminine hükmettikleri (yayınlanmış) herhangi bir mahkeme kararı bulunmamaktaysa da, Yargıtay'ın aksi yönde hareket etmesi mümkün ve de gereklidir.

Son olarak, herhangi bir ticari amaç beslemeksizin bakımını üstlendiği hayvanı ölen veya yaralanan kimsenin bu nedenle uğradığı manevi zararının tazminini talep edip edemeyeceği meselesi vardır. Bu bağlamda, cevaplanması gereken soru, -İsviçre hukukunda "mane-

111 Örneğin, 1 Temmuz 2004 tarihli ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu.
112 Bkz. yuk. II. B.

vi zarar" kavramı kabul edilmediğinden, bu istemin hukuki niteliğine ilişkin olarak yapılan tartışmalara girilmeksizin- evcil hayvanı zarar gören kişinin veya bu kişinin yakınlarının, failden manevi tazminat talep etme imkanına sahip olup olmadıklarıdır. Yargıtay, hayvanların yaralanması bir yana, ölmeleri halinde dahi bu yöndeki talepleri reddetmektedir. Peki bunun nedeni TBK'da İBK m. 43/1bis hükmüne muadil bir hükmün bulunmaması olabilir mi? Kanımızca bu sorunun cevabı da olumsuzdur. Yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre'de kimi hukukçular İBK m. 43/1bis hükmünün gerekliliğini sorgulamış ve duygusal değerin ikamesinin İBK m. 49'un şartları çerçevesinde de sağlanabileceğini savunmuşlardır. Kanımızca İsviçre hukuku bakımından da isabetli olan bu görüşün sonucu, Türk hakiminin de hayvan bulunduranların veya bunların yakınlarının manevi tazminat taleplerini TBK m. 58'e dayalı olarak kabul edebileceğidir. Bu bağlamda, hâkime düşen ilk görev, hayvanı ölen veya yaralanan bir kimsenin hiçbir surette manevi zarara uğramayacağı yönündeki yanlış yargısından vazgeçmektir. Böylelikle somut olay bazında bir değerlendirme yapılarak manevi zararın doğup doğmadığı ve buna bağlı olarak da tazminatın miktarı belirlenecektir. Örneğin, ufak yaralanmalar halinde mağdurun manevi zarara uğramadığının kabul edilmesi mümkün olabilir. Şüphesiz çoğu durumda, bir kimsenin köpeğinin ölümü nedeniyle duyacağı acı ve üzüntü, çocuğunun ölümü nedeniyle uğrayacağı manevi zarardan daha az olacaktır. Ancak bu gerçek bir kimsenin evcil hayvanının ölmesi veya ağır yaralanması halinde manevi tazminat talep edemeyeceği anlamına gelmemelidir. Bu gibi hallerde hâkimin daha düşük miktarda tazminata hükmetmesi çözümünün benimsenmesi yerinde olacaktır.

Kaynakça

Arnet Ruth/Belser Eva Maria, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, (Peter Breitschmid/Alexander Rumo-Jungo (ed.)), Schulthess, Zürich 2012. (CHK-Arnet/Belser)

Atamer Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Beta, İstanbul 1996.

Brehm Roland, Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, (Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (ed.)), Stämpfli, Bern 2013. (BK-Brehm)

Brehm Roland, "Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO)", HAVE - Haftung und Versicherung 2003, s. 119-122. (Brehm, HAVE 2003)

Chappuis Guy, "Les nouveaux droits du détenteur de l'animal tué ou blessé. Nouveaux, vraiment?", HAVE - Haftung und Versicherung 2004, s. 92-96. (Chappuis, HAVE 2004)

Chappuis Christine, "Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?", Le préjudice, une notion en devenir, (Christine Chappuis/Bénédict Winiger (ed.)), Schulthess, Geneve-Zürich-Bale 2005, s. 15-37.

Christoph Müller, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, (Andreas Fürrer / Anton K. Schnyder (ed.)), Schulthess, Zürich 2012 (CHK-Müller)

Çağlayan Aksoy Pınar, Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, XII Levha, İstanbul 2016.

Çakırca Seda İrem, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", Journal of Yaşar University, C. 8, S. Özel, 2013, s. 785-807.

de Poret Ombline, Le statut de l'animal en droit civil, Schulthess, Zürich 2006.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014.

Fellmann Walter/Kottman Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Stämpfli, Bern 2012.

Goetschel Antoine F./Bolliger Gieri, Das Tier im Recht, 99 Facetten der Mensch-Tier-Beziehung von A bis Z, Orell Füssli, Zürich 2003.

Gürsoy Kemal Tahir, "Manevi Zarar ve Tazmini", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 30, S., 1973, 1-4 s. 7-56.

Honsell Heinrich/Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess, Zürich 2013.

Huguenin Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 2014.

Kessler Martin A., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015. (BSK OR-Kessler)

Kırca Çiğdem, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", *Yargıtay Dergisi*, C. 25, S. 3, Temmuz 1999, s. 242-270. (Kırca, Manevi Tazminat)

Kırca Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, BTHAE, Ankara 2004.

Koçhisarlıoğlu Cengiz/Söğütlü Erişgin Özlem, "Hayvanın Hukuki Konumu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, *Yaşar Üniversitesi E- Dergisi*, C. 2, İzmir 2013, s. 1691-1724.

Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Parlamentarische Initiative, Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 25 Januar 2002, (https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/4164.pdf). (BB1 2002)

Krepper Peter, "Tierwürde im Recht - am Beispiel von Tiersuchen", AJP - Aktuelle Juristische Praxis 2010, s. 303-313. (Krepper, AJP 2010)

Krepper Peter, "Affektionswert-Ersatz bei Haustieren", AJP - Aktuelle Juristische Praxis 2008, s. 704-718. (Krepper, AJP 2008)

Michel Margot, "Chapter 4 Law and Animals: An Introduction to Current European Animal Protection Legislation", Animal Law: Reform or Revolution, (Anne Peter/ Saskia Stucki /Livia Boscardin (ed.)), Schulthess, Zürich 2015, s. 87-116.

Michel Margot/Schneider Kayasseh Eveline, "The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to go"; *Journal of Animal Law*, C. VII; s. 1-42.

Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess, Zürich 1995.

Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat, İstanbul 2014.

Petitpierre Gilles, "Réparation et dommage", Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, (Oliver Guillod/Christoph Müller (ed)), Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, s. 275-288.

Probst Thomas, "Der Ersatz immateriellen Schadens im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht", Strassenverkehrsrechts-Tagung 2010, (http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaires/CH_Probst/files/OR%20AT%20II%20Vorlesung/ImmatSchaden.pdf) (Erişim Tarihi: 22.08.2016)

Rey Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2008.

Schneider Kayasseh Eveline: Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres - unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S. Amerikanischen Rechts, Schulthess, Zürich 2009.

Schönenberger Beat, Kurzkommentar Obligationenrecht, (Heinrich Honsell (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015. (KUKO OR-Schönenberger)

Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Stämpfli, Bern 2012.

Steinauer Paul-Henri, "Tertium datur?", Figures juridiques Rechtsfiguren, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l'occasion de son soixantième anniversaire / K(l) eine Festschrift für Pierre Tercier zu seinem sechzigsten Geburtstag, (Peter Gauch / Pascal Pichonnaz (ed.)), Schulthess, Zurich-Bale-Geneve 2003, s. 51-60.

Strunz Catherine, Die Rechtsstellung des Tieres, insbesondere im Zivilprozess, Schulthess, Zürich 2002.

Wiegand Wolfgang, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2011. (BSK ZGB-Wiegand)

GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAVRAMINA BİR BAKIŞ

THE INSTITUTION OF LIQUİDATED DAMAGES FROM A POINT OF VIEW

Şafak PARLAK BÖRÜ*

Özet: Götürü tazminat uygulamada ortaya çıkan, zaman içinde doktrinde de genel olarak kabul görmüş bir kurum olmakla birlikte, halihazırda yasal olarak düzenlemeye kavuşturulmuş değildir. Konuya ilişkin Kıta Avrupası hukukunda çok az bilimsel çalışma yapılmıştır. Bunun temel nedeninin ceza koşulu kurumunun yaygın uygulaması olduğu söylenebilir. Buna karşılık, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise götürü tazminata ilişkin köklü bir uygulama ve kapsamlı bilimsel çalışmalar söz konusudur. Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden kararlaştırılmasıdır. Hukuki nitelik olarak, tek tarafa borç yükleyen, sui generis nitelikte bir anlaşmadır.

Anahtar Kelimeler: Götürü Tazminat, Kıta Avrupası Hukuku, Sui Generis Anlaşmalar, Zarar, Tazminat, Yan Anlaşma

Abstract: The liquidated damages is an institution, which appeared in practice and accepted in the doctrine generally, but has not protected by the legal provisions yet. There are just a few scientific studies regarding this subject in the common law. The main reason is the prevailing application of penal clauses in the agreements in civil law. Conversely, there is a long-established practice and there are comprehensive studies regarding the institution in the common law system. Liquidated damages is such an institution, that the parties agree on the amount of compensation in advance regarding the damage possibly to happen according to the breach of the contract. As to the legal nature, the liquidated damages contract is a unilateral and sui generis agreement.

Keywords: Liquidated Damages, Civil Law, Sui Generis Contracts, Damage, Compensation, Subsidiary Agreement

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Sözleşmeler hukukunda, özellikle uluslararası sözleşmelerde (spesifik olarak inşaat ve sigorta sözleşmelerinde) yaygın olarak kendisine başvurulduğu görülen götürü tazminat hakkında ülkemizde halihazırda pek az bilimsel çalışma yapılmıştır. Diğer Kıta Avrupası ülkelerinde de durum benzerlik arz etmektedir. Bunun temelinde yatan sebebin, Kıta Avrupası hukuk sisteminde var olan ceza koşulu kurumunun götürü tazminatın önüne geçmesi olduğu söylenebilir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise aksine götürü tazminata ilişkin köklü bir uygulama ve kapsamlı bilimsel çalışmalar söz konusudur. Götürü tazminatın anılan hukuk sisteminde bu denli yaygın olmasının sebebi ise bu hukuk sisteminin ceza koşulu kurumunu reddetmesidir.[1]

Sözleşmeden doğan sorumlulukta ifa menfaatinin (asli/yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi) sağlanmasının yanısıra ifa menfaatine ulaşmanın mümkün olmadığı veya istenmediği durumlarda zararın karşılanması (tali edim yükümlülüğünün yerine getirilmesi) gibi hususlar önem arz eder. İşte, götürü tazminat (anlaşması) ve ceza koşulu (cezai şart) bu konulara ilişkin olarak karşımıza çıkan ancak farklı yapı ve özelliklere sahip iki yan anlaşmadır.[2]

Tazminatta esas olan zarar görenin zararının karşılanmasıdır. Zarar görene ödenecek tazminatın hesaplanmasına ilişkin ölçütler TBK m.50 vd.'da belirtilmiştir. Anılan bu hükümler TBK m.114/II uyarınca sözleşmeden doğan sorumluluk alanında da uygulanır. Söz konusu hükümler emredici nitelik taşımamaktadır.[3] Nasıl ki, taraflar, sözleşmenin diğer tarafını, şeklini seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğüne sahip ise; yine sözleşme özgürlüğü çerçevesinde borçlu tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin (muhtemel zarar) giderilmesine yönelik olarak borçlunun alacaklıya ödeyeceği tazminatı aralarında yapacak-

---

1 Bkz. Larry A. Dimatteo, 'Behavioural Case for Contractual Penalties under the Common Law', *European Review of Private Law*, 3-2015, s.327.

2 Theres Oertli, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz (unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe), Luzern 2004, N.1-2, s.1; Berk Kapancı, 'Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi', Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.655.

3 Kapancı, s.655.

ları bir anlaşma ile baştan belirleyebilirler.[4] Bu anlaşma kapsamında yerine getirilecek edim 'götürü tazminat' olarak adlandırılmaktadır. Götürü tazminat anlaşması ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır.[5] Bu anlaşmanın kendine özgü (sui generis) bir anlaşma olduğu kabul edilmektedir.

II. GÖTÜRÜ TAZMİNAT

A. Tanım ve Kavram

Götürü tazminat (liquidated damages, Schadenpauschalierung), sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden belirlenmesidir.[6] Götürü tazminatın kararlaştırıldığı işleme ise götürü tazminat anlaşması denir ki; bu anlaşma kendine özgü nitelikte (sui generis)[7] bir yan anlaşmadır. Söz konusu yan anlaşma taraflar arasındaki asıl sözleşmenin bir kaydı olabileceği gibi, anlaşmanın ayrı bir sözleşme olarak da akdedilmesi mümkündür.[8]

---

4 Bir götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde, kural olarak zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m.50 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaz; tazminat, borçlusu tarafından götürü tazminat alacaklısına ödenir.

5 Ne 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ne de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda götürü tazminat kurumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda da götürü tazminata ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır (Oertli, N.13).

6 Oertli, N.20, s.8; Gerrit De Geest/ Filip Wuyts, 'Penalty Clauses and Liquidated Damages', Encyclopedia of Law and Economics, V.III, The Regulation of Contracts, Cheltenham-UK, 2000, p.141; Köksal Kocaağa, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, (BK m.158-161), Ankara 2003, s.49; Mehmet Erdem, 'Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi', Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.98; Tuba Birinci Uzun, Götürü Tazminat, Ankara 2015, s.68; Kapancı, s.656.

7 Erdem, s.109; Kapancı, s.657.

8 Götürü tazminatın kanun tarafından da öngörüldüğü hallere rastlamak mümkündür. Örneğin, iş hukukundaki ihbar tazminatı. Yine hakim görüş uyarınca TBK m.120'de öngörülmüş olan temerrüt faizinin de kanuni bir götürü tazminat olduğu kabul edilmektedir (Bkz. Thomas Fischer, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998, s.95; Oertli, N.366 ve dpn.562'de anılan yazarlar; Erdem, s.99; Kapancı, s.657, dpn.4; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 14.Bası, İstanbul 2016, s.491). Ancak kanun tarafından belirlenen bu götürü tazminat bünyesinde sözleşmesel götürü tazminattan farklı bir nitelik barındırmaktadır: Zira faizin talep edilebilmesi, zararın varlığının

Götürü[9] ve tazminat sözcüklerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulan götürü tazminat kavramı[10], tazmin edilmesi gereken zarar miktarının önceden ve götürü olarak kararlaştırılmasını ifade eder. Burada taraflar önceden, ilerde meydana gelebilecek olası sözleşme ihlallerinden doğabilecek zararın tazminini konu alan bir anlaşma yapmaktadırlar.[11] Götürü tazminat anlaşması tek tarafa borç yükleyen bir ilişki meydana getirir ki; bu anlaşmanın konusu asıl sözleşmeden doğan borca aykırılık halinde borçlu tarafından ödenecek tazminat edimidir. Bu tazminat ediminin miktarı baştan öngörülebilen (ex ante) zarar değeri üzerinden kararlaştırılmaktadır. Bu şekilde taraflar somut zararın miktarı konusunda doğabilecek olası ihtilafı baştan barışçıl şekilde çözümleme yolunu tercih etmiş olmaktadırlar.[12]

---

ispat edilmesini gerekli kılmaz. Bu hususta kanun tarafından bir kesin karine öngörülmüş olduğu ifade edilebilir, zira para borcunun ifasındaki gecikme paranın değer etkilenmesine bağlı olarak büyük olasılıkla bir zarar meydana getirecektir. Zararın varlığının ispat edilmesi gerekli olmamakla birlikte, daha fazla zarara uğradığını (aşkın zararını) ispat eden alacaklı TBK m.122 uyarınca talebini ileri sürebilecektir. Anılan hüküm (TBK m.122) kanun tarafından öngörülen bu götürü tazminatın kısmen nispi (sadece alt limit belirlenmiş, üst limit açık bırakılmış) bir nitelik taşıdığına işaret etmektedir (Bkz. Kapancı, s.657, dpn.4). Fischer de meydana gelen aşkın zararın istenebilmesi imkanı nedeniyle, temerrüt faizinin asgari bir (götürü) tazminat olarak ifade edilebileceğini belirtmektedir (Fischer, s.95).

9 'Götürü' işin veya malın ücretinin taraflarca önceden kararlaştırılarak tahmin olunan değere göre belirlenmesi, yapılacak işin veya alınacak malın ayrıntısı ile hesap edilmeyip yuvarlak bir bedele gore yapılması veya alınması olarak tanımlanmaktadır (Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 10.Bası, Ankara 2011, s.480).
Bir başka tanımda ise 'götürü', fiyatı veya ücreti toptan belirlenen iş vb. olarak ifade edilmektedir (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5895ee8bb804a3.79594229, erişim tarihi: 05.11.2016).

10 Götürü tazminat kavramı doktrinde daha ağırlıklı olarak tercih edilmekle birlikte, bazı çalışmalarda götürü tazminat kavramı yerine 'belirlenmiş tazminat' kavramının kullanıldığı görülmektedir (Bkz. Ayça Akkayan Yıldırım, 'Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXI, S.1-2, 2003, s.387 vd). Uygulamaya baktığımızda ise, Yargıtayın bazı kararlarında götürü tazminatı 'kira tazminatı' olarak adlandırdığı görülmektedir (Bkz. Y.15.HD, E.1990/300, K.1990/3422, T.18.9.1990; Y.15.HD, E.1993/5803, K.1994/3856, T.13.6.1994, Y.15. HD, E.1998/1797, K.1998/2279, T.28.05.1998).

11 Oertli, N.19.

12 Roland Bentele, Die Konventionalstrafe nach Art.160-163 OR, Freiburg 1994, s.19; Kocaağa, s.52; Kapancı, s.658; Hasan Seçkin Ozanoğlu, 'İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.1-2, 1999, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf), s.91.

B. Unsurları

Götürü tazminattan bahsedebilmek için, öncelikle taraflar arasında sözleşmeden doğan geçerli bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Bu borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden belirlenmesi suretiyle, götürü tazminat anlaşması asıl sözleşmeye bağlı, bir yan anlaşma olarak ortaya çıkmaktadır. Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği bir yükümlülüğün ihlal edildiği haller için kararlaştırılır.[13] Götürü tazminat anlaşması, sözleşmeden doğan asıl borç ilişkisinin içerdiği bütün yükümlülüklere ilişkin olabileceği gibi, bazı yükümlülüklere veya tek bir yükümlülüğe de ilişkin olabilir. Bu anlaşmanın ilgili olduğu sözleşmesel yükümlülüğün belirlenmesi önem arz eder[14], zira götürü tazminatın talep edilebilmesi için, münhasıran götürü tazminat anlaşmasında belirtilen yükümlülüğün ihlal edilmiş olması gerekir.[15]

Götürü tazminattan bahsedebilmek için varlığı aranan diğer bir unsur, asıl borç ilişkisinin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının ihlalden doğan zararını gidermeye yönelik olarak borçlu tarafından alacaklıya ödenecek tazminatın taraflarca[16] baştan götürü bir edim olarak kararlaştırılmasıdır.[17] Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmadığı hallerde, götürü tazminat anlaşmasından bahse-

13 Oertli, N.36.

14 Hangi yükümlülüğün ihlali için götürü tazminat kararlaştırılmış olduğu konusunda tarafların gerçek iradeleri tespit edilemiyorsa, güven prensibi çerçevesinde farazi iradeleri belirlenmelidir (Erdem, s.101'den naklen).

15 Aksi takdirde, yani borçlu tarafından ihlal edildiği tespit edilen yükümlülük götürü tazminat anlaşmasının bağlı bulunduğu asıl borç değilse, TBK m.50 vd. hükümleri uyarınca zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi gündeme gelir.

16 Taraflar götürü tazminat ediminin kapsamının belirlenmesini üçüncü bir kişiye de bırakabilirler; örneğin götürü tazminat ediminin belirlenmesi uzman bir heyete bırakılabilir. Yine bu tespit sözleşmenin taraflarından birine de bırakabilir, ancak bu çok sık karşılaşılan bir durum değildir. Zira TMK m.23/I uyarınca kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği gibi; maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. Aksi takdirde, sözleşme özgürlüğünün sınırları aşılmış olacağı için götürü tazminat anlaşması TBK m.27 uyarınca kesin hükümsüz olur (Oertli, N.124; Birinci Uzun, s.73).

17 Oertli, N.43.

dilemez.[18] Götürü tazminat ediminin miktarı taraflarca doğrudan belirlenebilir. Bunun yanısıra, tarafların götürü tazminat ediminin kapsamının belirlenmesinde nasıl bir yöntem izleneceğini kararlaştırması da yeterlidir; bu durumda götürü tazminat edimi dolaylı olarak[19] belirlenmiş olur.[20] Götürü tazminat edimi kural olarak asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen zarar, deyim yerindeyse tipik beklenen zarar göz önüne alınarak kararlaştırılır.[21] Yine götürü tazminat miktarının bu tipik beklenen zarara ilişkin 'makul bir tahmin'[22] ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının makul bir zarar

---

18 Oertli, N.111. Götürü tazminat ediminin kararlaştırılmadığı hallerde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde, zararın hesaplanmasına ve tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak TBK m.50 vd hükümleri uygulama alanı bulur. Götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı hallerde ise anılan hükümler devre dışı kalır; sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda alacaklı borçludan kural olarak yalnızca götürü tazminat ediminin ifa edilmesi yönünde talepte bulunabilir, borçlu da kural olarak yalnızca götürü tazminat edimini alacaklıya ifa etmekle yükümlü olur.

19 Taraflar götürü tazminat ediminin kapsamının belirlenmesini sözleşme konusunun piyasa değeri, ifada gecikme süresi vb. objektif kriterlere bağlı kılabilirler. Bu tür düzenlemeler içeren anlaşmalara İsviçre uygulamasında sıkça rastlanmaktadır (Oertli, N.121).

20 Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun alacaklının uğradığı zararı tazmin edeceğine ilişkin bir sözleşme hükmünün götürü tazminat anlaşması olarak değerlendirilmesi ise yerinde değildir. Zira bu yönde bir sözleşmesel düzenleme, ifa edilecek tazminat edimine ilişkin hiçbir bilgi içermemektedir. Diğer bir deyişle, götürü tazminat ediminin miktarı belirli olmadığı gibi, belirlenebilir de değildir (Oertli, N.118; Birinci Uzun, s.72).

21 Oertli, N.119; Ozanoğlu, s.93; Kapancı, s.665.

22 Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage Motor Co Ltd (1915) A.C.79, 86-87 : '…The essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage…' (Matthew Bell/Richard Manly, 'Liquidated Damages and The Doctrine of Penalties: Rethinking The War on Terrorem', *The International Construction Law Review*, Part 4, October 2012, s. 396). Oertli, iyiniyet ve dürüstlük kuralları-na gore önceden belirlenmiş, beklenen zarara ilişkin değerlendirmelerin geçerli götürü tazminat kaydı niteliğinde olacağını ifade etmiştir: 'eine nach Treu und Glauben angemessene antizipierte Schadensschätzung' (Oertli, N.232). Konuya ilişkin ayrıca bkz. Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce, ICC Publishing, 1990, s.11; Neil Andrews /Malcolm Clarke/Andrew Tettenborn/Graham Virgo, Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies, London 2011, s.496; Oluwadamilola Odetola, ' Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position', *Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Policy,* Vol. 6:1, 2015, s.248 vd; Tess Wilkinson-Ryan, 'Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment', *Michigan Law Review,* Vol. 108, No.5, 2010, s.642.

tahmini olarak kabul edilebilmesi durumunda[23], bu edim geçerli bir götürü tazminat edimi olarak değerlendirilmelidir.

Götürü tazminata ilişkin bir anlaşma ancak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla meydana gelir.[24] Asıl borcun ihlal edilmesi halinde borçlunun götürü tazminat edimini ifa borcu altında olduğu kesin olarak belirlenmiş olmalıdır. Zira götürü tazminat edimi, götürü tazminat anlaşmasının objektif esaslı unsurudur; bu çerçevede, asıl borcun ihlal edilmesi durumunda götürü tazminat ediminin ödeneceği hususunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması durumunda, götürü tazminat gündeme gelmez.[25]

Götürü tazminat edimi, genellikle sözleşme ihlalinin belli bir türü için kararlaştırılır ise de, bazı hallerde götürü tazminat anlaşmasında ihlal türü üzerinde durulmaz. Bu gibi hallerde, sözleşmenin yorumlanması suretiyle farklı şekillerdeki sözleşme ihlali için de aynı götürü tazminat ediminin ödenip ödenmeyeceğine ilişkin değerlendirme yapılır. Örneğin, bir makinenin teslîminde temerrüde düşülmesi haline ilişkin olarak kararlaştırılan götürü tazminat edimi duruma bağlı olarak makinenin ayıplı olması halinde de ödenebilir. Çünkü makinenin zamanında teslim edilmemesi ile makinenin ayıplı olması nedeniyle işlevsiz hale gelmesi, yani kullanılamaması-makineden yararlanılamaması kural olarak aynı zarara yol açar; her ikisinde de makinenin kullanımından mahrumiyet gündeme gelir. Bunun tersi de düşünüle-

23 Götürü tazminatın makul bir zarar tahmini olup olmadığı, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı ana gore belirlenir. Ancak bu noktada önemle ifade etmek gerekir ki, bu soyut kriteri somut olaya uygulayabilmek o kadar kolay değildir. Önem arz eden husus, tahminin gerçekçi olmasıdır. Bu çerçevede, götürü tazminat anlaşmasının yapıldığı zamandaki ve yerdeki piyasa ve pazar koşulları, arz ve talep hususları, yine taraflara ait niteliklerin dikkate alınması gerekir. Bunun yanında, her iki tarafın da asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelen gerçek zarar ile götürü tazminat arasında söz konusu olabilecek belirli bir orandaki farklılığa katlanması, diğer bir ifadeyle hoşgörü göstermesi (hoşgörü sınırı) gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Ortaya çıkacak zararın önceden kesin şekilde tahmin edilmesi, bu yönde önceden miktar yönünden birebir örtüşen bir değerlendirme yapılması çoğunlukla mümkün değildir. Sonuç olarak, götürü tazminatın kararlaştırılması birtakım riskleri beraberinde getirir; taraflar bu yönde bir anlaşma yapmak istediklerinde, bu tür belirsizlikleri göze almak durumundadırlar (Ayrıntılı olarak bkz. Oertli, N.318; Birinci Uzun, s.76 vd).

24 Oertli, N.110.

25 Oertli, N.111.

bilir: Yani makinenin ayıplı olması halinde ödenmesi kararlaştırılan götürü tazminat edimi, duruma bağlı olarak makinenin tesliminde temerrüt hali için de geçerli olabilir.[26]

Asıl borç ilişkisinin tarafları kural olarak götürü tazminat anlaşmasının da taraflarını oluşturur. Buna gore, asıl borcun alacaklısı ve borçlusu kural olarak götürü tazminat ediminin de alacaklısı ve borçlusudur. Bu noktada, asıl borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin götürü tazminat ediminin alacaklısı veya borçlusu olup olamayacağı sorusu akla gelebilir. Doktrinde götürü tazminat ediminin alacaklısının asıl borç ilişkisinin alacaklısından farklı bir kişi olamayacağı ileri sürülmektedir. Çünkü götürü tazminat anlaşmasının yönelmiş olduğu amaç, asıl sözleşmenin ihlal edilmesiyle alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesi, alacaklının malvarlığının iyileştirilmesidir. Götürü tazminat ediminin ifasını talep etme hakkının üçüncü bir kişiye tanınması, götürü tazminat anlaşmasının amacına hizmet etmez.[27] Götürü tazminat ediminin borçlusu da, asıl sözleşmenin borçlusundan farklı bir kişi olamaz; aksi halde, artık götürü tazminat anlaşmasından değil, üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumundan söz etmek yerinde olur.[28] Çünkü TBK m.128/I uyarınca üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmesinden doğan zararı gidermekle yükümlü olur.

C. Hukuki Niteliği

1. Tek Tarafa Borç Yüklemesi

Asıl sözleşme ilişkisi çeşitlilik gösterse de, götürü tazminat anlaşması her zaman tek tarafa borç yükleyen bir ilişki meydana getirir.[29] Zira götürü tazminat anlaşması ile tazminat borçlusu, asıl borcu ihlal etmesi durumunda götürü tazminat edimini ifa borcu altına girer-

---

26 Oertli, N.127.

27 Oertli, N.117. Bununla birlikte, üçüncü kişi aleyhine bir durum yaratmamak koşuluyla, asıl sözleşmenin TBK m.129/II anlamında 'tam üçüncü kişi yararına sözleşme' olması halinde, götürü tazminat ediminin alacaklısının, asıl sözleşmenin alacaklısından farklı olarak, yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi olabileceği kabul edilmektedir (Oertli, N.116, dpn.143; Birinci Uzun, s.84).

28 Aynı yönde bkz. Birinci Uzun, s.84; ceza koşulu bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Kocaağa, s.133.

29 Kapancı, s.658; Birinci Uzun, s.87.

ken; götürü tazminat alacaklısının yerine getirmesi gereken herhangi bir borcu bulunmamaktadır. Götürü tazminat anlaşması bakımından tazminat alacaklısı olan tarafın asıl borç ilişkisi nedeniyle yerine getirmek zorunda olduğu asli edim yükümlülüğü, götürü tazminat ediminin karşılığını oluşturmaz; çünkü tazminat edimi asıl borç ihlal edildiğinde alacaklının uğramış olduğu zararın giderilmesine hizmet eder.

2. Kendine Özgü (Sui Generis) Nitelikte Olması

Bazı hallerde, sözleşmeler tamamen yahut kısmen kanunda öngörülen sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurlardan meydana gelirler. Bu nitelikteki sözleşmeler 'kendine özgü yapısı olan sözleşmeler' ya da 'sui generis sözleşmeler' olarak adlandırılır.[30] Kendine özgü yapısı olan sözleşmelerde taraflar tamamen yahut kısmen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurları yeni bir sözleşme yapmak amacıyla bir araya getirirler.

Götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlali halinde, alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak, borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden belirlendiği, asıl sözleşmeye bağlı bir yan anlaşma olarak tanımlanmaktadır.[31] Bu anlaşmanın unsurları, taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisinin bulunması, götürü tazminat olarak kararlaştırılan bir edimin bulunması ve asıl borcun ihlal edilmesi halinde götürü tazminat ediminin ödeneceği hususunda tarafların anlaşmasıdır. Götürü tazminat anlaşmasına ilişkin bu unsurlar, tamamen yahut kısmen yasa koyucunun öngörüp düzenlediği sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurlardır. Buna göre, götürü tazminat anlaşması kendine özgü yapısı olan, diğer bir deyişle sui generis nitelikte bir sözleşmedir.[32]

---

30 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I, 4.Bası, İstanbul 2008, s.11; ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2016, s.881 vd; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9.Bası, Ankara 2012, s.53.

31 Oertli, N.20; Erdem, s.98; Kapancı, s.656-657; Birinci Uzun, s.90; Kocaağa, s.49; Köksal Kocaağa, 'İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.74, 2008, s.150.

32 Doktrinde de ağırlıklı olarak götürü tazminat anlaşmasının sui generis nitelikte

3. Asıl Borca Bağlı Olması

Götürü tazminat anlaşması asıl sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkan tazminat borcunu konu edindiği için, asıl sözleşme ve götürü tazminat anlaşması arasında doğal olarak bir talilik ilişkisi mevcuttur.[33] Götürü tazminatın varlığı öncelikle bir asıl borcun var olmasını gerekli kıldığından, götürü tazminat doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlılık gösterir. Götürü tazminatın varlığı ve hukuki kaderi, asıl borcun varlığına ve hukuki kaderine bağlıdır. Götürü tazminat anlaşması çoğunlukla olduğu üzere taraflar arasındaki asıl sözleşmenin bir kaydı olarak yapılabileceği gibi, ayrı bir sözleşme olarak da yapılabilir.[34]

Götürü tazminatın fer'i niteliği, yani asıl borca bağlı olması -aşağıda değinileceği üzere- beraberinde birtakım hukuki sonuçlar doğuracaktır:

Götürü tazminat anlaşmasının şekline ilişkin olarak yasa koyucu herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermiş değildir. O halde, götürü tazminat anlaşması TBK m.12/I uyarınca kural olarak herhangi bir şekle bağla değildir. Bununla birlikte götürü tazminat anlaşması asıl sözleşmeye bağlı olduğundan, asıl sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için bir şekil şartı aranmakta ise, götürü tazminat anlaşması da aynı şekle uygun yapılmadıkça geçerli olmaz. Örneğin, işçinin işverenle yapacağı rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tabi olduğundan (TBK m.444), rekabet yasağının ihlal edilmesi haline ilişkin olarak akdedilen bir götürü tazminat anlaşmasının geçerliliği de yazılı olarak yapılmasına bağlıdır.

Götürü tazminat doğumu, devamı ve sona ermesi bakımından asıl borca bağlı olduğundan, götürü tazminatın geçerli olarak ortaya çıkması ve varlığını devam ettirebilmesi için, bağlı bulunduğu asıl borcun da geçerli olması gerekir. Eğer asıl sözleşme bir şekilde varlık kazanamamış veya geçerlilik gereklerinden birini yerine getirememiş olursa, götürü tazminat anlaşması da bundan etkilenir.[35] Yine asıl söz-

---

olduğu ifade edilmiştir; bu yönde bkz. Erdem, s.109; Kapancı, s.656-657; Birinci Uzun, s.90.

33 Erdem, s.100'den naklen.

34 Oertli, N.42; Erdem, s.102; Kapancı, s.657.

35 Asıl borç geçersiz ise, kural olarak, götürü tazminat da geçersiz olmakla birlik-

leşmeden doğan edim yükümlülüğünün borçlunun sorumlu olmadığı bir imkansızlık hali nedeniyle sona ermesi söz konusu olursa, götürü tazminat anlaşması da sona erecektir. Asıl sözleşmeden herhangi bir sebeple dönülmesi durumunda ise, kural olarak götürü tazminatın ödenmesi istenemez. Sözleşmeden dönülmesi halinde asıl borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı için, götürü tazminat da baştan itibaren ortadan kalkmış olur.[36] Örneğin, satıcının temerrüde düşmesi üzerine TBK m.125 çerçevesinde öngörülen seçimlik haklardan sözleşmeden dönmeyi seçen alıcı, artık götürü tazminatın ifasını isteyemez. Bununla birlikte, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde asıl sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle ortaya çıkacak menfi zararın tazminine yönelik olarak götürü tazminat anlaşması yapmak istemesi durumunda, buna bir engel yoktur. Bu halde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından sonra dahi götürü tazminat talebi mümkün hale gelir.[37]

Götürü tazminat anlaşması çerçevesinde talep edilebilecek götürü tazminat edimi, asıl sözleşmenin konu aldığı edim yükümlülüğüne bağlı olarak zamanaşımına uğrar. Ancak borca aykırılığın gerçekleşmesiyle birlikte, götürü tazminat edimi muacceliyet kazanır ve bağımsız hale gelir; bu andan itibaren götürü tazminat edimi için TBK m.146 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresi işleyecektir.[38]

Alacağın devri söz konusu ise; bu devir esnasında henüz muaccel olmamış bir götürü tazminat alacağı, asıl alacağın devri halinde kural olarak bu devrin kapsamı içindedir. Çünkü TBK m.189 gereğince alacağın devri ile, devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki önce-

---

te; tarafların irade serbestisi çerçevesinde, sözleşmenin geçersiz (kesin hükümsüz veya iptal edilebilir) olması hallerinde de geçerli olacak/geçerliliğini devam ettirecek bir götürü tazminat anlaşması yapılabileceği ya da sözleşme içerisinde yer verilmiş götürü tazminat kaydının sözleşme bir şekilde ortadan kalksa dahi hüküm doğuracağı kararlaştırılabilir (Kapancı, s.662). Götürü tazminatın geçersizliği konusunda ayrıntılı olarak bkz. Birinci Uzun, s.255 vd.

36 Bununla birlikte, dönmenin etkisinin hukuki olarak nitelendirilmesine ve iade yükümlülüklerinin saptanmasına ilişkin olarak doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Sonuçları bakımından farklılaşan bu görüşler ve götürü tazminatın bu görüşler çerçevesinde ele alınmasına ilişkin olarak bkz. Kapancı, s.662-664.

37 Doktrinde, böyle bir götürü tazminat anlaşmasının akdedilmiş olması halinde, götürü tazminatın talep edilmesinin sözleşmeden dönme şartına bağlanmış olduğu ifade edilmektedir (Erdem, s.101; Birinci Uzun, s.99).

38 Kapancı, s.662; Erdem, s.101.

lik hakları ve bağlı haklar devralana geçer. Devir ile devralana geçen yan haklar arasında devredene ait tazminat alacağı da yer alır.[39] Ancak götürü tazminat alacağı, asıl alacağın devrinden önce muaccel olmuş ise; artık bağımsız bir varlığa sahip olduğundan bunun asıl alacağı takip etmesi zorunlu değildir. Böyle bir götürü tazminat alacağı, eğer ki taraflarca ayrıca ve açıkça bu yönde bir kararlaştırma var ise, asıl alacakla birlikte devralana geçer. Aksi takdirde, alacağın devrinden önce muaccel olmuş bir götürü tazminat alacağı devredende kalır, yeni alacaklıya geçmez.[40]

Borcun üstlenilmesine ilişkin olarak; asıl borcun üçüncü kişi tarafından üstlenilmesi halinde, TBK m.198/I uyarınca borcun üstlenilmesinden önce muaccel olan götürü tazminatı ifa borcu da borcu üstlenen üçüncü kişiye-yeni borçluya geçer. Zira bağlı (yan) haklar kural olarak borçlunun değişmesinden etkilenmez. Özellikle eski borçlunun kişiliğine bağlı olmayan ve ona karşı doğmuş bulunan her türlü bağlı (yan) hak borcu üstlenene karşı da ileri sürülebilir. Bu nedenle, eski borçlunun bizzat getirmiş olduğu teminatlar, eski borçlu zamanında işlemiş ve muaccel hale gelmiş olan faiz, ceza koşulu ve sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat talepleri ile işleyecek faizler, borcu üstlenen bakımından da geçerli olur.[41] Bundan dolayı, tazminat alacaklısı götürü tazminatın ifasını borcu üstlenenden talep edebilir. Borcun üstlenilmesinden sonra götürü tazminatın muaccel olması söz konusu ise, burada götürü tazminatı ifa borcunun yeni borçluya ait olduğu hususunda tereddüte yer yoktur.

Götürü tazminat anlaşması ile amaçlanan, asıl sözleşmedeki edim yükümlülüğünün/yükümlülüklerinin ihlali halinde oluşacak zararın giderilmesi olduğu için, götürü tazminat ediminin ortaya çıkması, doğası gereği (per natura) asıl sözleşmenin ihlal edilmesi geciktirici

39 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.Bası, Ankara 2016, s.1264.

40 Birinci Uzun, s.92; temerrüt faizi bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Eren (Genel Hükümler), s.1264.

41 Eren (Genel Hükümler), s.1275. Oğuzman/Öz de, borcun dış üstlenilmesinden önce işlemiş faiz ödeme borcunun veya muaccel olmuş sözleşme cezası (ceza koşulu) ödeme borcuna ilişkin olarak benzer bir değerlendirme ile, bu borçların -dış üstlenme sözleşmesinden aksi anlaşılmadıkça-, asıl borçla birlikte yeni borçluya geçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 12.Bası, İstanbul 2016, s.610-611).

şartına bağlıdır.[42] Alacaklı sözleşmenin ifa edilmemesi durumu ortaya çıkana kadar, götürü tazminat ediminin ifasına yönelik bir talep ileri süremez; bu edim asıl sözleşmenin ifa edilmemesi gündeme gelene kadar ancak bir beklenen hak oluşturur. Ne zaman ki, asıl sözleşme konusu edim yükümlülüklerinin ihlali söz konusu olur, o zaman götürü tazminat edimi talep edilebilir hale gelir. Tekrar değinmekte fayda gördüğümüz bir husus olarak; sözleşme ihlalinin götürü tazminatı istenebilir kılması için, bu ihlalin götürü tazminat anlaşmasında 'öngörülmüş' olan (asli/yan) edim yükümlülüğüne ya da yan yükümlülüğe ilişkin olması gerekmektedir. Bu edim yükümlülüğü uygulamada çoğunlukla asli edim yükümlülüğü olacak ise de; tarafların aralarındaki anlaşmanın yorumlanması suretiyle, sözleşmedeki yükümlülüklerin tamamını konu alan bir götürü tazminat anlaşmasının da varlığı ortaya konulabilir.

D. İşlevleri

Taraflar birtakım amaçlar çerçevesinde götürü tazminat anlaşması yapmaya yönelirler. Bu amaçların belirlenmesi somut götürü tazminat anlaşmasının yorumlanması suretiyle mümkün olur.[43]

Götürü tazminat anlaşmasının temel amacı, asıl sözleşme ihlal edildiğinde, diğer bir deyişle borca aykırılık gündeme geldiğinde; (tipik beklenen zararın tespit edilmesi suretiyle) alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, alacaklıyı zararın miktarını ispat yükümlülüğünden kurtarmak, tazminatın miktarı konusunda onu belirsizlik içinde bırakmamak ve böylelikle asıl sözleşme bakımından da şeffaflık ve hukuki güvenliği sağlamaktır. Bu yönde bir anlaşma kuşkusuz alacaklıya ciddi bir avantaj sağlar niteliktedir.[44]

Götürü tazminat, tazminat kurumunun niteliği gereği, öncelikle sözleşmenin ihlal edilmesiyle alacaklının malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi, bu suretle alacaklının malvarlığının iyileştirilmesi amacına hizmet eder.[45] Ceza koşulunda olduğu

42 Erdem, s.101; Kapancı, s.665.
43 Oertli, N.69 vd.
44 Oertli, N.71.
45 Peter Benjamin, 'Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial

gibi, varlığının borçlu üzerinde baskı meydana getirip getirmediği konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş[46], götürü tazminatın, ceza koşulunun temel amacı olan borçlunun borca uygun davranmasını sağlamak, borçluyu borcuna uygun davranmasına yönelik baskı altına almak gibi bir amaca sahip olmadığını, bu yönde bir baskıya neden olmayacağını ileri sürmektedir. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise[47], götürü tazminat borçlu üzerinde -asli işlevi bu olmamakla birlikte- dolaylı olarak da olsa bir baskı yaratır. Götürü tazminatın kararlaştırılmış olması, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmesi hususunda motive olmasına katkı sağlar. Borçlu bakımından somutlaşmış bir edim (götürü tazminat), soyut bir kanuni düzenlemeye göre kural olarak daha güçlü bir psikolojik etki yaratır.[48] Bununla birlikte, götürü tazminat anlaşmasının temel amacı zararın karşılanmasında alacaklıya kolaylık sağlamak olduğundan, bu işlev ceza koşulunda olduğu kadar belirgin şekilde karşımıza çıkmaz. Ceza koşulu bakımından son derece önemli olan baskı unsuru, götürü tazminat anlaşması bakımından ancak dolaylı olarak ortaya çıkar. Sonuç olarak, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacı ceza koşulu bakımından belirleyici bir husus iken; bu amaç götürü tazminat bakımından aynı şekilde belirleyici bir husus olarak değerlendirilemez.

Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law', International and Comparative Law Quarterly, Vol.9, No.4, 1960, s.602; Kocaağa, s.53; Kocaağa (Götürü Tazminat), s.150; Wilkinson-Ryan, s.642-643; Oertli, N.81.

46 Gernhuber, s.761; Larenz, s.384 (Oertli, N.84, dpn.93'den naklen); Ozanoğlu, s.89. Erdem de benzer şekilde, götürü tazminat anlaşmasının, ceza koşulunun temel amacı olan borçlunun borcuna uygun davranmasını temin etmek, onu borcuna uygun davranmasına yönelik baskı altına almak gibi bir amaca sahip olmadığını ifade etmiştir. Ancak yine yazara göre, borçlu, borcun ihlali halinde ödeyeceği somut meblağı bilerek böyle bir baskı hissediyor olsa da, bu götürü tazminatın amacı olarak nitelendirilemez, belki doğal bir sonucu olarak ortaya çıkar (Erdem, s.102). Bu konuda Wilkinson-Ryan da, sözleşme ihlali olasılığını ve bunun sonuçlarını taraflar anlaşmalarının bir bölümü olarak belirliyor ve kararlaştırıyorsa; bu halde, tarafların sözleşmeyi ihlal etmeye daha yatkın olduklarını ve sözleşmenin ihlalini ahlaka aykırılık olarak değerlendirmeye daha uzak olduklarını ileri sürmektedir (Bkz. Wilkinson-Ryan, s.671).

47 Kapancı, s.666; Birinci Uzun, s.103; aynı yönde Oertli, N.84; Volker Beuthien, 'Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe', Festschrift für Karl Larenz zum 70.Geburtstag, München 1973, s. 497-498; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4.A, Zürich 1996, N.710.

48 Detlev Fischer, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt am Main 1981, s.170; Oertli, N.84; Erdem, s.102; Kapancı, s.666; Birinci Uzun, s.103.

Götürü tazminat anlaşması ile, taraflar sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit ederler. Böylelikle alacaklının zararın miktarını ispat etmesine gerek kalmamaktadır.[49] Götürü tazminat anlaşması ile, tazminatın hesaplanmasına ilişkin düzenlemeler getiren Türk Borçlar Kanunu sistematiğinden ayrılınmaktadır. Şöyle ki; TBK m.50 vd. uyarınca tazminat belirlenirken zarar doğduktan sonra (ex post) somut durumun koşulları dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmaktadır. Oysa götürü tazminat anlaşması ile götürü tazminatın miktarı zarar doğmadan önce (ex ante) tahmini olarak belirlenmekte[50]; hakimin bu alandaki belirleme ve değerlendirme yetkisi bertaraf edilmekte, hakimin belirleyeceği belirsiz bir tazminatın ne olabileceğine ilişkin riskten alacaklı kurtulmaktadır. Zararı ispat yükünden kurtulmak kuşkusuz ki tazminat alacaklısına büyük avantaj getiren bir durumdur.[51] Öte yandan götürü tazminatın kararlaştırılmış olmasının tazminat borçlusuna da birtakım avantajlar sağlayacağı göz ardı edilmemelidir. Zira sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın varlığı ve kapsamına ilişkin sorunlar çoğu kez karmaşıktır; tazminat alacaklısı ve borçlusu arasındaki bir uyuşmazlık nedeni olarak sıklıkla mahkeme önüne gelir. Götürü tazminat anlaşmasının varlığı halinde ise, borçlu da önceden kendisini neyin beklediğini, neyi hesap etmesi gerektiğini bilir; sözleşmeyi ihlal etmesi halinde götürü tazminat edimini ifa ederek tazminat ödeme borcundan kurtulabilir. Böylelikle taraflar arasındaki uyuşmazlık daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulabilir.[52]

---

49 Benjamin, s.604; Rea, S.A.Jr: 'Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages', *The Journal of Legal Studies,* Vol.13, No.1, 1984, s.159; Akkayan Yıldırım, s.398; Erdem, s.102; Kocaağa (Götürü tazminat), s.153. Oertli de zararı ispat yükünden muaf kılınmanın çoğunlukla götürü tazminat anlaşmasının akdedilmesinde temel hareket noktası, itici güç olduğunu belirtmektedir, bkz. Oertli, N.71. Aynı yönde Birinci Uzun, s.104; Mustafa Fadıl Yıldırım, 'Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve 'Al ya da Öde' Kaydının Hukuki Niteliği', İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2011, s.37.

50 Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri (TBK m.50 vd) uyarınca tazminatın belirlendiği hallerde, zarar doğduktan sonra (ex post), somut olaya ilişkin özellikler dikkate alınarak zarar hesaplanır ve tazminat belirlenirken; götürü tazminatın kararlaştırıldığı hallerde anılan hükümlerde belirtilen genel esasın dışına çıkıldığı, götürü tazminatın zarar doğmadan önce (ex ante) belirlendiği, bu tahminin de daha az güvenilir olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte, birçok olayda olayların akışı ve ilişkilerin seyrine göre, tarafların deneyimlerinden yola çıkarak makul tahminlerde bulunması gayet mümkündür (Bkz. Oertli, N.74).

51 Oertli, N.71; Birinci Uzun, s.104; Kocaağa (Götürü Tazminat), s.153.

52 Oertli, N.75, 76.

Götürü tazminat, aynı zamanda, asıl borç ilişkisi bakımından şeffaflığı ve hukuki güvenliği sağlama amacına da hizmet etmektedir. Taraflar götürü tazminat anlaşmasını akdederken, bu anlaşmanın bağlı kılındığı asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden belirlemeye çalışırlar; bu şekilde bir nevi menfaat-risk analizi yapabilmektedirler.[53] Öte yandan, götürü tazminat anlaşmasıyla olası bir uyuşmazlık durumunda zaman kaybının önüne geçilebildiği gibi, yine gündeme gelebilecek yargılama masrafları da çoğunlukla en aza indirilmiş olmakta, sinirleri yıpratan yargılama süreçlerinden de uzak kalmak mümkün olabilmektedir.[54] Zira bu şekilde olası uyuşmazlığın sonuçlarına ilişkin önceden bir değerlendirme yapılmış bulunmaktadır.[55] Böylelikle, her iki taraf için de sözleşmenin ihlal edilmesi halinde gündeme gelebilecek hukuki sonuçlara ilişkin belirsizliğin yerini, bir rakam (miktar) veya bir yüzdelik oran şeklinde olmak üzere net ve şeffaf bir düzenleme/belirleme alır.[56]

E. Türleri

Götürü tazminat anlaşması taraflar arasındaki sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Burada göz önüne alınacak husus, taraflardan birine, götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktardan farklı bir zararın ortaya çıkması halinde, buna ilişkin ispat yetkisi tanınıp tanınamayacağıdır.[57] Götürü tazminat anlaşmasında belirlenen miktarın aksini ispat etme imkanının olup olmamasına göre, dört farklı durum karşımıza çıkmaktadır: 1. Her iki taraf da götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. 2. Yalnızca borçlu taraf götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. 3. Yalnızca alacaklı taraf götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanına sahip olabilir. 4. Her iki taraf da bu imkandan yoksun olabilir. Burada hatırlatmak gerekir ki; taraflar götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanını

53 Rea, s.148; Wilkinson-Ryan, s.646-647; Erdem, s.102; Kapancı, s.666; Birinci Uzun, s.106.
54 Oertli, N.79.
55 Rea, s.159; Kapancı, s.666; Birinci Uzun, s.106.
56 Oertli, N.76.
57 Oertli, N.45.

kapsamlı bir şekilde düzenleyebilecekleri gibi, bunun yerine sınırlı bir ispat imkanı da kararlaştırmış olabilirler.[58]

Götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanının bulunup bulunmadığı veya bu imkanın kapsamı, ancak somut götürü tazminat anlaşmasının yorumlanmasıyla anlaşılabilir.[59]

Götürü tazminat anlaşmasının gündeme gelmesi durumunda, sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen zararın götürü tazminat miktarı kadar olduğu bir karine olarak kabul edilir. Anlaşmanın götürü tazminat miktarının aksini ispat etme imkanı verdiği hallerde, bu imkanın verildiği taraf, gerçek zararın götürü tazminat miktarından farklı olduğunu ispat etmek durumundadır.[60]

1. Nispi (Aksi İspat Edilebilen) Götürü Tazminat

Taraflar arasında nispi götürü tazminat anlaşması akdedilmişse, bu anlaşma çerçevesinde belirtilen götürü edim değeri sınırlayıcı değildir. Buna göre, zarar daha fazla şekilde ortaya çıkmışsa alacaklı, zarar daha az olduğunda borçlu gerekli ispat faaliyetini gerçekleştirmek suretiyle, götürü tazminat edim değerinde değişiklik yapılmasının yolunu açabilirler.[61] Bir başka deyişle, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktar ancak tazminat alacaklısı veya borçlusu, sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelen gerçek zararın götürü tazminat miktarından (daha fazla ya da daha az) farklı olduğunu ispat edemez ise ödenir.[62] Böylelikle tarafların sözleşmesel bir karine oluşturduklarını ifade etmek mümkündür.[63]

---

58 Oertli, N.47; Birinci Uzun, s.111.

59 Oertli, N.46. Güven teorisi çerçevesinde (TBK m.19/II) tarafların iradesinden nasıl bir anlaşma yaptıkları anlaşılamıyorsa, ortada bir nispi götürü tazminat anlaşmasının bulunduğu kabul edilmelidir. Böyle bir değerlendirme daha adil bir çözüme ulaşılmasını sağlayacaktır. Zira mutlak ve bazı durumlarda kısmen nispi götürü tazminat anlaşmaları -üst limit öngören- bir sorumsuzluk kaydı niteliği gösterecektir. Yasa koyucunun belirlediği olağan sorumluluk rejiminden bu yönde sapılması için, bu durumun taraf iradelerinden net şekilde anlaşılabilir olması gerekir (Kapancı, s.667).

60 Oertli, N.50-51; Benjamin, s.604; Birinci Uzun, s.112.

61 Kapancı, s.669'dan naklen.

62 Oertli, N.53.

63 Kapancı, s.669; Birinci Uzun, s.112; ayrıca bkz. Oertli, N.51.

Nispi götürü tazminat anlaşmaları zararın varlığı ve kapsamının ispatı konusunda ispat yükü dağılımı bakımından bazı değişiklikleri beraberinde getirmektedir. TBK m.50/I uyarınca zarar gören zararını ispat yükü altındadır. Buna göre zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini zarar gören taşır. Bununla birlikte, nispi götürü tazminat anlaşması söz konusu ise, sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarara uğrayan alacaklının zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini, götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırılmış olan miktara kadar tazminat borçlusu taşır.[64] Çünkü tazminat borçlusu tazminat alacaklısının esasen herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat edemez ise, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktarı ödemek durumundadır.

Tazminat alacaklısı, sözleşmenin ihlali sonucu ortaya çıkan zararının kararlaştırılan götürü tazminat miktarından daha fazla olduğunu iddia ve akabinde ispat edebiliyorsa, TBK m.112 uyarınca borçlunun kusurunu ispat etmesine gerek kalmaksızın talepte bulunabilir.[65]

Tazminat borçlusu, tazminat alacaklısının sözleşmenin ihlali nedeniyle uğramış olduğu zararının daha az olduğunu iddia ve akabinde ispat edebiliyorsa, götürü tazminat ediminin mevcut zarar miktarını aşan kısmını ödemekten kurtulur; eğer ki ödemişse sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri alabilir, ancak bu halde hatayla kendisini borçlu zannederek bu yönde bir ödeme yaptığını ispat etmesi gerekir (TBK m.78).[66]

---

64 Oertli, N.54.

65 Taraflar arasında götürü tazminat anlaşması yapılmış değil de, ceza koşulu kararlaştırılmış olduğunda ise bu durum farklılık arz eder. Şöyle ki, TBK m.180/II uyarınca alacaklının uğradığı zarar ceza tutarını aşıyorsa, alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez. Ceza koşulu anlaşması kapsamında alacaklının ceza koşulu değerini aşan bir zararı varsa, bunu talep edebilmesi için hem ceza miktarını aşan zararını hem de borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekir (Bkz. Suat Sarı, ' 'Götürü Tazminat' Kavramı Üzerine', Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s.301; Kapancı, s.669.

66 Eğer ki, taraflar arasında götürü tazminatın ilk talepte ödeneceği kararlaştırılmış, bu yönde bir kayıt konulmuşsa, bu durumda ödemede bulunan borçlunun -daha sonra yapılan incelemede sözleşmenin ihlali nedeniyle alacaklının uğradığı zararın götürü tazminattan daha az olduğunun anlaşılması üzerine- alacaklıya ödemiş olduğu götürü tazminatın mevcut zarar miktarını aşan kısmını geri alabilmesi mümkün olacaktır. Götürü tazminatın ilk talepte ödeneceğine dair kayıt-

Alman hukuk doktrininde nispi götürü tazminat anlaşmasının gerçek anlamda götürü tazminat anlaşması niteliğinde olmadığı, daha ziyade zararın varlığı ve kapsamına dair ispat yükü dağılımına ilişkin bir anlaşma olduğu ileri sürülmektedir.[67] Ancak taraflara götürü tazminat değerinin aksini ispat etme imkanının tanınmış olduğu bu tür anlaşmalarda dahi yine sözleşmenin ihlali halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminat miktarı taraflarca baştan belirlenmiştir; bu anlamda, tazminat borçlusunun borcu yine götürü bir borçtur. Bu anlaşmaların akdedilmesindeki amaç münhasıran ispat yükü dağılımını belirlemek ve ispat faaliyetini kolaylaştırmak değil, ayrıca sözleşmenin ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkan zararın götürü tazminat değerinden farklı olması halinde, tarafların işini kolaylaştırmaktır.[68]

2. Kısmen Nispi (Asgari/Azami) Götürü Tazminat

Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmasında taraflardan yalnızca birinin (tazminat alacaklısı ya da tazminat borçlusunun) götürü tazminat değerinin aksini ispat etme imkanı söz konusudur. Bu anlaşmada götürü tazminatın alt veya üst sınırı belirlenmiştir. Sözleşmenin ihlal edilmesiyle meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu tazminatın alt sınırının belirlendiği götürü tazminat anlaşmaları 'asgari götürü tazminat anlaşması' (die Mindestschadenersatzpauschale), tazminat alacaklısının talep edebileceği tazminatın üst sınırının belirlendiği götürü tazminat anlaşmaları ise 'azami götürü tazminat anlaşması' olarak adlandırılmaktadır.

---

lar, işlerin ilerleyişini kolaylaştırmak amacıyla yapılan düzenlemelerdir (Kapancı, s.669-670, dpn.71).

67 Bkz. Walter Lindacher, Phänomenologie der Vertragsstrafe', (Vertragsstrafe, Schadenersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag), Frankfurt am Main 1972, s.153 vd; Oertli, N.55. Türk hukukunda da nispi götürü tazminat anlaşmalarının esasen ispat yükünü belirlemeye yönelik anlaşmalar olduğunu vurgulayan görüşler ileri sürülmüştür, bkz. Kapancı, s.670; Erdem, s.109.

68 Oertli, N.55; Fischer, s.168 vd; Birinci Uzun, s.114.

a. Asgari Götürü Tazminat

Asgari götürü tazminat anlaşması sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik olarak tazminat borçlusunun ifa etme yükümlülüğü altına girdiği miktarı aşağı doğru sınırlar: Sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zarar götürü tazminat miktarından daha az olsa dahi, tazminat borçlusu alacaklıya önceden kararlaştırılan bu miktarı ödemek zorundadır.[69] Tazminat alacaklısı eğer ki sözleşmenin ihlaliyle ortaya çıkan zararının götürü tazminat değerinden daha fazla olduğunu ispat ederse, bu halde götürü tazminat miktarını aşan zararının giderilmesini talep etmesi mümkün hale gelir.[70]

İsviçre doktrininde bu tür bir anlaşma ediminin (tazminatın) tipik ve geçerli bir götürü edim olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Asgari götürü tazminat anlaşması özellikle burada artık makul bir tazminat düzenlemesinin söz konusu olmadığı yönüyle eleştirilere uğramıştır. Bazı yazarlar, bu yüzden bu tür bir anlaşmanın ceza koşulu olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler:[71] Buna göre, TBK m.180/II (Art.161 Abs.2 OR) hükmü bu tür bir anlaşmanın ceza koşulu olarak yorumlanıp değerlendirilmesi gerekliliğini destekler mahiyettedir.[72] Zira bu hüküm uyarınca tazminat alacaklısı cezayı aşan zarar miktarını tazminat borçlusundan talep edebilir. Öte yandan tazminat borçlusu da alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa ya da daha az miktarda zarara uğramış olsa bile tüm cezayı ödemek zorundadır (TBK m.180/I; Art.161 Abs.1 OR). Ancak, kanaatimizce götürü tazminat anlaşmasında borçlunun ödeme yükümlülüğü altına girdiği miktarın alt sınırın düzenlenmesi, yine tazminat alacaklısına ortaya çıkan zararın götürü tazminat değerinden fazla olduğunu ispat ederek götürü tazminatı aşan zararının giderilmesini talep etme imkanının tanınması, bunun ceza koşulu anlaşması olduğunu ispatlayıcı nitelikte değil, bu anlaşmanın doğrudan ceza koşulu olarak olarak değerlendirilmesi için yeterli değildir. Öncelikle götürü tazminatın işlevi

69 Oertli, N.65.
70 Kapancı, s.670-671; Birinci Uzun, s.115.
71 Eduard Bötticher, 'Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle', Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1970, s.37; Lindacher, s.155 vd; yine bkz. Oertli, N.66, dpn.71.
72 Bu görüşe yönelik eleştiriler için bkz. Birinci Uzun, s.116.

ile ceza koşulunun işlevi birbiriyle örtüşmemektedir. Götürü tazminat zararın giderilmesine yönelik iken; ceza koşulunda ifaya zorlama, ifa etmeme halinde sözleşmeyi ihlal eden borçluyu cezalandırma işlevi baskındır. Burada belirleyici olan, tarafların 'zararı gidermeye/tazmin etmeye yönelik' bir götürü edim kararlaştırmış olmalarıdır, ki bu tür anlaşmalara da sıkça rastlanmaktadır.[73]

b. Azami Götürü Tazminat

Azami götürü tazminat anlaşması, sözleşmenin ihlal edilmesiyle ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik olarak, tazminat borçlusunun yükümlendiği götürü miktarı yukarı doğru sınırlar nitelikte bir anlaşmadır. Sözleşmenin ihlal edilmesiyle, zarar götürü tazminat miktarından daha fazla olarak ortaya çıkmış olsa bile, tazminat alacaklısı borçludan ancak anlaşma ile belirlenmiş miktarın ödenmesini talep edebilir. Tazminat borçlusu ise sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkan zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat etmesi durumunda, üst sınırın altında kalan bu miktarı ödeyerek tazminat borcunu ifa edebilir.[74]

Bu anlaşmanın söz konusu olduğu hallerde alacaklının yükü götürü tazminat miktarı oranında zararın varlığını ispat etme riskini taşımaması yönünden hafifletilmiş olur. Zira sözleşmenin ihlal edilmesiyle zarara uğrayan tazminat alacaklısının zararın varlığını ve miktarını ispat edememe riskini götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktara kadar tazminat borçlusu taşır. Zira borçlu tazminat alacaklısının aslında herhangi bir zarara uğramadığını veya zararın götürü tazminat anlaşmasında belirtilen miktardan daha az olduğunu ispat edemediği takdirde, götürü tazminat anlaşması ile belirlenen miktarı ödemek zorunda kalır.

Azami götürü tazminat anlaşması aynı şekilde borçluya da birtakım avantajlar sağlayabilir. Bu tür bir anlaşma borçlu yönünden özellikle gerçekleşen fiili zararın önceden kararlaştırılan götürü tazminat değerini aştığı hallerde kazançlı olur; zira bu halde en fazla kararlaştırılan götürü tazminat miktarını ödeyecektir. Meydana gelen zararın

73 Oertli, N.67.
74 Oertli, N.57; Birinci Uzun, s.117.

bu miktarı aşan kısmının yükünü sözleşmenin zarara uğrayan tarafı-alacaklı taşımak durumunda kalır. Böylelikle borçlu da en başından en fazla ne oranda tazminat ödemesi gerekeceğini bilir.[75] Götürü tazminat ediminin değerinin üst limit olarak belirtildiği bu anlaşmalar aynı zamanda sorumsuzluk anlaşmaları olarak karşımıza çıkar. Bu durumda, TBK m.115-116 hükümlerinin emredici uygulaması gündeme gelecektir.[76]

3. Mutlak (Aksi İspat Edilemeyen) Götürü Tazminat

Mutlak götürü tazminat anlaşması, tarafların götürü tazminat edimini mutlak şekilde istenebilecek tek değer olarak kararlaştırdıkları, bir başka deyişle, taraflara kararlaştırılan bu götürü miktarın aksini ispat etme imkanının tanınmadığı anlaşmadır.[77] Kararlaştırılan götürü miktar her iki taraf açısından da sabit ve değiştirilemez niteliktedir.[78] Buna göre, sözleşmenin ihlali sonucunda meydana gelen zararın, önceden kararlaştırılmış götürü tazminat miktarını aşması durumunda tazminat alacaklısı bu hususu ispatlayarak bunun ödenmesini talep edemeyeceği gibi; tazminat borçlusu da alacaklının uğramış olduğu zararın götürü tazminat miktarından daha az olduğunu ispat ederek, götürü tazminat miktarının altında kalan bu meblağı ödemek suretiyle tazminat borcunu ödemekten kurtulamaz. Bu anlaşmada götürü tazminat olarak belirlenen edim değeri hem en üst hem de en alt sınırı teşkil eder.[79]

Asıl sözleşmenin ihlal edilmesi sonucu meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak taraflar arasında bu tür bir götürü tazminat anlaşması akdedildiğinde; sözleşmenin ihlalinde borçlunun alacaklıya ne kadar tazminat ödeyeceği en başından itibaren net ve şeffaftır. Böylelikle olası ifa engelleri ortadan kaldırılmış olur; zararın hesaplanması ve tazminatın belirlenmesi gibi konularda herhangi bir

---

75 Oertli, N.58.
76 Kapancı, s.671; Birinci Uzun, s.117; Yıldırım, s.38.
77 Lindacher'e göre, götürü tazminat anlaşmalarının sadece bu türünde gerçek bir götürü tazminat söz konusu olur (Lindacher, s.145 vd).
78 Oertli, N.61.
79 Kapancı, s.667'den naklen.

gecikme yaşanmaksızın tazminat borçlusu tarafından ifa gerçekleştirilebilir.[80]

Mutlak götürü tazminat anlaşması tazminatın üst miktarını sınırlaması itibariyla bir sorumsuzluk anlaşması[81] niteliği taşımaktadır. Bundan dolayı, TBK m.115-116 emredici hükümlerinin denetimine tabi tutulmalıdır.[82] Tazminat alt miktarının belirli bir değere sabitlenmesi yönünden bakıldığında ise, eğer gerçek zarar değeri kararlaştırılan götürü tazminat değerinin çok altında ise TBK m.138 uyarınca koşulları oluşmuşsa uyarlama talebi söz konusu olabilecektir.[83]

F. Uygulanabilirlik Yönünden İlgili Yasal Düzenlemeler

Götürü tazminat ediminin kararlaştırıldığı götürü tazminat anlaşması uygulamayla doğmuş bir anlaşmadır; sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflarca geçerli olarak akdedilebilir. Yasa koyucu bu anlaşmaya ilişkin henüz özel bir düzenleme getirmiş değildir. Halihazırda anlaşmaya Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır. İlgili yasal düzenlemeler özellikle tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin TBK m.114/II atfıyla TBK m.50 vd. ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin m.115-116 hükümleridir. Burada unutmamak gerekir ki, ceza koşulu ve götürü tazminat birbirinden farklı kurumlar olup, bu edimleri konu alan anlaşmaların hukuki nitelik ve işlevleri farklıdır. Dolayısıyla, başta tenkise ilişkin TBK m.182 olmak üzere, ceza koşuluna ilişkin TBK m.179 vd hükümlerinin doğrudan ya da kıyasen götürü tazminat anlaşmasına uygulanması yerinde değildir.[84]

---

80 Oertli, N.62.

81 Doktrinde alacaklının hukuki durumunu zayıflatır nitelikteki anlaşmaların geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirileceği, bu şekilde ortaya çıkan anlaşmalara TBK m.115-116 hükümlerinin emredici sınırlarının kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir (Nilgün Başalp, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s.13).

82 Bu konuda bkz. Başalp, s.451 vd; Birinci Uzun, s.266 vd.

83 Doktrinde Kapancı'nın isabetle belirttiği gibi, şayet aradaki fark, tarafların en başta olası zarar değerini veya varlığını hiç göz önüne almaksızın hareket ettikleri çıkarsaması yaptıracak nitelikte ise, bu durumda bir götürü tazminat anlaşmasından ziyade bir ceza koşulu anlaşmasından veya kaydından söz etmek daha yerindedir (Kapancı, s.668).

84 Bkz. Kapancı, s.671; Erdem, s.109 vd; Kocaağa, s.54; Kocaağa (Götürü Tazminat), s.154. Götürü tazminatın ceza koşuluna ilişkin özel düzenleme şekillerinden birini

III. GÖTÜRÜ TAZMİNAT VE CEZA KOŞULUNUN BİRBİRİNDEN AYIRDEDİLMESİ

A. Götürü Tazminatın Ceza Koşulundan Ayırdedilmesi Gerekliliği

Uygulamada götürü tazminatın kendisinden ayırdedilmesinde ciddi güçlük yaşanan hukuki kurum ceza koşuludur. Bu iki kurum arasındaki sınırın çizilmesi ve farkların ortaya konulması büyük önem taşımakla birlikte, belirtmek gerekir ki, bu her somut olayda o kadar da kolay değildir.[85] Çünkü bu anlaşmalar görüntüde büyük benzerlik gösterir.[86]

Ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırı belirlemek ve farkları ortaya koymak doğrudan doğruya bir kanun hükmünden hareketle mümkün değildir[87], zira Türk Borçlar Kanunu'nda bu farkları ortaya koyan açık bir düzenleme mevcut değildir. Uygulamada da henüz bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapılabildiği ve konuya ilişkin temel ilkelerin net bir şekilde tespit edildiği söylenemez.[88]

Konuyu, borçlu üzerinde bir psikolojik baskı oluşturarak asıl alacağı teminat altına alan, aynı zamanda asıl borcun ihlali halinde meydana gelen zararı fazlasıyla tazmin eden ve yasa koyucunun Türk Borçlar Kanunu'nda yasal düzenlemeye bağlamış olduğu ceza koşulu kurumundan farklı olarak, götürü tazminat kurumuna ihtiyaç olup

---

oluşturduğu yönündeki görüş için karş. Sarı, s.303-304.

85 Bentele, s.87; İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki sınırın çizilmesindeki güçlüklere işaret etmiştir, bkz. BGE 110 II 380 vd. ve özellikle 385 vd; 109 II 462 vd. ve özellikle 467 vd. (Kocaağa (Götürü Tazminat), s.152, dpn.12).

86 Oertli, N.229, N.263. Alman hukukunda ceza koşulu ile götürü tazminat arasındaki ilişki konusunda farklı görüşler (birlik öğretisi, ayırma öğretisi, tek işlevlilik öğretisi) ileri sürülmüştür; konuya ilişkin bilgi için bkz. Fischer (D.), s.72 vd.

87 Kocaağa (Götürü Tazminat), s.152; Kapancı, s.676; Ozanoğlu, s.88.

88 Örneğin, Yargıtay işi zamanında teslim etmeyen yüklenicinin gecikme süresine bağlı olarak belirli bir meblağ ödemeyi üstlendiği kayıtları bazı kararlarında ceza koşulu, bazılarında ise götürü tazminat (kira tazminatı ifadesi altında) olarak nitelendirmektedir. (Bkz. Birinci Uzun, s.139, dpn.10; Ozanoğlu, s.88). Bunun yanında, Yüksek Mahkemenin bazı kararlarında götürü tazminatın amacı bakımından da -bu amacın tazminat tehdidiyle borçluyu ifaya zorlamak olduğunu ifade etmek suretiyle- yerinde olmayan değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir (Y.15. HD, E.2011/515, K.2011/7200, T.6.12.2011; Y.23.HD, E.2014/5423, K.2014/6515, T.22.10.2014 (www.kazanci.com, 08.12.2016).

olmadığı, hatta götürü tazminatın -doktrinde tartışılageldiği üzere- gerçekten ceza koşulundan farklı bir kurum olup olmadığı yönleriyle ele almak yerinde olacaktır.

Doktrinde katıldığımız baskın görüş[89], ceza koşulu ve götürü tazminatın hukuki nitelik ve amaç yönüyle farklı kurumlar olduğunu dile getirmekle birlikte; bu iki kurumun farklı olmadığı, ceza koşulundan ayrı bir götürü tazminat kurumuna gerek olmadığını ileri süren görüşler de[90] mevcuttur. Gerek ceza koşulunun gerekse götürü tazminatın talep edilebilmesi için her şeyden önce asıl borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olması gerekir; yani asıl borcun ihlali ceza koşulunun da, götürü tazminatın da ileri sürülebilmesi bakımından ortak bir koşuldur. Bu açıdan iki kurumun birbirine benzediğini söylemek mümkündür. Ancak aralarında bir ayrıma gidilmesine ihtiyaç gösteren, bu ayrımı haklı kılan başkaca önemli durumlar da söz konusudur.[91] Değindiğimiz üzere, doktrinde hakim olan görüş ve Yargıtay içtihatları[92] da ceza koşulu ve götürü tazminatın farklı kurumlar olduğu ve birbirinden ayrılması yönündedir.

Götürü tazminat anlaşması, özellikle ceza koşulunun kararlaştırılmasının açık veya dolaylı bir biçimde yasaklandığı durumlarda veya tarafların ceza koşulu kararlaştırmayı istemediği, tercih etmeyeceği durumlarda elverişli bir hukuki imkan olarak karşımıza çıkar. Yine

89 Kocaağa, s.49 vd; Erdem, s.121 vd; Kapancı, s.675 vd; Yıldırım, s.36; Fischer (D.), s.167 vd; Fischer, s.161 vd; Bentele, s.19 vd; Oertli, N.263. İsviçre ve Alman hukuklarında da hakim görüş bu iki kurumun birbirinden ayırdedilmesi gerektiği yönündedir (bkz. Oertli, N.236, N.270).

90 Doktrinde Sarı, götürü tazminat kavramı ile ifade edilen durumun ceza koşuluna ilişkin özel düzenleme şekillerinden birini oluşturduğunu; bu yönüyle götürü tazminatın ceza koşuluna benzer olduğunu, ancak ondan farklı bir kavram olarak ele alınmasına ihtiyaç olmadığını ifade etmiştir (Sarı, s.303-304); Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s.29. Doğrudan iki kavramın aynı olduğunu ifade etmemekle birlikte, ceza koşulunun götürü tazminat niteliği taşıdığını belirten görüşler için bkz. Hüseyin Ekinci, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara 2015, s.52-53; Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002, s.36.

91 Oertli, N.263.

92 Yargıtayın konuya ilişkin genel uygulamasına bakıldığında, götürü tazminatın 'kira tazminatı' adı altında kavram olarak kabul edildiği görülmektedir (Bkz. Y.15.HD, E.1980/960, K.1980/959, T.11.4.1980; Y.15.HD, E.1986/861, K.1986/3147, T.06.10.1986; Y.13.HD, E.1997/10061, K.1997/10663, T.22.12.1997; Y.15.HD, E.2003/6165, K.2004/3813, T.08.7.2004; Y.15.HD, E.2003/4480, K.2004/1811, T.31.3.2004 (www.kazanci.com, 08.12.2016).

taraflar arasında söz konusu olan sözleşmenin yabancı unsurlu olması halinde uygulanacak yetkili hukuk, hukuk sistemi ve politikası açısından ceza koşulu kayıtlarının kararlaştırılmasına uygun olmayabilir ki; Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından durum bu şekildedir. Bu gibi hallerde, götürü tazminat anlaşması yapılabilir.

Ceza koşulu kararlaştırılmasının yasa koyucu tarafından açık veya dolaylı olarak yasaklanmış olması ve daha da önemlisi, bazı anlaşmaları yaparken tarafların gözettiği amaçların ceza koşulunun hizmet ettiği amaçlardan farklı olabilmesi nedeniyle, götürü tazminatın ceza koşulundan ayırdedilmesi önemli ve zorunludur. Zira tarafların sözleşme akdederken amaçlarının ceza koşulunun hizmet ettiği amaçlarla örtüşmemesi durumunda, tarafların iradelerinin ceza koşuluna ilişkin hükümlere (TBK m.179 vd) tabi tutulması yerinde olmaz.

Kıta Avrupası hukukunda da, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde de götürü tazminat sözleşmesinin ceza koşulu ile ilişkisi ve bu kurumların birbirinden ayırdedilmesi önem arz eder.[93] Ancak Kıta Avrupası hukuk sisteminde, asıl borcun ihlal edilmesi halinde ödenmesi kararlaştırılan edimin niteliğinin götürü tazminat mı ceza koşulu mu olduğu, taraflar arasında söz konusu anlaşmaya uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önem taşırken; Anglo-Amerikan hukuk sisteminde anılan anlaşmanın geçerliliği bakımından önem taşır. Çünkü ceza koşulu kurumu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde halihazırda reddedilmektedir. Bu hukuk sisteminde asıl borcun ihlal edilmesi haline ilişkin ödenmesi kararlaştırılan edim ya geçerli bir götürü tazminattır ya da geçersiz bir ceza koşuludur.[94]

---

93 Anılan bu iki kurumun ayırdedilmesi ve özellikle farklı hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı hukuk ışığında ele alınması ayrı bir çalışma konusu olabilecek genişlikte olduğundan, burada hukuk sistemleri arasındaki farklı işleyişe kısaca değinmeyi uygun görüyoruz.

94 Anglo-Amerikan hukuk sisteminde asıl borcun ihlal edilmesi haline ilişkin olarak ödenmesi kararlaştırılan edimin niteliğinin tespiti bakımından esas olarak iki husus dikkate alınır: Birinci husus, tarafların amacıdır (Bkz. Benjamin, s.602; Akkayan Yıldırım, s.392). Buna göre, sözleşmede yer alan bir kaydın veya bir anlaşmanın geçerli bir götürü tazminat mı yoksa geçersiz bir ceza koşulu mu olduğunun belirlenebilmesi için, her şeyden önce tarafların amacı saptanmalıdır. Amaç sözleşmenin ihlali ile meydana gelmesi beklenen tipik zararı tespit etmek, alacaklının malvarlığında rızası dışında ortaya çıkan eksilmeyi gidererek alacaklının malvarlığını iyileştirmek ise, geçerli bir götürü tazminattan söz edilir. Ancak, tarafların amacı borçlu üzerinde psikolojik baskı oluşturarak borçluyu ifaya

B. Götürü Tazminat ile Ceza Koşulu Arasındaki Farklılıklar

Götürü tazminat kurumuna ilişkin halihazırda herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı için, bu iki kurumun farklarının ve sınırlarının doğrudan yasal hükümler aracılığıyla belirlenmesi mümkün değildir. Yine, yargı kararlarında da konuya ilişkin genel ilkeler netlik kazanmış değildir. Bu farklılıkların belirlenmesi için tazminat hukukuna hakim genel ilkelerden ve ceza koşuluna ilişkin hükümlerden hareket etmek yardımcı ve yerinde olacaktır: [95]

Öncelikle tarafların anlaşmayı akdederken gözettikleri amaç önem taşımaktadır. Ceza koşulunda yapılan anlaşma esasen alacaklının menfaatlerine yöneliktir. Çünkü bu yönde bir anlaşma ile bir yandan borçlu üzerinde ciddi bir baskı oluşturulmuş, diğer yandan alacaklı zararını ispat etme zorunluluğundan bütünüyle kurtulmuş olmaktadır.[96] Ceza koşulunun ikincil işlevi zararın karşılanmasına hizmet etmek olsa da, öne çıkan -birincil işlevi- borçlu üzerinde ifada bulunmasına yönelik baskı yaratma işlevidir.[97] Götürü tazminatta ise her iki taraf açısından da avantajları olan bir durum[98] mevcuttur; baskı yaratma işlevi dolaylı olarak ortaya çıkmakta, daha silik ve uzak kalmakta; zararın karşılanmasına yönelik miktarın önceden tespit edilmesi amacı belirgin hale gelmektedir. Şu halde, borçluyu baskı altında tutarak ifaya zorlama amacının ağır basması halinde ceza koşu-

---

zorlamak ise geçersiz bir ceza koşulu söz konusudur. İkinci husus ise, taraflar arasında ödenmesi kararlaştırılan edimin miktarının, asıl borcun ihlal edilmesi halinde meydana gelmesi beklenen tipik zarara ilişkin makul bir tahmin olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir (Bkz. Benjamin, s.603; Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, s.11; Charles Goetz/Robert Scott, 'Liquidated Damages, Penalties and The Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach', *Colombia Law Review,* Vol.77, No.4, 1977, s.554; Oertli, N.232; Rea, s.147, 149 vd; Akkayan Yıldırım, s.393; Birinci Uzun, s.173 vd; yine bkz.Andrews/Clarke/Tettenborn/Virgo, s.494 vd). AnglAmerikan sisteminde ceza koşulu kayıtlarının reddedilmesine tarihsel bakış ve iki kurum arasındaki ayrımın gelişimi hakkında bkz. Odetola, s.250 vd.

95 Kocaağa (Götürü Tazminat), s.152; Kapancı, s.676.

96 Akkayan Yıldırım, s.382; Kocağaa (Götürü Tazminat), s.150; Günay, s.75.

97 Akkayan Yıldırım, s.382; Kapancı, s.677; Birinci Uzun, s.147; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 20. bası, Ankara 2016, s.801; benzer yönde Bell/Manly, s.387.

98 Götürü tazminatın iki tarafa da avantaj sağlayan yapısı şu şekilde kendini göstermektedir: Alacaklı bu anlaşma ile zararının miktarını ispat etmekten kurtulurken; borçlu da içine gireceği sözleşme ilişkisinin kendisi açısından ne gibi riskler içerdiğini önceden görebilme olanağına kavuşmuş olmaktadır.

lundan; zararın karşılanması amacının ağır basması halinde götürü tazminattan söz edilir.

Götürü tazminat anlaşmasında, götürü tazminat ediminin talep edilebilmesi için, her ne kadar miktarını ispat etme zorunluluğu bulunmasa da, zararın meydana gelmiş olması[99] aranmaktadır. Asıl borcun ihlal edilmesi sonucunda alacaklı herhangi bir zarara uğramış değilse, götürü tazminatın kararlaştırılmış olması bir anlam ifade etmez; zira zarar meydana gelmemişse, bu yönde bir kararlaştırma götürü tazminat ediminin (alacağının) talep edilebilmesi için yeterli değildir.[100] [101] Ceza koşulu açısından bakıldığında ise, zarar bu yönde bir talep için zorunlu bir unsur değildir.

Götürü tazminat anlaşmasında, taraflar arasında kararlaştırılan götürü tazminat edimini aşan bir zarar söz konusu olduğunda[102], sa-

---

99 Doktrinde bu hususa ilişkin bir görüş birliği olmadığı görülmektedir. Bir görüşe göre (Sarı, s.302; Tunçomağ, s.861) alacaklının zararın varlığını dahi ispatlamasına gerek yoktur. Bizim de paylaştığımız diğer görüş (Erdem, s.108; Kapancı, s.677, dpn.109) uyarınca, tarafların arasındaki anlaşmada bu konuya ilişkin -sarih yahut zımni- bir düzenleme yer almıyorsa, alacaklının zararın varlığını da ispat yükünden kurtulduğunu iddia etmek güçtür. Taraflar arasındaki anlaşma kural olarak alacaklıyı zararın miktarını ispat etmekten kurtarmaktadır; çünkü anlaşma ödenecek tazminat miktarının belirliliğine ve miktarına yönelik olarak akdedilmektedir. Başka bir ifadeyle, götürü tazminat sözleşmesi tazminatın miktarına ilişkin olup, sorumluluğun diğer şartlarında bir değişiklik yaratmaz.

100 Oertli, N.188. Özellikle Alman hukuk doktrininde bazı yazarlarca götürü tazminatın zarardan bağımsız olduğu iddia edilmiştir (Lindacher, s.158 vd; Fischer (D.), s.173 vd). Bu görüşün benimsenemeyeceği, çünkü götürü tazminatın zarardan bağımsızlığı fikrinin sorumluluk hukuku ve tazminat ödeme yükümlülüğü anlayışı ile bağdaşmayacağı yönünde bkz. Oertli, N.188; Birinci Uzun, s.149.

101 Borca aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın kararlaştırılmış olan götürü tazminata oranla çok düşük olması da bu durumu değiştirmez. Örneğin, götürü tazminat olarak 50.000 TL kararlaştırılan bir sözleşmede, asıl borcun ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın 500 TL olması durumunda da borçlu kararlaştırılan götürü tazminatı ödemek durumunda kalır. Bu gibi durumlarda ceza koşulu ile götürü tazminat anlaşmasının birbirine çok yaklaştığı söylenebilir. Esasen tarafların sözleşmeyi veya içerisinde yer alan kayıtları nasıl adlandırdıkları sözleşmenin niteliği açısından önem arz etmediğinden bu gibi durumlarda götürü tazminat anlaşmasından ziyade, ceza koşulundan söz etmek mümkün olabilir. Hakim anlaşmanın içeriğini ve tarafların amacını göz önüne almak suretiyle sözleşmeyi yorumlayarak bir sonuca varacaktır (bkz.Erdem, s.111).

102 Doktrinde belirtildiği üzere, bu noktada hangi türden bir götürü tazminat anlaşmasıyla karşı karşıya olunduğunun belirlenmesinde fayda vardır. Buna göre, eğer ki mutlak veya üst limiti belirleyen kısmen nispi bir götürü tazminat anlaşması söz konusu ise, sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin hükümler öncelikle uygulama alanı bulacak; borçlunun ağır kusuruyla ortaya çıkmış bir zarar var-

dece bu hususa yönelik ispat talepte bulunmak için yeterlidir.[103] Ceza koşulu kaydı içeren bir anlaşmada/ceza koşulu anlaşmasında sadece böyle bir aşkın zararın varlığını ispat etmek yetmemekte, alacaklı bunun yanısıra borçlunun kusurlu olduğunu da ispat yükü altında bulunmaktadır.[104]

Götürü tazminat ya da ceza koşulu olsun, kararlaştırılan edimin ortaya çıkan zarardan aşırı derecede fazla olduğu durumlar da ele alınması gereken bir diğer husustur. Bu hususu götürü tazminat anlaşmasının türüne göre değerlendirmek yerinde olur. Şöyle ki; mutlak götürü tazminat anlaşmasında götürü tazminat ediminin değeri zarardan daha fazla ise, bunun indirilmesi kural olarak mümkün değildir. Nispi özellik taşıyan götürü tazminat anlaşmalarında ise, karşı taraf tarafından zararın kararlaştırılan edimden daha az olduğunun ispatı halinde, talep edilebilecek olan değer artık bu miktardan fazlası olamaz.[105] Ceza koşulu bakımından ise, TBK m.182/III uyarınca ortaya çıkan zarar miktarını aşırı derecede aşan ceza koşulu (kaydı) hakim tarafından indirilebilecektir. Aşırı ceza koşulunun indirilmesi hakimin sözleşmeye müdahalesi niteliğindedir ve hakime tanınan ancak normal yetkilerini aşan, istisnai bir yetkidir. Öngörülme amacı açısından değerlendirildiğinde de, hakimin aşırı ceza koşuluna müdahale imkanının götürü tazminat anlaşmaları bakımından kabul edilmesine imkan yoktur.[106]

İki kurum arasında, yukarıda ifade ettiğimiz temel farklılıklara rağmen, uygulamada söz konusu anlaşmaların birbirinden ayırdedilmesinde güçlükler söz konusu olabilmektedir. Bunun en başta gelen nedeni, tarafların aralarındaki sözleşmesel ilişkide yer verdikleri lafzi nitelendirmeler ile gerçek irade ve amaçlarının her zaman birbiriy-

---

sa bu durumda anlaşma etkili olmayacağından (bkz.TBK m.115) aşkın zarar için talepte bulunmak mümkün olabilecektir. Nispi götürü tazminat anlaşmalarında ise, salt ispat yüküne dair bir anlaşma niteliği bulunduğundan, aşkın zarar her koşulda ispat edilmesi şartıyla talep edilebilecektir (Kapancı, s.678, dpn.112).

103 Sözleşme hukukunda borcuna aykırı davranan borçlunun kusurluluğu karine olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle götürü tazminatın talep edilebilmesi için alacaklının borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekmez.

104 Oğuzman/Öz, s.546; Kapancı, s.678; Günay, s.160.

105 Kapancı, s.678.

106 Erdem, s.122; Birinci Uzun, s.154; Fischer, s.163 vd.

le örtüşmüyor olmasıdır.[107] Sözleşmede yer alan bir kaydın ya da bir anlaşmanın götürü tazminata mı yoksa ceza koşuluna mı ilişkin olduğunun belirlenebilmesi için, her şeyden önce tarafların gerçekte ne amaçladığına, anılan kaydı/anlaşmayı kaleme alırken tam olarak ve öncelikle neyi hedefledikleri dikkate alınmalıdır.[108] Bu değerlendirme yapılırken hakim kendisini tarafların anlaşmayı yaptıkları zamandaki yerlerine koymalı, buna göre bir karara varmaya gayret etmelidir.[109] Dikkate alınması gereken bir diğer ölçüt, anlaşmanın zarar olgusuyla olan bağlantısı, bir başka deyişle, asıl borcun ihlal edilmesi sonucunda meydana gelen gerçek zarar ile kararlaştırılan edim arasındaki ilişkidir.[110] Ayrıca asıl borcun ihlalinde borçlunun kusuru ile kararlaştırılan edim arasındaki ilişki, yine asıl borcun ihlalinde edimin kime ödeneceği gibi hususlar da kararlaştırılan edimin niteliğinin belirlenmesinde yön gösterici olabilecektir.[111] Ancak yapılan değerlendirmeler sonrasında, kararlaştırılan edimin niteliğini belirlemede yine de tereddüt yaşanıyorsa, kanaatimizce her iki tarafın da menfaatlerine uygun düşen nitelikteki bir götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul etmek daha yerinde olacaktır.[112]

---

107 Kapancı, s.678; Kocaağa, s.53; Kocaağa (Götürü Tazminat), s.154; Ozanoğlu, s.89-90.

108 Benjamin, s.602; Erdem, s.122-123; Kapancı, s.679; Oertli, N.271. Teorik açıdan bu ayrım açık olmakla birlikte, somut anlaşmalarda bu belirlemeyi yapabilmek çoğunlukla güç olabilmektedir (BGE 109 II 462 ff. (468), E.4a; Bentele, s.20; Gauch, N.710).

109 Ozanoğlu, s.90; Kapancı, s.679.

110 Tarafların önceden akdettikleri anlaşma çerçevesinde öngördükleri götürü tazminat ediminin değeri, objektif ve varsayımsal olarak uğranabilecek zararın çok ötesinde ise, burada artık bir ceza koşulu anlaşmasının varlığından söz etmek gerekecektir. Ancak somut durumda meydana gelen zarar ile anlaşmada kararlaştırılan edim değeri arasında büyük bir fark bulunmuyorsa ve somut olayda borçlu üzerinde baskı yaratılmak istendiği net olarak anlaşılamıyorsa, her iki tarafın da menfaatlerine hizmet eden götürü tazminat anlaşmasının varlığını kabul etmek daha yerinde olur ki, bu da ayrıca bir kararlaştırmada bulunulmamışsa nispi götürü tazminat anlaşması olarak kabul edilmelidir (Kapancı, s.679, dpn.118).

111 Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Birinci Uzun, s.154 vd.

112 Türk hukukunda aynı yönde Kılıçoğlu, s.812; Kapancı, s.679. İsviçre doktrininde bir görüş, kararlaştırılan edimin niteliğinde tereddüt halinde ceza koşulunun varlığından söz etmek gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, yasa koyucunun iradesi de -kanunda götürü tazminata değil, ceza koşuluna ilişkin düzenlemelere yer verildiğine göre- bu yöndedir. Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimsemiş ülkeleri ayrı tutarsak, uygulamada ulusal düzlemde akdedilen anlaşmalarda da ceza koşulu kayıtları yaygındır (Bkz. Oertli, N.292 ve dpn.440). Buna karşılık, Alman doktrini ağırlıklı olarak kararlaştırılan edimin niteliğinde tereddüt oluşması

IV. SONUÇ

Götürü tazminat uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlar doğrultusunda doğmuş, zaman içerisinde doktrinde ve yargı içtihatlarında da benimsenerek kabul görmüş bir hukuki kurumdur. Bununla birlikte, halihazırda yasal olarak düzenlemeye kavuşturulmuş değildir. Konuya ilişkin Kıta Avrupası hukukunda çok az bilimsel çalışma yapılmıştır. Bunun temel nedeninin ceza koşulu kurumunun yaygın uygulaması ve henüz bu kurumun pek bilinmemesi olduğu söylenebilir. Buna karşılık, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ise götürü tazminata ilişkin köklü bir uygulama ve kapsamlı bilimsel çalışmalar söz konusudur; burada ise kuşkusuz ceza koşulu kayıtlarının bu hukuk sisteminde -son zamanlarda biraz yumuşama görülmekle birlikte- reddedilmesi rol oynamaktadır.

Götürü tazminat, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin içerdiği yükümlülüklerin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde alacaklının malvarlığında meydana gelen zararın giderilmesine yönelik olarak borçlu tarafından ödenecek tazminatın taraflarca önceden kararlaştırılmasıdır. Hukuki nitelik olarak, asıl borca bağlı olarak ortaya çıkan, tek tarafa borç yükleyen, sui generis nitelikte bir anlaşmadır. Götürü tazminat anlaşmasında belirgin olan özellik, 'tipik beklenen zararın' önceden tespiti suretiyle zararın karşılanmasında kolaylık sağlama amacıdır. Bunun yanında, anlaşma taraflar arasındaki ilişkide şeffaflığı ve hukuki güvenliği de sağlamaya hizmet eder. Çünkü taraflar böylelikle sözleşme ilişkisine girerken olası riskleri önceden tespit edebilmekte, bu şekilde en baştan sağlıklı bir menfaat değerlendirmesi yapabilmektedirler. Bu yönüyle iki tarafa da avantaj sağlayan bir anlaşma görünümündedir. Götürü tazminat anlaşması mutlak, nispi, kısmen nispi (asgari/azami) olmak üzere çeşitli türlere ayrılır.

Götürü tazminat anlaşması uygulamayla doğmuş bir anlaşmadır; sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflarca geçerli olarak akdedilebilir. Yasa koyucu bu anlaşmaya ilişkin henüz özel bir düzenleme getirmiş değildir. Halihazırda anlaşmaya Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır. İlgili yasal düzenlemeler özellikle tazmi-

halinde götürü tazminatın varlığının kabul edilmesi gerektiği yönündedir (Bkz. Beuthien, s.500, 511 vd; Oertli, N.236 ve dpn.341'de anılan diğer yazarlar).

nat miktarının belirlenmesine ilişkin TBK m.114/II atfıyla TBK m.50 vd. ve sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin m.115-116 hükümleridir. Burada unutmamak gerekir ki, ceza koşulu ve götürü tazminat birbirinden farklı kurumlar olup, bu edimleri konu alan anlaşmaların hukuki nitelik ve işlevleri farklıdır. Dolayısıyla, başta tenkise ilişkin TBK m.182 olmak üzere, ceza koşuluna ilişkin TBK m.179 vd. hükümlerinin doğrudan ya da kıyasen götürü tazminat anlaşmasına uygulanması yerinde değildir.

Kaynakça

Akkayan Yıldırım Ayça, 'Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme', *İÜHFM*, C.LXI, S.1-2, s.357-414.

Neil Andrews/Malcolm Clarke/Andrew Tettenborn/Graham Virgo, Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies, London 2011.

Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9.Bası, Ankara 2012.

Başalp Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.

Bell Matthew/Manly Richard, 'Liquidated Damages and The Doctrine of Penalties: Rethinking The War on Terrorem', *The International Construction Law Review*, Part 4, October 2012, pp. 386-405.

Bentele Roland, Die Konventionalstrafe nach Art.160-163 OR, Freiburg 1994.

Benjamin Peter, 'Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts: A Comparative Study of English and Continental Law', International and Comparative Law Quarterly, Vol.9, No.4, 1960, pp.600-627.

Beuthien Volker, 'Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe', Festschrift für Karl

Larenz zum 70.Geburtstag, München 1973, s. 495-516.

Birinci Uzun Tuba, Götürü Tazminat, Ankara 2015.

Bötticher Eduard, 'Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle', *Zeitschrift*

für Arbeitsrecht, 1970, s.3-61.

De Geest Gerrit/Wuyts Filip, 'Penalty Clauses and Liquidated Damages', Encyclopedia of Law and Economics, V.III, The Regulation of Contracts, Cheltenham-UK, 2000, p.141-161.

Dimatteo Larry, 'Behavioural Case for Contractual Penalties under the Common Law', *European Review of Private Law*, 3-2015, pp.327-352.

Ekinci Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara 2015.

Erdem Mehmet, 'Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi', Gazi Üniversitesi Sorum-

luluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.97-124.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.Bası, Ankara 2016 (Genel hükümler).

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2016.

Fischer Detlev, Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung, Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt am Main 1981 (D.).

Fischer Thomas, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich 1998.

Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses, International Chamber of Commerce,

ICC Publishing, 1990.

Gauch Peter, Der Werkvertrag, 4.A, Zürich 1996.

Goetz Charles/ Scott Robert, 'Liquidated Damages, Penalties and The Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach', *Colombia Law Review,* Vol.77, No.4, 1977, pp.554-594.

Günay Cevdet İlhan, Cezai Şart (BK m.158-161), Ankara 2002.

Kapancı Berk, 'Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi', Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.655-683.

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 20. Bası, Ankara 2016.

Kocaağa Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, (BK m.158-161), Ankara 2003.

Kocaağa Köksal, 'İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* S.74, 2008, s.149-157 (Götürü Tazminat).

Lindacher Walter, Phänomenologie der Vertragsstrafe', (Vertragsstrafe, Schadenersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag), Frankfurt am Main 1972.

Odetola Oluwadamilola, 'Penalties and Liquidated Damages in a Changing World: Rethinking the Common Law Position', Afe Babalola University: Journal of Sustainable Development Law and Policy, Vol. 6:1, 2015, s.247-271.

Oertli Theres, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz (unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe), Luzern 2004.

Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 14.Bası, İstanbul 2016.

Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 12.Bası, İstanbul 2016.

Hasan Seçkin Ozanoğlu, 'İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.III, S.1-2, 1999 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf), s.60-118.

Samuel Rea, 'Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages', *The Journal of Legal Studies,* Vol.13, No.1, 1984, pp.147-167.

Suat Sarı, "Götürü Tazminat' Kavramı Üzerine', Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul 2011, s. 299-304.

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I, 4.Bası, İstanbul 2008.

Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

Tess Wilkinson-Ryan, 'Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment', *Michigan Law Review,* Vol. 108, No.5, 2010, pp.633-671.

Mustafa Fadıl Yıldırım, 'Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve 'Al ya da Öde' Kaydının Hukuki Niteliği', İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2011, 29-43.

KİRA TESPİT DAVASI VE ESASLARI

DECLARATORY JUDGMENT ACTION FOR RENTAL AND THE ELEMENTS OF IT

Gizem KILIÇ ÖZTÜRK*

Özet: Kira sözleşmelerinde taraflar, kira bedelini sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde serbestçe belirleyebilirler. Kira bedelinin serbestçe belirlenmesi, kira sözleşmesinin kurulması sırasında söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, sözleşmenin devamı sırasında sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla, Türk Borçlar Kanunu'nda kira bedelinin belirlenmesine bazı sınırlamalar getirilmiştir.

İlk olarak kira sözleşmesinin taraflarının, üretici fiyat endeksi oranından daha yüksek bir artış oranı belirlemesi mümkün değildir. Sözleşmenin tarafları kira bedeli için artış oranı belirlememişse, hakim hakkaniyet esasına göre yine üretici fiyat endeksi çerçevesinde kira bedelini belirlemektedir. Son olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmesinin taraflarının kira artış oranı üzerinde anlaşıp anlaşmadığından bağımsız olarak belli sürelerde kira bedelinin belirlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, beş yıllık kira sürelerinde hakim belirli esaslara göre kira bedelini tespit eder. Bu esaslar, üretici fiyat endeksi oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleridir.

Bu çalışmada, kira bedelinin belirlenmesine yönelik sınırlamalar ile kira tespit davası incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Kira Bedeli, Kira Bedelinin Belirlenmesi, Üretici Fiyat Endeksi, Emsal Kira Bedeli, Kira Tespit Davası

Abstract: Interested parties of a tenancy agreement can determine rental fee freely within the principle of contractual liberty. Determining the rental fee freely is discussed during the establishment of rental contract. On the other hand, Turkish Code of Obligations has brought some limitations to rental fee in order to protect the weaker party of the contract.

Firstly, it is not possible for the parties of tenancy agreement to set a higher growth rate for rental fee than the rate of the producer price index. If the parties of contract do not determine the growth rate of rental fee, the judge determines the rent on equitable basis within the framework of the producer price index. Finally,

* Arş. Gör., Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Turkish Code of Obligations regulates rental fee in some periods independently from the parties' negotiotion on the growth rate for rent. According to this, the judge determines the amount of rent based on certain principles.after the five year periods of rental contract. These principles are producer price index rate, the situation of rental and leading rental fees.

In this study, the limitations to the rental fee and declaratory judgement action for rent have been examined.

Keywords: Tenancy Agreement, Rental Fee, Determining the Rental Fee, Producer Price İndex, Leading Rental Fee, Declaratory Judgement Action for Rent.

GİRİŞ

Kira sözleşmesinin unsurlarından bir tanesi de kira bedelidir. Kira sözleşmesinin tarafları kural olarak kira bedelini özgür iradeleriyle belirleyebilirler. Kira sözleşmesinin kurulması sırasında, sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırları çerçevesinde taraflar kira bedelini belirleyebilirken; sözleşmenin devamı sırasında yeni kira dönemlerinde kira bedelinin tespiti bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur.

TBK yürürlüğe girmeden önce, 6570 sayılı GKHK'nin 2 ve 3. maddelerinde kira bedelinin belirlenmesinin esasları düzenlenmişti. Fakat AYM, söz konusu düzenlemeleri mülkiyet hakkının özüne dokunur nitelikte sınırlamalar içerdiği gerekçesi ile iptal etmişti. Buna karşılık AYM, kira bedeline sınırlama getirilmesini prensip olarak da reddetmemiştir. Bu nedenle AYM kararın yürürlük tarihini altı ay erteleyerek kanun koyucuya düzenleme yapması için süre tanımıştır. Fakat TBK yürürlüğe girene kadar geçen süreçte, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin temel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle kira parasının belirlenmesi sorunu ve bu konudaki kanun boşluğu içtihatlarla belirlenmiştir. Uygulama ve doktrindeki görüşlere paralel olarak TBK'nin 344 ve 345. maddelerinde kira bedelinin nasıl belirleneceği düzenlenerek, kira bedeli konusundaki kanun boşluğu nihayet doldurulmuştur.

Bu çalışmanın konusunu kira bedelinin tespiti oluşturmaktadır. Çalışmada kira bedelinin sınırlanmasına ilişkin TBK öncesi döneme kısaca değinilmiştir. Kira bedelinin belirlenmesi, belirlemedeki esaslar ve kira tespit davası, esas itibariyle TBK'deki düzenlemeler çerçevesinde incelenmiştir.

I. GENEL OLARAK

Kira sözleşmesi, TBK'nin 299. ve 357. maddelerinde de açıkça ifade edildiği gibi ivazlı bir sözleşmedir ve bu ivaz parayla ödenmektedir.[1] Kira sözleşmesinin ivazlı nitelikte olması nedeniyle; kiracının kira konusunu kullanımının karşılığını oluşturan kira bedelinin[2] belirlenmesi, hukuki bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin başlangıcında kira bedeli, sözleşme özgürlüğü prensibi gereği, sözleşmenin taraflarınca serbestçe belirlenebilir.[3] Kira sözleşmesinin kurulması sırasında, kira bedelinin taraflarca belirlenmesine yönelik TBK'nin 299 ve 313. maddelerinde herhangi bir sınırlama olmamasına karşılık; taraflara bu konuda tanınan serbestinin sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uyması gerektiği şüphesizdir. Dolayısıyla kira sözleşmesinin tarafları, kira bedelini, irade sakatlığı ve aşırı yararlanma hükümleri ile ahlaka ve hukuka aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler.[4]

Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin sözleşme serbestisi, kira sözleşmesinin başlangıçta belirlenmesine ilişkindir. İzleyen kira dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesinde TBK, konut veya çatılı işyeri ihtiyacı içinde olan ve kira sözleşmesinin zayıf tarafı olan kiracıyı[5] korumak için bir takım sınırlandırmalar getirmiş ve bir bakıma sözleşme

---

1 İvaz unsuru, kira sözleşmesini ödünç sözleşmesinden ayırıcı niteliktedir, Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008, s. 14; Aydın Zevkliler- K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s. 211; Nihat Yavuz, Türk Kira Hukuku Uygulamada ve Öğretide Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, C. 1, Ankara: Yetkin, 2003, s. 98.

2 Mülga 818 sayılı BK m. 248' de kira karşılığı edim için "ücret" kelimesi kullanılmıştı. Ücret hizmet karşılığı verilen değeri ifade ettiğinden, TBK' de "bedel" teriminin kullanılmasının isabetli olduğu yönünde bkz. Mustafa Özdoğan- Tuba Oymak, Kira Genel Hükümler Konut Ve Çatılı İşyeri Kirası Tahliye, Ankara: Bilge Yayınevi, 2013, s. 24.

3 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Yetkin, 2014, s. 424; Murat Aydoğdu- Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 602; Fahrettin Aral- Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara: Yetkin, 2012, s. 214; Efrail Aydemir, Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014, s.255.

4 Eren, s. 424.

5 Mustafa Alper Gümüş, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 60.

özgürlüğü prensibini sınırlamıştır.[6] Konut ve çatılı işyeri kiralarında TBK'nin 347. maddesine göre, sözleşme belirli süreli olsa dahi,[7] sürenin sonunda kendiliğinden son bulmamakta; kiracı süre bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılmaktadır. Bu hüküm gereğince belki de yıllarca sürecek olan kira sözleşmesinde, tarafların başlangıçta belirlediği kira bedelinin sabit kalması beklenemez. Dolayısıyla bu durumun istisnasını, enflasyon olgusu karşısında bütün süre boyunca aynı kalması mümkün olmayan kira bedeli oluşturmaktadır.[8] Kira sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olması ve sözleşmenin sona ermesinin belirli şartlarda mümkün olması sebebiyle; zaman içerisinde çeşitli kıstaslara göre değişecek olan kira bedelinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. İsviçre hukukunda, kiraya verenin belirli şekil kuralarına uyarak kira bedelini tek taraflı olarak artırma hakkı bulunmasına karşılık, Türk hukukunda kiraya verene kira bedelini tek taraflı olarak artırma hakkı tanınmamıştır.[9] Kira bedelinin hangi miktarda artırılacağı hakkında sözleşmenin tarafları arasında bir anlaşmaya varılamadığı takdirde, kira parasının belirlenmesi, başka bir ifadeyle kira tespit davası açılmalıdır.[10]

II. KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

A. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Öncesi Dönem

Türk hukukunda kira bedelini sınırlayan ve kiralayan ile kiracı arasındaki ilişkileri düzenleyen ilk Kanun "Sükena İçin İcar ve İsticar Olunan Mahallerin İcar Bedelatı Hakkında Kanun" olup söz konusu düzenleme Birinci Dünya Savaşı içinde kabul edilip kısa bir süre yürürlükte kalmıştır. Daha sonra 818 sayılı BK'nin yürürlüğe girmesi ile taraflar sözleşme özgürlüğünün sınırları dahilinde kira bedelini ser-

---

6 Özge Öncü, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 77, Sayı: 2, Mayıs 2012, ss. 300- 348, s. 300.

7 Sözleşmenin belirsiz süreli olması halinde de kiracının her zaman, kiraya verenin ise kiranın başlangıcından on yıl sonra sözleşmeyi sona erdirme imkanı vardır.

8 Murat İnceoğlu, Kira Hukuku, C.2, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 122.

9 Zevkliler- Gökyayla, s. 213.

10 Zevkliler- Gökyayla, s. 213; Hasan Erdoğan, Tahliye Kira Tespiti Kira Alacağı ve Tazminat Davaları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2010, s. 1371.

bestçe belirleyebiliyorlardı. İkinci Dünya Savaşı sırasında ise, ekonomiyi düzenleyici tedbirler alınırken, konut ihtiyacı içinde ve ekonomik olarak kiraya verene göre daha zayıf olan kiracıyı korumak adına 18.01.1940 tarihinde 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu[11] kabul edilmişti.[12] Milli Korunma Kanunu'nun 30. maddesi ile kiralar 1939 rayiçleri üzerinden dondurulmuş;[13] daha sonra çeşitli kanunlar ile bazı zamlar kabul edilmiş ve 1955 yılında kira bedelinin belirlenmesine ilişkin tam serbesti öngörülmüştür.[14] Diğer taraftan tam serbestliğe geçişin, bir takım ekonomik ve sosyal bunalımlara sebep olacağı düşünülerek 1955 yılında GKHK[15] yürürlüğe konulmuştur.

Kira bedelinin sınırlanmasına ilişkin kanuni düzenlemelerden, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte mülga hale gelen 6570 sayılı GKHK'yi incelemek gerekir. 6570 sayılı GKHK'nin 2. ve 3. maddeleri ile söz konusu Kanun kapsamına giren[16] kira sözleşmeleri için taşınmazların yapıldıkları yılları esas alan bir sınır getirilmiş ve kira bedeli 1953 yılı rayicine göre dondurulmuştu.[17] GKHK'nin 2. ve 3. maddelerine göre, kira bedelinin sınırlarının belirlenmesinde esas itibariyle dört kategori mevcuttur;

1939 rayicine tabi olan kiralar: GKHK m. 2/A ve B bentlerinde düzenlenen kira sözleşmeleri bu kategoriye dahildir. Hükme göre, 1939 yılından önce inşa edilmiş ve 1939 yılından önce kiraya verilmiş taşınmazların, 1939 yılı kiralarına konutlarda yüzde iki yüz, konut dışındaki kiralarda ise yüzde dört yüz zam yapılması öngörülmekteydi.

---

11 RG. T. 26.01.1940, S. 4417.

12 Tandoğan, s. 18.

13 Şeref Ertaş, "Kira Parasının Tespiti İçin Kıstaslar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1981, ss. 273- 287, s. 277.

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, s. 18-19.

15 RG., T. 26.05.1955, S. 9013.

16 "6570 sayılı Kanun "Belediye sınırları içinde bulunan, iskele, liman ve istasyonlarda bulunan üstü örtülü (musakkaf) taşınmazların kiralanmalarında uygulanabilen" bir yasadır. Belediye, liman, iskele sınırları dışında kalan üstü örtülü taşınmazların ve ister bu sınırlar içinde olsun ister olmasın tüm üstü açık taşınmazların (arsa, tarla, bahçe gibi) kira sözleşmeleri 6570 sayılı yasaya değil, Borçlar Kanunumuzun hükümlerine tabi tutulmuştur.", Ahmet Kılıçoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler Rapor, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 66.

17 Öncü, s. 300; İlkay Kaya, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi", *BÜHFD*, C. 9, S. 123-124, 2014, ss. 171- 196, s. 173; Cevdet Yavuz- Faruk Acar- Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 549.

1939'dan önce inşa edilmekle birlikte, daha sonra kiralanmış olan taşınmazların ise, belediye encümenlerince 1939 yılı rayici esas alınarak takdir edilecek bedele yüzde iki yüz veya yüzde dört yüz zam yapılmak suretiyle tespit edileceği düzenlenmişti.[18]

Bina vergisi esasına tabi olan kiralar: GKHK m. 2/C bendinde düzenlenen taşınmazlar bu kapsamdadır. 1940 ile 1947 yılları arasında inşa edilmiş veya esaslı tadilat görmüş taşınmazlarda, kira bedeli Bina Vergisi Kanunu'na göre tahakkuk eden gayrisafi iratlarına[19] konutlarda yüzde yüz, konut dışındaki yerlerde yüzde iki yüz zam yapılarak tespit ediliyordu.[20] Ancak bu şekilde tespit edilen kira bedelleri 1953 rayicinden fazla olamazdı.

12.05.1953 rayicine tabi olan kiralar: 24.02.1947 tarihinden sonra yapılan binalar, inşa tarihi ne olursa olsun ilk defa 12.05.1953 tarihinden sonra kiraya verilen taşınmazlar ve 6084 sayılı Kanun[21] ile kira bedelini belirlemede tam serbestiye kavuşmuş olan taşınmazların kira bedelleri, belediye encümenlerinin o yer veya semtteki benzerlerinin 1953 yılı kira bedeline göre tespit edilecekti.[22]

Emsali olmayan taşınmazların kiraları: GKHK m. 3/C'de öngörülmüş olan son kategori, emsali olmayan taşınmazlardır. Düzenlemeye göre, emsali olmayan taşınmazların kira bedeli, taşınmazın durumu ve mevkisi göz önünde bulundurularak belediye encümenlerince tespit edilecektir.

Kira bedelinin belirlenmesinde yukarıda belirtilen sınırları esas alan GKHK'nin 2 ve 3. maddeleri, AYM'nin 26.03.1963 tarihinde verdiği bir kararla iptal edilmiştir.[23] AYM, prensip olarak, kira bedelinin kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini kabul etmektedir.[24] Ancak

---

18 Tandoğan, s. 23.

19 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 300: "Bir binanın yıllık gayrisafi iradı, o binanın bulunduğu mahalde cari olan normal kiralara nispetle sahibinin kiraya verdiği takdirde alabileceği kira bedelinden ibarettir.", RG. T. 10.01.1961, S. 10703- 10705.

20 Tandoğan, s. 23.

21 Kira bedellerinin belirlenmesi hususunda 1955 yılında tam serbestliğe geçilmesini öngören 6084 sayılı Milli Korunma Kanununun Tadili Hakkında Kanun, RG., T. 12.05.1953, S. 8406.

22 Tandoğan, s. 23.

23 AYM, T. 26.03.1963, E. 1963/3, K. 1963/67, (RG. T. 31.05.1963, S. 11416).

24 Yavuz- Acar- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 611; "Hayat pahalılığı, toplumda huzursuzluk yaratan bir olaydır. Toplumu buna karşı korumak ama-

karara konu hükümler taşınmaz sahibinin kira gelirinden yararlanmasını aşırı ölçüde sınırlaması ve mülkiyet hakkının özüne dokunur nitelikte olması sebebiyle iptal edilmiştir.[25] AYM, iptal hükmünün karar tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe gireceğini ifade etmiş olsa da; iptal kararından itibaren TBK yürürlüğe girinceye kadar olan süreçte kira bedelinin belirlenmesi konusunda temel nitelikli bir düzenleme yapılmamıştır.[26] Ayrıca GKHK'nin kira bedeli için bir sınır bulunduğunu göz önünde bulundurarak kaleme alınmış 9 ve 11. maddeleri de iptal edilmemiştir.[27] Dolayısıyla iptal kararı sonrası kanun boşluğu oluşmuş[28] ve bu boşluk Yargıtay'ın ekonomik duruma göre

---

cı ile Devletçe tedbir alınmasının kamu yararına bir müdahale teşkil ettiğinden şüphe edilemez. Aynı amaçla, kiraların kontrol altına alınması da kamu yararına olan tedbirler cümlesinden sayılmak icabeder. Devletin bu konudaki müdahalesi, mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği ön gören Anayasa 'nın 36 ncı maddesinin kapsamına girer. Bu sebepler gözönünde tutularak, memleketimizde gayrimenkul darlığı devam ettiği sürece, kanun koyucunun, kira konusunu düzenlemesinin ve bu alanda sınırlama yapmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunmamak şartı ile caiz bulunduğu ve bu müdahalenin kamu yararına olduğu hususunda görüş birliğine varılmıştır.", AYM, T. 26.03.1963, E. 1963/3, K. 1963/67, (RG. T. 31.05.1963, S. 11416).

25 "Öte yandan bu sınırlamalarla kiralar dondurulmuş olduğundan gayrimenkul sahiplerinin gelirlerini, değişen şartlara göre ayarlamak imkânı Önlenmiş bulunmakta ve bunların elde ettikleri gelirler, diğer sektörlerdeki kazançların çok altında kalmaktadır. Ayrıca, bu şekilde dondurulan kira paraları, fiyatların yükselişi sonucu gayrimenkullerin kazandığı değerin normal gelirini teşkil etmekten de uzaktır. Öteki sektörlerde sınırlamalar kaldırıldığı ve iktisadi şartlar büsbütün değiştiği halde 6570 sayılı Kanunla konulan kira rejiminin devam ettirilmesi, adaletsiz ve mülkün gelirinden sahibinin yararlanmasını Önleyen aşırı bir sınırlama halini almıştır. Böyle bir sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediği aşikârdır. Bu sebeplerle sözü geçen 2. ve 3 üncü maddelerin, Anayasa'nın 36. ve 11. maddelerine aykırı olmaları yönünden iptal edilmeleri gerekir.", AYM, T. 26.03.1963, E. 1963/3, K. 1963/67, (RG. T. 31.05.1963, S. 11416).

26 Haluk Burcuoğlu, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul: Beta, 2008, ss. 17- 46, s. 29; Öncü, s. 301.

27 Yavuz, Türk Kira Hukuku Uygulamada ve Öğretide Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, s. 154.

28 İptal edilen hükümler sonucu kanun boşluğunun oluştuğunun kabul edilemeyeceği yönünde bkz., Seçkin Topuz- Gökçen Topuz, "Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukuki Niteliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 66, S: 2, 2008, ss. 74- 89, s. 79; İptal edilen hükümler sonunda farklı görüşler ileri sürülmüş; ancak Yargıtay içtihatlarında kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmiştir,"a) 6570 sayılı Yasanın 2 ve 3. maddeleri iptal edilmiş ve böylece kira paralarına ilişkin sınırlama kaldırılmış olduğundan iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra başlayan kira dönemi için kiralayan dilediği kira parasını isteyebilir. İhtarname tebliğine rağmen süresinde bu parayı ödemeyen kiracıya karşı

verdiği çeşitli içtihatlar ile doldurulmaya çalışılmıştır.[29]

TBK öncesi dönem ve Yargıtay uygulaması kira bedelinin belirlenmesindeki esaslar başlığında tekrar inceleneceğinden; burada yasal düzenlemelerle ilgili genel çerçeveyi belirtmekle yetiniyoruz.

B. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Dönemi

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı sonrasında oluşan kanun boşluğunun, uygulamada kabul edilen esaslar göz önünde tutularak, yasal bir düzenlemeye kavuşturulması amaçlanmış[30] ve 6098 sayılı TBK'nin 344. maddesi ile kira bedelinin belirlenmesine ilişkin esaslar tespit edilmiştir. TBK m. 344 gerek 818 sayılı BK gerekse 6570 sayılı GKHK'de düzenlenmemiş olan yeni bir hükümdür.

TBK'nin 344. maddesinde kira bedelinin belirlenmesinin esasları düzenlendikten sonra, "Dava açma süresi ve kararın etkisi" kenar başlıklı 345. maddesinde kira bedelinin belirlenmesine ilişkin açılan kira tespit davası düzenlenmiştir.

---

boşaltma davası açılabilir.
b) Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile 6570 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde ayrı tutulan ve kira paralarının belirtilmesine ilişkin bulunan sınırlandırma hükümleri ortadan kalkmış, bu maddedeki istisna ile ilgili kısmın uygulama yeri kalmamış olduğundan ve iptal kararı geriye doğru yürütülemeyeceğine göre kira sözleşmelerinde kiracıya karşı değişiklik yapılamayacağı yolundaki yasa hükmü kira parası hakkında dahi uygulanır ve kiralayan artık sözleşmede belirtilen kira parasının arttırılmasını isteyemez. 11. madde uyarınca kira sözleşmesi kira parasına ilişkin hükümle beraber, aynı şartlarla bir yıl uzar.
c) 6570 sayılı Yasa'nın 2 ve 3.maddeleri ortadan kalkmış ve ortada bir sınırlandırma kalmamış olduğundan 11. madde kira parası için uygulanamaz. Yeni dönem için kiralayan kira parasını serbestçe belirtir. Ancak, bu hal hakkın gayrı ızrar eden kötüye kullanılması niteliğinde olup Medeni Kanunun 2. maddesine aykırı düşeceğinden, kiralayanın mahkemeye başvurarak açacağı tespit davası ile yeni dönem için kira parasını belli ettirmesi lazımdır.
d) Anayasa Mahkemesi kararıyla 6570 sayılı Kanun'da bir boşluk meydana geldiğinden Medeni Kanunun 1. maddesi uyarınca hâkimin kendisi yasa koyucu olsaydı bu olaya dair nasıl bir kural koyacak idi ise, ona göre işi çözmesi gerekir. Buna göre de yeni döneme ait kira parasının mahkemece tayin edilmesi lazımdır.", Yargıtay İBK, T. 18.11.1964, E. 1964/2, K. 1964/4, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 29.02.2016)

29 Murat İnceoğlu- Ece Baş, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011, s. 523; Kaya, s. 174.

30 Madde Gerekçesi; Kira bedellerini yasal düzenleme ile dondurma yöntemi yerine mevcut uygulamanın daha bir süre devam etmesi yolunun tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz., Kılıçoğlu, s. 77.

1- Kira Tespitine İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı

TBK'de kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlere "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları" başlıklı ayırım altında yer verilmiş ve "Genel Hükümler" başlıklı ayırımda kira bedelinin belirlenmesine yer verilmemiştir. Konut ve çatılı işyeri kiralarının kapsamı ise, TBK m. 339'da belirlenmiştir. Bu hükme göre, konut veya çatılı işyeri niteliği taşıyan ve bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşyalar hakkında, söz konusu taşınmazlar geçici kullanıma özgülenmedikçe ve kira sözleşmesinin süresi altı ay veya daha kısa olmadıkça, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bunun yanında kamu kurum ve kuruluşlarının yaptıkları bütün kira sözleşmelerinde yine TBK'nin bu ayırımında yer alan düzenlemeleri uygulanır. Dolayısıyla kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlerin taşınır veya taşınmaz niteliğindeki tüm konut ve çatılı işyeri kiralarında uygulama alanı bulacağı söylenebilir.[31]

Konut ve çatılı işyeri kirası niteliği taşımayan taşınır ve taşınmaz kiralarında kira bedelinin belirlenmesi için dava açılmasının mümkün olmaması yerindedir. Bu görüş iki gerekçe ile temellendirilmektedir. Bunlardan ilki, konut ve çatılı işyeri kirası dışında kalan kira sözleşmesinin belirli süreli olması halinde, belirlenen sürenin bitiminde kira bedelinden memnun olmayan tarafın TBK m. 327/II uyarınca sözleşmenin belirsiz süreli hale gelmesini önleyebilecek durumda olması[32] veya tadil sözleşmesi ile tarafların yeni kira bedeli belirleyecek durumda olmalarıdır. Konut ve çatılı işyeri kirası dışındaki kira sözleşmesinin belirsiz süreli olması ihtimalinde ise, tarafların TBK m. 328-330 hükümleri uyarınca olağan fesih imkanı bulunması sebebiyle kira sözleşmesi süresince kira tespit davası açılmasına imkan ve ge-

---

31 Öncü, s. 305; Emre Gökyayla, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. 2, İzmir, 2013, ss. 1203- 1251, s. 1218; Cevdet Yavuz- Faruk Acar- Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. Baskı, İstanbul: Beta, 2014, s. 317; Konut bir kişinin barınma ihtiyacını karşılayan, kiracıyı dış etkenler koruyan üstü örtülü taşınmaz olup, yerleşim yeri niteliği taşıması şart değildir, Mehmet Kaynar, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 41.

32 Kiraya veren sözleşme süresinin sonunda kira sözleşmesinin sona erdiğini ileri sürebileceğinden, sözleşmesinin devam etmesini arzu eden kiracı, kiraya verenle yeni bir kira bedeli üzerinden anlaşmalıdır, İnceoğlu, s. 125.

rek bulunmamaktadır.[33] Ayrıca kira bedelinin belirlenmesi hususunda esas ilkenin sözleşme serbestisi olması, tespite ilişkin hükümlerin emredici olması ve emredici hükümlerin de dar yorumlanması gerektiğinden, TBK m. 344- 345 hükümleri konut ve çatılı işyeri kiralarıyla sınırlı olarak uygulanmalıdır.[34]

Buna karşılık, olması gereken hukuk bağlamında, konut ve çatılı işyeri kiraları dışındaki kira sözleşmelerine yönelik, genel hüküm niteliğinde kira bedelinin belirlenmesi düzenlemesine yer verilmemiş olması da eleştirilmektedir. Buna göre, konut ve çatılı işyeri kirası kapsamına girmeyen kira sözleşmelerinde, kira bedelinin belirlenmesinin tarafların iradelerine bırakılmış olması ve bu konuda sınırlayıcı genel bir hükme yer verilmemesi, değişen ekonomik yapı karşısında tarafların yararına ve kira sözleşmesinin yapısına uygun düşmemektedir.[35] Örneğin, mermer istif yeri olarak kullanılan arazi ile ilgili olarak da, kiraya verenin kira ilişkisinin devamını ve emsallere göre kira bedelinin yükseltilmesini isteyebilmesi ve bu kira bedelinin belirlenmesi isteminin de bir kira tespit davası olarak değerlendirilmesi gerekir.[36]

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri de belirli veya belirsiz süreli olarak yapılabilirler. Kira sözleşmesinin belirli süreli olması halinde, kira bedelinin yenilenen dönemler için tespitinin istenebileceği kuşkusuzdur. Buna karşılık, belirsiz süreli sözleşmelerde TBK m. 344' ün uygulanıp uygulanamayacağı düşünülebilir. TBK m. 347/II'ye göre, belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kiralarında kiraya veren ancak on yılın sonunda, sözleşmeyi fesih bildirimiyle sona erdirebildiğinden; kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren kira bedelinin on yıl süreyle tespiti imkanının sınırlanması ve bedelin sabit kalması hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacaktır.[37] Bu nedenle belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kiralarında da kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

---

33 Gümüş, s. 61; Kaya, s. 176.
34 Kaya, s. 179.
35 Aydemir, s. 254; Aydoğdu- Kahveci, s. 609.
36 Aydemir, s. 254; Aydoğdu- Kahveci, s. 609.
37 Kaya, s. 176; İnceoğlu, s. 138; Öncü, s. 311; Belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri sözleşmelerinde, kiralayanın da sözleşmeyi fesih bildirimi ile sona erdirme imkanı elde edene kadar olan on yıllık sürede kira tespit davası açabileceği yönünde bkz. Gümüş, s. 62.

Diğer bir görüş ise, kira bedelinin tespitine ilişkin düzenlemeler, kira sözleşmesinin yenilenmesi; diğer bir ifadeyle sözleşmenin süresinin dolmasına rağmen yasa gereği uzaması halinde uygulama alanı bulunabileceği yönündedir.[38] Bu görüşe göre, belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin yenilenmesinden söz edilemeyeceği için, tarafların kira bedelinin belirlenmesine yönelik dava açamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

TBK m. 344- 345'in uygulama alanına ilişkin bir başka husus, tarafların kira bedeli üzerinde anlaşmış olup olmamalarıdır. Daha önce belirtildiği üzere, taraflar sözleşmenin başlangıcında kira bedelini diledikleri gibi belirleyebilirler ve devam eden kira dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar ise taraflar tespit davası açabilirler. Diğer taraftan, tarafların başlangıçta kira bedeli konusunda anlaşmaya varmamış olmaları ihtimalinde bu hükümlerin uygulanma imkanının olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Doktrinde bir görüşe göre, uygulamada ender rastlanmakla birlikte kira bedeli taraflarca sözleşmede açıkça belirlenmemiş olsa da kira tespit davası açılabilir.[39] Diğer bir görüşe göre, taraflar kira parasının miktarını belirlememişlerse veya bu miktar objektif olarak belirlenebilir bir nitelikte değilse; kira bedeli, kira sözleşmesinin objektif esaslı noktalarından birini oluşturduğundan, sözleşmenin kurulmamış olduğu sonucuna ulaşmak gerekir.[40]

Taraflar arasında kira bedeline yönelik bir anlaşma olmaksızın, kira konusunun kiracıya teslim edilmesi halinde ise;[41] bir görüş hakimin sadece kullanılan döneme ilişkin kira bedelini dürüstlük kuralına göre belirleyebileceğini kabul ederken,[42] diğer görüş ise, kiraya veren sebepsiz zenginleşme davası ile kiracının elde ettiği kullanma çıkarının bedelini talep edebileceğini kabul etmektedir.[43]

---

38 Yavuz- Acar- Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 317.
39 Zevkliler- Gökyayla, s. 213.
40 Aral, s. 213; Gümüş, s. 36.
41 Bu ihtimalde dahi kira sözleşmesi geçerli hale gelmez, Aral, s. 213.
42 Aral, s. 213; Tandoğan, s. 14.
43 Gümüş, s. 36; İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu konuda farklı yönde kararları mevcuttur. Tarafların, kiralananın kullanımının bir bedel karşılığında devredileceği hususunda anlaşmakla birlikte, miktarı tespit etmemiş olmaları halinde hakimin sözleşmeyi tamamlayacağı yönünde içtihatları olduğu gibi; bu halde sözleşmenin henüz kurulmuş sayılmayacağı ve daha önce gerçekleşen kullanma

2- Kira Tespitine İlişkin Düzenlemenin Zaman Bakımından Uygulanması

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, hükmün ikinci cümlesinde TBK'den önce kurulmuş sözleşmelere 818 sayılı BK'nin uygulanmaya devam etmesi, başka bir ifadeyle "geçmişe etkili olmama"[44] kuralına istisna getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, temerrüt, sona erme ve tasfiye bakımından söz konusu fiil ve işlemlere TBK uygulanacaktır. Aynı Kanun'un 2. maddesinde ise, TBK'nin genel ahlak ve kamu düzenine ilişkin kurallarının, hangi tarihte gerçekleşmiş olursa olsun bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı düzenlenmiştir.

Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümler de, kiralayana karşı daha zayıf bir konumda olan konut ve çatılı işyeri ihtiyacı içindeki kiracıyı[45] koruyucu nitelikte olduğundan; bu hükümler kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla, TBK'nin kira bedelinin belirlenmesine ilişkin 344 ve 345. maddeleri 01.07.2012 tarihinden itibaren derhal yürürlüğe girecek ve daha önce kurulmuş olan kira sözleşmelerine de uygulanacaktır.[46]

Diğer taraftan TBK'nin bazı hükümlerinin uygulanması 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ertelenmiştir. TBK m. 345 de bu hükümler arasındadır. 6217 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesine göre, işyeri kiralarında, kiracı TTK uyarınca tacir olarak sayılan kişilerden ise veya özel hukuk yahut kamu hukuku tüzel kişisi ise; TBK m. 345 01.07.2012 tarihinden itibaren beş yıl süreyle uygulanamayacaktır.

---

süresi için ödenecek bedelin hakim tarafından belirleneceği yönünde de içtihatları vardır, bkz. Öncü, s. 308; Aral, s. 214.

44 Madde Gerekçesi.

45 Kiracıların büyük çoğunluğunu sermaye, holding sahibi kişiler ya da şirketler oluşturduğundan ve konutlarda arz talep dengesinin kiracı aleyhine değiştiğinden söz edilemeyeceğinden; bu kişilerin korunmaya muhtaç kiracılar olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığı yönünde bkz., Kılıçoğlu, s. 68.

46 Gümüş, s. 60; Öncü, s. 313.

Daha sonra 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 53. maddesiyle 6217 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi değiştirilmiştir. Bu hükme göre ise, kiracının tacir, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olduğu işyeri kiralarında TBK m. 344, 01.07.2012 tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle uygulanamayacaktır. Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin sözleşme serbestisi gereği, kira sözleşmesi hükümleri;[47] kira sözleşmesinde hüküm bulunmaması halinde ise mülga BK hükümleri uygulanacaktır.

6353 sayılı Kanun'un 53. maddesinde, kira bedelinin taraflarca tespit edilmemesi halinde mülga BK' nin uygulanacağı belirtilmiştir. Fakat kira bedelinin belirlenmesi ile sınırlanmasına ilişkin hükümler 818 sayılı BK'de yer almayıp 6570 sayılı GKHK'de yer almaktaydı ve daha önce değinildiği üzere bu hükümler AYM tarafından iptal edilmiş, oluşan boşluk içtihatlarla doldurulmuştu. Doktrinde, erteleme hükmünün 818 sayılı BK'ye atfının bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ve erteleme süresi olan sekiz yıllık süreçte Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun dönemindeki yerleşik uygulamasının, 6353 sayılı Kanun kapsamındaki kira sözleşmeleri bakımından uygulanmaya devam etmesi gerektiği savunulmaktadır.[48] Bir başka görüş ise, erteleme hükmünün kapsamına giren kira sözleşmelerinde, erteleme süresi boyunca TBK m. 343 ve 344 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasını öngörmektedir.[49]

III. KİRA BEDELİNİN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ESASLAR

AYM'nin GKHK m. 2 ve 3'ü iptal etmesinin ardından, TBK'nin yürürlüğe girmesine kadar geçen süreçte mahkeme içtihatları ile tek bir kural değil, adeta kira tespiti hukuku yaratılmıştır. Bu nedenledir ki,

---

47 "6217 Sayılı Kanunun Geçici 2. maddesinde değişiklik yapan 6353 Sayılı Kanunun 53. maddesine göre; Kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinin tacir olan davalının sıfatı gereğince 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanamayacağı da dikkate alınarak sözleşmede kararlaştırılan toptan eşya fiyatlarındaki artış oranı uyarınca kira parasının tespiti gerekirken hak ve nesafet ilkesine göre kira parasının tespitine karar verilmesi doğru görülmemiştir.", Yargıtay 6. HD, T. 19.02.2015, E. 2014/6101, K. 2015/1637, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

48 Gümüş, s. 17 vd; Öncü, s. 317.

49 Eren, s. 425.

kira bedelinin belirlenmesi hususu hukukumuzun "case law" sistemine en çok yaklaştığı alanı oluşturmaktadır.[50]

A. Türk Borçlar Kanunu Öncesindeki Uygulama

Kira bedelinin belirleyen ve sınırlayan hükümlerin iptali üzerine, Yargıtay hukuk daireleri, kiranın yeni dönem için artırılıp artırılmayacağı konusunda birbirinden farklı kararlar vermiş ve bunun üzerine 18.11.1964 tarihinde Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Kararı vermiştir.[51] İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, AYM'nin iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce yapılmış veya yenilenmiş kira sözleşmelerinin, sözü edilen iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihte sona ermesi dolayısıyla başlayan yeni dönemde, sözleşmenin kira parasına ilişkin hükmünün yenilenmeyip diğer hükümleri yenilenmektedir. Kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluk ise, bilirkişice tespit edilecek olağan rayiç ve bu tespit edilemezse ekonomi esasları ve hak ve nesafet uyarınca bilirkişi tarafından bildirilecek kira parası esas alınarak hakim tarafından doldurulacaktır.

Yargıtay, kira parasının tespitinde iki kıstastan hareket etmektedir. Bunlar olağan rayiç ve ekonomik esaslardır; hakim bu kıstaslardan olağan rayice öncelik tanıyacak, fakat olağan rayiç tespit edilemiyorsa ekonomik esaslara başvuracaktır.[52]

Ayrıca söz konusu kararda rayiç kiradan ne anlaşılması gerektiği de tespit edilmiştir. Rayiç bedelin tespitinde, olağan şartlar altında yapılmış olan kira sözleşmeleri esas alınmalıdır. Olağanüstü veya özel şartlar altında yapılmış kira sözleşmeleri ise rayici belirlenmesinde esas alınmayacaktır.[53]

İçtihadı Birleştirme Kararı'nda saptanan ölçütler kapsamında,

---

50 İnceoğlu, s. 123.

51 Yargıtay İBK, T. 18.11.1964, E. 1964/2, K. 1964/4, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 29.02.2016); Tandoğan, s. 26; Topuz- Topuz, s. 75.

52 Ertaş, s. 278.

53 "Ekonomi kurallarının taşınmaz mal sermayesine tanıdığı normal geliri aşan kira parasına ilişkin akitler özel şartlar altında yapılmış sayılır ve sınırlamaya esas tutulamaz. Yine, belli bir yerde oturmak veyahut iş yeri açmak için her fedakârlığı göze alan kimselerin yapmış oldukları akitler ve benzeri özel durumlarda yapılan akitler dahi özel şartlar altında yapılmış sayılır ve sınırlama için temel olamaz.", Yargıtay İBK, T. 18.11.1964, E. 1964/2, K. 1964/4, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 29.02.2016).

ekonomik koşullardaki değişmelere göre Yargıtay kararlarında da bazı değişiklikler olmuştur.[54] Yargıtay 1975 yılından itibaren verdiği kararlarda, o günkü ekonomik koşullarda oturmuş, uzun süredir uygulanagelen olağan rayicin saptanamayacağı gerekçesiyle, ekonomi esaslarına göre kira bedelini tespit etmiş ve yıllık toptan eşya fiyatları endeksini objektif ölçüt olarak esas almıştır.[55] Buna göre;

1. Bir kira yılı içinde toptan eşya fiyatları endeksindeki artış oranı, %40'dan az olmuşsa, kira parasına %20 zam yapılıyordu;[56] ancak %20'lik zam ile bulunan kira bedeli taşınmazın emlak vergisi beyan değerinin %7'sinden az olursa, en az vergi değerinin %7'si kadar kira bedeli belirleniyordu.[57]
2. Toptan eşya fiyatları endeksinde yıllık %40 ile %60 arasındaki bir oranda artış olursa, kira parasına bu artışın yarısı oranında zam yapılıyordu.
3. Toptan eşya fiyatları endeksi yıllık, %60'ın üzerinde ise, kira bedeline en fazla %30 zam yapılıyordu.[58]

Daha sonraki yıllarda enflasyonun yüksek düzeyde olması sebebiyle, fiyatların aşırı artması ve temel tüketim ile günlük gereksinimi karşılayan mallardaki aşırı zamlar sonucunda; kira bedellerine yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde yapılan artırımlar yetersiz kalmıştır.[59] Bunun üzerine Yargıtay kararlarında öncelikle, toptan eşya fiyat endeksi artışının yarısının kira bedeline yansıtılmasının yeterli olmadığı hallerde aşırı olmamak ve hak ve nesafete uygun olmak koşuluyla uygun bir miktar daha kira bedelinin artırılacağı benimsenmiştir. Fakat bu artırımın da yeterli olmaması üzerine toptan eşya fiyatları endeksindeki artışın tamamının kira bedeline yansıtılması yönünde kararlar verilmiştir.[60] 1994 yılından itibaren ekonomik koşullarda olağanüstü bo-

54 Zevkliler- Gökyayla, s. 225.
55 Yavuz, Türk Kira Hukuku Uygulamada ve Öğretide Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, s. 213; Ertaş, s. 278.
56 Ertaş, s. 279.
57 Bu oran 1983-1986 yılları arasında %7 uygulanmış, 1986 yılında emlak vergisinde indirim yapılması sebebiyle, asgari beyan değerinin %5'i olarak belirlenmiştir, Burcuoğlu, s. 31.
58 Zevkliler- Gökyayla, s. 227.
59 Zevkliler- Gökyayla, s. 228.
60 Zevkliler- Gökyayla, s. 229; Yargıtay 3.HD, T. 22.10.1991, E. 1990/12777, K. 1991/10936; Yargıtay 3.HD, T. 23.11.1992, E. 1992/4366, K. 1992/19328; Yargıtay

yutlarda kötüleşme olması ve toptan eşya fiyatları endeksindeki yıllık artışların %100'ü aşan düzeylerde gerçekleşmesi üzerine, Yargıtay görüş değiştirerek kira bedellerine yapılan zamları %65 ile sınırlamıştır.[61]

Son olarak 16.02.2000 tarihinde 4531 sayılı Kanun ile 6570 sayılı GKHK'ye eklenen geçici 7. maddeyle 2000 ve 2001 yılları için kira bedeli tespiti esası saptanmıştır. İki yıl süreyle uygulanacak olan bu hükmün bir kısmı AYM tarafından iptal edilmiş[62] ve 4531 sayılı Kanun 2001 yılı sonunda yürürlükten kalkmıştır. Böylece kira bedelinde artırımın esasları yine Yargıtay kararları ile belirlenmiştir.

B. Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesindeki Esaslar

TBK m. 344'te kira bedelinin belirlenmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Kira bedeli, taraflar arasında artış oranının belirlenip belirlenmemiş olması,[63] kira bedelinin yabancı para olarak belirlenmiş olması ve beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmeleri bakımından farklı esaslara göre tespit edilmektedir.

1. Taraflar Arasında Anlaşma Olması

TBK m. 344/I'e göre, *"Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir."* Bu hüküm tarafların kira bedelindeki artış oranını belirlemesine saptanan sınır dahilinde cevaz vermektedir. Taraflar arasındaki artış oranını belirleyen anlaşmalar yalnızca sözleşmenin ilk uzama yılı değil, kira ilişkisi devam ettiği sürece uygulama alanı bulacaktır.[64]

3.HD, T. 25.05.1993, E. 1992/17491, K. 1993/9988; Yargıtay HGK, T. 24.11.1993, E. 1993/3-524, K. 1993/738, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 03.02.2017)

61 Zevkliler- Gökyayla, s. 233; Yargıtay 3.HD, T. 18.10.1999, E. 1999/10434, K. 1999/10684; Yargıtay 3.HD, T. 02.05.2005, E. 2005/3917, K. 2005/4838; Yargıtay 3.HD, T. 02.12.2004, E. 2004/13648, K. 2004/13383, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 03.02.2017)

62 AYM, T. 19.07.2001, E. 2001/303, K. 2001/333, (RG, T. 15.09.2001, S. 24524)

63 Sözleşmede artış oranına ilişkin hükmün bulunması ile bulunmaması arasında bu şekilde yapay bir fark yaratmanın haklı açıklaması olmadığı yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 78.

64 İnceoğlu, s. 127.

TBK'nin 344. maddesinde kira bedelindeki artışın üst sınırı olarak, bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artış oranı belirlenmiştir.[65] Tarafların sözleşmede belirlediği artış oranı üretici fiyat endeksi oranından daha düşük bir oran ise, tarafların belirlediği oran geçerli olacaktır. Aksi halde, yani üretici fiyat endeksinin üzerindeki artış oranlarının tespiti halinde, kısmi butlan yaptırımı söz konusu olarak kira bedelindeki artış oranı üretici fiyat endeksi oranına çekilecektir.[66] Bunun dışında, taraflar sözleşmede tüketici veya toptan eşya fiyat endeksi artış oranını kira bedelinin belirlenmesine esas almışlarsa bu oranlar üretici fiyat endeksinden yüksekse yine üretici fiyat endeksi uygulama alanı bulacaktır.[67]

Kira bedelinin belirlenmesinde esas alınacak olan üretici fiyat endeksi, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından ilan edilen orandır. Kurum üretici fiyat endeksini, bir önceki aya göre değişim oranı, bir önceki yılın Aralık Ayına göre değişim oranı, bir önceki yılın aynı ayına göre değişim oranı ve on iki aylık ortalamalara göre değişim oranı olmak üzere farklı değişkenlere göre esas almakta ve ilan etmektedir.[68] Yargıtay, 6570 sayılı Kanun döneminde toptan eşya fiyatları endeksinin on iki aylık değişim oranını kira bedelinin tespitinde esas almaktadır[69]. Yargıtay'ın TBK döneminde de uygulaması bu yöndedir[70]. Dolayısıy-

---

65 Bu sınırın mülkiyet hakkının özünü aşırı sınırladığı yönünde bkz. Nihat Yavuz, ""Türk Borçlar Kanunu Tasarısı" Hakkında Güncel Değerlendirme ve Öneriler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 3, S: 20, 2008, ss. 51- 60, s. 58; Erzan Erzurumluoğlu, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara: Yetkin, 2014, s. 114.

66 Eren, s. 425; İnceoğlu, s. 128; Gümüş, s. 63; Yavuz- Acar- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 628; Buna karşılık Yargıtay "yeni dönem kira parası tespit edilirken, hükmedilen kira parasının davalı tarafından yeni dönemde artırılarak ödenen miktardan az olamayacağı" na karar vermiştir, ,Yargıtay 6. HD, T. 14.01.2016, E. 2014/5516, K. 2015/210, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com, (erişim tarihi: 01.03.2016)

67 Gümüş, s. 63; "sözleşmenin hususi şartlarının 6. maddesinde ise" konrat bitiminde kira rayiç bedelinin yıllık TEFE ve TÜFE ortalaması oranında arttırılacağı" kararlaştırılmıştır. Bu şart geçerli olup tarafları bağlar. TBK. 344. maddesi hükmü de gözetilerek TÜİK ÜFE artış oranını geçmemek üzere sözleşme hükmü doğrultusunda aylık kira bedelinin belirlenmesi gerekmektedir.", Yargıtay 6. HD, T. 03.12.2015, E. 2015/8105, K. 2015/10681, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

68 http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist (erişim tarihi: 01.03.2016)

69 Yargıtay 6.HD, T. 11.10.2005, E. 2005/9613, K. 2005/9258, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 03.02.2017)

70 Yargıtay 6.HD, T. 09.06.2014, E. 2014/6345, K. 2014/7551, Kazancı İçtihat Bankası,

la aynı esasın üretici fiyat endeks oranı bakımından TBK döneminde geçerli olduğunun kabulü gerekir.[71] Buna karşılık Türkiye İstatistik Kurumu'nun 04.02.2014 tarihinde yayınladığı Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi Kullanıcıları İçin Rehber'de, kira sözleşmelerinde bir aya ilişkin endeks değerinin bir önceki yılın aynı ayına göre yüzde değişiminin esas alınması gerektiği belirtilmiştir.[72]

TBK m. 344/I'in son cümlesinde, taraflar arasında yapılan sözleşmenin bir yıldan daha uzun süreli olması halinde de bu hükmün uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, kira bedelinin belirlenmesi, yalnızca kira sözleşmesinin yenilenmesine ilişkin bir kurum olmaktan çıkmıştır.[73] Tarafların bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesi yapmaları ve bu sözleşmenin süresi sonunda TBK m. 347 gereği bir yıl süreyle uzaması halinde, kira bedelinin belirlenmesine yönelik sınırların uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur.

Diğer taraftan, TBK m. 344/I (son cümle) düzenlemesi daha farklı bir ihtimali de bedel sınırları içinde görmektedir. Şöyle ki, taraflar bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi yapmış ve her bir kira yılı için[74] farklı bir kira bedeli belirlemiş olabilirler. Tarafların bu şekilde belirlediği kira bedeli de ilk fıkradaki sınırlara tabi olacaktır.[75] Bu şekilde belirlenen kiralarda, birinci yıldan sonraki kira bedelleri, bir önceki senenin kira bedeline üretici fiyat endeksinin artış oranının eklenmesiyle bulunan miktardan daha fazla olamayacaktır.[76] Bu düzenleme, kira sözleşmesinin süresi içindeki kira bedeline sınırlama getirerek

---

www.kazanci.com (erişim tarihi: 03.02.2017)

71 Fiyatlar genel seviyesi her ay için değişiklik gösterdiğinden, on iki aylık ortalamanın esas alınmasının en adil olduğu yönünde bkz. Aydoğdu- Kahveci, s. 612; İnceoğlu, s. 130; "Kira atışışının TÜİK'in yayınladığı ÜFE on iki aylık ortalama artış oranı üzerinden hesaplanması gerekirken bilirkişi raporunda doğrudan endeks oranının esas alınması da hatalıdır.", Yargıtay 6. HD, T. 14.10.2014, E. 2014/727, K. 2014/11004, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

72 http://www.tuik.gov.tr/duyurular/duyuru_1648.pdf (erişim tarihi: 01.03.2016), Rehberdeki saptamanın eleştirisi için bkz. Aydoğdu- Kahveci, s. 612- 613.

73 İnceoğlu, s. 132.

74 Tarafların artış oranını birer yıllık dönemler için kararlaştırmaları şart olmayıp, taraflar iki yılda bir belirli oranda artış öngörseler bile kira bedeli TBK m. 344/I'deki kurallara göre yapılır, Gümüş, s. 63.

75 Sözleşme süresinde belirlenmiş olan bedele emredici hükümlerle müdahale edilmesinin sözleşme özgürlüğüne getirilmiş aşırı bir müdahale olduğu yönünde bkz. İnceoğlu, s. 133.

76 Zevkliler- Gökyayla, s. 236;

sözleşme özgürlüğüne aşırı müdahale olarak görülse de; sözleşmenin kurulması sırasında konut veya çatılı işyeri gereksinimi içinde bulunan kiracının sonraki yıllara ilişkin artış oranlarını kabul etmek zorunda kalacağı[77] göz önünde bulundurulduğunda böyle bir sınırlama öngörülmüş olması yerindedir.

Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde, taraflar kira artışının her yıl değil de iki yahut üç senede bir olmasını kararlaştırmış olsa dahi, artış oranı bir önceki kira bedeline üretici fiyat endeksi oranının uygulanmasıyla bulunan miktar olup; kiraya verenin iki yahut üç sene boyunca hiçbir artış yapılmadığı yönündeki itirazı dikkate alınmayacaktır.[78]

Kira sözleşmesinin belirsiz süreli yapılmasıyla birlikte, taraflar kira bedelinde belirli aralıklarla artış yapılmasını öngörmüş olabilirler. TBK m. 344'te belirli ve belirsiz süreli kira sözleşmesi ayrımı yapılmamış olduğundan, bu hükümde belirtilen üst sınırların belirsiz süreli sözleşmelerde de uygulanması mümkün olmalıdır.[79]

Üretici fiyat endeksi oranında düşüş yaşanması ihtimalinde, tarafların bu orana göre kira bedelinin indirilmesi konusunda anlaşmış olmaları halinde, kira bedelinin bu orana göre azaltılması mümkün olabilecekken; taraflar sözleşmede yalnızca üretici fiyat endeksi oranında artış yapılacağını belirlemişlerse, söz konusu orandaki düşüş kira bedeline yansımayacaktır.[80] Dolayısıyla yeni kira döneminde kiracı, daha önceki dönemdeki kira bedelini ödemeye devam edecektir.

2. Taraflar Arasında Anlaşmanın Bulunmaması

TBK m. 344/II, taraflar arasında kira bedelinin belirlenmesine ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması halinde kira bedelinin hangi esaslar

---

77 Öncü, s. 318.

78 Öncü, s. 325; İnceoğlu, s. 134

79 İnceoğlu, s. 130.

80 İnceoğlu, s. 135; "Bilirkişi heyeti endeks yoluyla kira bedelini ise hesap etmemiştir. Mahkemece bu durumda bir önceki dönem ödenen kira parasından daha düşük kira parasına hükmedildiği anlaşılmaktadır. Kira parasının bir önceki kira döneminde ödenen kira parasının üfe endeksine göre yapılacak artıştan daha düşük bir tutar olamayacağı gözetilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.", Yargıtay 6. HD, T. 19.03.2015, E. 2015/2163, K. 2015/2733, Kazanıcı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

çerçevesinde tespit edileceğini düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, *"kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre"* belirlenecektir.

Taraflar kira bedelindeki artış oranını belirlemedikleri takdirde, hakimin yapacağı belirlemenin üst sınırını yine üretici fiyat endeksi oluşturacaktır. Fakat bu halde hakim kiralananın durumunu da göz önünde bulundurduğundan, hakkaniyet esasları çerçevesinde üretici fiyat endeksinin altında bir artış oranına da hükmedebilecektir.[81]

TBK m. 344/II'de hakimin hakkaniyete göre kira bedelini belirleyeceği belirtildiğinden, üretici fiyat endeksi oranında düşüş yaşanması halinde, hakim kira bedelinin indirilmesine de hükmedebilecektir.[82]

Taraflar arasında kira bedelinin belirlenmesine ilişkin düzenlemenin bulunmadığı belirsiz süreli ve bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde de TBK m. 344/II'ye göre hakimin kira bedelini belirlemesi mümkün olmalıdır.[83] Fakat taraflar kira süresi içinde kira bedelinde artış yapılacağı konusunda hiçbir anlaşma yapmamışlarsa, TBK m. 344/II uygulanamayacaktır.[84]

3. Beş Yıldan Uzun Süreli veya Beş Yıldan Sonra Yenilenen Kira Sözleşmeleri

TBK m. 344/III'e göre, taraflarca kira bedelinin belirlenmesi hususunda bir anlaşma yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın; beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli hakim tarafından belirlenir. Hakim, kira bedelini, üretici fiyat endeksindeki artış oranını, kiralananın durumu ve emsal kira bedellerini göz önünde tutarak hakkaniyete uygun biçimde belirler. Hükümde geçen, "beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen

---

81 Emsal kiraların ÜFE artışından daha az olması halinde bu şekilde bir karar verilebilecektir, Aydoğdu- Kahveci, s. 616; İnceoğlu, s. 136; Gümüş, s. 66; Yavuz- Acar-Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 631.

82 İnceoğlu, s. 138.

83 İnceoğlu, s. 138; TBK m. 344/I cümle 2'nin atfının, yalnızca cümle 1'i kapsadığı, bu nedenle bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde TBK m. 344/II'nin uygulanamayacağı yönünde bkz. Gümüş, s. 68.

84 Gümüş, s. 68.

kira sözleşmeleri" ifadesinin lafzından hareket edildiğinde, hükmün beş yıldan uzun sürenin kararlaştırıldığı belirli süreli sözleşmeler ile beş yıllık belirli süreli kira sözleşmesinin sona erip ilk kez bir yıllığına yenilendiği kira yılı ile sınırlı olarak uygulama alanı bulacağı sonucuna varılabilir. Fakat bu ifade lafzi olarak değerlendirilmemeli, kanun koyucunun amacı da dikkate alınmalıdır. Buna göre, TBK m. 344/III taraflar arasındaki belirli süreli sözleşmenin süresi ne olursa olsun veya beşinci yılın sonuna kadar sözleşme kaç kez yenilenmiş olursa olsun uygulama alanı bulacaktır.[85]

TBK'nin 344. maddesinde, üretici fiyat endeksi oranının yanında emsal kira bedelleri ve kiralananın durumunun da göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Emsal kira bedeli, diğer bir ifadeyle rayiç bedel veya olağan rayiç, belirli bir çevrede muntazaman ve devamlı sürelerde yapılmış kira sözleşmelerinde kiralayanlar ve kiracılar tarafından kabul edilmiş, istikrar kazanmış kira paralarının ulaştığı belli değeri ifade etmektedir.[86] Kiralananın durumu ise, kiralananın yaşı, büyüklüğü, kullanılan malzemelerin kalitesi gibi kiralananın niteliklerini ifade etmektedir.[87]

TBK m. 344/III, kira bedelinin üretici fiyat endeksine göre belirlenmesi zorunluluğunu beş yılla sınırlamıştır. Kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren beş yıllık süre dolmuş ise,[88] altıncı kira dönemi için kira bedeli artık TBK m. 344/III'te belirlenen esaslar çerçevesinde tespit edilir.[89] Yargıtay'ın 6570 sayılı GKHK dönemindeki uygulaması

---

85 Gümüş, s. 64.

86 Yargıtay HGK, T. 21.03.1990, E. 1990/3-13, K. 1990/193; Yargıtay 3. HD, T. 01.11.1988, E. 1988/9648, K. 1988/9148; Yargıtay 3. HD, T. 20.12.1984, E. 1984/6136, K. 1984/6226; Yargıtay 3. HD, T. 13.04.1976, E. 1976/2529, K. 1976/3383, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

87 Öncü, s. 334; Kiralanın durumunu belirlemek için kiralananın çevresel konumunun da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Gümüş, s. 66.

88 Taraflar yeni bir kira sözleşmesi yapmış olsalar dahi, sözleşmenin tarafları değişmedikçe yeni sözleşme eski sözleşmenin devamı niteliğinde olacağından; beş yıllık süre ilk kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren hesaplanmalıdır, İnceoğlu, s. 144.

89 Kaynar, s. 72; İnceoğlu, s. 140; "Dava 6098 sayılı kanun yürürlüğe girdikten sonra açılmıştır. Kira bedelinin hak ve nasafet kuralına göre belirlenebilmesi için 4+1 kuralının uygulanması gerekir, ilk yıl sözleşme hükümleri, uzayan 4 yılda üfe oranını geçmemek üzere endeks uygulanmalı, 5 yıldan sonra yani 6 yıl için ise hak ve nesafet kuralına göre kira bedeli belirlenmelidir. Somut olayda ilk kira sözleşmesi başlangıç tarihinden dava tarihine kadar 5 yıllık (4+1) süre geçmemiştir. Bu durumda kira bedelinin endekse göre belirlenmesi gerekirken 3+1 kuralına göre hak

ise, kira bedelinin ilk üç uzama yılında toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranına göre belirlenip dördüncü uzama yılında ise tespitin rayice göre yapılması yönündeydi.[90]

TBK m. 344/III hükmündeki *"ve bundan sonraki her beş yılın sonunda"* ifadesi doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bir görüşe göre, daha sonraki rayiç bedele göre kira tespitleri altıncı yenileme yılını takip eden her beş yılın sonunda istenebileceğinden, belirlenen kira bedeli on iki ve on sekizinci kira yıllarına ilişkin olmalıdır.[91] Diğer bir görüşe göre, Kanun'un açık ifadesi karşısında her beş yılda bir yapılması mümkün olan rayiç bedel tespiti davasının sonraki dönemlerde, onuncu ve on beşinci yılın sonunda açılabilmesi ve kira bedelinin on birinci ve on altıncı yıllara ilişkin olarak belirlenmesi gerekir.[92]

Kanımızca kira bedelinin belirli aralıklarla rayiç bedele göre belirlenmesini öngören bu hüküm; kiralayanın yalnızca üretici fiyat endeksi artış oranına göre bir artış elde etmesinin yanında, dönem dönem rayiç bedel esasının uygulanmasını öngörerek, kira bedelini, aynı çevredeki konut ve çatılı işyerlerinin kira getirileriyle denk duruma getirmeyi amaçlamaktadır. Kanun koyucu emsal bedellere göre kira tespitinin yapılmasını beş yıllık süreler için öngörüldüğünden, TBK m. 344/III gereği yapılacak artışın her beş yılda bir ve bir sonraki dönem için geçerli olacak şekilde, başka bir ifadeyle on birinci ve on altıncı yıllara ilişkin olması görüşü isabetlidir.

TBK m. 344/III'ün son cümlesinde, her beş yıldan sonraki kira yılında yukarıdaki esaslar çerçevesinde belirlenen kira bedelinin, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu

---

ve nesafete göre kira bedelinin tesbit edilmesi doğru değildir.", Yargıtay 6. HD, T. 12.01.2015, E. 2014/4518, K. 2015/27, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

90 İnceoğlu, s. 140; "Davada taraflar arasındaki ilk kira ilişkisi 1.7.2001 tarihli kira sözleşmesine dayanmakta olup, tespiti istenilen ilk kira dönemi (2006) akdin kurulmasından itibaren ki 5. dönemdir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, akdin kurulduğu tarihten itibaren ilk 3 yıl endeks dönemi olup, bu 3 yılın sonunda ise kira tespiti hak ve nesafet kurallarına göre yapılacaktır. Somut olayda, tespiti istenilen dönem, akdin kurulmasından itibaren ki 5. dönem olduğundan dolayı, hak ve nesafet esaslarına göre kira bedelinin tespitinde bir isabetsizlik yoktur.", Yargıtay 3. HD, T. 07.04.2009, E. 2009/1477, K. 2009/6126, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

91 Gümüş, s. 67; Aydoğdu- Kahveci, s. 618; Öncü, s. 332.

92 Yavuz- Acar- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 632; İnceoğlu, s. 142.

bakımdan, kira bedelinin yalnızca beş yıl aralıklarla mı belirleneceği hususunda kuşkuya yer bırakılmamıştır. TBK m. 344/III'e göre belirlenmiş kira bedeli, sonraki dönemlerde tekrar TBK m. 344/I veya m. 344/II'deki esaslar çerçevesinde belirlenecektir.

4. Yabancı Para Üzerinden Kiralamalar

TBK m. 344/IV'te, kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırılmış olması halinde, nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. Hükme göre, sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz.[93] Bu hüküm nisbi emredici niteliktedir, tarafların kiracı aleyhine aksini kararlaştırması mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmede artış oranı kararlaştırılmış bile olsa beş yıl boyunca kira bedelinde artış yapılamayacaktır.[94]

Düzenlemedeki "beş yıl boyunca" ifadesi, tarafların beş yıldan sonrası için bir artış öngörebilecekleri şeklinde anlaşılmakta ise de, bu husus tartışmalıdır. Bir görüşe göre, artış yasağının beş yıl ile sınırlandırılmasının sebebi, beşinci yıldan sonra TBK m. 344/III'e göre emsal bedelin tespitinin istenebiliyor olmasıdır. Dolayısıyla burada belirtilen beş yıl, kira bedelinde artış yasağının sona erdiği süre olarak anlaşılmamalıdır.[95] Diğer bir görüşe göre ise, taraflar beşinci yılı bitiminden itibaren yeni kira bedelinin ne olacağı veya ne oranda artırılacağını kararlaştırabilirler.[96]

Kira bedelinin doğrudan yabancı para şeklinde kararlaştırılmayıp, yabancı paraya endeksli olarak kararlaştırılması ya da kıymetli madene endeksli olarak kararlaştırılması halinde de bu hüküm uygulama alanı bulacaktır.[97]

Yabancı paranın kira bedeli olarak kararlaştırıldığı sözleşmelerde, beş yıl süresince artışın söz konusu olamayacağı yönündeki düzenlemenin istisnasını aşırı ifa güçlüğü oluşturmaktadır. Taraflardan biri

---

93 Kira bedelinin indirilmesine yönelik tespit davası açılması da mümkün değildir, Yavuz- Acar- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 635.

94 İnceoğlu, s. 149; Öncü, s. 335; Gümüş, s. 68; "Kiracı yararına kira bedelinin azaltılması sonucunu doğuracak anlaşmaların yapılması mümkündür.", Yavuz- Acar- Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 322.

95 İnceoğlu, s. 153.

96 Yavuz- Acar- Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 322.

97 Öncü, s. 337, İnceoğlu, s. 151; Gümüş, s. 69.

TBK m. 138'deki şartlar[98] gerçekleştiği takdirde, sözleşmenin uyarlanmasını ve bu şekilde kira bedelinin tespitini isteme imkanına sahiptir.

TBK m. 344/IV'ün son cümlesinde, beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre beş yılın sonunda hakim, emsal bedeller, kiralananın durumu, üretici fiyat endeksindeki artış oranı ve yabancı para değerindeki değişiklikleri göz önünde bulundurarak hakkaniyete göre kira bedelini belirleyecektir.

Yabancı para olan kira bedelinin belirlenmesiyle ilgili son bir sorun ise, tespitin hangi para birimi üzerinden yapılacağıdır. Doktrinde bir görüşe göre, beş yılın sonunda emsal bedel yabancı para birimi üzerinden belirlenmelidir.[99] Diğer görüş ise, hakim kira parasını Türk Lirası olarak belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, kira parasının hakim tarafından yabancı para birimi ile tespit edilmesi halinde, tekrar TBK m. 344/IV uygulama alanı bulacak ve hakim tarafından tespit edilen bu bedel beş yıl boyunca tekrar artırılamayacaktır. Belirlenen kira bedelinin taraflarca tekrar değiştirilememesi ise, sözleşme özgürlüğü ilkesinin aşırı derecede sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır.[100] Gerçekten de kira parasının yabancı para birimi şeklinde tespit edilmesi TBK m. 344/I'in uygulanmasını önleyecek ve kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmış kira sözleş-

98 TBK m. 138: "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir."

99 Aydoğdu- Kahveci, s. 619; İnceoğlu, s. 152; Hükümde "yabancı paranın değerindeki değişikliklerin" göz önüne alınacağı özellikle belirtildiğinde, belirlenen kira parasının da yabancı para birimi üzerinden olması gerektiği yönünde bkz. Gümüş, s. 69; aynı yönde, "davalının tespit konusu dönem için euro üzerinden kira parasını ödediği gözetilerek dövizdeki değişikliklerin kira parasına ne şekilde etki ettiği üzerinde durulmalı, davacının kira bedelini yabancı para olarak belirlenmesini talep etmesinde bir usulsüzlük olmadığı da dikkate alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde Türk Lirası üzerinden kira parasının tespitine karar verilmesi doğru değildir.", Yargıtay 6. HD, T. 19.01.2015, E. 2014/13531, K. 2015/415, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

100 Öncü, s. 338.

melerinde ancak beş yılda bir artış olması söz konusu olacaktır. Bunun yanında, Yargıtay'ın 6570 sayılı GKHK'ye yönelik uygulaması da emsal bedelin Türk Lirası olarak belirlenmesi; yalnızca her iki tarafın da kabul etmesi halinde yabancı para birimi şekilde belirlenmesi yönündedir.[101] Yukarıda belirtilen gerekçe ve Yargıtay'ın uygulaması dikkate alındığında ikinci görüşün isabetli olduğu söylenebilir.

VI. KİRA TESPİT DAVASI

6570 sayılı GKHK döneminde, 21.11.1966 tarihinde verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile kira tespit davasının açılacağı an ve tespit kararının uygulanacağı döneme ilişkin ilkeler belirlenmiştir.[102] Yargıtay'ın saptadığı ilkelere paralel olarak kira tespit davası TBK m.

---

101 İnceoğlu, s. 152; Gümüş, s. 69; "Kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra yenilenen dönemde kira parasının tespitinin istenilmesi halinde, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları uyarınca (tarafların açık muvafakatları bulunmadığı sürece) kira parasının Türk Lirası olarak tespiti gerekir.", Yargıtay 3. HD, T. 07.10.2004, E. 2004/11552, K. 2004/10668; "Yabancı para üzerinden kiralanmış olan taşınmazın kira parasının arttırılması talep edildiğinde; kira parasının yabancı parayla ödeneceğini öngören sözleşme hükmünün yeni dönem için yenilendiği kabul edilemez. Bu nedenle yeni dönem bakımında arttırılacak olan kira parasının Türk Lirası olarak takdiri gerekmektedir.", Yargıtay 3. HD, T. 25.11.2008, E. 2008/18533, K. 2008/20391, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

102 Gümüş, s. 70; "3 - Kiralayan tarafından kiracı aleyhinde kira parasının tespiti için her zaman dava açılabileceğine, diğer bir ifade ile bu davanın kira dönemi başlangıcına nazaran belli bir zaman önce veya sonra açılması zorunluluğu bulunmadığına, dava tarihi, davanın incelenme yeterliği bakımından ehemmiyeti haiz olmayıp, karar altına alınan yeni kira parasının hangi tarihten itibaren kiracıyı ilzam edeceği hususunda ehemmiyet arzettiğine,
4 - Kiralayan, dava dilekçesinde tespit edilecek yeni kira parası ile kiracının sorumlu olmaya başlayacağı tarihin dahi karar yerinde belirtilmesini istemiş ise, mahkeme, kira parasını tespit etmekle beraber bunun kiracı hakkında hüküm ifade edeceği tarihi, diğer bir ifade ile yeni kira bedelinin hangi tarihten itibaren kiracıyı ilzam edeceğini karar yerinde göstermesi gerektiğine, kiralayanın o yolda bir isteği bulunmadığı takdirde mahkemenin yeni kiranın hangi tarihten itibaren kiracıyı ilzam edeceğini belirtmesine lüzum ve mahal olmadığına,
5 - Kiralayan tarafından kiracı aleyhine açılan kira bedelinin tespiti davasında, tespit edilecek yeni ki parasının o davaya ait arzuhalin kiracıya tebliğini takip eden kira dönemi için kiracıyı ilzam edeceğine, ancak arzuhalin tebliğ tarihi ile yeni kira döneminin başladığı tarih arasında on beş günden fazla bir sürenin geçmiş olması gerektiğine, bu fazla sürenin ise, en az kiracı için düşünüp on beş günlük süreden önce mecuru tahliye edeceğini yazı ile kiralayana bildirmesine yetecek kadar olması icap ettiğine, dava arzuhali bu günden sonra kiracıya tebliğ edilmiş olursa kiracının tespit edilen yeni kira parası ile bir sonraki dönem için sorumlu olacağına…karar verildi.", Yargıtay İBGK, T. 21.11.1966, E. 1966/19, K. 1966/10, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

345'de düzenlenmiştir. Kira parasının tespiti talebinde; kira tespiti davasını, taşınmazın maliki açabileceği gibi, taşınmazı kiralayan ya da kiracı da açabilir.[103] Kira tespiti ancak kira sözleşmesinin varlığı halinde istenebilecektir.[104] Kiralanan kiracı tarafından boşaltılmış olsa da boşaltma tarihine kadar kira parasının tespiti istenebilir.[105]

Kira sözleşmesinde, taraflar artış oranı belirlemişlerse, kiracı yeni dönemde kira bedelini artış yapmadan ödemesi halinde temerrüde düşecek ve bu durum tahliye sebebi oluşturacaktır.[106] Kiraya verenin bu halde, tespit davası açmak yerine TBK m. 315'e dayanması daha lehine olacaktır.

TBK m. 345' e göre, "*Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin dava her zaman açılabilir.*" Düzenlemede kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın her zaman açılabileceği belirtilmekle birlikte; davanın açılma zamanı, tespit edilen kira bedelinin hangi dönem için geçerli olacağı konusunda önem taşır.[107] Kira bedelinin belirlenmesi davasının hangi kira dönemine etki edeceği TBK m. 345/II'de düzenlenmiştir. Buna göre, "*Ancak, bu dava, yeni dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açıldığı ya da kiraya veren tarafından bu süre içinde kira bedelinin artırılacağına ilişkin olarak kiracıya yazılı bildirimde bulunulmuş olması koşuluyla, izleyen yeni kira dönemi sonuna kadar açıldığı takdirde, mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlar.*" Kira tespit davası, yeni kira döneminin başlamasından en geç otuz gün önce açılmış veya artırım talebi bu süre içinde karşı tarafa yazılı olarak bildirilmişse;[108] tespiti istenen dönemin sonuna ka-

---

103 Erdoğan, s. 1371; Yavuz- Acar- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 638; Yargıtay 3. HD, T. 01.11.2012, E. 2012/17279, K. 2012/22404, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

104 "…taraflar arasında kiracılık ilişkisinin kalmaması nedeniyle, kira parasının tespitini istemenin mümkün olmadığı gözetilmelidir.", Yargıtay 6. HD, T. 03.06.2014, E. 2013/15358, K. 2014/7232, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

105 Erdoğan, s. 1371; "Kiralanan 24.11.1979 tarihinde boşaltılmış ise de, davacının 01.03.1979 tarihinden boşaltma tarihine kadar tespit edilecek yeni kira parasını almaya hakkı olacağından kira parasının tespitini istemekte hukuki yararı bulunmaktadır. Davanın boşaltmanın gerçekleşmesinden sonra açılması sonucu etkilemez.", Yargıtay 3. HD, T. 16.09.1980, E. 1980/4047, K. 1980/4475, Erdoğan, s. 1382.

106 İnceoğlu, s. 154.

107 Yavuz- Acar- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 638.

108 En geç otuz gün kala yazılı bildirimin tebliğe çıkarılmasının yeterli olduğu yönünde bkz. Madde Gerekçesi, ayrıca Yavuz- Acar,- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel

dar açılan bir tespit davasında alınan karar geriye etkili olacaktır.[109] Bu sürede dava açılmamış veya karşı tarafa yazılı bildirimde bulunulmamışsa, açılan tespit davası sonucunda belirlenen bedel bir sonraki kira yılında uygulanacaktır.[110]

Kira konusunun el değiştirmesi ihtimalinde, daha önceki kiraya veren tarafından TBK m. 345'te belirtilen sürede ihtarname gönderilmişse, yeni malikin açacağı davada verilen karar da geriye etkili olacaktır.[111]

TBK m. 345/II hükmü, kira tespit davasının yalnızca kiraya veren tarafından açılması ihtimalini kaleme almıştır. Kira tespit davasının, kiracı tarafından açılması mümkün olduğundan, kiracının açtığı davada TBK m. 345/I hükmünü uygulamak gerekir. Dolayısıyla sözleşmede artış kararlaştırılmamış veya kiracı tarafından önceden ihtar çekilmemiş olsa dahi kiracının açtığı davada verilen kararın geriye etkili olduğu kabul edilmelidir.[112]

TBK m. 345/III'e göre, sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli de, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur. Kira sözleşmesinin tarafları, yeni kira döneminde kira bedelinin artacağına karar vermiş olmakla birlikte, artış oranını belirlememiş olabilirler. Bu durumda kiracı beklenmedik bir artışla karşı karşıya olmadığından, tespit davası yeni kira dönemine 30 gün kala açılmamış veya karşı tarafa bildirimde bulunulmamış olsa dahi;[113] yeni kira döneminin sonuna kadar açılan davada mahkemenin belirlediği kira bedeli, yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olacaktır.

Kira tespit davasının hukuki niteliği tartışmalıdır.[114] Bir görüşe göre, kira bedelinin belirlenmesi için açılan dava tespit davası niteliğindedir. Yargıtay'ın 07.07.1965 tarihinde verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da kira bedelinin belirlenmesi davasının tespit davası nite-

---

Hükümler, s. 639.

109 Aydemir, s. 263; İnceoğlu, s. 156.

110 Yavuz- Acar- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 638; İnceoğlu, s. 156.

111 İnceoğlu, s. 157.

112 İnceoğlu, s. 155.

113 İnceoğlu, s. 158.

114 Topuz- Topuz, s. 85.

liğinde olduğunu belirtmiştir.[115] Buna göre, kira tespit davasının dinlenilmesi için, davacının tespit davası açmada hukuki yararının bulunması şarttır.[116] Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre ise, kira tespit davası teknik anlamda tespit davası niteliğinde değildir. Çünkü kira bedelinin belirlenmesine yönelik dava ile amaçlanan taraflar arasındaki hukuki ilişkinin kira miktarı yönünden değiştirilmesi olup; varlığı veya yokluğu iddia edilen bir hukuki ilişkinin tespiti söz konusu değildir.[117] Bu nedenle kira bedelinin belirlenmesine ilişkin davanın yenilik doğuran dava ve verilecek hükmün de yenilik doğuran karar şeklinde nitelendirilmesi gerekir.[118]

Kiracının yeni dönemde sözleşmede öngörülen artış oranından daha düşük bir kira bedeli ödemesi veya böyle bir anlaşma olmamakla birlikte bir önceki kira dönemindeki bedeli ödemeye devam etmesi

---

115 "Tespit davası, eda davasının öncüsü durumundadır. Henüz şartları tamam olmadığı için açılamayan eda davası için ilerideki hukuki ilişiğinin belli edilmesi bakımından kesin delil olarak kullanılmak üzere tespit davası açılabilir. Tespit davası, ileride açılacak ve fakat henüz şartları bulunmadığından açılamayan kira alacağı davasını hazırlamak amacını güder. Aylık kiranın miktarı belli edildiği takdirde, muaccel kira paralarının gerek mahkemede dava yoluyla ve gerekse icrada takip konusu yapılmak suretiyle tahsili yoluna gidilmesi mümkün hale gelir.", Yargıtay İBGK, T. 07.07.1965, E. 1965/5, K. 1965/5, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

116 Erdoğan, s. 1371.

117 Yavuz- Acar- Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), s. 315; "…hâkimin yaratığı hukuk nedeniyle edimin yeniden belirlenmedi, inşai faktörü arka plana iterek hüküm fıkrasına yansımaktadır. Yani, davanın asıl karakteri olan inşai özellik, görünüşte bir tespit örtüsü arkasına gizlenmiş olmaktadır. Ancak bu durum, açılan davanın tespit davası olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü tespit davası ile amaçlanan şey, sadece "mevcut olanın" tespitidir.", Topuz- Topuz, s. 86.

118 Yavuz- Acar- Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 623; "Kanun da boşluk bulunduğu temelinden hareketle, yeni dönemde aktin kira parasına ilişkin hükmünün yenilenmeyerek, "kirası belli olmayan bir akit haline geldiği" benimsenmiş ve kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiği kararlaştırılmıştır. Buna göre, kiranın tespiti kararları, diğer tespit davalarında olduğu gibi, bir hukuki münasebeti tespit etmez. Onun amacı, sadece kira sözleşmesinin yeni dönemde belli olmayan ücret unsurunu belirli bir hale getirmekten ibarettir. Gerçekten, kiranın tespitinde hukuki sonuç, ancak hâkimin kararı ile doğmaktadır. Gerçi, yeni dönemde kiranın belli olması için mutlaka bir mahkeme kararı alınması şart değildir. Çünkü taraflar anlaşırlarsa, mahkeme kararına gerek kalmadan hukuki sonuç doğar. Tarafların ancak anlaşamaması halinde, bu hukuki sonucun doğması için dava açmaları gerekir. Böylece kira tespiti kararları, eda davaları sonunda verilen mahkûmiyet kararlarına değil, inşai davalar sonunda verilen kararlara yakın bir nitelik göstermektedirler.", Yargıtay İBGK, T. 12.11.1979, E. 1979/1, K. 1979/3, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016)

ve kiraya verenin de ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin bunu kabul etmesinin tespit davası üzerindeki etkisi tartışmalıdır.[119] Doktrinde bir görüşe göre, kiraya veren ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin önceki kira dönemindeki miktarı veya kendisinin kabul etmediği artış miktarı üzerinden verilen kira bedeli elden teslim alırsa, kira tespit davası açma hakkını kaybeder. Buna karşılık, kira bedeli kendisine elden verilmeyip banka hesabına yatırılıyorsa, kiraya veren ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin hesabına yatırılan kira bedelini çekse dahi kira tespit davası açabilecektir.[120] Diğer bir görüşe göre, kiraya verenin, ihtirazi kayıt ileri sürmeden veya dava açmadan yapılan ödemeyi uzun süre kabul etmesi halinde; taraflar arasında zımni anlaşma söz konusu olacak ve kiraya veren tespit davası açma hakkını kaybedecektir.[121]

SONUÇ

Özel hukukta sözleşme özgürlüğü ilkesi kural olarak kabul edilse de, bazı hallerde, özellikle sözleşmenin zayıf tarafını korunmak amacıyla sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Kira sözleşmelerinde, kira bedelinin belirlenmesi bakımından da böyle bir sınırlama söz konusudur.

TBK yürürlüğe girmeden önce, kira bedelinin belirlenmesi konusunda temel bir yasal düzenleme mevcut olmadığından; kira bedelinin hangi esaslar doğrultusunda belirleneceği içtihatlar ile tespit edilmişti. 18.11.1964 tarihli Yargıtay İBK'de, kira parasının sınırlandırılmasına ilişkin boşluğun bilirkişice tespit edilecek olağan rayiç ve bu tespit edilemezse ekonomik esaslar ve hak nesafet uyarınca belirleneceği saptanmıştır.

---

119 İnceoğlu, s.129; Kaynar, s. 54.

120 Gümüş, s. 74; Kaynar, s. 54.

121 İnceoğlu, s. 130; "Alacaklı, sözleşmedeki artış oranına göre aylık kiranın 297.000.000.-TL olması gerektiğini belirterek, eksik ödenen kira farklarını talep etmektedir. Borçlular ise Eylül 2002 tarihinden itibaren on ay süreyle aylık kirayı 185.000.000.-TL olarak konutta ödemeli posta havalesi ile göndermiş ve bu kira parası alacaklı tarafından hiçbir ihtirazı kayıt ileri sürülmeksizin kabul edilmiştir. Uzun süre aylık 185.000.000.-TL olarak ödenen kira parasını itirazsız kabul eden alacaklı ile borçlular arasında aylık kiranın 185.000.000.-TL olduğu konusunda zımni bir anlaşma meydana gelmiştir. Talep edilen aylar kirası ait oldukları ay içinde belirtilen miktar üzerinden ödenmiş olduğundan talebin reddine karar verilmesi gerekir…", Yargıtay 6. HD, T. 08.03.2004, E. 2004/1341, K. 2004/1492, Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (erişim tarihi: 01.03.2016).

TBK'nin 344. maddesi ile kira bedelinin belirlenmesi sorunu yasal dayanağa kavuşmuştur. Buna göre, konut ve çatılı işyeri kiralarında taraflar üretici fiyat endeksi oranından yüksek olmamak koşulu ile kira sözleşmesinde artış oranı belirleyebilirler. Sözleşmenin tarafları artış oranı belirlememişler ise, hakim hakkaniyet esasına göre, fakat üretici fiyat endeksi oranından yüksek olmamak koşulu ile kira bedelini belirler. Tarafların kira bedeli konusunda anlaşma yapıp yapmadığına bakılmaksızın, kira parasının belirleneceği zaman dilimi olarak ise yasada beş yıllık süre öngörülmüştür. Buna göre, taraflar kira bedeli artış oranı belirlememiş bile olsalar beş yılın sonunda, taraflar kira bedelinin tespitini talep edebileceklerdir. Bu halde, kira bedeli hakim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenecektir.

Kira bedelinin belirlenmesi için, kira tespit davasını kiralayan, malik veya kiracı açabilir. TBK m. 345'e göre, kira tespit davası kira sözleşmesi devam ettiği sürece her zaman açılabilir. Buna karşılık, kira bedelinin tespiti için açılacak davada, kararın etkisi bakımından davanın açılacağı zaman önem taşımaktadır. Kira tespit davası, yeni kira dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açılırsa ya da kiraya veren tarafından bu süre içinde kira bedelinin artırılacağına ilişkin olarak kiracıya yazılı bildirimde bulunularak izleyen yeni kira dönemi sonuna kadar açılırsa; mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kira döneminin başlangıcından itibaren uygulanacaktır. Bu sürelere uygun şekilde açılmadığı takdirde, kira bedelinin belirlenmesine ilişkin karar bir sonraki kira döneminde uygulanabilecektir.

Kaynakça

Aral Fahrettin - Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara: Yetkin, 2012.

Aydemir Efrail, Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin, 2014.

Aydoğdu Murat - Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Burcuoğlu Haluk, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul: Beta, 2008, ss. 17- 46.

Erdoğan Hasan, Tahliye Kira Tespiti Kira Alacağı ve Tazminat Davaları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Adalet, 2010.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara: Yetkin, 2014.

Ertaş Şeref, "Kira Parasının Tespiti İçin Kıstaslar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1981, ss. 273- 287.

Erzurumluoğlu Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara: Yetkin, 2014.

Gökyayla Emre, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. 2, İzmir, 2013, ss. 1203- 1251.

Gümüş Mustafa Alper, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

İnceoğlu Murat, Kira Hukuku, C.2, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.

İnceoğlu Murat - Ece Baş, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011.

Kaya İlkay, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi", *BÜHFD*, C. 9, S. 123-124, 2014, ss. 171- 196.

Kaynar Mehmet, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

Kılıçoğlu Ahmet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler Rapor, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.

Öncü Özge, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 77, Sayı: 2, Mayıs 2012, ss. 300- 348.

Özdoğan Mustafa- Tuba Oymak, Kira Genel Hükümler Konut Ve Çatılı İşyeri Kirası Tahliye, Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. C. I/2. Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

Topuz Seçkin - Gökçen Topuz, "Yeni Dönem Kira Artış Oranını Sınırlandıran Kanun Hükümlerinin İptalinden Sonraki Hukuki Durum ve Kira Bedelinin Belirlenmesi Amacıyla Açılan Davaların Hukuki Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S: 2, 2008, ss. 74- 89.

Yavuz Cevdet- Faruk Acar- Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul: Beta, 2014.

Yavuz Cevdet - Faruk Acar- Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. Baskı, İstanbul: Beta, 2014.

Yavuz Nihat, Türk Kira Hukuku Uygulamada ve Öğretide Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, C. 1, Ankara: Yetkin, 2003.

Yavuz Nihat, ""Türk Borçlar Kanunu Tasarısı" Hakkında Güncel Değerlendirme ve Öneriler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl: 3, S: 20, 2008, ss. 51-60.

Zevkliler Aydın- K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. 13. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.

Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com

http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist

TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU UYARINCA TİCARİ İŞLETME REHNİ

COMMERCIAL ENTERPRISE PLEDGE ACCORDING TO MOVABLE PLEDGE IN COMMERCIAL ACTIONS CODE

Belin KÖROĞLU ÖLMEZ*

Özet: Ticarî işletmenin ekonomik faaliyetlerinin devamlılığını sağlamak amacıyla, ticarî işletme rehni; Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehnine ilişkin hükümlerinden ayrılmaktadır. Esasen bir taşınır rehni olan ticarî işletme rehni; 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda teslimli taşınır rehnine bir istisna olarak düzenlenmekte ve rehne konu varlıklar, rehin alacaklısına devredilmeksizin gerçekleştirilmekteydi. Piyasaların güncel ihtiyaçlarına uygun yanıtlar verilebilmesi, işletmelerin finansman ve rekabet güçlerinin arttırılabilmesi amacıyla kanun koyucu; 28.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile TİRK'i ilga etmiştir. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile ticarî işletme rehni, teslimsiz taşınır rehni olma özelliğini devam ettirmekle birlikte; rehnin kuruluşu, kapsamı, tescil edileceği sicil ile hüküm ve sonuçları bakımından birçok yeni düzenlemeye tabi olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ticarî işletme, ticarî işletme rehni, rehnin kuruluşu, rehnin kapsamı, sicil.

Abstract: In order to maintain the commercial enterprise's facilitation, commercial enterprise pledge differs from the provisions on movable pledge of Turkish Civil Code. In Commercial Enterprise Pledge Code no. 1447, commercial enterprise pledge is enacted as an exception to delivered movable pledge where the pledge is fulfilled without delivering the elements to the pledgee. With the aim to give more suitable answers to the actual requirements of market and to increase the competition and financial power of enterprises, the legislator abolished Commercial Enterprise Pledge Code by Movable Pledge in Commercial Actions Code which was published in the Official Gazette in 28.10.2016 and effectuated in 01.01.2017. With the new legislation commercial enterprise pledge sustains its undelivered movable pledge characteristic however, would be subject to new regulations such as establishment, scope, registry, terms and results.

Keywords: Commercial enterprise, commercial enterprise pledge, establishment of pledge, scope of pledge, registry.

* Araştırma Görevlisi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, belinkoroglu@cankaya.edu.tr

GİRİŞ

Ticarî işletmenin faaliyetinin devamı sırasında, zaman zaman tacirin kredi ihtiyacı doğmaktadır. Söz konusu kredi ihtiyacı kefalet vb. şahsî teminatlarla karşılanabildiği gibi, aynî teminat karşılığında da sağlanmaktadır. Kredi verene sağlanacak aynî teminat ise taşınmaz veya taşınırlar üzerinde kurulacak rehin hakkı ile mümkün olmaktadır.

Aynî teminat olarak öngörülen taşınırlar üzerinde kurulacak rehin hakkı, Türk Medeni Kanunu'nun 939'uncu maddesi uyarınca zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle gerçekleştirilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 954'üncü maddesine göre ise alacaklar üzerinde rehin hakkı, aksine hüküm bulunmadıkça teslime bağlı taşınırların rehnine ilişkin hükümler kapsamında kurulmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda taşınır ve alacakların rehnine ilişkin düzenlemeler bu şekilde olmakla birlikte; ticarî işletmeye dâhil olan unsurların alacaklıya teslimi ile rehnin kurulması hâlinde birtakım problemler gündeme gelmektedir. Zira bu unsurların kullanımı ile faaliyetlerine devam eden ticarî işletme, söz konusu unsurların alacaklıya devredilmesi hâlinde faaliyetlerini sürdüremez hale gelmektedir.[1] Buna ek olarak; rehin kapsamındaki unsurları devralan alacaklının, bunları koruma ve saklaması bakımından da bazı güçlükler yaşanabilmektedir.[2] Bu nedenlerle, ticarî işletme kapsamındaki taşınırlar ve alacaklar açısından Türk Medeni Kanunu'ndaki taşınır rehninden farklı bir usul izlenmektedir.

Ticarî işletme rehni, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda teslimli taşınır rehnine bir istisna olarak düzenlenmekteydi. Buna göre, üzerinde rehin kapsamında bulunan unsurlar, rehin alacaklısına teslim edilmeksizin ticarî işletme rehni gerçekleşmekteydi. Kanun koyucu; ekonomik piyasalardaki güncel ihtiyaçlara daha uygun yanıtlar

---

1 Ali Bozer/Celal Göle, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 27; H. Ercüment Erdem, "Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S. 76, 2011, s. 43; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2015, s. 52; Oruç Hami Şener, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016, s. 28; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Füsun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2015, s. 226-227.

2 Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2016, s. 48.

verilebilmesi, işletmelerin finansmana ulaşımlarının kolaylaştırılması ve rekabet güçlerinin arttırılması amacıyla ticarî işletme rehnine ilişkin yeni bir düzenleme yapmıştır.[3] Buna göre; 28.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile TİRK ilga edilmektedir.

I. TİCARİ İŞLETME REHNİ

Ticarî işletmelerdeki taşınırlar üzerinde rehin hakkı kurulmasına ilişkin TİRK'te, ticarî işletmelerin bir bütün olarak rehin hakkına konu olması imkânı getirilmiştir. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca ise kural olarak 5'inci maddenin 1'inci fıkrasında sayılı unsurlar üzerinde rehin hakkı kurulmakta; ancak bu unsurların borcu karşılayamaması hâlinde ticarî işletme veya esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmaktadır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (ı) bendine göre rehin hakkı, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın kurulmaktadır.

II. REHNİN KURULUŞU

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre rehin hakkı, rehin sözleşmesinin sicile tescili ile kurulmaktadır. Buna göre, öncelikle taraflar arasında geçerli bir rehin sözleşmesi düzenlenmeli ve bu sözleşme, 2'nci maddenin 1'inci fıkrasının (k) bendi uyarınca "*Bakanlık tarafından kurulan ya da kurdurulan ve mevzuatı uyarınca kendi özel siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki taşınır varlıklar üzerinde, bu Kanun kapsamında tesis edilecek rehinlere ilişkin tescil, terkin, değişiklik gibi tüm iş ve işlemlerin elektronik ortamda gerçekleştirildiği ve sunulduğu merkezi ve aleni Rehinli Taşınır Sicili*" şeklinde tanımlanan sicile tescil edilmelidir.

---

[3] Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Genel Gerekçe, http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0753.pdf, (E.T: 09.11.2016). Nitekim bu husus, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında "Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır" şeklinde ifade edilmektedir.

A. Tarafları

Rehin sözleşmesi, rehin hakkının tesisi etmek amacıyla rehin veren ile alacaklısı arasında imzalanmaktadır. 31.12.2016 tarihli ve 29935 (3. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (j) bendi uyarınca rehin alacaklısı, "*Rehne konu varlığın mülkiyetini devralma, alacağını 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine veya uygun gördüğü başka bir üçüncü kişiye devretme, rehinli taşınır varlıkları kiralama ve lisans haklarını kullanabilme, rehinli taşınır varlığı denetleme, değerini tespit ettirme veya genel hükümler çerçevesinde paraya çevirme yetkisi ile bunlarla sınırlı olmaksızın Kanun ve genel hükümlerde belirtilen hak ve yetkilere sahip alacaklıyı ve haleflerini*"; (m) bendi uyarınca rehin veren ise "*Mevcut veya müstakbel bir borca güvence teşkil etmek amacıyla taşınır varlığını rehin gösteren borçlu veya üçüncü kişiyi*" ifade etmektedir. İlgili Yönetmelik'in 10'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre rehin alacaklısı; kredi kuruluşları, tacir, esnaf iken, 2'nci fıkrasına göre rehin veren; tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabı olabilir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 3'üncü maddesi uyarınca "*Rehin sözleşmesi; a)Kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında, b)Tacir ve/veya esnaflar arasında yapılır*". Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre ise rehin hakkı; rehin alacaklısı bir kredi kuruluşu ile rehin veren tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabından herhangi biri veya rehin alacaklısı tacir/esnaf ile rehin veren tacir/esnaf arasında kurulabilmektedir. Buna göre; çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabının rehin sözleşmesinde rehin alacaklısı olması ve bu kimselerin, tacir ve/veya esnaftan birinin rehin alacaklısı olması hâlinde sözleşmede rehin veren olması da mümkün olmayacaktır.

Rehin sözleşmesinin taraflarından birini oluşturan kredi kuruluşları, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendinde "*19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren bankalar ve finansal kuruşlar, 21/11/2012*

tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca faaliyet gösteren finansal kuruluşlar ile kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşlar" olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmenin karşı tarafı ise tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler olabilmektedir. İlgili Kanun'un 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (ğ) bendi uyarınca tacir, "*13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre tacir kabul edilen kişiyi*"; (c) bendi uyarınca esnaf, "*7.6.2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununa göre faaliyet gösteren esnaf ve sanatkârı*"; (b) uyarınca çiftçi, "*18.4.2006 tarihli ve 5488 sayılı Tarım Kanununa göre faaliyet gösteren çiftçiyi*"; (l) uyarınca üretici örgütü, "Üretici ve yetiştiricilerin ilgili kanunlara dayanarak kurdukları tarımsal amaçlı kooperatif ve birlikleri"; (j) uyarınca serbest meslek erbabı ise "*31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa göre tanımlanan serbest meslek erbabını*" ifade etmektedir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin sözleşmesi, tacir ve/veya esnaf arasında da kurulabilmektedir. Gerekçede bu hususun, tacir ve esnafların yatırımlarını karşılıklı destekleyebilmelerine yönelik bir imkân oluşturulması amacıyla düzenlendiği belirtilmektedir.[4] İlgili Kanun ile yürürlükten kalkacak olan TİRK'te ise ticarî işletme rehni; tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri, kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler ile ticarî işletmenin maliki bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasında kurulabilmekteydi. TİRK uyarınca rehin sözleşmesinin taraflarından birini oluşturan ticarî işletmenin maliki olan gerçek ve tüzel kişiler, her zaman Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca taciri karşılamamaktaydı. Öyle ki bir kimsenin ticarî işletmenin maliki olmakla birlikte; o ticarî işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işletmemesi hâlinde tacir sıfatını kazanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile rehin sözleşmesinin taraflarından birinin tacir olarak nitelendirilmesi daha isabetli görünmektedir.[5]

---

4 Gerekçe, m. 3.

5 TİRK döneminde aynı yönde bkz. Erdem, s. 44-45. Ticarî işletme maliki yerine tacir teriminin tercih edilmesinin yaratabileceği sorunlar için bkz. Başak Şit İmamoğlu, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s. 15-16.

Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre bir ticarî işletme kurup açtığını ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş kimseler, fiilen işletmeye başlamamış olsalar dahi tacir sayılmaktadır. İlgili madde uyarınca tacir sayılan kimselerin de, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin hakkı kurması mümkün olmalıdır. Zira ilgili Kanun'un 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (ğ) bendi uyarınca verilen tacir tanımı, Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre tacir sayılanları da kapsar niteliktedir. Nitekim bu kimselerin, üzerinde rehin kurabilecekleri bir ticarî işletme veya ticarî işletmeye tâbi unsurlar bulunmaktadır. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca tacir gibi sorumlu olan kimselerin, üzerinde tasarrufta bulunabileceği herhangi bir ticarî işletme bulunmamaktadır.[6] Bu nedenle bu kimseler, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin hakkına sahip olmamalıdır. Kaldı ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca tacir sayılanlar, tacir olmanın tüm hak ve yükümlülüklerine sahip olmakta; ancak, 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre tacir gibi sorumlu olanlar yalnızca tacir olmanın yükümlülüklerine tâbi tutulmaktadır. Rehin hakkı kurulması, ticarî işletmenin ekonomik devamlılığını sağlamak bakımından tacire tanınan bir imkân olup bu durumda Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre tacir gibi sorumlu olanların, bu imkândan yararlanma hakları bulunmamalıdır.

B. Sözleşme

Rehin sözleşmesi, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre; elektronik ortamda veya yazılı olarak düzenlenebilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca kural olarak sözleşmelerde şekil serbestisi geçerlidir; ancak, kanunda sözleşme için öngörülen bir şeklin bulunması hâlinde bu şekil, geçerlilik şartıdır. Buna göre, rehin hakkının kurulabilmesi

6 TİRK döneminde ilgili sicile tescili yapılmamış bir işletme üzerinde rehin hakkın kurulamayacağına ilişkin bkz. Rıza Ayhan/Mehmet Özdamar/Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 9. Bası, Ankara 2016, s. 200; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 228.

için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekmekte olup bu şekil, sözleşmenin geçerlilik şartını oluşturmaktadır. Bu nedenle, öngörülen yazılı şekle uyulmaksızın yapılan rehin sözleşmesi geçersiz olacaktır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca, "*yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicile tescil edilebilmesi için tarafların imzalarının noterce onaylanması veya sözleşmenin Sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması şarttır*". TİRK'te ise rehin sözleşmesinin, ticarî işletmenin bulunduğu sicil çevresindeki bir noter tarafından tanzimi zorunlu kılınmakta; buna göre önceden düzenlenen bir sözleşmenin, notere onaylatılması yeterli olmamakta ve rehin sözleşmesinin noterlikçe re'sen düzenlenmesi geçerlilik şartı olarak öngörülmekteydi.[7]

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile rehin sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenebileceği belirtilmiş, 4'üncü maddenin 4'üncü fıkrasında sicile tescil edilebilmesi için imzaların noterce onaylanması veya sicil yetkilisinin huzurunda atılması şartı getirilmiştir.[8] Tarafların imzalarının noterce onaylanması veya sicil yetkilisinin huzurunda atılması, rehin sözleşmesinin sicile tescilinin şartı olarak öngörülmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında belirtildiği üzere, "*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde, borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur*".[9] Taraflar arasında düzenlenen sözleşmede imzaların sicil yetkilisinin önünde atılması

---

7 Arkan, s. 52; Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 205; Ali Erten, "Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni ve Hukuki Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S. 32, 2000, s. 85; Erzan Erzurumluoğlu, "Ticari İşletme Rehni", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 1977, s. 434; Şener, s. 33; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 233.

8 Aynı yönde bkz. Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 8/3.

9 Metin ve imza, adi yazılı şeklin unsurlarıdır, Gökhan Antalya, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 328; Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 273; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s. 124; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 276; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 11. Bası, İstanbul 2013, s. 144; S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 113.

ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak, imzaların sicil yetkilisinin önünde atılması, resmî şekli ifade etmemektedir. Zira resmî şekil, ancak yetkili kimselerce düzenleme şeklinde söz konusu olmakta olup noterce veya yetkili kimselerce imzaların onaylanmasına ilişkin olarak yapılan işlem resmî şekil anlamına gelmemektedir.[10] Buna göre, yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinde imzaların noterce onaylanması da yalnızca bir tasdik işlemi olduğundan, resmî şekli ifade etmemektedir. Bu nedenlerle, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında düzenlenecek rehin sözleşmesi, adi yazılı şekle tâbi olarak yapılacaktır.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile rehin sözleşmesinin elektronik ortamda düzenlenmesine de imkân sağlanmaktadır. İlgili Kanun'un 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca elektronik ortamda düzenlenen sözleşmenin sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca "*Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*". Doktrinde bu hüküm, resmî şekle tâbi sözleşmeler ile teminat sözleşmelerinin elektronik imza yoluyla kurulamayacağı; bu Kanun'un kapsamında yalnızca adi yazılı şekle tâbi sözleşmelerin olacağı şeklinde yorumlanmaktadır.[11] Ancak, sonraki tarihli özel kanun olan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası ile özel bir hüküm getirilmiş olup aynî teminat sözleşmelerinin bir türü olan rehin sözleşmesinin, güvenli elektronik imza ile onaylanmasına imkân tanınmaktadır. Nitekim Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, güvenli elektronik imza ile imzalanacak rehin sözleşmesinin, 5070 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmektedir.

Elektronik ortamda veya yazılı olarak düzenlenecek olan rehin

---

10 Antalya, s. 346; Eren, s. 285; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 302; Oğuzman/Öz, s. 155; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 127. Kılıçoğlu ise resmî şeklin; onama veya düzenleme şeklinde yapılabileceğini söylemektedir, s. 111.

11 Eren, s. 282; Kılıçoğlu, s. 127; Oğuzman/Öz, s. 150.

sözleşmesinde bulunması zorunlu olan unsurlar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasında; rehin sözleşmesinin tarafı, borcun konusu, miktarı, miktarı belli değilse rehnin ne miktar için güvence teşkil ettiği, ödenecek para cinsi[12] ve rehnin azami miktarı, rehne konu varlık[13] ile bu varlığın ayırt edici özelliklerini belirten seri numarası, markası, üretim yılı, şasi numarası, belge seri numarası, varsa GTİP ya da PRODTR sanayi ürünü kodu gibi hususlar olarak sayılmaktadır. Bu unsurlara ek olarak, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca rehin sözleşmesinde; rehin kuruluşunda belirlenen rehin sistemi ile sabit derece sisteminin kabul edilmiş olması hâlinde derecenin itibari değeri ve rehin alacaklısının derece ve sırasının, bir değerleme yapılmış ise taşınır varlığının tespit edilen değerinin, varsa temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı kaydının, rehin hakkının Sicile tescilinden doğan masrafların hangi tarafa ait olduğunun da yer alması gerekmektedir.

C. Tescil

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na göre rehin hakkının doğumu için rehin sözleşmesinin düzenlenmesi yeterli olmayıp bu sözleşmenin sicile tescil edilmesi gerekmektedir. Nitekim Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca rehin sözleşmesinin sicile tescili, kurucu etkiye sahiptir. İlgili Kanun kapsamında bahsedilen sicil, Rehinli Taşınır Sicili olup 8'inci

---

12 Bu düzenleme ile TİRK m. 6'da yer alan "(…) alacağın Türk Lirası olarak miktarı (…)" ifadesi nedeniyle ortaya çıkan, rehnin yabancı para üzerinden kurulup kurulamayacağına ilişkin tartışmalar sona ermektedir. TİRK dönemindeki tartışmalar için bkz. Arkan, s. 53, dn. 1; Erdem, s. 50; Poroy/Yasaman, s. 64; Seza Reisoğlu, "Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme", *Bankacılar Dergisi*, S. 47, 2003, s. 113; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 244.

13 TİRK döneminde, menkul işletme tesisatının tamamının rehin sözleşmesinde gösterilmesi zorunlu olduğundan, bu unsurlardan birkaçının sözleşmede yer almaması hâlinde bu eksikliğin rehin hakkının kurulmasını engelleyip engellemeyeceği tartışmalıydı. Tartışmalar için bkz. Bozer/Göle, s. 28; Erdem, s. 51; Erten, s. 85; Poroy/Yasaman, s. 62-63; Reisoğlu, s. 111; Şener, s. 33; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 240. Ancak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile zorunlu unsur kavramı kaldırılmış olup m. 5'te sayılan unsurlardan biri ile de rehin kurulabilmesi mümkündür.

maddenin 1'inci fıkrasına göre; rehin hakkının tesisi ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi, rehinli alacaklılar arasında öncelik hakkının belirlenmesi, rehinli taşınır varlık ile alacağın devrinin tescili amacıyla Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca kurulan veya kurdurulacak olan sicili ifade etmektedir. 31.12.2016 tarihli ve 29935 (3. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca; rehin sözleşmelerinin tescil, değişiklik, terkin ile rehinli taşınır varlık ile rehin hakkının devri ve boşalan dereceye geçme hakkı taleplerinin alınması, bu taleplerin Sicile tescil edilmesi ile sicil kayıtlarının tutulması ve erişime açılması ile bu Yönetmelikle verilen diğer görevlerin yerine getirilmesi amaçlarıyla Rehinli Taşınır Sicili kurulmuştur. Buna göre, TİRK'te ticarî işletme rehninin tescilinin yapılacağı makam esnaf ve sanatkârlar sicili veya ticaret sicili iken; Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ve Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği ile yeni bir sicil kurulması öngörülmektedir. Rehinli Taşınır Sicili, gerek Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gerekse Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği'nin 17'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca alenidir.

Rehin sözleşmesinin tescili, Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği'nin 21'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca kural olarak, tarafların talebi üzerine yapılır. Bu kişiler, ilgili Yönetmelik'in 22'nci maddesinin 1'inci fıkrasında; kanuna göre rehin alacaklısı ve rehin veren sıfatına sahip kişiler veya bunların temsil ve ilzama yetkili temsilcileri şeklinde belirtilmektedir.

TİRK'ten farklı şekilde, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda rehin sözleşmesinin tescil edileceği süreye ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği'nin 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasında ise sicil işlemlerinin gecikmeksizin yapılacağı hüküm altına alınmaktadır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 18'inci maddesinde, TİRK'in 20'nci maddesindeki rehnine ilişkin hükümlere yapılan atıftan farklı olarak,[14] bu Kanun'da

[14] Türk Medeni Kanunu'ndaki taşınmaz rehni hükümlerinin ticarî işletme rehninin niteliğine uygun olmadığı ve kanun koyucunun hataen bu yollamayı yaptığına ilişkin TİRK dönemindeki eleştiri için bkz. Şeref Ertaş, "Tescilli Taşınır Rehinleri", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Journal of Yaşar University, Özel Sayı, Cilt II, 2013, s. 1172-1173.

hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehnine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.[15] Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinde de sicile tescil süresine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda; rehin sözleşmesinin sicile tescil edileceği süreye dair herhangi bir sınırlama yoktur. TİRK'in 5'inci maddesinde sicile tescil için öngörülen, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 10 günlük süre geçirildikten sonra yapılacak tescilin rehin hakkının doğumunu sağlayıp sağlamayacağı tartışmalıydı. Doktrinde bir görüş; bu süre geçtikten sonra da tescilin yapılabileceğini ve rehin hakkının doğacağını kabul etmekteydi.[16] Diğer görüşe göre ise TİRK'te öngörülen süre emredici nitelikte olup alacaklı ve üçüncü kişileri korumayı amaçladığından, bu süre geçtikten sonra yapılacak tescil ile rehin hakkının kurulamayacağı kabul edilmekteydi.[17] Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile tescil için TİRK'te öngörülen bu süre sınırı kaldırılmıştır. Nitekim rehin hakkının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi ancak tescil ile mümkün olduğundan, tescilden önce üçüncü kişilerin rehin kapsamında korunması gereken bir hakları da bulunmamaktadır.

Rehinli Taşınır Siciline yapılan tescillerin diğer sicillere bildirilmesi bakımından, TİRK'ten farklı olarak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır. Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinde ise siciller arasındaki veri paylaşımının, sicil merkezi üzerinden elektronik ortamda yapılacağı; elektronik ortamda tutulmayan sicil verilerininse ilgili kurum veya kuruluş tarafından Sicile fiziken bildirileceği belirtilmektedir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca rehin hakkının üçüncü kişilere karşı hüküm

---

15 Bununla birlikte, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 42'nci maddesinde ise Kanunda ve bu Yönetmelikte hüküm bulunmaması halinde Türk Medeni Kanunu'nun taşınır ve taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

16 Arkan, s. 52; Erdem, s. 52; Poroy/Yasaman, s. 65; Metin Topçuoğlu/Ömer Çon, "Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması", *TBB Dergisi*, S. 93, 2011, s. 198; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 243. Rehin veren bakımından aynı yönde bkz. Ertaş, s. 1164.

17 Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 205; Bozer/Göle, s. 30; Erten, s. 85; Erzurumluoğlu, s. 435; Şener, s. 33-34.

ifade etmesi de, rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesiyle mümkün olmaktadır.[18] TİRK'in 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre, ticarî işletmenin sicil bölgesi dışındaki, ticarî işletme rehninden haberdar olmayan üçüncü kişilerin iyi niyetleri korunmaktaydı. Bu husus, Türk Ticaret Kanunu'nun 36'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında hüküm altına alınan "*ticaret sicilinin* tüm Türkiye çapında etkili olması" şeklindeki düzenlemenin uygulama alanını kısıtlamaktaydı. Ancak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda, TİRK'tekine benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Rehinli Taşınır Siciline tescil edilen rehin sözleşmesi, ilgili sicil çevresine bakılmaksızın tüm üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmektedir.

III. REHNİN KAPSAMI

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, rehnin kapsamı; alacaklar, çok yıllık ürün veren ağaçlar, fikrî ve sınaî mülkiyete konu haklar, hammadde, hayvan, her türlü kazanç ve iratlar, başka bir sicile kaydı öngörülmeyen ve idarî izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar, kira gelirleri, kiracılık hakkı, makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı, sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün, ticaret unvanı ve/veya işletme adı, ticarî işletme veya esnaf işletmesi, ticarî plaka ve ticarî hat, ticarî proje, vagon ve bu fıkrada sayılanlardan üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet haklarıdır. İlgili madde gerekçesinde, rehnin kapsamına giren unsurların tahdidi olarak sayıldığı belirtilmektedir.[19] Bununla birlikte, 5'inci maddenin 3 ila 5'inci fıkraları uyarınca işletmelerin müstakbel taşınır varlıkları, mevcut veya müstakbel taşınır varlıklarının getirileri ve her tür sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel alacaklar da rehne konu edilebilecektir. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan unsurların borcu karşılamaması hâlinde ise ticarî işletmenin tümü üzerinde rehin hakkı kurulamayacaktır.[20] Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 8'inci maddesinin

---

18 Benzer bir şekilde bkz. Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği m. 16/3.

19 Gerekçe, m. 5.

20 Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kul-

3'üncü fıkrasına göre, diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu unsurlar üzerinde bu Kanuna göre rehin kurulamayacaktır. Bu durumda; 5'inci maddenin 1'inci fıkrasında sayılan unsurlardan; özel bir sicile tescil edilen fikri ve sınai mülkiyete konu haklar, hayvanlar gibi unsurlar bakımından ilgili Kanun kapsamında rehin kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır.[21]

Ticarî işletme rehninin kapsamı, TİRK'in 3'üncü maddesinde ise ticaret unvanı ve işletme adı, rehnin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tesis edilmiş olan makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları ve ihtira beratları, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınaî haklar ile sınırlıydı. Ticaret unvanı ve işletme adı ile menkul işletme tesisatı, ticarî işletme rehninin zorunlu unsurları arasında yer almakta olup bu unsurların rehin kapsamı dışında bırakılması mümkün olmamaktaydı. Ancak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5'inci maddesinin 6'ncı fıkrası uyarınca rehin hakkı, 5'inci maddenin 1'inci fıkrasında sayılan unsurlardan biri veya birkaçı üzerinde kurulabilmektedir. Buna göre TİRK'ten farklı olarak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile rehnin kapsamında olması gereken zorunlu bir unsur bulunmamaktadır.

TİRK'te ticarî işletme rehninin zorunlu unsurları arasında yer alan menkul işletme tesisatı; hükmün sınırlayıcı ifadesinden yola çıkarak yalnızca makine, alet, araç ve motorlu nakil aracı olarak yorumlanmakta ve hammadde, kira geliri, stok gibi unsurların rehin kapsamında yer almayacağı söylenmekteydi.[22] Ancak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası ile hammadde, ağaç, hayvan, stoklar vb. unsurlar da rehin kapsamına alınmaktadır. Buna ek olarak TİRK'in 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendindeki "*rehnin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tesis edilmiş olan (…)*"

lanılması Hakkında Yönetmelik'in 17'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ise borç miktarının belirli olması hâlinde rehne konu taşınır varlıklardan biri veya birden fazlasının borç miktarının tamamına ek olarak beşte birinden fazlasını karşılaması hâlinde işletmelerin tümü üzerinde rehin kurulamayacağı belirtilmektedir. Bu hükmün, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na aykırılık nedeniyle geçersiz olduğuna ilişkin bkz. Şit İmamoğlu, s. 32-33.

21 Şit İmamoğlu, s. 25.

22 Arkan, s. 56; Reisoğlu, s. 110; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 235-236.

ifadesi gereği; henüz işletmeye özgülenmemiş olan menkul işletme tesisatı, rehin kapsamı dışında bırakılmaktaydı.[23] Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5'inci maddesinin 3 ila 5'inci fıkraları ile henüz ticarî işletmeye özgülenmemiş taşınır varlıklar, bunların getirileri ve alacaklar üzerinde de rehin hakkı kurulabilmektedir.[24] Nitekim Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 12'nci, 13'üncü ve 16'ncı maddelerinde; henüz malikin mülkiyetinde bulunmayan, ancak ileride mülkiyete konu olabilecek rehne konu taşınır varlıklar, bu varlıkların getirileri ile her türlü sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel alacakların da rehnin konusu olabileceği hüküm altına alınmaktadır.

Rehin hakkına konu olacak unsurların, kimin mülkiyetinde olduğu bir önem arz etmemektedir. Öyle ki, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5'inci maddesinin 9'uncu fıkrası uyarınca üçüncü kişiler de, bu Kanun kapsamında borçlu lehine taşınır rehni kurabilecektir. Nitekim Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 10'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında da herhangi bir kimsenin, rehin veren lehine, rehne konu taşınır varlıklardan birini veya birkaçını rehin olarak gösterebileceği belirtilmektedir. Benzer bir şekilde TİRK döneminde de, menkul işletme tesisatının işletme malikine ait olması aranmamakta ve başkasına ait araçlar üzerinde de rehin hakkı kurulabileceği söylenmekteydi.[25]

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 6'ncı maddesine göre taşınır varlığın bütünleyici parçası da rehin kapsamında olmakla birlikte; mevcut veya sonradan ilave edilen eklentiler ise ayrıca kararlaştırılarak rehin kapsamına alınmaktadır.

---

23 Ertaş, satın alınmış; ancak, henüz teslim alınmamış malların da rehin kapsamına alınması gerektiği söylemektedir, s. 1166. Benzer bir şekilde bkz. Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 239. Aksi yönde bkz. Arkan, s. 56; Erten, s. 85; Reisoğlu, s. 110.

24 Aynı yönde bkz. Şit İmamoğlu, s. 28.

25 Arkan, s. 57; Ertaş, s. 1168. Aksi yönde bkz. Reisoğlu, s. 111. Rehin alacaklısının iyi niyetli olması, üçüncü kişilerin taşınır malları üzerinde rehin hakkı kurulabilecektir, Bozer/Göle, s. 29; Erten, s. 86; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 240. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; menkul işletme tesisatının ticarî işletme sahibine ait olması değil, ticarî işletmeye tahsis edilmiş olmasıdır, Erdem, s. 58, dn. 14; Poroy/Yasaman, s. 60. Aksi yönde bkz. Reisoğlu, s. 111.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 13'üncü maddesi uyarınca rehne konu unsurların değer tespiti; rehin verenin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesince, ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilere[26] yaptırılacaktır. 31.12.2016 tarihli ve 29935 (3. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca rehin sözleşmesinin tarafları; rehne konu unsurun değerini, herhangi bir değerleme hizmeti almaksızın rehin hakkının kurulmasından önce serbestçe kararlaştırabilecektir. Ancak, taraflar arasında anlaşma sağlanamaması hâlinde yetkili mahkemeden değer tespitinin yaptırılması talep edilebilecektir.

IV. REHNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 10'uncu maddesi ile TİRK'ten farklı olarak, rehinde derece sistemi getirilmektedir. TİRK'in 8'inci maddesinde rehnin sicile tescili anına göre bir sıra takip edilmekteydi. Nitekim bu husus; TİRK'in 20'nci maddesi uyarınca atıf yapılan, Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerinde yer alan derece sistemine aykırılık teşkil etmekteydi. Ancak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 10'uncu maddesi ile alacaklıların hakları bakımından, taşınmaz rehninde olduğu gibi, derece sistemi öngörülmüştür. İlgili madde gerekçesinde, bu sistemin; alacaklılar arasında rehnin paraya çevrilmesi sürecinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla getirildiği belirtilmektedir.[27] Bununla birlikte, aynı taşınır varlık üzerinde, derece sırası belirtilmeksizin rehin hakkı kurulması hâlinde ise öncelik hakkı; Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 11'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca rehnin kurulma anına göre belirlenecektir. İlgili Kanun bir önceki maddesinde derece sistemini düzenlemesine karşın, öncelik hakkına ilişkin 11'inci maddesinde derece sisteminin uygulanmaması hâlinde sicile tescil anının da esas alınabileceğini öngörmektedir.

Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 24'üncü maddesinde

---

26 Bu kimseler, Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 8'inci maddesinde belirtilmektedir.

27 Gerekçe, m. 10.

rehin sistemleri detaylandırılmıştır. Buna göre rehin hakkı, sicile tescil anını esas alan ilerleme sistemi veya rehin hakkının derece ve sırasını esas alan sabit derece sistemi ile kurulabilecektir. Taraflarca herhangi bir rehin sisteminin belirlenmemesi hâlinde ise ilerleme sistemine göre rehin kurulmuş olacaktır. İlgili Yönetmelik'in 33'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre ise öncelik hakkı; derece belirtilmeksizin kurulmuş rehinlerde rehnin kuruluş anına göre, sabit derece sistemine göre kurulmuş rehinlerde derecenin sırasına göre belirlenir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 18'inci maddesinde, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehnine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Buna karşın, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 42'nci maddesinde ise Kanun ve Yönetmelik'te hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu'nun taşınır ve taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır. Nitekim rehin sistemlerinde öngörülen sabit derece sistemi, taşınmaz rehnine ilişkin hükümler arasında yer almakta olup Türk Medeni Kanunu'nun yalnızca taşınır rehnine dair hükümlerine yollama yapılması halinde Kanun ile çelişki doğurabilecektir.[28]

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 12'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca tarafların hak ve yükümlülükleri, bu Kanun'a aykırı olmamak kaydıyla, rehin sözleşmesi ile belirlenmektedir. Bununla birlikte 12'nci maddenin 2'nci fıkrasında zilyedin, rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri alma ve değerini düşürecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır. Alacaklıya, gerekli önlemlerin alınması amacıyla hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeksizin de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilecektir. Hakları zarar görenlerin, gerekli önlemler için yapmış oldukları giderlerin tazminini 12'nci maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca zarara sebep olanlardan talep etme hakkı bulunmaktadır.[29] Zilyedin, rehinli taşını-

---

28 Söz konusu atfın, Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerine yapılması gerektiğine dair bkz. Şit İmamoğlu, s. 45-46.

29 Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 27'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca ise

rın değerini düşürecek davranışlarda bulunması hâlinde; alacaklının talebi üzerine hâkimin bu tür davranışları yasaklaması söz konusu olabileceği gibi, 12'nci maddenin 5'inci fıkrasına göre rehin veren, bu tür davranışlarından doğan zararları tazmin etmekle de yükümlü kılınmaktadır.[30] Benzer bir şekilde, TİRK'in 11'inci maddesinde ticarî işletme sahibi, işletmenin mevcut değerini korumak için gerekli özeni göstermekle yükümlü kılınmaktaydı.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 12'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında rehin verenin, rehinli taşınır varlığın ve alacağın devrini sicile tescil ettirmekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. TİRK'in 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında ise ticarî işletme sahibinin; alacaklının muvafakati olmaksızın ticarî işletmeyi veya rehne dâhil münferit unsurları devretme, bir aynî hakla sınırlama, başka bir yere nakletme veya başkaları ile değiştirme hakkı bulunmamaktaydı.[31] Ancak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 12'nci maddesinin 6'ncı fıkrası uyarınca; rehinli taşınır varlığın veya alacağın devri bakımından alacaklının muvafakati aranmamakta, yalnızca bu hususun sicile tescili öngörülmüştür. Nitekim Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği'nin 22'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında rehinli taşınır varlığının devrinin tescili talebinin, rehin veren ile rehinli taşınır varlığı devralan üçüncü kişiler veya bunların temsil ve ilzama yetkili temsilcileri tarafından gerçekleştirileceği yer almaktadır. Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 28'inci maddesine göre rehinli taşınır

---

ilgililer, bu giderlerine has olmak üzere taşınır varlık üzerinde, tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olacaktır.

30 Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 27'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ise bu hususa ek koruma tedbirleri getirilmiş olup rehinli taşınırın değerinde düşme meydana gelmesi veya bu tehlikenin mevcut olması hâlinde rehin alacaklısı, alacağı için başka güvence göstermesini veya rehinli taşınır varlığın eski hâle getirilmesini borçludan isteyebilecektir. Yeterli güvencenin, hâkim tarafından belirlenen süre içinde verilmemesi durumunda ise rehin alacaklısı, güvence eksiğini karşılayacak miktardaki alacak kısmının ödenmesini talep edebilecektir.

31 Alacaklının muvafakati olmaksızın ticarî işletmenin devredilmesi hâlinde devir işleminin geçerliliğinin etkilenmeyeceği; ancak, rehin verenin doğan zararı tazmin edeceği ve TİRK m. 12/1 uyarınca cezalandırılacağı hususuna ilişkin bkz. Reisoğlu, s. 115-116. Benzer bir şekilde bkz. Erdem, s. 48; Topçuoğlu/Çon, s. 202; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 249.

varlığın mülkiyetinin veya zilyetliğinin devri hâlinde, aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun sorumluluğunda veya güvencede bir değişiklik olmayacaktır. Bununla birlikte; mülkiyetin devredilmesi ve yeni malikin borcu yüklenmesi hâlinde rehin alacaklısı, kendisine başvurma hakkını saklı tuttuğunu bir yıl içerisinde yazılı olarak önceki borçluya bildirmezse borçlu, borcundan kurtulacaktır.

Rehin veren veya taşınırı rehinli olarak devralan kimsenin; rehinli varlığı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu hilâfına kullanması, borcu ödememesi hâlinde rehinli varlığın mülkiyetini devretmemesi, rehinli varlığı alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha etmesi, bu varlığın veya alacağın devrini sicile tescil ettirmemesi ve sicili yanıltmaya yönelik fiillerde bulunması hâlinde ilgili Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca adlî para cezası uygulanacaktır. Adlî para cezası öngören benzer bir hüküm, TİRK'in 12'nci maddesinin 1'inci fıkrasında da yer almaktaydı.

Borçların zamanında ifa edilmemesi hâlinde alacaklının sahip olduğu haklar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14'üncü maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, alacaklı öncelikle; birinci derece alacaklı ise rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilecek, alacağını varlık yönetim şirketlerine devredebilecek veya devre konu olmayan bir varlık söz konusu ise kiralama ve lisans hakkını kullanabilecektir.[32] Alacak bu yollarla tahsil edilemediği takdirde, genel hükümler çerçevesinde takip yapılacaktır. TİRK'in 14'üncü maddesi uyarınca ise alacaklı borcun vadesinde ödenmemesi hâlinde rehnin paraya çevrilmesi suretiyle alacağına kavuşmaktaydı. Bununla birlikte, borcun ödenmemesi hâlinde alacaklıya, ticarî işletmenin veya münferit bir unsurun mülkiyetini kazanma hakkı veren her türlü sözleşme, *lex commercia* yasağı kapsamında hükümsüz olmaktaydı. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi ile alacaklıya tanınan, rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep hakkı söz konusu yasak kapsamında değerlendirilmemelidir.

---

32 Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 41'inci maddesinin 1'inci ve 2'nci fıkralarında, alacağın üçüncü kişilere de devredilebileceği ve kiralama ve lisans haklarının üçüncü kişilere de kullandırtılabileceği öngörülmektedir.

Zira ilgili hüküm uyarınca mülkiyetin devri, alacaklıya Kanun ile tanınmış bir hak olup taraflar arasında buna yönelik bir anlaşma yapılmamaktadır. Ayrıca, TİRK'in 14'üncü maddesinin 1'inci fıkrası ile öngörülen *lex commercia* yasağı, alacağın muacceliyet kazanmasından önce yapılan sözleşmeler bakımından geçerlidir.[33] Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi ile tanınan hak ise borçların süresinde ifa edilmemesi, diğer bir deyişle, muaccel olan alacağın ödenmemesi nedeniyle borçlunun temerrüdü hâlinde gündeme gelmektedir. Buna karşılık, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (ı) bendinde yer alan ve rehin sözleşmesine, temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı kaydının konulması ise söz konusu sözleşme, alacağın muaccel olmasından önce gerçekleştirileceğinden *lex commercia* yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.[34]

V. REHNİN SONA ERMESİ

Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 22'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre rehin hakkı; bir süre belirlenmişse belirlenen sürenin sona ermesi, alacağın sona ermesi, rehnin terkini veya rehinli taşınır varlığın tamamen yok olmasıyla sona erer. Bununla birlikte, ilgili Yönetmelik'in 21'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre; *"bir borca rehin sözleşmesinde belirlenen süre sonuna kadar güvence teşkil eden rehinlerde, borçlunun temerrüdü hâlinde borçlu tarafından rehin sözleşmesinde belirlenen sürenin sona erdiği iddiası ile terkin talebinde bulunulamaz"*.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca alacaklının, alacağın son bulduğu tarihten itibaren üç iş günü içerisinde rehin kaydının sicilden terkini için başvuruda bulunması gerekmektedir. Aksi halde alacaklı aleyhine Bakanlıkça,

---

33 Arkan, s. 60; Poroy/Yasaman, s. 69; Topçuoğlu/Çon, s. 211; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 252-253.

34 Gerek ilgili Kanun'un 14'üncü maddesi gerekse İlgili Yönetmelik bakımından söz konusu hükümlerin, lex commercia yasağı kapsamında olduğuna dair bkz. Şit İmamoğlu, s. 40-41, 43.

güvence altına alınan borç tutarının onda biri oranında idarî para cezası uygulanabileceği gibi; 15'inci maddenin 3'üncü fıkrası gereği, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlunun da rehnin terkinini talep etme hakkı doğmaktadır.[35] Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 15'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre şarta bağlı yükümlülükler de dâhil olmak üzere, mevcut ve müstakbel güvenceli yükümlülüklerin ödeme ve diğer yöntemlerle ifa edilmesi hâlinde rehin alacaklısının talebi üzerine, rehin sicilden terkin edilecektir. Benzer düzenlemeler, TİRK'in 19'uncu maddesinin 1'inci ve 2'nci fıkralarında da yer almaktaydı. Bu düzenlemelere göre; öncelikle borçlunun rehnin sicilden terkinini alacaklıdan talep etmesi, alacaklının bu hususa uymaması hâlinde İcra ve İflas Kanunu'nun 153'üncü maddesi uyarınca rehnin sicilden terkininin yapılması söz konusu olmaktaydı. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile bu süreç kısaltılmış olup alacağın sona ermesinden itibaren üç iş günü içerisinde alacaklının terkin talebinde bulunmaması hâlinde, borçlunun doğrudan terkini talep edebilmesi imkânı doğmuştur.

TİRK'in 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan ve ticarî işletmenin sicilden terkini hâlinde alacağın tamamının muaccel olmasına yönelik hüküm ise Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda yer almamaktadır.

SONUÇ

Ticarî işletmenin faaliyeti sırasında tacirin doğacak kredi ihtiyacı, şahsî veya aynî teminatlar ile karşılanabilmektedir. Teminat olarak gösterilen taşınır unsurların Türk Medeni Kanunu uyarınca rehnedilmesi hâlinde, rehnin karşı tarafına teslim edilmesi gerekir. Ancak, bu unsurların rehnin karşı tarafına teslimi hâlinde, ticarî işletmenin faaliyetlerine devam etmesi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, ticarî işletmelerde taşınırlar üzerinde kurulacak rehin bakımından, ticarî işletmeler için özel düzenlemeler yapılmış; TİRK ile teslim şartlı taşınır rehnine, ticarî işletmeler bakımından bir istisna getirilmiştir. Ekonomik piyasaların doğan güncel ihtiyaçlarına cevap verilebilme-

35 Aynı yönde bkz. Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği m. 29/1, 3-4.

si amacıyla; 28.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile TİRK ilga edilmiştir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile rehin hakkı; herhangi bir zorunlu unsur bulunmaksızın 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan unsurlar üzerinde kurulabilmektedir. Buna ek olarak; 5'inci maddenin 3 ila 5'inci fıkraları uyarınca işletmelerin müstakbel taşınır varlıkları, mevcut veya müstakbel taşınır varlıklarının getirileri ve her tür sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel alacaklar da rehne konu edilebilecektir. İlgili Kanun'un 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan unsurların borcu karşılamaması hâlinde ise ticarî işletmenin tümü üzerinde rehin hakkı kurulacaktır. Buna karşılık 8'inci maddenin 3'üncü fıkrasında yer alan, özel bir sicile tescil edilen unsurlar üzerinde bu Kanun kapsamında rehin hakkı kurulamayacağına ilişkin hüküm, rehnin kapsamını belirleyen 5'inci maddenin 1'inci fıkrası ile çelişmektedir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 3'üncü maddesi uyarınca rehin sözleşmesi; kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılabileceği gibi, tacir ve/veya esnaflar arasında da akdedilebilmektedir. Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 10'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre ise rehin hakkı; rehin alacaklısı bir kredi kuruluşu ile rehin veren tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabından herhangi biri veya rehin alacaklısı tacir/esnaf ile rehin veren tacir/esnaf arasında kurulabilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca tacir sayılan kimselerin de, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin hakkı kurması mümkün olmalıdır. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca tacir gibi sorumlu olan kimselerin, üzerinde tasarrufta bulunabileceği herhangi bir ticarî işletme bulunmamaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca tacir sayılanlar, tacir olmanın tüm hak ve yükümlülüklerine sahip olmakta; ancak, 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre tacir gibi sorumlu olanlar yalnızca yükümlülüklere tâbi

olmaktadır. Rehin hakkı kurulması ile ticarî işletmenin ekonomik devamlılığını sağlamak amacıyla tacire bir imkân tanındığından, Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca tacir gibi sorumlu olanlar, bu imkândan faydalanamamalıdır.

Rehin sözleşmesi, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre; elektronik ortamda veya yazılı olarak düzenlenebilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesi uyarınca Kanun'da sözleşmeler için öngörülen bir şeklin bulunması hâlinde bu şekil, geçerlilik şartıdır. Buna göre, rehin sözleşmesi bakımından öngörülen yazılı şekil, sözleşmenin geçerlilik şartını oluşturmaktadır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile rehin sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenebileceği belirtilmiş, 4'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında sicile tescil edilebilmesi için imzaların noterce onaylanması veya sicil yetkilisinin huzurunda atılması şartı getirilmiştir. Yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinde imzaların noterce onaylanması veya imzaların sicil yetkilisinin önünde atılması, resmî şekli ifade etmemektedir. Zira resmî şekil, ancak yetkili kimselerce düzenleme şeklinde söz konusu olmakta olup noterce veya yetkili kimselerce imzaların onaylanmasına ilişkin yapılan işlem resmî şekil anlamına gelmemektedir. Bu nedenlerle, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında düzenlenecek rehin sözleşmesi, adi yazılı şekle tâbi olarak yapılacaktır.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile rehin sözleşmesinin elektronik ortamda düzenlenmesine imkân sağlanmaktadır. İlgili Kanun'un 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca elektronik ortamda düzenlenen sözleşmenin sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca "*Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tâbi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*"; ancak, sonraki tarihli özel kanun olan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası ile özel bir hüküm getirilmiş olup rehin sözleşmesinin, güvenli elektronik imza ile onaylanmasına imkân verilmektedir. Nitekim bu hususun Elektronik İmza Kanunu'na aykırılık teşkil etmeyeceği, Ticari

İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasında da belirtilmektedir.

Elektronik ortamda veya yazılı olarak düzenlenecek olan rehin sözleşmesinde bulunması zorunlu olan unsurlar 4'üncü maddenin 6'ncı fıkrasında sayılmaktadır.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca rehin hakkının doğumu, rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesi ile gerçekleşmektedir; buna göre, sicile tescil, kurucu etkiye sahiptir. İlgili Kanun kapsamında bahsedilen sicil, Rehinli Taşınır Sicili olup 9'uncu maddenin 2'nci fıkrası uyarınca alenîdir. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin sözleşmesinin sicile tescili için öngörülen bir süre sınırı bulunmamaktadır.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 10'uncu maddesi ile rehinde, alacaklılar arasında rehnin paraya çevrilmesi sürecinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla, derece sistemi öngörülmektedir. Aynı taşınır varlık üzerinde, derece sırası belirtilmeksizin rehin hakkı kurulması hâlinde ise öncelik hakkı; 11'inci maddenin 1'inci fıkrası uyarınca rehnin kurulma anına göre belirlenecektir. Bununla birlikte, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 24'üncü maddesinde tarafların, rehin hakkını; sicile tescil anını esas alan ilerleme sistemi veya sabit derece sistemi ile kurabileceği hüküm altına alınmaktadır. Taraflarca herhangi bir sistemin belirlenmemesi hâlinde ise rehin hakkı, ilerleme sistemine göre kurulmuş sayılacaktır.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 12'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca tarafların hak ve yükümlülükleri, bu Kanun'a aykırı olmamak kaydıyla, rehin sözleşmesi ile belirlenmektedir. Bununla birlikte 12'nci maddenin 2'nci fıkrasında zilyedin, rehinli taşınırın değerini koruyacak gerekli tedbirleri alma ve değerini düşürecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü yer almaktadır. Alacaklıya, gerekli önlemlerin alınması amacıyla hâkim tarafından yetki verilebileceği gibi, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde alacaklı, böyle bir yetki verilmeksizin de gerekli önlemleri kendiliğinden alabilecektir.

Hakları zarar görenlerin, gerekli önlemler için yapmış oldukları giderlerin tazmini 12'nci maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca zarara sebep olanlardan talep edilebilmektedir. Zilyedin, rehinli taşınırın değerini düşürecek davranışlarda bulunması hâlinde, alacaklının talebi üzerine hâkimin bu tür davranışları yasaklaması söz konusu olabileceği gibi, 12'nci maddenin 5'inci fıkrasına göre rehin veren, bu tür davranışlarından doğan zararları tazmin etmekle de yükümlü olmaktadır. Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 27'nci maddesi ile rehin alacaklısı bakımından, güvence isteme veya güvence verilmemesi hâlinde kısmen ödeme talep etme gibi ek koruma tedbirleri getirilmiştir.

Rehinli taşınır varlığın devri ve alacağın devri hâlinde ise alacaklının muvafakati ayrıca aranmamakta; 12'nci maddenin 6'ncı fıkrası uyarınca rehin verenin, bu hususu sicile tescil ettirmesi öngörülmektedir. Rehin veren veya taşınırı rehinli olarak devralan kimsenin; rehinli varlığı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu hilâfına kullanması, borcu ödememesi hâlinde rehinli varlığın mülkiyetini devretmemesi, rehinli varlığı alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha etmesi, bu varlığın veya alacağın devrini sicile tescil ettirmemesi ve sicili yanıltmaya yönelik fiillerde bulunması hâlinde 16'ncı madde uyarınca adlî para cezası uygulanacaktır. Borçların zamanında ifa edilmemesi hâlinde ise 14'üncü madde uyarınca, alacaklı öncelikle; birinci derece alacaklı ise rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep edebilecek, alacağını varlık yönetim şirketlerine veya Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 41'inci maddesine göre üçüncü kişilere devredebilecek, devre konu olmayan bir varlık söz konusu ise kiralama ve lisans hakkını kullanabilecektir. Alacağın bu yollarla tahsil edilememesi hâlinde ise genel hükümler çerçevesinde takip yapılacaktır.

Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 22'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre rehnin sona ermesi; belirlenen sürenin sona ermesi, alacağın sona ermesi, rehnin terkini veya rehinli taşınır varlığın tamamen yok olmasıyla gerçekleşmektedir. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca alacaklı-

nın, alacağın son bulduğu tarihten itibaren üç iş günü içerisinde rehin kaydının sicilden terkini için başvuruda bulunması gerekmektedir. Aksi halde, alacaklı aleyhine Bakanlıkça, güvence altına alınan borç tutarının onda biri oranında idarî para cezası uygulanabileceği gibi; 15'inci maddenin 3'üncü fıkrası gereği borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlunun da rehnin terkinini talep etme hakkı doğmaktadır. Şarta bağlı yükümlülükler de dâhil olmak üzere, mevcut ve müstakbel güvenceli yükümlülüklerin ödeme ve diğer yöntemlerle ifa edilmesi hâlinde rehin alacaklısının talebi üzerine, rehin sicilden terkin edilecektir.

Kaynakça

Antalya Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.

Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2016.

Ayhan Rıza/Özdamar Mehmet/Çağlar Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 9. Bası, Ankara 2016.

Bozer Ali/Göle Celal, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.

Erdem H. Ercüment, "Ticari İşletme Rehninde Güncel Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S. 76, 2011, s. 42-60.

Eren Fikret, *6098 sayılı* Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014.

Ertaş Şeref, "Tescilli Taşınır Rehinleri", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, *Journal of Yaşar University*, Özel Sayı, Cilt II, 2013, s. 1155-1183.

Erten Ali, "Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni ve Hukuki Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S. 32, 2000, s. 81-90.

Erzurumluoğlu Erzan, "Ticari İşletme Rehni", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 1977, s. 430-438.

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013.

Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 6. Bası, İstanbul 2014.

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, 11. Bası, İstanbul 2013.

Poroy Reha/Yasaman Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2015.

Reisoğlu Seza, "Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme", *Bankacılar Dergisi*, S. 47, 2003, s. 107-121.

Şener Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2016.

Şit İmamoğlu Başak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.

Tekinay S. Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atillaa, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

Topçuoğlu Metin/Çon Ömer, "Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması", *TBB Dergisi*, S. 93, 2011, s. 174-214.

Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer Ertan Füsun, Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2015.

AB YASAMA TASARRUFLARINA KARŞI BİREY HAKLARINI KORUMA MEKANİZMASI

PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS MECHANISM AGAINST EU LEGISLATIVE ACTS

Ayşe Füsun ARSAVA*

Özet: Lizbon Anlaşması AB'nin hakları koruma mekanizmalarında önemli değişiklikler getirmiştir. Önemli değişikliklerden biri gerçek ve tüzel kişilerin dava açma hakkını düzenleyen 263. maddenin 3. paragrafıdır. Söz konusu paragrafta, birinci ve ikinci alt paragraflarda bahsedilen şartların oluşması durumunda, gerçek ve tüzel kişilerin kendilerine direkt veya dolaylı olarak etki eden işlemlere ve uygulanış detayları açıkça belirtilmemiş düzenleyici işlemlere karşı dava açılabileceği ifade edilmiştir. Bu madde AB yasal işlemlerine karşı kişisel hakların korunmasına ilişkin mekanizmalara, ABAD'ın 3.10.2013 tarihli Inuit Kanatami davasındaki tüzük karakterli hukuki tasarruflar ifadesine ilişkin yorumu çerçevesinde ışık tutmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Plaumann Formülü, Direkt Etki, Tüzük Karakterli Hukuki Tasarruflar, AB Temel Haklar Şartı, İlk Derece Mahkemesi

Abstract: The Treaty of Lisbon made significant amendments on the EU system of protection of rights. One of the most significant amendments is on article 263 paragraph 3 that regulates natural and legal persons right of bringing action. Article 263 paragraph 3 says that any natural or legal person may, under the conditions referred to in the first and second subparagraphs, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures. This article sets light to protection of individual rights mechanism against EU legislative acts in accordance with EU Court's interpretation of the term of "dispositions with regulation nature" on Inuit Kanatami Case dated 3.10.2013

Keywords: Plaumann Formula, Direct Effect, Dispositions with Regulation Nature, EU Charter of Fundamental Rights, Court of First Instance

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Aralık 2009'da yürürlüğe giren Lizbon sözleşmesi AB yargısı ve AB hakları koruma sisteminde kapsamlı değişiklikler getirmiştir.[1]. Tartışma konusu olan en önemli değişikliler arasında kuşkusuz AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasından sapan AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin gerçek ve tüzel kişilerin iptal davası açma yetkisini düzenleyen 263. madde, 3. fıkrası yer almaktadır.

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 263. madde, 3. fıkrasında yer alan ve gerçek ve tüzel kişilerin 1. fıkra ve 2. fıkrada öngörülen koşullarla kendilerine yönelik tasarruflar nedeniyle dava açma hakkını düzenleyen hüküm AT anlaşmasının gerçek ve tüzel kişilerin kendilerini muhatap alan kararlara karşı iptal davası açabilmesini düzenleyen 230. madde, 4. fıkrası ile uyum içindedir. Bu tablo gerçek ve tüzel kişilerin kendilerini muhatap alan ve bağlayıcı hukuki etki gösteren hukuki tasarruflara karşı iptal davası üzerinden korunması yaklaşımının Lizbon reform sözleşmesi ile değişmediğini göstermektedir. Benzer durum AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasında yer alan başkalarını muhatap alan ancak davacıyı doğrudan ve bireysel etkileyen kararlarla ilgili düzenleme bakımından da geçerlidir. AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrası içeriği itibariyle tasarruf kavramıyla bağlantılı lâfzî farka rağmen büyük ölçüde gerçek ve tüzel kişilerin kendilerini muhatap almamakla beraber, onları doğrudan ve bireysel etkileyen tasarruflar nedeniyle iptal davası açabilmelerini öngören 263. madde, 4. fıkranın içeriğiyle örtüşmektedir.

Buna karşılık AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263. madde, 4. fıkra hükmüne tekabül eden AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrası ile yapılan karşılaştırma, AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasında öngörülen gerçek ve tüzel kişilerin tüzük görünümlü tasarrufların iptaline ilişkin dava yetkisi ile ilgili düzenlemenin 263. madde, 3. fıkra tarafından üstlenilmediğini, bu hükmün AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasına tamamen yabancı yeni bir düzenleme ile ikâme edildiğini göstermektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaş-

---

1 Christian.Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon – Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Imlikationen für das deutsche Recht, Mohr Siebeck Verlag, 1.Auflage 2010, s. 80 vd.; Meinhard Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DÖV 2009, s.61 vd.)

manın 263. madde, 3. fıkrasında öngörülen düzenleme, gerçek veya tüzel kişilerin 1. ve 2. fıkrada yer alan koşullar altında bundan böyle kendilerini doğrudan etkileyen ve icra önlemi gerektirmeyen tüzük karakterli hukuki tasarruflar aleyhine iptal davası açabilmesini öngörmektedir.

Ortaya çıkış tarihçesi itibariyle "hot summer" 2002'e ve Avrupa Anayasa tasarısının III-365.maddesine istinat eden bu yenilik önemli hukuki tereddütlere ve herşeyden önce tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramı bağlamında yoğun görüş farklılıklarına neden olmuştur. Divan 3.10.2013 tarihli Inuit Tapiriit Kanatami davası bağlamında verdiği kararı ile yüksek yargı olarak tereddüt konusu kavrama açıklık getirme beklentisini karşılayamamıştır[2]; Divanın kararı gerçek ve tüzel kişilerin bireysel haklarının korunmasında merkezi korumayı güçlendirecek bir gelişme olarak değerlendirilmemektedir.

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263. madde, 3. fıkrasının gelişme tarihçesi ve tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramı

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263. madde, 3. fıkrasının ortaya çıkış tarihçesi madde hükmünde ortaya çıkan değişikliğin kısmen Birlik yargıçlarının *Unión de Pequeños Agricultores*[3] davalarında verdiği kararların, kısmen de kanun sözcüsü Jacobs'un davalarla ilgili özellikle 21.03.2002 tarihli talebinin izlerini taşıyan "hot summer 2002"ye istinat ettiğini göstermektedir. Söz konusu davalarda bir taraftan ilk derece mahkemesi ve kanun sözcüsü Jacobs arasında, diğer taraftan ilk derece mahkemesi ve Divan arasında ortaya çıkan görüş farklılığı, AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrası muvacehesinde gerçek ve tüzel kişilerin AT-AB normatif hukuk tasarruflarına karşı dava açma önkoşulu olarak kabul edilen 1963 tarihli Plaumann formülünde

---

2 EuGH, 3.10.2013, Rs.C-583/11 P (Inuit Tapriit Kanatami u.a./Europäisches Parlament und Rat der EU; Rudolf Streinz, Individualrechtsschutz im Kooperationsverhältnis, EuZW 2014, s.17 vd.

3 EuG, Rs. T-173/98 (Unión de Pequeños Agricultores /Rat der EU), Slg.1999, II-3357 vd.; EuGH, Rs. C-50/00P (Unión de Pequeños Agricultores /Rat der EU), Slg.2002, I-6677 vd., ve Jégo-Quéré EuG, Rs.T-177/01 (Jégo-Quéré/Kommission), Slg.2002, II-2365 vd.; EuGH, Rs.C-263/02 P, (Kommission/Jégo-Quéré), Slg.2004, I-3425 vd.

öngörülen bireysel etkilenme kriterinin Birlik temel hakkı olarak kabul edilen etkin hukuki himaye hakkı ışığında yeniden yorumlanarak gerçek ve tüzel kişilerin haklarının üye devlet mahkemeleri tarafından dezentral korunması yerine AB hukuku üzerinden temininin mümkün olup olmadığının tartışılmasına yol açmıştır. Plaumann formülüne göre bir gerçek yahut tüzel kişinin kendini muhatap almayan tasarruftan bireysel olarak etkilendiğini o kişinin hukuki statüsünün kişinin taşıdığı muayyen özellikler yahut onu diğer kişilerden ayıran koşullar nedeniyle tasarrufun muhatabı gibi etkilemesi durumunda kabul edilmektedir[4]. Hernekadar bu bağlamda Jacobs ve ilk derece mahkemesi eski "dar" Plaumann-formülüne istinat eden AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasında yeralan bireysel etkilenme kriterini bireysel hakları temin edecek bir yorumla ikâme etme yahut değiştirme girişimi yapmış ise de, bu girişim her iki davaya ilişkin kararların Divan nezdinde temyiz edilmesi ertesinde akamete uğramıştır[5]. Divan *Unión de Pequeños Agricultores kararında AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasını Birlik temel haklarına uygun yorumlama olanağını kullanmamış ve bu yönde bir adım atılmasının anlaşmaları değiştirmekle yetkili AB üyelerine ait olduğunu kabul etmiştir*[6]. Gerçek ve tüzel kişilerin haklarının AB'nin hukuki tasarruflarına karşı AB hukuku çerçevesinde merkezi olarak korunması yaklaşımının üye devletlerin kimileri tarafından ve Avrupa için anayasa hazırlayan Anayasa Konvansiyonu tarafından desteklenmesine, diğer bir ifade ile bireysel dava açma olanağının genel geçerliliğe sahip Birlik tasarruflarına genişletilmesine olumlu bakmasına karşılık, diğer bir kısmının dar bir yaklaşımla dava açma olanağını yasama karakteri olmayan hukuki tasarruflarla sınırlı kabul etmesi nedeniyle AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkra değişikliğinin kapsamı konusunda bir uzlaşı sağlanamamıştır[7]. Bu görüş farklılığını sadece 2004 tarihli anayasa tasarısının tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramını kullanan ve haklı eleştirilere neden olan bir formülasyonla

---

4 bknz.: EuGH, 15.07.1963, Rs. 25/62 (Plaumann/Kommission), Slg. 1963, 213, 238]

5 EuGH, Rs. C-50/00P (Unión de Pequeños Agricultores /Rat der EU), Slg. 2002, I-6677 vd.: EuGH, Rs. C-263/02P (Kommission/Jégo-Quéré), Slg. 2004, I-3425 vd.)

6 krşt.: EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores /Rat der EU), Slg. 2002, I-6677, Rn.45

7 Wolfram Cremer, Der Rechtsschutz des Einzelnen gegen Sekundärrechtsakte der Union gemäss Art.III – 270, Abs.4 Konventsentwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa, EuGRZ 2004, s.577, 580 vd.

bireysel etkilenme ile ilgili yorumu düzelttiği izlenimi veren III-365. madde, 4.fıkrası değil (anayasa tasarısı esasen kısa bir süre sonra Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumlarda reddedilmiştir), anayasa tasarısının III-365. madde, 4. fıkrası ile lâfzen tam örtüşen AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın tüzük karakterli AB hukuku tasarruflarına karşı dava olanağı öngören, dolayısı ile bireysel haklara merkezi koruma sağlayan hükmün uygulanmasını doğrudan etkilenmeye bağlı kılan, ancak bireysel etkilenmenin gerekli olmadığını kabul eden 263. madde, 4. fıkrası da yansıtmaktadır.

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263. madde, 4. fıkrası yıllardır tartışılan sorunlara açık bir çözüm getirememiştir. Tereddüt konularının başında tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramı gelmektedir. Bu çerçevede birbirinden farklı iki görüşün temsil edildiği görülmektedir. Literatürde çok sayıda yazarın dar yorum yaklaşımından hareket ederek, gerçek yasama tasarruflarının, diğer bir ifade ile kanun karakteri olan hukuki tasarrufların tüzük karakterli hukuki tasarruflardan ayırt edilmesi gerektiğini, 263. madde, 4. fıkrada dile gelen tüzük karakterli hukuki tasarrufların sadece kanunların altında yeralan hukuki normları yahut tertiär hukuki tasarrufları kapsaması gerektiğini, tüzük karakterli tasarrufların AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 289. maddesinde öngörülen olağan yahut özel yasama prosedürü çerçevesinde ihdas edilmeyen icra önlemleri olarak kabul edilmesi gerektiğini savundukları görülmektedir. Bir kısım diğer yazarlar ise üye devletlerde doğrudan geçerli oldukları nispette 288.madde muvacehesinde ortaya çıkan tüzükler dâhil olmak üzere tüm şeklî normatif yasama tasarruflarının kanun karakterli hukuki tasarruf olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır[8].

Divanın "Inuit Tapiriit Kanatami" davasında uyuşmazlığı karara bağlayan 3.10.2013 tarihli kararı

Yukarıda işaret edilen görüş farklılığı nedeniyle 3 Ekim 2013 tarihli Divan kararı büyük bir heyecanla beklenmiştir. İlk derece mahkemesi Avrupa Parlamentosu ve Konseyin ortak karar prosedürü

8 Ulrich Everling, Rechtsschuzt in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, EuR Beiheft, 1/2009, s.71,74

çerçevesinde ihdas ettiği 16 Eylül 2009 tarihli ve 6 Eylül 2011 tarihli, 1007/2009 sayılı fok balığı ürünlerinin ticaretine ilişkin tüzük aleyhine açılan bireysel iptal davasında vermiş olduğu kararında literatürde kimi yazarlar tarafından temsil edilen, 263.madde, 3.fıkrasında yer alan tüzük karakterli tasarrufların AB'nin yasama tasarrufları olarak mütalâa edilemeyeceğini benimseyen dar yorum yaklaşımını kabul etmiş ve[9] bunun sonucu olarak da bireysel iptal davasını caiz bulmayarak reddetmiştir. Mahkemenin kararına göre davacıların bu davada söz konusu tüzüğün yasama tasarrufu teşkil etmesi nedeniyle AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263.madde, 3.fıkrasına istinaden iptal davası açması mümkün değildir. Bunun dışında 263. madde, 3. fıkrada öngörülen diğer olasılığa istinaden de davacıların doğrudan etkilenme kriterini yerine getirmemeleri ve iptal davası konusu tüzükten Plaumann formülündeki bireysel etkilenme kriterini gerçekleştirmemeleri nedeniyle dava açma yetkisini kullanması mümkün değildir (krşt.: EuG, Rs. T-18/10, Rn.87-93). İlk derece mahkemesinin verdiği bu karar üzerine AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 256. madde, 1. fıkrası ve Divan statüsünün 56.maddesine istinaden davacılar Divan nezdinde dört gerekçe ışığında temyiz başvurusu yapmıştır. Yapılan temyiz başvurusunda birinci gerekçe olarak mahkemenin 263. maddenin yorum ve uygulanması bağlamında çok sayıda hukuki hata yaptığı iddia edilmiştir. İkinci gerekçe olarak, mahkemenin gerekçelendirme yükümlülüğünün yerine getirmediği ileri sürülmüştür. Üçüncü gerekçe olarak, mahkemenin Temel Haklar Şartı'nın 47. madde ve AİHK'nun 6 ve 13. maddelerini dikkate almadığı iddia edilmiştir. Dördüncü gerekçe olarak da mahkemenin kanıtları manipüle ettiği ileri sürülmüştür. Bu gerekçelerle bağlantılı olarak kanun sözcüsü Kokott yaptığı değerlendirme sonucunda yaptığı nihai talepte yasama tasarruflarının AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263. madde, 3. fıkrasında öngörülen tüzük karakterli yasama tasarruflarının kapsamında mütalâa edilemeyeceğini ve tüm ileri sürülen gerekçelerin mesnetsiz olduğunu açıkça dile getirerek ilk derece mahkemesinin görüşüne katılmış ve Divana temyiz talebinin reddedilmesi önerisi yapmıştır. Divan, kanun sözcüsünün önerisine 3 Ekim

[9] krşt.: EuG, Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Europäisches Parlament und Rat der EU, Slg.2011, II-5599, Rn.56

2013 tarihli kararında uymuştur. Divan, 2 ve 3 nolu temyiz taleplerinin reddi bağlamında bu isnatların somut bir yanı olmaması nedeniyle oldukça kısa açıklamalar yapmıştır. Buna karşılık 1. ve 3.gerekçelerin reddi bağlamında daha kapsamlı açıklamalar karşımıza çıkmaktadır.

İlk derece mahkemesinin 263. madde, 3. fıkrasının yorum ve uygulanması bağlamında birçok hukuki hata yapıldığına ilişkin iddia bağlamında Divan öncelikle tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramını ele almıştır. Divan bu iddiayı reddederken, gerekçe olarak tercihli ve tercihsiz davacılar ayrımına, anayasa tasarısının III-365. madde, 4. fıkrasına ve anayasa konvansiyonunda anayasa tasarısına ilişkin hazırlık çalışmalarına istinat ederek tüzük karakterli hukuki tasarrufların 263. madde, 3. fıkrasında yer alan diğer olasılıklarda öngörülen tasarruf türlerine nazaran daha dar bir kapsama sahip olması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu dayanaklara istinaden Divan mahkemeyle ve kanun sözcüsü Kokott'la mutabık olarak, AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263. madde, 3. fıkrasında gerçek ve tüzel kişilerin dava hakkıyla ilgili olarak AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasında yapılan değişiklik sonucu ortaya çıkan düzenlemenin bireylere yasama tasarrufları dışında kalan genel geçerliliğe sahip tasarruflara karşı daha esnek koşullarla iptal davası açma olanağı verme amacı taşıması nedeniyle, 263. madde, 3. fıkrada yer alan tüzük karakterli yasama tasarruflarının yasama tasarruflarını kapsamaması gerektiği sonucuna varmıştır. Divan ilk derece mahkemesinin 6 Eylül 2011 tarihli kararında davacıların dava konusu 10.07.2009 tarihli tüzükten 263. madde, 3. fıkra muvacehesinde doğrudan ve bireysel etkilenmediklerini dile getiren saptamasının hukuka aykırı olduğu iddiasını da, Lizbon anlaşmasının AT anlaşmasının 230. madde, 4. fıkrasında düzenlenen iptal davasının kabul şartlarında değişiklik getirmek gibi bir amaç taşımadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Divan temyiz kararında davacıların üçüncü itirazları bağlamında gündeme getirdikleri Birlik temel haklarıyla ilgili soruların cevaplandırılmasından imtina etmemiştir. Davacılar temyiz başvurusunda ilk derece mahkemesinin 6 Eylül 2011 tarihli Inuit kararı bağlamında 263. madde, 3. fıkraya ilişkin yaptığı yorumun Avrupa Temel Haklar Şartı'nın 47.maddesinin ve AİHK'nun 6.maddesinin ve 13.maddesinin ihlâline yol açtığını iddia etmiştir. Bu iddia da kanun sözcüsünün öne-

risine uygun olarak uzun tartışmalar ertesinde reddedilmiştir. Divan bu çerçevede 263. madde, 3. fıkrada düzenlenen iptal davası yanı sıra, 267. maddede düzenlenen ön karar davasının ve 277. maddede düzenlenen hukuka aykırılık def'inin Birlik hukuk tasarruflarının hukuka uygunluğunun denetim veya incelemesi bakımından taşıdığı öneme işaret ederek, Avrupa Temel Haklar Şartının 47. maddesinin anlaşmalarda öngörülen hakları koruma sistemini ve Birlik mahkemeleri nezdinde açılan davalarla ilgili kuralları değiştirme amacını taşımadığını vurgulamıştır.

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263. madde, 3. fıkrasında öngörülen dava açma koşullarının Divanın görüşüne göre temel haklara etkin yargısal teminat sağlanması prensibi ışığında yorumlanması gerekmektedir. Bu yorum mükellefiyeti hiçbir zaman anlaşmada öngörülen iptal davası kriterlerinin ortadan kalkması sonucunu vermemektedir. Ulusal mahkemelerin AB hakları koruma sistemi çerçevesinde sahip olduğu önemli rol ve üye devletlerin AB anlaşmasının 19.madde, 1. fıkrasından doğan etkin hukuki himaye için gerekli hukuki teminatlar oluşturma mükellefiyeti, Divanın Birlik yasama tasarrufundan etkilenen her gerçek yahut tüzel kişinin Avrupa Temel Haklar Şartının 47. maddesinde öngörülen teminat muvacehesinde doğrudan herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan Birlik yasama tasarruflarına karşı iptal davası açma olanağı vermediği yaklaşımını benimsemesine neden olmuştur[10].

Sonuç

Divan 3 Ekim 2013 tarihli kararıyla yüksek mahkeme olarak 263. madde, 3. fıkrada yer alan tüzük karakterli yasama tasarrufları kavramını bağlayıcı şekilde münhasıran yorumlama yetkisini kullanmış ve ilk derece mahkemesinin 06.09.2011 tarihli Inuit kararı ile kanun sözcüsü Kokott'un nihai talebiyle ve literatürdeki ağırlıklı görüşle uyumlu şekilde tüzük karakterli yasama tasarrufları kavramının AB'nin yasama tasarruflarını kapsamadığını tespit etmiştir. Bu tespit AB hakları koruma sisteminde geçmiş yıllarda önemli tartışmalara neden olan

10 EuGH, 3.10.2013, Rs. C-583/11 P (Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Europäisches Parlament und Rat der EU), Rn.105

bireysel hak himayesinin önemli bir detay sorununu çözmüştür. Tüzük karakterli yasama tasarrufları kavramının AB'nin yasama tasarruflarına ilişkin olmadığı görüşünü benimseyen Divan kararının bazı noktalarda eleştirildiği görülmektedir.

Divan 263. madde, 3. fıkrada düzenlenen tüzük karakterli yasama tasarrufları bakımından doğacak sonuçlarını dikkate almadan 3. fıkrada öngörülen dava açma koşullarının Avrupa Temel Haklar Şartının 47. maddesinde düzenlenen temel haklara etkin yargısal hukuki himaye sağlanması prensibi ışığında yorumlanmasını kabul etmiştir. Avrupa Temel Haklar Şartının 47. maddesinde yer alan etkin yargısal himaye hakkı, bu hakkın gerçek ve tüzel kişiler için geniş yorumlanmasını ve bu şekilde AB'nin tüm yasama tasarruflarının bu teminatın kapsamına girmesini gerektirmektedir. İcra önemi gerektirmeyen Birlik yasama tasarruflarına karşı ulusal mahkemeler tarafından yeterli ölçüde dezentral hukuki himaye sağlandığı gerekçesiyle, bu tasarrufların 47. maddede öngörülen etkin hukuki himayenin dışında bırakılması 47. maddenin amacına uymamaktadır.

Divanın bu davada vermiş olduğu karar onun AB anayasa mahkemesi pozisyonunu güçlendirmiştir. 263. madde, 3. fıkraya ilişkin yorumuyla, sadece kendisinin kanun karakterli AB yasama tasarruflarını iptal edebileceğini, buna karşılık ilk derece (AB) mahkemesinin hukuka aykırılık def'i bağlamında yetki kullanabileceğini ilân etmiştir[11]. Divan AB hakları himaye sistemi çerçevesinde bireysel hakları merkezi koruma fırsatını güçlü gerekçeler getirmeden kaçırmıştır.

Kaynakça

Christian Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon – Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Imlikationen für das deutsche Recht, Mohr Siebeck Verlag, 1.Auflage 2010

Meinhard Schröder, Neuerungen im Rechtsschutz der Europäischen Union durch den Vertrag von Lissabon, DÖV 2009

11 1007/2009 sayılı fok balığı ürünlerine ilişkin ticaret konusundaki icra tüzüğü Inuit II kararının konusunu oluşturmuştur. 737/2010 sayılı tüzük için bknz.: ABl.EU 2010 L 216/1 vd.

Rudolf Streinz, Individualrechtsschutz im Kooperationsverhältnis, EuZW 2014
Ulrich Everling, Rechtsschuzt in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, EuR Beiheft, 1/2009
Wolfram Cremer, Der Rechtsschutz des Einzelnen gegen Sekundärrechtsakte der Union gemäss Art.III – 270, Abs.4 Konventsentwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa, EuGRZ 2004

ANASYONEL HUKUK KURALLARI VE UYGULAMA ALANI

NON-NATIONAL LEGAL RULES AND THE SCOPE OF THEIR APPLICATION

Meltem Ece OBA*

Özet: Uluslararası ticarette akdedilen sözleşmeler çoğunlukla birden fazla hukuk düzeniyle bağlantı içindedir. Tarafların aralarındaki sözleşmenin tabi olduğu hukuk kurallarına yabancı olması bir güvensizlik yaratır. Bu sorunun aşılması için, borç ilişkilerine uygulanacak maddi hukuk kuralarının uyumlaştırılması fikriyle anasyonel hukuk kuralları ortaya konmuştur. Bu çalışmada, özellikle Avrupa'da öne çıkan anasyonel hukuk kuralları tanıtılmış; ardından bu kuralların uygulamadaki yeri açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anasyonel Hukuk Kuralları, UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Tahkim

Abstract: The contracts concluded in international trade are mostly in relation with more than one national legal system. Being alien to the law that governs an international contract causes insecurity for the foreign party. For the purpose of resolving this problem, non-national legal rules, which are aimed at the unification of substantive law on contractual relations, are created. In this paper, the non-national legal rules especially those that are more prominent in Europe are introduced; subsequently the application of such rules is elaborated upon.

Keywords: Non-National Law, UNIDROIT, PECL, DCFR, CESL, Law Applicable to Contracts, Arbitration

Giriş

Gelişen teknoloji ve artan ihtiyaçlar sonucunda ticari ilişkiler ulusal boyutları aşarak uluslararası bir konuma yükselmektedir. Buna bağlı olarak akdedilen sözleşmeler birden fazla hukuk düzeniyle ilişki içinde olabilmektedir. Örneğin, bir mal satım sözleşmesinin taraflarının farklı tabiiyette olmaları, farklı ülkelerde ikamet ediyor olmaları,

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi.

iş yerlerin farklı ülkelerde olması veya sözleşmede kararlaştırılan ifa yerinin yurt dışında olması ticaret hayatında sıklıkla karşılaşılan durumlardandır. Dolayısıyla, ticari ilişki ağında çoğunlukla milletlerarası unsur taşıyan sözleşmeler kurulmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, milletlerarası sözleşme kavramının tanımlanması bakımından Türk doktrininde görüş birliği bulunmamaktadır.[1] Klasik görüş uyarınca, sözleşme konusu, ikametgâh, vatandaşlık gibi öğelerde yabancılık unsurunun bulunması halinde sözleşme milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilir. Diğer görüş[2] uyarınca ise, milletlerarası ticaretin yarar alanına giren tüm sözleşmeler, içinde klasik görüş uyarınca aranan bir yabancılık unsuru barındırmasa dahi, milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilecektir. Bu görüşlere ilişkin eleştiriler ve öneriler çalışmanın sınırları dışında olacağından, burada yalnızca doktrindeki tartışmaya değinilmekle yetinilmiştir.

Genel prensip olarak, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler.[3] Bu serbesti kimi hukuk düzenlerince işçi, tüketici gibi iktisaden daha zayıf konumda olan tarafın korunması amacıyla veya sözleşme konusu ile uygulanacak hukuk arasında makul bir bağlantı kurmak amacıyla sınırlandırılmış olabilir. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemediği veya belirleme yetkisine sahip olmadığı durumlarda kanunlar ihtilafı kuralları ile sözleşme statüsü belirlenir.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflar arasındaki menfaat dengesini etkiler. Uygulanacak olan hukuka yabancı olan taraf sözleşmenin tabi olduğu kuralları rahatlıkla öngöremez. Hukuk kurallarının, konuşulan dillerin farklı olması, uygulamadaki yorum farkları olası uyuşmazlıkların çözümü için yapılan savunma ve işlem masraflarını

---

1 Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 13. Bası, İstanbul, 2014, s. 692.

2 Doktrinde Cemal Şanlı'nın görüşü bu yöndedir. Cemal Şanlı, Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 31 vd. Aktaran: Çelikel / Erdem, s. 692, dipnot 229.

3 Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilmesi prensibine örnek teşkil eden bazı hükümler şöyledir: 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 27, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun m. 116, 1980 tarihli Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi m. 3, 4.7.2008 tarihli Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü m. 3, Amerika Birleşik Devletleri, İkinci Restatement paragraf 187 (1).

artırmaktadır. Ticari aktörlerin karşılaştığı bu gibi sorunların aşılması için sözleşmeler hukuku alanında tarafsız ve yeknesak kurallar yaratmak fikri ortaya çıkmıştır. Borç ilişkilerine uygulanacak hukukun birleştirilmesi çabaları sonucu milli hukuk sistemlerinin dışında kalan, doğrudan bağlayıcı olmayan hukuk kuralları yaratılmıştır.

Doktrinde borç ilişkilerine uygulanacak hukukun uyumlaştırılması ihtimalini gerçekçi görmeyen, kanunlar yeknesaklaşa bile uygulamada birlik sağlamanın mümkün olmayacağını belirten karşıt görüşler de mevcuttur.[4] Öte yandan, anasyonel hukuk kurallarının uygulamada ve teoride uyumlaştırma amacına başarıyla hizmet ettiği de güçlü biçimde savunulmaktadır.[5]

Anasyonel hukuk kurallarının yaratılması süreci Avrupa'dan Amerika'ya, Asya'dan Afrika'ya kadar pek çok coğrafyada son dönemlerde hız kazanmıştır. Bu çalışmada, özellikle Avrupa'daki öğretide ön plana çıkan anasyonel hukuk kuralları genel hatlarıyla tanıtılacak; ardından bu kuralların uygulamadaki yerine değinilecektir.

I. Anasyonel Hukukun Kaynakları

Anasyonel hukuk, milli hukuk sistemlerinin dışında kalan, doğrudan hukuki bağlayıcılığı olmayan, uluslararası menşeli hukuk kavramını ifade eder.[6] Anasyonel hukuk *lex mercatoria*nın bir parçası olarak da yorumlanmaktadır.[7] *Lex mercatoria* milletlerarası ticarette yaygın olarak benimsenmiş örf, adet ve teamülleri ifade eder. *Lex mercatoria* tacirler hukuku adıyla da anılır.

---

4 Doktirinde Pierre Mayer UPICC'in başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin görüşler sunmuştur. Aktaran: Sarah Lake, "An Empirical Study of UNIDROIT Principles International and British Responses", *Uniform Law Review*, 2011, S. 16 (3), s. 692, dipnot 122.
Christopher Sheaffer ise CISG'nin başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin görüşler ileri sürmüştür. (Christopher Sheaffer, "The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law", Pace Law School Institute of International Commercial Law, Haziran 2008).

5 Lake, s. 692.

6 Tolga Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Vedat Yayınevi, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Bası, İstanbul, 2011, s. 1.

7 Sibel Özel, Milletlerarası Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 143.

Doktrinde, anasyonel hukuk kurallarının hazırlanma tekniği Amerikan Hukukundaki derleme (*restatement*) biçimindeki metinlere benzetilir.[8] *Restatement*lar, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün onayıyla yayımlanır ve eyaletlerin belirli bir konudaki hukuk kurallarının bir araya getirilmesi biçiminde hazırlanır. Böylece dağınık haldeki farklı hukuki yaklaşımlar tek bir metin altında birleştirilmiş olur. *Restatement*ların amacı belirli bir hukuki meseledeki mevcut düzenlemeleri ortaya koymak ve olması gereken hukuk hakkında bir çıkarımda bulunmaktır.[9]

Anasyonel hukuk kurallarından, Avrupa'daki öğretide ön plana çıkanlara başlıca örnekler olarak Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri (a), Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (b), Avrupa Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (c), Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü (d) ve Trans-Lex Veri Tabanı (e) gösterilebilir.

a) Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri

Özel Hukukun Birleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (*International Institute for the Unification of Private Law*- UNIDROIT) merkezi Roma'da olan bağımsız bir uluslararası kuruluştur. UNIDROIT 1926'da Milletler Cemiyeti'nin ikincil bir organı olarak kurulmuştur. Milletler Cemiyeti'nin dağılmasının ardından 1940 yılında, UNIDROIT Anlaşması adı altında çok taraflı bir milletlerarası sözleşme ile yeniden kurulmuştur. Türkiye'nin de dahil olduğu altmış üç ülke UNIDROIT'ya üyedir. UNIDROIT özel hukukun ve özellikle ticaret hukukunun uyumlaştırılması alanında faaliyet gösterir.

UNIDROIT, 1994 yılında uluslararası ticari sözleşmelere uygulanmak üzere bağlayıcı olmayan hukuki bir metin ortaya koymuştur. Bu hukuki metin UNIDROIT Prensipleri (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*- UPICC) adıyla anılır. 1994 yılında yayınlanan ilk metnin ardından, 2004 yılında ikinci versiyon yayınlanmıştır. 2010 yılında ise 2004 tarihli metinde değişiklikler yapılarak üçüncü ve en güncel versiyon yayınlanmıştır.[10]

---

8 Arzu Oğuz, Lex Mercatoria, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 110.
9 Arzu Oğuz, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 299-300.
10 2010 tarihli UNDROIT Prensipleri için: (http://www.unidroit.org/english/prin-

UPICC'in kapsamına milletlerarası ticari sözleşmeler girer. Ancak UPICC hangi sözleşmelerin milletlerarası veya ticari nitelik taşıdığına dair açık bir hüküm içermez. Bununla birlikte, UPICC giriş kısmının birinci başlığı altında milletlerarası unsur kavramıyla bütünüyle yerel işlemlerin dışlanmak istendiği ve milletlerarası kavramın olabildiğince geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Giriş kısmının ikinci başlığı altında ise, ticari sözleşme kavramı ile tüketici sözleşmelerinin dışlanmak istendiği, ticari sözleşme kavramının yatırım anlaşmaları ve profesyonel hizmet anlaşmalarını da kapsayacak şekilde mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.

UPICC tarafsız bir kurallar bütünü olup, kıta Avrupası, Anglosakson ve sosyalist hukuk sistemlerinden izler taşır.[11] UPICC toplam on bir bölümden oluşur. Bu bölümler sırasıyla genel hükümler, sözleşmenin kurulması ve temsil yetkisi, sözleşmenin geçerliliği, yorum, sözleşmenin kapsamı ve üçüncü kişilerin hakları, ifa, ifa etmeme, takas, alacağın temliki, borcun nakli ve sözleşmenin devri, zamanaşımı ve son olarak birden fazla alacaklı ve borçlu olduğu durumları düzenler.[12]

UPICC devletlerin kendisine taraf olabileceği uluslararası bir sözleşme değildir. Diğer bir ifadeyle, UPICC'in doğrudan hukuki bağlayıcılığı yoktur. UPICC'in bir sözleşmeye ne zaman uygulanabileceği metnin giriş kısımında yer almaktadır. Buna göre, UPICC ilk olarak taraflar bu prensipleri sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak açıkça seçtikleri taktirde uygulanır. İkinci olarak, taraflar sözleşmede uluslararası hukukun genel prensiplerine atıf yapmışlarsa UPICC bu kapsamda uygulanabilir. Üçüncü olarak, taraflar uygulanacak hukuku hiç belirlememişlerse UPICC *lex mercatoria* başlığı altında uygulama alanı bulabilir. Son olarak UPICC milletlerarası sözleşmelerdeki boşlukları doldurmak işlevi ile de uygulama alanı bulur.

b) **Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri**

Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (*Principles of European Contract Law*- PECL), Danimarkalı akademisyen ve avukat Ole Lan-

ciples/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf).

11 Ayoğlu, s.193-195.

12 Nuray Ekşi, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2015, s. 58 ila 63.

do başkanlığında bir araya gelmiş yirmi üç hukukçunun oluşturduğu Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanmıştır. Komisyon, başkanının isminden ötürü Lando Komisyonu olarak da anılmaktadır. PECL, sözleşmeler hukuku alanında Avrupa Birliği bünyesinde yeknesak bir yasa yapılması fikrine yönelik olarak konmuş bir akademik çalışmadır. PECL, ortaya konuluş amacı bu yönde olmasına rağmen Avrupa Birliği müktesebatının bir parçası haline gelememiştir.

PECL, 1980 yılında hazırlanmaya başlanmış; 1995, 2000 ve 2003 yıllarında olmak üzere üç kısım halinde yayımlanmıştır.[13] PECL, hem kıta Avrupası hem de Anglosakson hukukunun özelliklerinden izler taşır. PECL, toplam yüz otuz bir maddeden ve dokuz bölümden oluşur. Bu bölümler; PECL'ın uygulamasına ilişkin genel hükümler, sözleşmenin kurulması, temsil yetkisi, sözleşmenin geçerliliği ve irade sakatlığına ilişkin meseleler, sözleşmenin yorumlanması, sözleşmenin kapsamı ve hükümleri, ifa, ifa etmeme ve borca aykırılıktan doğan hukuki sonuçlar ve son olarak ifa etmeme halinde özel olarak başvurulacak hukuki yolları düzenler.[14]

UPICC'in aksine, PECL'ın kapsamında yalnızca ticari sözleşmeler değil tüketici sözleşmeleri de yer alır. Öte yandan UPICC'te düzenlenmeyen, temsil yetkisi, sözleşmenin devri, borcun nakli, zamanaşımı, hukuka aykırılık konuları PECL'da düzenlenmektedir. Ancak, uygulamada PECL'a UPICC'e nazaran daha nadir başvurulduğu gözlemlenmektedir.[15] Bunun bir sebebi olarak, UPICC'in ilk versiyonunun PECL'dan bir yıl daha önce 1998'de yayımlanması gösterilmektedir.

PECL, Avrupa Komisyonu'nun borçlar hukuku alanındaki uyumlaştırma fikirlerine daha olumlu yaklaşmasını sağlamış ve başkaca anasyonel hukuk kurallarının oluşturulmasında öncü olmuştur.[16]

c) **Ortak Referans Çerçevesi Taslağı**

PECL'ın Avrupa Birliği içinde yarattığı etki ile Birlik içinde sözleş-

---

13 Ole Lando, "Have the PECL been a success or a failure?", European Review of Private Law Kluwer Law International BV, 2009, C. 17, S. 3-(2009), s. 368.

14 Ekşi, s. 54-55.

15 Ayoğlu, s. 305.

16 Roger Brownsword, Hans-W Micklitz, Leone Niglia, Stephen Weatherill, The Foundations of European Private Law, Hart Publishing, United Kingdom, 2011, s. 35.

meler hukukunun uyumlaştırılması fikirleri hız kazanmıştır. Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği içinde sözleşme hukukunun uyumlaştırılması gerektiğini 2001 yılında yayımladığı tebliğ[17] ile açıklamıştır. Ardından 2003 yılında Komisyon, Daha Uyumlu bir Avrupa Sözleşmeler Hukuku Oluşturulmasına Yönelik Eylem Planını[18] (Eylem Planı) yayımlanmıştır. Eylem Planı ile amaçlanan yeknesak bir Avrupa sözleşmeler hukuku yasası hazırlaması sürecini başlatmaktır. Eylem Planında hazırlanacak olan hukuki metnin isminin Ortak Referans Çerçevesi (*Common Frame of Reference*) olacağı belirtmiştir. Komisyon 2004 yılında bir tebliğ[19] daha yayınlamış ve Ortak Referans Çerçevesi ile hedeflenenleri açıklamıştır.

Komisyonun tebliğler ve Eylem Planı aracılığıyla ortaya koyduğu Ortak Referans Çerçevesinin hazırlanması çağrısına cevaben Avrupa Medeni Kanunu Hakkında Çalışma Grubu (*Study Group on a European Civil Code*) ve Avrupa Komisyonu Özel Hukuk Hakkında Araştırma Grubu (*Research Group on European Commision Private Law*) bir taslak hazırlamıştır. Taslak biçimindeki bu çalışmaya Avrupa Özel Hukuku İçin Prensipler Tanımlar ve Model Kurallar Taslağı (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference*- DCFR) başlığı verilmiştir. DCFR'ın esas amacı ileride Avrupa Birliği içinde yeknesak olarak uygulanmak üzere kanunlaşması öngörülen Ortak Referans Çerçeveye taslak teşkil etmektir.

DCRF içeriği itibariyle borçlar kanununa benzemektedir. Mülkiyetin geçişi ve rehin konularına ilişkin düzenlemeler içermesi sebebiyle medeni kanuna da benzetilmektedir.[20] DCFR toplam on kısımdan oluşur. Bunlar kısımlar sırasıyla, DCFR'ın uygulanmasına ilişkin genel hükümler, sözleşmeler ve diğer hukuki işlemler, borçlar ve karşılık gelen haklar, özel borç ilişkileri ile bunlardan doğan haklar ve borçlar,

---

17 Communication From The Commission To The Council And The European Parliament On European Contract Law Brussels, 11.07.2001 COM (2001) 398 Final.

18 A More Coherent European Contract Law: an Action Plan Brussels, 12.2.2003COM(2003) 68 Final.

19 Communication From The Commission To The European Parliament and The Council: European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward Brussels, 11.10.2004 COM (2004) 651 Final.

20 Eylem Apaydın, "Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi,* 2013, C.1, S.8, s.255.

üçüncü kişinin yararına sözleşme ve üçüncü kişinin fiilini ifa, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, mülkiyetin devri ve kazanımı, taşınır mallar üzerindeki rehin hakları ve son olarak *trust* kurumunu ele alır. DCFR, PECL'ın düzenlediği konuları kapsamakla birlikte bunlara ek olarak özel borç ilişkilerine, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler de içermektedir.[21] Ayrıca, PECL'dan farklı olarak sınırlı bir kapsamda olsa da taşınır mülkiyetine ilişkin kurallar da barındırır.

DCRF, 2008 ve 2009 yıllarında olmak üzere iki versiyon halinde Avrupa Komisyonuna sunulmuştur. Komisyona sunulan bu metinler akademik bir taslak; devletler nezdinde bağlayıcı olmayan bir hukuk kaynağıdır. Nitekim sunulan metinlerde henüz yorumlar, notlar ve açıklamalar yer almaktadır. Bu durum doktrinde çalışmanın henüz nihai şeklini almadığı yönünde yorumlanmıştır. Doktrince[22], DCFR yapısal eksiklikleri ve mülkiyet konusu gibi uyumlaştırma hareketlerinin oldukça zor başarıya ulaşacağı alanları ele alması bakımından eleştirilmiştir.

d) Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğü

DCFR'e yöneltilen eleştiriler sonucu sözleşmeler hukuku alanında uyumlaştırılması amaçlanan geniş konu yelpazesi Avrupa Birliğince daraltılmıştır. Uyumlaştırma hareketleri, Avrupa Birliği içerisinde satış sözleşmelerinin uyumlaştırılması çerçevesinde devam etmiştir.

Avrupa Komisyonu 2010 yılında Avrupa Birliği'ne üye devletlerce ortak biçimde uygulanacak bir borçlar kanunu hazırlanması fikrini bir Yeşil Kitap ile tartışmaya açmıştır. Yeşil Kitaba cevaben Avrupa Parlamentosu Haziran 2011'de Avrupa Birliği ortak satım hukuku yaratılması çağrısında bulunmuştur.[23] Bunu takiben 11 Ekim 2011'de Avrupa Komisyonu Avrupa Ortak Satım Hukuku Tüzüğünü (*Common European Sales Law Regulation*- CESL), Parlamentoya teklif olarak

---

21 Anemari-Iuliana Opritoiu, "Introduction in DCFR: Draft Common Frame of Reference", *Journal of Law and Administrative Sciences*, S. 3/2015.

22 Horst Eidenmuller / Florian Faust / Hans Christoph Grigoleit/Nils Jansen/Gerhard Wagner/Reinhard Zimmermann, The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems, Oxford Journal of Legal Studies, 2008, C. 28, S. 4, s. 659–708. Aktaran: Apaydın, dipnot 190.

23 A Common European Sales Law to Facilitate Cross-Border Transactions In the Single Market. (COM/2011/0636 final).

sunmuştur.[24] Komisyon aynı gün bir basın duyurusu da yayınlamıştır. Basın duyurusunda Avrupa Birliği içinde sınır ötesi ticari işlemler bakımından farklı maddi hukuk kurallarının yürürlükte olmasının yarattığı zorluklara ve sebep olunan masraflara ilişkin veriler yer almıştır.

CESL, Avrupa Birliği satım hukukunu uyumlaştırmak amacının yanı sıra küçük ve orta ölçekli işletmelerin sınır ötesi işlemlerdeki menfaatini korumak amacını da taşır.

CESL, satım ve hizmet sözleşmelerini düzenler. CESL'in kapsamına tacir ve tüketiciler arasındaki işlemler ve elektronik ticaret de dâhildir. CESL toplam 186 maddeden ve sekiz kısımdan oluşur. Bu kısımlar; CESL'in uygulanmasına ilişkin genel hükümler, sözleşmenin kurulması, tüketicilere tanınan sözleşmeden dönme hakkı, irade sakatlıkları, sözleşmenin kapsamı, tarafların sözleşmeden doğan hakları ve borçları, hizmet sunulmasını içeren tüketici sözleşmelerinde tarafların hakları ve borçları, zarar ve faize ilişkin hükümler, sözleşmenin sona ermesi, sözleşmeden dönme ve zamanaşımı konularını düzenler.

Konu kapsamı geniş olmakla birlikte CESL'ın uygulama alanı çeşitli açılardan sınırlandırılmıştır. Buna göre CESL'in uygulanabilmesi için taraflardan en az birinin Avrupa Birliği'ne üye devletlerden birinin tabiiyetinde olması gerekir ve bir sınır ötesi ticari işlem mevcut olmalıdır. Ayrıca, CESL'ın uygulanabilmesi için taraflardan birinin tacir olması gerekir. Her iki tarafın da tacir olduğu hallerde ise tacirlerden birinin küçük ya da orta ölçekli bir işletmeye sahip olması şartı aranır. Ancak; bu şartların hepsi emredici nitelikte değildir. Avrupa Birliğine üye devletler isterlerse sınır ötesi işlem şartını bertaraf ederek kendi sınırları içindeki satım sözleşmelerine de CESL'in uygulanmasını kararlaştırabilir. Ayrıca, iki tacir arasındaki işlemlerde CESL'in uygulanması için aranan bu işletmelerden birinin küçük veya orta ölçekli işletme olması şartı da emredici nitelikte değildir.[25]

---

24 Avrupa Komisyonu tarafından sunulan 2011/0284 numaralı tüzük teklifi metni için bkz: (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:EN:PDF).

25 Hector MacQueen, "The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law", University of Edinburgh, School of Law Research Paper Series, S. 2014/17.

CESL'ın uygulama alanı bakımından bir diğer önemli durum ise CESL'ın milli hukuk kurallarını ortadan kaldırmaksızın seçimlik bir hukuk kaynağı olarak öngörülmüş olmasıdır. Bilindiği üzere Avrupa Birliği Hukuku uyarınca tüzüklerin üye devletlerin iç hukukuna doğrudan aktarılması zorunludur. Şeklen bir tüzük biçiminde hazırlanan CESL'in seçimlik olarak öngörülmüş olması bu bakımdan bir farklılık arz eder. Dolayısıyla, CESL yürürlüğe girerse Avrupa Birliği'ne üye her ülke CESL, kendi iç hukuk kuralları ve eğer taraf ise CISG hükümleri olmak üzere satım hukuku alanında üç farklı yasal düzenlemeye sahip olacaktır. CESL, ancak taraflar sözleşmelerine CESL'ın uygulanmasını kararlaştırdıkları takdirde uygulama alanı bulacaktır. Ancak, CESL yürürlüğe girdiğinde herhangi bir anasyonel hukuk kuralı olarak değil devletlerin ikincil ve alternatif bir iç hukuk kuralı olarak uygulanacaktır. Bu bakımdan Roma I Tüzüğü'nün tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi hakkında getirdiği sınırlamalar CESL bakımından tarafları etkilemeyecektir.

Avrupa Parlamentosu, CESL üzerinde özellikle elektronik ortamdaki satış sözleşmelerine ilişkin değişiklikler yapılarak teklifin yeniden Avrupa Parlamentosu'na sunulması yönünde karar almıştır. CESL üzerinde değişikliklerin yapılmasına ilişkin karar, 16 Aralık 2014 tarihinde yayımlanmış olan 2015 yılı için Çalışma Programının 2. ek kısmında[26] da yer almıştır. Ne var ki, 16 Aralık 2015 tarihinde Avrupa Komisyonu CESL'ın uygulamaya konması planının tamamen geri çekildiğini açıklamıştır. Böylece CESL'ın uygulamaya aktarılması planları gerçekleştirilememiştir.

e) **Trans-Lex Veri Tabanı**

Trans-Lex Veri Tabanı, Prof. Dr. Klaus Peter Berger tarafından Köln Üniversitesi Milletlerarası Hukuk Merkezi (*Center for Transnational Law*- CENTRAL) çatısı altında ortaya konmuş bir çalışmadır. Çalışmanın temelinde, sürekli bir değişim ve gelişim içinde olan uluslararası hukuk kurallarının tek bir metin altında kodifiye edilmesinin etkili sonuçlar yaratmadığı fikri yatar. Bu nedenle Trans-Lex veri taba-

[26] Çalışma Programının 2. Ek kısmı için: (http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_en.pdf).

nı halihazırda var olan ve gelişmekte olan uluslararası ilke ve kuralların açık uçlu bir listesi şeklinde ortaya konmuştur.

Trans-Lex Veri tabanı, erişimi kolay kılmak amacıyla bir internet sitesi üzerinden sunulmuştur.[27] Ekim 2009 tarihi itibariyle Trans-Lex Veri tabanında on dört bölüm ve yüz yirmi sekiz ilke bulunmaktadır. Trans-Lex Veri tabanı UPICC ve PECL'ın kapsamında yer almayan şirketler hukuku, tahkim prosedürü, kamulaştırma halinde tazminat ödenmesi ve deliller gibi meseleler hakkında da ilkeler barındırmaktadır.[28]

II. Anasyonel Hukuk Kurallarının Uygulamadaki Yeri

Anasyonel hukuk kurallarının temelinde hukukun birliğini sağlama amacı yatmaktadır. Bu amacın gerçekleşmesi için anasyonel kuralların teorik birer çalışma olarak kalmayıp uygulamaya aktarılması gereklidir. Uygulamada, anasyonel hukuk kuralları devlet mahkemeleri önündeki yargılamalarda *incorporation* yoluyla uygulanmaktadır (a). Anasyonel hukuk kuralları, tahkim yargılaması sırasında ise sözleşmenin tabi olduğu hukuk kuralları olarak uygulamaya aktarılmaktadır (b). Son olarak, hem mahkeme hem de tahkim yargılamalarında anasyonel hukuk kurallarına milletlerarası sözleşme hükümlerinin ve hukuk kurallarının yorumlanması amacıyla başvurulmaktadır (c).

a) Devlet Mahkemeleri ve Anasyonel Hukuk

Yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeye uygulanacak hukuk milletlerarası özel hukuk kuralları ile belirlenir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun[29] (MÖHUK) madde 24 sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenler. Madde 24'e göre, sözleşmenin tarafları açık veya örtülü olarak sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacak olan hukuku kendileri belirleyebilirler. MÖHUK madde 24 taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken yalnızca bir devletin hukukunu seçebilme imkânı tanır. Dolaysıyla

27 Trans-Lex Veri Tabanı hakkında ayrıntılı bilgiler için: (http://www.trans-lex.org).
28 Ayoğlu, s. 313.
29 R.G. 4.12.2007/ 26728.

MÖHUK madde 24 uyarınca taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria* veya anasyonal hukuk kurallarını seçemezler.[30]

Türk kanun koyucu MÖHUK'un hazırlanmasında, 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Roma Konvansiyonundan[31] (Roma Konvansiyonu) esinlenmiştir. 1980 tarihli Roma Konvansiyonu madde 3 (1) hükmü de tarafların hukuk seçimini bir devletin hukuku olması şartı ile sınırlar.

Günümüzde Roma Konvansiyonu yürürlükten kaldırılmıştır. Roma Konvansiyonunun yerini Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Roma I Tüzüğü[32] (Roma I Tüzüğü) almıştır. Roma I Tüzüğü ile (Danimarka hariç) Avrupa Birliği'ne üye devletlerin sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları uyumlaştırılmıştır. Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesi hukuk seçimini düzenlenmektedir. Buna göre, taraflar açık ya da örtülü olarak sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacak olan hukuku kendileri belirleyebilirler. Roma I tüzüğü de taraflara yalnızca bir devletin hukukunun seçilmesi imkânı tanır. Nitekim Roma I tüzüğü taslağında yer alan tarafların uluslararası kural ve prensipleri de sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirleyebileceğine ilişkin ifadeye yürürlüğe giren metinde yer verilmemiştir.[33] Bu yönüyle, Roma I Tüzüğü ve MÖHUK madde 24 aynı doğrultudadır.

Hem MÖHUK madde 24 hem de Roma I Tüzüğü madde 3 bakımından taraflarca seçilen devlet hukukunun yürürlükteki hukuk olması gerekmektedir. Seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları nazara alınmaz, maddi hukuk kuralları uygulanır.[34]

---

30 Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul, Şubat 2015, s. 315.

31 Roma Konvansiyonu tam metni için bkz: (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Al33109).

32 Roma I tüzüğü tam metni için bkz: (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0006).

33 Helmut Heiss, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe: Party Autonomy: "Rome I Regulation: the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe", Franco Ferrari and Stefan Leible eds. Sellier European Law Publishers, Münih, 2009, s. 9-10.

34 Çelikel / Erdem, s. 329.

Doktrinde, Roma I Tüzüğünün hukuk seçiminde taraf iradesini kısıtlayıcı düzenlemesi eleştirilmektedir.[35] Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Hakkında La Haye Prensipleri [36] (*Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*- La Haye Prensipleri) bu eleştirilere ilişkin bir düzenleme barındırır. La Haye Prensipleri Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında La Haye Konferansı (*Hague Conference on Private International Law*) organizasyonu tarafından Mart 2015'te ortaya konmuştur. La Haye Prensipleri'nin 3. maddesi tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak anasyonel hukuk kurallarını seçmeleri halinde bunun devlet mahkemeleri önünde de hüküm ifade etmesine yönelik bir hüküm içerir.[37] Ancak, La Haye Prensipleri devletleri hukuken bağlayıcı prensipler değildir.

Taraflar yasal düzenlemelere rağmen, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak anasyonel hukuk kurallarını seçmişlerse, mahkeme seçilen bu kuralları sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kabul etmeyecektir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, hakim tarafından davanın görüldüğü yer kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Bu ihtimalde, tarafların sözleşmenin tabi olması amacıyla seçmiş olduğu anasyonel hukuk kuralları sözleşmenin birer hükmüymüşçesine etki doğurur. Dolayısıyla, anasyonel hukuk kuralları ancak sözleşmeye uygulanacak devlet hukukunun şemsiyesi altında ve onun emredici hukuk kurallarına uygun düştüğü ölçüde hüküm ifade edebilecektir.[38] Anasyonel hukuk kurallarının bu şekilde sözleşmeye aktarılmasını ifade etmek için *incorporation*[39] ifadesi kullanılmaktadır. Örneğin, Manş Tüneli'nin inşası sırasında İngiliz ve Fransız taraflar arasında çıkan uyuşmazlığın çözümünde *incorporation* yoluyla PECL uygulama alanı bulmuştur. İhtilafa konu olan sözleşmede taraflar uygulanacak hukuku bir devletin hukuku olarak seçmeyip, uluslararası hukukun prensiplerine atıf yapmışlardır. Bu atıf sebebiyle İngiliz Mahkemele-

35 Ayoğlu, s. 68, dipnot 231.
36 Tam metin için bkz. (https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135)
37 Genevieve Saumier, "The Hague Principles and the Choice of Non-State 'Rules of Law' to Govern an International Commerical Contract", *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, C. 40, S.1.
38 Ekşi, s. 68-71.
39 Ekşi, s. 66

rince, PECL hükümleri sözleşmenin bir hükmü gibi, *incorporation* yoluyla, uyuşmazlığın çözümünde uygulanmıştır.[40]

b) **Tahkim ve Anasyonel Hukuk**

Sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak taraflarca yalnızca bir devletin hukukunun seçilebilmesi kuralı tahkimde benimsenmiş değildir.[41]

Taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin kural, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu[42] (MTK) altında düzenlenmiştir. MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim yargılamalarına veya taraflar ya da hakemlerce ayrıca seçildiği takdirde bu tahkim yargılamalarına ilişkin usulü düzenler. MTK madde 12 (c) taraflara sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirleme yetkisi tanınırken, seçilecek "hukuk" ifadesi yerine "hukuk kuralları" ifadesine yer verilmiştir.

MTK hazırlanırken, büyük ölçüde Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade*- UNCITRAL) tarafından hazırlanan Model Kanun[43] esas alınmıştır. Model Kanun milletlerarası ticari tahkimde hukuk güvenliği ve uyumlaştırma amacı ile hazırlanmıştır. Günümüzde Türkiye gibi birçok başka devletin tahkimde usule ilişkin iç hukuk kuralları Model Kanun esas alınarak düzenlenmiştir. Model Kanunu iç hukukuna aktaran devletlere örnek olarak: Avustralya, Hong Kong, Kanada, Mısır, Arjantin, Bahreyn, Büyük Britanya, Japonya, Hindistan, Almanya, İrlanda, Rus Federasyonu, Ukrayna, Singapur, İran, Tunus, Amerika Birleşik Devletleri'nin Connecticut, Kaliforniya, Teksas, Oregon Eyalatleri verilebilir.[44] Türk kanun koyucu MTK'yı hazırlarken İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun bazı hükümlerini esas alan düzenlemelere de yer vermiştir.[45]

---

40 Channel Tunnel Group Ltd. vs Balfour Beatty Construction Ltd. [1993] 1 AC 334, 347 (UK House of Lords), Ayoğlu, s. 305, Dipnot 993.

41 Nomer, s. 315. Ayoğlu, s. 209.

42 R.G. Tarih: 5.7.2001 Sayı: 24453.

43 11.12.1985 tarihli tam metin için: (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf).

44 Nevhis Deren-Yıldırım, UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 14.

45 Deren-Yıldırım, s. 15.

MTK 12 (c) hükmüne esas teşkil eden Model Kanun madde 28 (1)'dir. Model Kanun madde 28 (1) taraflara sözleşmeye uygulanacak "hukuku" değil hukuk "kurallarını" seçme hakkı tanır. Böylece taraflara birden fazla devletin hukukunun kurallarını birleştirerek sözleşmelerine uygulayabilme ya da anasyonel hukuk kurallarını, *lex mercatoria*yı sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirleyebilme yetkisi tanınmıştır[46]. Devlet mahkemeleri önündeki yargılamalar bakımdan taraf iradesine getirilen kısıtlama tahkim yargılamasında "hukuk kuralları" ifadesiyle aşılmıştır.[47] Bu açıdan, anasyonel hukuk kurallarının uygulama alanının tahkim yargılaması ile genişlediği söylenebilir. 2014 yılı Şubat ve Mart ayları arasında Kluwer Tahkim Bloğunda yapılan ankette[48] katılımcıların %12,7'si UNIDROIT prensiplerini; % 15,9'u da *lex mercatoria*yı sıklıkla kullandıklarını belirtmiştir. Dünya genelinde milletlerarası ticaret veya tahkim konularında çalışmakta olan 500 avukat ile yapılan bir diğer ankette[49], katılımcıların % 60'ının UPICC'in uygulama alanından haberdar olduğu ve %30'unun UPICC hükümlerine uygulamada başvurduğu görülmektedir. Ancak oldukça yüksek olan bu oranlar, anket İngiltere'deki avukatlar ile sınırlandığında belirgin biçimde düşmektedir. İngiliz katılımcılardan UPICC'in kullanım alanından haberdar olan %45'in yalnızca %3'ü uygulamada UPICC' başvurmuştur.

Tahkim yargılamalarında sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak anasyonel hukuk kurallarına başvurabilme serbestisi karşında taraflar farklı yollardan bu kaynaklara başvurabilir. İlk olarak taraflar sözleşmelerinde açıkça anasyonel hukuk kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olabilirler (i). İkinci olarak taraflar herhangi bir anasyonel kurala atıf yapmamakla birlikte sözleşmelerinin uluslararası hukuk normlarına veya *lex mercatoria*ya tabi olacağını kararlaştırmış olabilirler (ii). Son olarak tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda hakemler *lex mercatoria* kapsamı altında anasyonel hukuk kurallarını uygulama yoluna gitmiş olabilirler (iii).

---

46 Maren Heidemann, Does International Trade Need a Doctrine of Transnational Law? Some Thoughts at the Launch of a European Contract Law, Springer, İngiltere, 2012, s. 9-10.

47 Deren-Yıldırım, s. 116.

48 Kluwer anketi hakkındaki veriler için: (http://kluwerarbitrationblog.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/).

49 Sarah Lake, s. 671.

i) **Tarafların Açıkça Seçmesi**

Taraflar aralarında anlaşarak sözleşmenin seçtikleri anasyonel hukuk kaynağına tabi olacağını kararlaştırabilirler. Nitekim UPICC ve PECL'ın giriş kısımlarında tarafların uygulanacak hukuk olarak söz konusu kaynaklara başvurmuş olmaları durumda bu kuralların uygulanacağı belirtilmiştir. Örneğin, Rusya Federasyonu Ticaret Odasının Uluslararası Tahkim Divanı'nın 233/2012 sayılı, 2013 tarihli kararında[50], Rus ve Lihtenştaynlı taraflar aralarındaki satım sözleşmesine uygulanmak üzere UPICC hükümlerini seçmişler ve tahkim yargılaması bu çerçevede yürütülmüştür. Benzer şekilde, UNCITRAL kurallarına göre oluşturulmuş 2003 tarihli ad-hoc tahkim kararında[51] taraflar uyuşmazlığa UPICC'in uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Karara konu olan olayda taraflar birinin merkezi Türkiye'de diğerininki de Antil Adaları'nda olmak üzere iki şirkettir. Taraflar arasındaki satım sözleşmesinde, uygulanacak hukuku belirten iki ayrı madde bulunmaktadır. Bu maddelerden biri İngiliz Hukukunu ve diğeri ise İsviçre Hukukunu yetkilendirmektedir. Farklı menfaatlere hizmet eden bu çelişkili hukuk seçimi problemi, tarafların ad-hoc tahkimde uygulanacak hukuk olarak UPICC'i seçmeleri ile aşılmıştır.

ii) **Uluslararası Hukukun Genel Prensiplerine veya *Lex Mercatoria*ya Atıf Yapılması**

Tarafların sözleşmelerinde uluslararası hukukun genel ilkelerine ya da *lex mercatoria*ya atıf yapması sonucu hakemler tarafından sözleşmeye anasyonel hukuk kuralları uygulanabilir.

MTK madde 12 (c) ve Model Kanun madde 28 uyarınca sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve adetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*ya ya da uluslararası hukukun genel ilkelerine atıf yapması da mümkündür.

Uygulamada nelerin *lex mercatoria* kapsamında olduğu tartışmalıdır. Örneğin, Alman doktrininde UPICC çoğunluk tarafından *lex mercatoria*nın bir parçası hatta bazı çevrelerce *lex mercatoria*nın kodifi-

50 Karar özeti için: (http://www.unilex.info/case.cfm?id=1793).
51 Karar özeti için: (http://www.unilex.info/case.cfm?id=862).

ye edilmiş hali olarak yorumlanmaktadır. Ancak, kesin olarak hangi prensiplerin *lex mercatoria*yı oluşturduğu meselesi net değildir.[52] Örneğin; 12111 sayılı, 2003 tarihli Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*- ICC) kararında[53] hakemler, tarafların uluslararası hukuka atıf yapmakla sözleşmenin bir devletin hukukuna tabi olmasını bertaraf ettiklerini ifade edip; bu durumda sözleşmeye hukukun genel prensipleri ve *lex mercatoria*nın uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Kararda, UPICC hükümlerinin *lex mercatoria*yı yansıttığını, PECL'ın ise henüz Avrupa Borçlar Kanunun hazırlanması amacına hizmet eden bir akademik çalışma mahiyetinde olduğunu belirtilmiştir. Sonuçta sözleşmenin UPICC'e tabi olması gerektiği kararına varılmıştır. Öte yandan yakın tarihli ancak ilan edilmemiş bir tahkim kararında[54] tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*ya atıf yapması üzerine hakem heyeti PECL hükümlerini uygulamıştır.

12040 sayılı, 2003 tarihli ICC kararına yansıyan olayda ise, taraflar uyuşmazlığın hakem heyetince uluslararası ticari teamüllere göre çözüme kavuşturulmasını talep etmişlerdir. Hakem heyeti de ticari teamül kavramının muğlak ve geniş bir ifade olduğunu ifade etmiş ve bu nedenle kodifiye kurallar içeren UPICC'in sözleşmeye uygulanmasına karar vermiştir.[55]

iii) Tarafların Hukuk Seçimi Yapmaması

Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemediği durumda, MTK madde 12 (c) hükmü 4. paragrafı uyarınca hakemlerin sözleşme ile en yakından bağlantılı olan devlet hukukunu uygulaması gerekir. MTK tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, hakemlere bir devletin hukuku olmayan anasyonel hukuk kuralları veya *lex mercatoria*yı en sıkı ilişkili hukuk olarak seçme yetkisi tanımaz. Bu ihtimalde hakemler, ancak hakkaniyet ve nesafete göre karar verilmesi konusunda taraflarca açıkça yetkilendirilmiş ise *lex mercatoria*ya ve bu

52 Özel, s. 152.

53 Kararın özeti için bkz. (http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=956&step=FullText).

54 Lake, s. 680 dip not 34. (Dipnotta gösterilen kaynak: E. Jolivet, "The UNIDROIT Principles in ICC Arbitration", ICC Supplement, 2005, s. 65).

55 Karar özeti için: (http://www.unilex.info/case.cfm?id=1418).

kapsamda anasyonel hukuk kurallarına göre karar verebilecektir.[56] Doktrinde, *lex mercatoria* kavramından daha dar yorumlanması gerektiği savunulan ticari örf, adet ve teamüller ise sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında ve tamamlanmasında dikkate alınır.[57]

Öte yandan Model Kanun madde 28 uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde hakemler uyuşmazlığa uygulanabilir bulduğu kanunlar ihtilafı kurallarının belirlediği hukuku uygular. Dolayısıyla, hakemler bir devletin hukukunu uygulamak zorundadır. Hakemler, ancak hakkaniyet ve nesafete göre karar verilmesi konusunda taraflarca açıkça yetkilendirilmişse *lex mercatoria*ya ve bu kapsamda anasyonel hukuk kurallarına göre karar verebilir. *Lex mercatoria* kavramından daha dar yorumlanan[58] ticari örf, adet ve teamüller ise her durumda göz önünde tutulur.

Milletlerarası tahkimde sıklıkla başvurulan ICC ve Stockholm Ticaret Odası'nın tahkim kuralları ise MTK'dan ve Model Kanundan farklı düzenlemeler içerir. ICC Tahkim Kuralları[59] madde 21 (1) ve Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları[60] madde 22 (1) uyarınca, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemediği durumda hakemler ihtilafın çözümü için uygun gördükleri hukuk kurallarını sözleşmeye uygular.[61] "Hukuk kuralları" ifadesi ise hakemlerin sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken bir devletin hukukunu seçmek mecburiyeti aşılmıştır. O halde ICC ve Stockholm Ticaret Odası tahkim kuralları uyarınca, hakemler sözleşmeye anasyonel hukuk kurallarının uygulanmasını da kararlaştırabilir.[62]

Uygulamada tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hakemlerce tarafların milli bir hukukunun uygulanmasını engellenmek istediği biçiminde yorumlanmıştır. Örneğin, 7110 sayılı, 1995 tarihli ICC kararına[63] konu olan olayda İngiliz ve Orta Doğu'daki bir devlet

---

56 Deren-Yıldırım, s. 126.
57 Deren-Yıldırım, s. 126.
58 Deren-Yıldırım, s. 126.
59 ICC Tahkim Kuralları için: (http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_21).
60 Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları için: (http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf).
61 Ayoğlu, s. 213.
62 Özel, s. 151.
63 Karar özeti için: (http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=713&step=Abstract).

kuruluşu arasında imzalanan sözleşmelerin hangi hukuka tabi olacağı hakkında bir hüküm yoktur. Hakemler sözleşmeye uluslararası arenada kabul gören hukukun genel ilkelerinin uygulanmasına karar vermiştir. Bu kapsamda, uyuşmazlığı çözmek için UPICC hükümlerine başvurmuşlardır.[64] Benzer şekilde 15089 sayılı, 2008 tarihli ICC kararına[65] konu olan olayda taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmemişlerdir. Bunun üzerine hakemler sözleşme ile herhangi bir milli hukuk arasında bağ kurulabilecek objektif unsur bulunmadığından ICC Tahkim kurallarının verdiği yetkiye dayanarak, UPICC hükümlerini sözleşmeye uygulamışlardır. 13012 sayılı, 2004 tarihli ICC tahkim kararına konu olan olayda ise, Fransız ve Amerikalı tarafların arasındaki uyuşmazlıkta taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememişlerdir. Taraflardan biri Fransız hukukunun diğer ise Amerika Birleşik Devletleri Illinois Eyaleti hukukun uygulanmasını talep etmiş; hakemlerse uyuşmazlığın *lex mercatoria* kapsamında UPICC'e göre çözümlenmesine karar vermiştir.

c) Milletlerarası Sözleşmelerin Yorumlanması ve Anasyonel Hukuk

i) CISG'nin yorumlanması

Milletlerarası Menkul Mal Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*- CISG) UNCITRAL tarafından hazırlanmış bir milletlerarası sözleşmedir. CISG, milletlerarası taşınır mal satım sözleşmelerine ilişkin kuralların tüm dünyada uyumlaştırılması amacıyla hazırlanmıştır. CISG 1.1.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İngiltere, İrlanda, Portekiz ve Malta haricinde, tüm Avrupa Birliği, Türkiye, Amerika, Rusya, Çin, Japonya da dâhil olmak üzere çok sayıda ülke CISG'ye taraftır. CISG kendisine taraf devletlerin iç hukukunun bir parçası halinde yedek hukuk kuralları biçiminde uygulanmaktadır. Bu bakımdan CISG *soft law* adıyla anılan bağlayıcılığı olmayan hukuk kurallarından farklıdır. CISG kendisine taraf devletleri hukuken bağlar. Bu özellikleriyle anasyonel hukuk kurallarından ayrılır.

---

64 7375 ve 8261 sayılı ICC kararları ile Daimi Tahkim Mahkemesi'nin (Permanent Court of Arbitration) 45863 sayılı kararı da benzer yöndedir.

65 Karar özeti için: (http://www.unilex.info/case.cfm?id=1440).

CISG'nin uygulama alanı içine giren fakat CISG'de açıkça düzenlememiş konuların (*internal gaps*) tamamlanması amacıyla anasyonel hukuk kurallarına başvurulabilir. CISG'nin kapsamı dışındaki bir husus bakımından anasyonel kaynaklara başvurulamaz.[66] Örneğin CISG madde 78, para borcunun ifası hakkındadır; ancak zamanında ifa edilmemiş para borçları için ödenecek faiz miktarına bu hükümde yer verilmemiştir. Öte yandan, UPICC madde 7.4.9 ve PECL madde 9:508, ifası gecikmiş borca ilişkin faiz miktarını düzenler. Uygulamada CISG madde 78'deki bu boşluk UPICC ve PECL hükümleriyle doldurulmaktadır.[67] Haziran 2015 tarihi itibariyle UNIDROIT hükümlerinin CISG'yi tamamlama ve yorumlamada kullanıldığı 29 hakem kararı mevcuttur.[68] Örneğin, ICC Tahkim Divanının 8128/1995[69] sayılı, 1995 tarihli kararında CISG madde 78'deki faiz miktarına ilişkin boşluk UPICC madde 7.4.9 (2) hükmü ile doldurulmuştur. Karara esas teşkil eden olayda, İsviçreli ve Avusturyalı taraflar arasındaki kimyasal gübre satımına ilişkin sözleşmeden doğan uyuşmazlık CISG hükümlerine göre çözümlenmektedir. Satıcının ifada gecikmesinden ötürü ödenecek faiz miktarı ne taraflar arasındaki sözleşmede ne de CISG'de düzenlenmiştir. Hakemler UPICC madde 7.4.9 (2) uyarınca, faiz oranı olarak bir bankanın işlettiği ortalama kısa vadeli faiz oranına tekabül eden miktarın ödenmesine hükmetmişlerdir. Viyana Tahkim Mahkemesi'nin SCH-4366 sayılı, 1995 tarihli kararına[70] ve Belarus Yüksek Ekonomi Mahkemesinin 8-5/2003 sayılı, 2003 tarihli kararına[71] yansıyan olaylarda da hakemler sözleşmede kararlaştırılmamış faiz oranını belirlerken UPICC madde 7.4.9 hükmünü uygulamışlardır.

Hollanda Tahkim Enstitüsü'nün 2005 tarihli kararında[72] ise CISG'deki boşluk PECL ile doldurulmuştur. Bu olayda, Hollandalı ve İtalyan taraflar arasında satım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık

---

66 Simin Yalçıntaş, "Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler", 2014, s. 18.

67 DiMatteo. s.151.

68 Bu hakem kararlarının listesi için: (http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621&x=1).

69 Karar özeti için: (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958128i1.html).

70 Karar özeti için: (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html).

71 Karar özeti için: (http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030520b6.html).

72 Karar özeti için: (http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1235&step=Abstract).

çıkmıştır. Satıcı uyuşmazlığı tahkime taşımıştır. Ancak, tahkim klozu doğrudan satım sözleşmesinde değil, sözleşmenin genel hükümleri altında yer almaktadır. Alıcı, sözleşmenin genel hükümlere ilişkin ayrıca onay vermemiş olduğu gerekçesiyle yetki itirazda bulunmuştur. Hakem heyeti alıcının genel hükümlerle bağlı olması için, sözleşme kurulmadan önce veya sözleşme kurulurken bu hükümlerin içeriğini bilmesi gerekip gerekmediğini tartışmıştır. Hakemler, CISG'de ve UPICC'te bu konuda hüküm olmaması sebebiyle PECL'e başvurmuştur. PECL 2:104 (1) uyarınca, taraflar arasında müzakere edilmemiş sözleşme hükümleri bu hükümleri bilmeyen karşı tarafa karşı ileri sürülemez; meğerki bu hükümleri ileri süren taraf sözleşme kurulmadan önce veya kurulduğu sırada bu hükümleri karşı tarafın dikkatine sunmuş olsun. Karşı tarafça imzalanan sözleşmede yer alan atıf tek başına yeterli sayılmaz. Olayda satıcı faks ve mektup aracılığıyla içinde tahkim klozunun da yer aldığı genel hükümleri alıcının bilgisine uygun zamanda sunmuş olduğundan, alıcının itirazı reddedilmiştir. CISG'de yer alan boşluk PECL 2:104 (1) ile doldurulmuştur.

ii) Hukuk Kurallarının Yorumlanması

Anasyonel hukuk kurallarına bir devletin hukuk kurallarının yorumlanmasında ve tamamlanmasında da başvurulabilir.[73] Ancak, bunun için tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmiş olduğu milli hukukun buna izin vermesi gerekir. Örneğin, 9078 sayılı, 2001 tarihli ICC kararında[74] ihtilafa temel teşkil eden sözleşmenin Alman hukukuna tabi olması ve Alman Hukukunda kaçırılan fırsatların tazminat kapsamında olup olmadığına ilişkin boşluk bulunması sonucu ihtilafın çözümünde Fransız ve İsviçre hukuklarının yanı sıra UPICC'e başvurulmuştur. Benzer şekilde Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Divanı'nın 64/2008 sayılı, 2009 tarihli kararında[75] da Rus Hukukundaki parasal olmayan borçların ifa edilmesini talep etme hakkına ilişkin boşluk UPICC madde 7.2.2 ile doldurulmuştur.

---

73 Ayoğlu, s. 228.
74 Karar özeti için: (http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&ID=1059).
75 Karar özeti için: (http://www.unilex.info/case.cfm?id=1803).

Andersen-Andersen adıyla anılan tahkim kararında da[76] PECL 5:101:3 hükmü sözleşmenin yorumlanmasında kullanılmış ve ortaklık anlaşmasında taraflar arasındaki işbirliği ilkesi uyuşmazlığın çözümünde uygulanmıştır.[77]

Sonuç

Bu çalışmada özellikle Avrupa coğrafyasında ön plana çıkan anasyonel hukuk kurallarının genel hatlarıyla tanıtılması ve bu kuralların uygulamadaki yerinin incelenmesi amaçlanmıştır.

Anasyonel hukuk kuralları borç ilişkilerine uygulanan maddi hukuku uyumlaştırarak ticari aktörlerin işlemlerini kolaylaştırma amacı taşır. Çalışma kapsamında ele alınan anasyonel kaynaklar UPICC, PECL, DCFR, CESL ve Trans-Lex veri tabanı'dır.

Anasyonel hukuk kuralları devlet mahkemelerince çözümlenen uyuşmazlıklarda *incorporation* yoluyla sözleşmelere aktarılarak taraflara hizmet etmektedir. Öte yandan tahkim yargılamasında taraflara tanınan hukuk seçimi serbestisi ile anasyonel hukuk kurallarının uygulama alanını oldukça genişletmiştir. Tahkim yargılamasında taraflar açıkça seçerek ya da uluslararası hukukun genel ilkelerine atıf yaparak anasyonel kaynaklara başvurulmasının yolunu açabilmektedir. Taraflarca hukuk seçiminin hiç yapılmadığı hallerde de, hakem heyeti kimi durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak anasyonel kuralları seçebilir. Diğer yandan, hem devlet mahkemeleri hem de hakem heyetlerince çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıklarda anasyonel hukuk kuralları CISG'deki ve milli hukuklardaki boşlukları doldurmakta rol oynamaktadır.

Anasyonel hukuk kuralları devletlerin iç hukuk düzenlemeleri bakımından birer model kanun işlevi de görmüştür. Bu sayede, hukukun uyumlaştırılması yönündeki eğilim artmış, geleceğe dönük yeni uyumlaştırma çalışmaları ortaya konmuştur.

---

76 Davacı taraf Andersen Consulting Business Unit Member Firms, davalı taraflar ise Arthur Andersen Business Unit Member Firms ve Andersen Worldwide Societe Cooperative şirketleridir. Dava numarası: 10 American Review of International Arbitration, 451 (1999).

77 DiMatteo, dipnot 323.

Sözleşmeler alanında hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla yapılan çalışmalar özellikle Avrupa Birliği bakımından adeta *ius commune'e* bir geri dönüş hareketi izlenimi vermektedir. Türkiye'nin de uluslararası ticaretteki rolü, tahkim alanındaki açılımları, ve CISG'yi başarıyla iç hukukuna aktarmış olması gözetildiğinde uyumlaştırma hareketlerinden zaman içinde daha da çok etkileneceği savunulabilir.

Kaynakça

Kitaplar

Ayoğlu Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, Vedat Yayınevi, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Bası, İstanbul, 2011.

Brownsword Roger/Micklitz Hans-W/Niglia Leone/Weatherill Stephen, The Foundations of European Private Law, Hart Publishing, United Kingdom, 2011.

Şanlı Cemal, Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.

Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 13. Bası, İstanbul, 2014.

DiMatteo Larry A., Law of International Contracting, Kluwer International. 2. Baskı, İngiltere, 2009.

Ekşi Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2015.

Deren-Yıldırım Nevhis, UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.

Eidenmuller Horst/Faust Florian/Grigoleit Hans Christoph/Jansen Nils/Wagner Gerhard/ Zimmermann Reinhard, The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems, Oxford Journal of Legal Studies, 2008, C. 28, S. 4.

Heidemann Maren, Does International Trade Need a Doctrine of Transnational Law? Some Thoughts at the Launch of a European Contract Law, Springer, İngiltere, 2012.

Helmut Heiss, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe: Party Autonomy: Rome I Regulation: the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Franco Ferrari and Stefan Leible eds. Sellier European Law Publishers, Münih, 2009.

Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul, Şubat 2015.

Oğuz Arzu, Lex Mercatoria, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

Oğuz Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 299-300.

Özel Sibel, Milletlerarası Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meselesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Makaleler

Apaydın Eylem, "Satım Hukuku Özelinde Uluslararası Sözleşme Hukukunun Birleştirilmesi Çalışmalarının Kronolojisi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi,* 2013, C.1, S.8, s. 201-274. (http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014.01.8-Eylem-Apaydin.pdf).

Sheaffer Christopher, "The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law", Pace Law School Institute of International Commercial Law, Haziran 2008. (http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sheaffer.html#*)

Lando Ole. "Have the PECL been a success or a failure?" European Review of Private Law Kluwer Law International BV, C: 17, S. 3-(2009), s. 373. (http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=ERPL2009025).

MacQueen Hector, "The Europeanisation of Contract Law: The Proposed Common European Sales Law", University of Edinburgh, School of Law Research Paper Series, S. 2014/17-2014/04. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2430722&download=yes)

Opritoiu Anemari-Iuliana, "Introduction in DCFR: Draft Common Frame of Reference", Journal of Law and Administrative Sciences, S. 3/2015. (http://jolas.ro/wp-content/uploads/2015/03/jolas3a8.pdf).

Saumier Genevieve, "The Hague Principles and the Choice of Non-State 'Rules of Law' to Govern an International Commercial Contract", *Brooklyn Journal of International Law*, C. 40, S. 1, 2014. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2620738).

Lake Sarah, "An Empirical Study of UNIDROIT Principles International and British Responses", *Uniform Law Review*, 2011, S. 16 (3), s. 669-703. doi:10.1093/ulr/16.3.669 (http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2011-3/669-703-lake.pdf).

Yalçıntaş Simin, "Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler", s.18. (http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yalcintas.pdf).

Diğer Kaynaklar

Atıf yapılan tahkim kararları özetleri için: (www.unilex.info).

Kluwer anketi hakkındaki veriler için: (http://kluwerarbitrationblog.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/).

UNDROIT'nın teşkilatına ilişkin bilgiler için: (http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview).

AYRILIKÇI HAREKETLERİN ULUSAL KURTULUŞ HAREKETİ STATÜSÜ KAZANMASI: HUKUKİ VE SİYASİ BOYUTLAR

THE ACQUISITION OF NATIONAL LIBERATION MOVEMENT STATUS BY SECESSIONIST MOVEMENTS: LEGAL AND POLITICAL ASPECTS

Ümmühan Elçin ERTUĞRUL*
Tuğba SARIKAYA GÜLER**

Özet: XX. yüzyılın ikinci yarısında, uluslararası hukukun en ihtilaflı konularından birisi de ulusal kurtuluş hareketlerinin hukuki statüsü olmuştur. Bazı ayrılıkçı hareketlerin siyasal/diplomatik dış destek kazanmaları sonucunda ulusal kurtuluş hareketleri olarak tanınmaları, normatif çerçevenin revize edilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmış ve sözleşmeler, protokoller ve çeşitli hükümetler arası ya da bölgesel organizasyonların kararlarıyla, muharip taraflar için belirli hak ve yükümlülükler ön görülmüştür. Fakat bu konuda ne belirlenen hukuki ölçütler tam, kesin ve açıktır, ne merkez devletin silahlı çatışma halini ve kurtuluş hareketi katılımcılarının savaşan statüsünü tanıma zorunluluğu vardır, ne de savaş halinin tanınması durumunda doğacak olan yasal hakları garanti altına alan güçlü bir uluslararası yaptırım mekanizması bulunmaktadır. Uluslararası normatif rejimin zafiyetinden kaynaklanan bu durum sebebiyle, teorik normların etkinlik düzeyi pratikte güç eksenli reel politikanın çizdiği gri sınırlarla belirlenmiş durumdadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası İnsancıl Hukuk, Ulusal Kurtuluş Hareketleri, Self-Determinasyon, Devletin Egemenliği Doktrini, Terörizm

Abstract: In the second half of 20th century, legal status of national liberation movements has become one of the most debatable issues of international law. The recognition of some separationist movements as national liberation movements thanks to foreign political/diplomatic support revealed the necessity to overhaul current normative frame and some specific rights and obligations were

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi, İ.İ.B.F.,Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, ueertugrul@hotmail.com

** Araş. Gör., Kırıkkale Üniversitesi, İ.İ.B.F., Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, tuba.srky@gmail.com

prescribed for belligerent parties through conventions, protocols and resolutions of various intergovernmental or regional organisations. However, neither legal criteria on this subject is complete, accurate and clear; nor centre state has to recognise the condition of armed conflict and combatant status of national liberation movements' participants; and also there is no strong international enforcement mechanism which guarantees legal rights originated in case of the recognition of a war. Due to the condition that stems from the vulnerability of international normative regime, the effectiveness of theoretical norms is specified according to grey boundaries of power-centred *Reel Politics* in practice.

Keywords: İnternational Humanitarian Law, National Liberation Movements, Self-Determination, Doctrine of State Sovereignty, Terrorism

Giriş

Uluslararası hukukun amacı, uluslararası toplumdaki ilişkileri düzenlemek, devletler ve diğer uluslararası aktörlerce belirlenen hedef, taktik, metot ve stratejilerin meşruiyeti konusunda normatif bir kılavuz sağlamaktır. Ancak uluslararası ilişkilerdeki her konu, siyaset ve hukukun girift ilişkisine göre şekillenmekte olduğundan normatif kılavuzların yeterliliği hatta gerekliliği önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir.[1] Özellikle hukuki açıdan düzenlenmeye çalışılan mevzunun devlet-merkezli uluslararası sisteme direkt bir tehdit oluşturduğu durumlarda, yaratılan normatif kuralların uygulamadaki işlevselliği son derece azalmaktadır. Nitekim self-determinasyon hakkının uygulama esnasında hukuki olmaktan ziyade siyasi bir olgu haline gelişi bu duruma örnek teşkil eder niteliktedir.

---

1 Uluslararası hukukun, disipliner kimliği tartışmaları için: Bkz. Mehmet Emin Çağıran, "Raymond Aron ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği", İHFM, C. LVI, S.1-4, 1998, s.72-96; The Harvard Law Review Association, "Is "International Law" Law?", *Harvard Law Review*, Vol. 18, No. 6, 1905, s.476-477.; Anthony D'Amato, "Is International Law Really "Law"?", *Northwestern University Law Review*, Vol.79, 1984, s.1293-1314.; Hilary Charlesworth, "International Law: A Discipline of Crisis", *The Modern Law Review,* Vol. 65, No. 3, 2002, s.377-392.; Jack L. Goldsmith ve Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York, 2005, s.107-135.; Gerald G. Fitzmaurice, "The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement", *The Modern Law Review,* Vol. 19, No.1, 1956, s.1-18.; ve Andrew T. Guzman, "Rethinking International Law as Law", Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol.103, 2009, s.155-157.

Uluslararası hukukta, hem devlet egemenliği doktrini vurgulanmış, hem de halkların kendi kaderini tayin hakkı tanınmıştır. Çelişir görünen bu normların hukuka uygun şekilde uzlaştırılması için, taleplerin meşruiyetini değerlendirecek türden bir takım ölçütlerin belirlenmesi gerekmiştir. Öte yandan belirlenen kıstasların muğlak yapıda olması, bu kriterlerin karşılanıp karşılanmadığına karar verecek üstün bir otoritenin var olmaması, ayrılıkçı hareketlerin uluslararasılaşmasının hukuksal olmaktan ziyade siyasal bir durum haline gelmesi ya da normatif prensipleri yok sayan güçlü devletlere karşı yaptırım uygulamanın zorluğu gibi sebeplerle ayrılıkçı hareketlerin değerlendirilmesi, konunun hem siyasi hem de hukuki boyutlarının analizinin birlikte yapılmasını gerektirmiştir. Dolayısıyla, devletin ulusal birliği ve bölünmez bütünlüğüne doğrudan bir tehlike arz edebilecek nitelikte olan ulusal kurtuluş hareketlerinin, uluslararası hukuk tarafından tanınması işlemi reel uluslararası politika eksenli sancılı bir sürece dayanmaktadır.

Bu duruma ilişkin olarak, Walzer'ın hukukçuların "kâğıttan bir dünya" yarattığı ve bu dünyanın bizim yaşadığımız dünyadan önemli noktalarda ayrıldığı iddiası belki abartılı bir söylem olmayacaktır.[2] Ancak, ulusal kurtuluş hareketlerinin, bölgesel ve uluslararası organizasyonların faaliyetleriyle geleneksel uluslararası hukukun nasıl yeniden şekillendiğini incelemek faydalı bir girişimdir. Bu bağlamda, makale öncelikle ulusal kurtuluş hareketleri ile geleneksel uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi ortaya koyan kuramsal bir çerçeve çizerek işe başlar. Daha sonra ise, XX. yüzyıl sonrası dönemde gelişimi hızlanan uluslararası insancıl hukuk kapsamında silahlı çatışmaların niteliğine göre ulusal kurtuluş hareketlerinin hak ve yükümlülüklerinin neler olduğunu tartışır. Bu bölümün ikinci kısmında ise, uluslararası insancıl hukukun ulusal kurtuluş hareketlerinin hukuki statüsünü düzenlemelerinden ve bu düzenlemelerdeki hukuki boşluklardan bahseder. Kısacası makale, uluslararası hukukun ulusal kurtuluş hareketlerini düzenleyen hükümlerinin, hem teorik hem de pratik açıdan zayıf ve güçlü yanlarının teşhisini amaçlamaktadır.

---

2 Michael Walzer, Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations, 4th Ed., Basic Books, New York, 1977, s.21.

I- Kuramsal Olarak Ayrılıkçı Hareketlerin Uluslararası Hukuk ile İlişkisi

a.)Devlet Otoritesine Karşı Başlatılan Silahlı Mücadelelerin Muhtelif Biçimleri

XX. yüzyılın ikinci yarısında sınırlı da olsa uluslararası kişilik kazanan ulusal kurtuluş hareketlerini en basit şekilde; kendi kaderini tayin etme gayesiyle, kurulu devlet otoritesine karşı başlatılan ve silahlı çatışma içeren halk hareketleri olarak tanımlanır. Kurulu devlet otoritesine karşı silahlı mücadele içeren ulusal kurtuluş hareketlerinin hukuki değerlendirmesinin yapılabilmesi için, diğer kurulu devlet otoritesine karşı başlatılmış olan silahlı mücadelelerin incelenmesi gereklidir.[3] Artan yoğunluk durumlarına göre, devlet otoritesine karşı silahlı mücadeleleri (i) münferit şiddet eylemleri (ii) iç gerginlik ve karışıklıklar, (iii) isyanlar/ayaklanmalar ve (iv) uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar olarak sınıflandırmak mümkündür.[4]

Öncelikle, münferit şiddet eylemlerinde görülmekte olan şiddet, sistematik ya da kronik değildir. İç gerginlik ve karışıklıklar ise münferit şiddet eylemlerine göre daha ciddi bir meydan okuma içerse de, üzerinde uzlaşılmış bir tanımı literatürde bulunmamaktadır. Kızılhaç tarafından yayımlanan silahlı çatışmalar hukuku sözlüğüne göre iç karışıklık, *"devlet otoritesine karşı düzensiz ve münferit olarak gerçekleşen isyan eylemlerinden, farklı örgütlenme düzeylerine sahip grupların mücadelesine kadar değişen yoğunlukta şiddet eylemleri içeren, ciddi ve istikrarlı iç çatışmalar"* olarak tanımlanmıştır.[5] Taşdemir, iç gerginlik ve karışıklığı, "*kamu güvenliği ve düzeni adına hükümetin baskıcı tedbirlerini ve kuvvet kullanımını içeren, kolektif ancak yeterli düzeyde örgütlenmemiş olan ve*

---

3 Farklı sınıflandırmalar için bkz. Noelle Higgins,"The Application of International Humanitarian Law to Wars of National Liberation" *Journal of Humanitarian Assistance*, Nisan 2014, s.6, http://sites.tufts.edu/jha/files/2011/04/a132.pdf (Erişim Tarihi 2 Mayıs 2016); Raul C. Pangalangan ve Elizabeth H. Arguiling,"The Privileged Status of National Liberation Movements under International Law", *Philippine Law Journal,* Vol. 58, 1983,s.51; ve Fatma Taşdemir, "İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye'nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK ile mücadelesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt.16, No.1, 2012, s.107-151.

4 Taşdemir ise münferit şiddet eylemleri, iç gerginlik ve karışıklıklar ve iç silahlı çatışmalar olmak üzere üç ana kategoriden bahseder. Taşdemir, "İnsan Hakları Hukuku", s.109, 110.

5 Pietro Verri, Dictionary of the International Law of Armed Conflict, Cenevre, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 1992, s.43.

silahlı çatışma teşkil etmeyen durum"[6], Menon ise, *"devlet toprağının belirli bir alanında var olan ve asgari düzeyde organizasyon gücüne sahip olan sivil karışıklık hali*" olarak nitelemiştir.[7] Her iki kategori de, baş gösterdikleri devletin kendi iç politika ve ulusal güvenlik sorunu olarak devletlerin kendi iç hukuklarına göre kolluk ya da asker gücüyle müdahale edebilecekleri durumlar olarak görülmüştür. Münferit şiddet eylemleri ve iç karışıklıklar, devletin münhasır yetkisi içinde kabul edilmiş ve diğer uluslararası aktörlerin müdahalesi yasaklanmıştır.[8]

Bir diğer kategori olan ayaklanmalar/isyanlar, iç gerginlik ve karışıklıklara göre daha yoğun bir şiddet düzeyi içerse de, ikisi arasında ayrım yapabilmek oldukça güçtür. Kızılhaç'ın silahlı çatışmalar hukuku sözlüğüne göre ayaklanma, "*belirli bir toprağın sakinlerinin büyük bir kısmının, devlet yönetimine karşı silahlanarak* yürüttüğü, *bazen de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara dönüşebilen kolektif* şiddet hareketi*"*dir.[9] Münferit şiddet eylemleri ve iç karışıklıklar, ilgili devletin iç hukukuna göre çözülürken, isyanlarda belirli uluslararası hukuk hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilmektedir. O sebeple devletler, söz konusu şiddet hareketlerini iç hukuklarına göre bastırmak saikiyle, çoğu zaman nitelemeyi münferit şiddet ve iç karışıklık lehine yapmayı tercih etmektedirler. Ancak, isyan hareketi ile ilgili uluslararası sorumluluğun doğabileceği durumlarda, devletlerin asi statüsü tanıdığı görülmektedir. Nitekim Devletin Haksız Fiilinden Dolayı Milletlerarası Sorumluluğu kapsamında Uluslararası Hukuk Komisyonunun tespit ettiği isnat kurallardan Madde 10'a göre:

1. *"Bir devletin yeni hükümeti haline gelen isyan hareketinin davranışı, uluslararası hukuka göre bu devletin davranışı kabul edilir.*

2. *Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı, daha evvelden mevcut bir devletin ülkesinin bir kısmında ya da bunun idaresi altında olan bir toprakta yeni bir devlet kurmaya ulaşmışsa, uluslararası hukuka göre bu yeni devletin fiili olarak kabul edilir."*[10]

---

6 Taşdemir, "İnsan Hakları Hukuku", s.109.

7 P. K. Menon, The Law of Recognition in International Law: Basic Principles, Edwin Mellen Press, New York, 1994, s.110.

8 James L. Brierly, The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace, Clarendon Press, Oxford, 1963, s.25.

9 Verri, s.60.

10 10/3. madde. Bu madde 4. maddeden 9. maddeye kadar olan maddeler uyarınca, devletin fiili olarak kabul edilmesi gereken bütün davranışların, bunlar herhangi

Maddenin yorumunda, devletin asi olarak tanıdığı ancak isyanı bastırmada başarısız olduğu durumlarda, asilerin verdiği zararların devlete yüklenemeyeceği ifade edilmiştir.[11] Dolayısıyla devlet, başarıya ulaşmayan isyan hareketlerinin doğurduğu haksız fiillerin uluslararası sorumluluğundan kurtulmak amacıyla kapsamını kendi belirleyeceği "asi" statüsü tanıyabilmektedir. Üçüncü devletler de, asilere bazı hak ve imtiyazlar tanıyabilmektedirler. Asi statüsünü tanıyan üçüncü devletler, *de jure* hükümete yardım edip etmemekte serbesttirler ancak asilere yardım etmeme yükümlülüğü altındadırlar.[12] Bourquin, asi statüsünün tanınmasının isyancıları uluslararası hukuk kişisi haline getireceğini[13] ifade etmiş olsa da, Taşdemir'e göre, asilik statüsünün tanınması belli uluslararası hakları- bu haklar, açık denizde "gemilere ziyaret hakkı", "denizde gemilere el koyma hakkı" ve "limanları ablukaya alma hakkı"nı tanımaya kadar varmayacaktır.- ve yükümlülükleri doğurmasına rağmen, asilere resmi bir statü kazandırmamaktadır. Bu sebeple, asilere uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanması gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır.[14]

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar ise, Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından; "çeşitli planlı eylemler yürütebilme yetisine sahip olan ve kolektif bir biçimde örgütlenmiş olan hükümet dışı silahlı grupların birbirleriyle ya da devlete karşı savaşmaları halinde, çatışma yoğunluğunun münferit şiddet eylemleri eşiğini aşması durumu" olarak tanımlamıştır.[15] Ayrıca, bizatihi uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için düzenlenmiş olan 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 2 No'lu Protokolün 1. Maddesinde, devletin silahlı kuvvetleriyle muhalif gruplar arasında ya da devlet ülkesinin bir kısmı

---

bir isyan hareketinin davranışlarına bağlı olmuş olsa da, devlete isnat edilmesine engel olmaz. H. Hakan Erkiner, "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tesbit Ettiği İsnat Kuralları", *MÜHF- HAD*, C. 13, Sy 3-4, s.174.

11 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001, s.50.

12 Fatma Taşdemir, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.74,75.

13 Maurice Bourquin, "Devletlerarası Hukukun İnsanileştirilmesi", Çev. İlhan Lütem, *AÜHF Dergisi*, C.8, S.3, 1951, s.136.

14 Taşdemir, "Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar", s.74,75.

15 Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Violence and the Use of Force, Temmuz 2011, s.26, https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0943.pdf (Erişim Tarihi 2 Mayıs 2016)

üzerinde kontrolü elinde bulunduran örgütlü gruplar arasındaki silahlı çatışmalar[16] olarak kabul edilmiştir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda, örgütlü silahlı gruplara "savaşan" statüsünün tanınması bu silahlı çatışmayı uluslararasılaştırmaktadır ve savaşanların uluslararası hukuk kişisi olarak hak ve yükümlülüklerini doğurur. 1900 yılında Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün bir kararında[17] savaşan statüsünün unsurları şu şekilde sayılmıştır: (i) devletin sınırları içerisinde cereyan eden geniş çapta bir silahlı çatışmanın bulunması; (ii) ulusal toprağın belirli kısmının direnişçilerce işgal edilerek yönetilmesi;[18] (iii) direnişçilerin, savaş hukuku kurallarını uygulama istek ve yeterliliğine sahip şekilde ve emir komuta zinciri altında organize olmuş belirli bir silahlı kuvvet aracılığıyla savaşması ve (iv) dış devletlerin oluşan savaş durumunu tanımalarıdır.[19]

Savaşan statüsünün tanınması, ayrılıkçı hareketleri hem uluslararası hukuk kişisi haline getirmekte hem de meşruiyet kazandırmaktadır. Savaşan statüsünün en doğal sonucu, savaşanların 3 No'lu Cenevre Sözleşmesine göre savaş esiri olmalarıdır. Ayrıca Sözleşme'nin 4. maddesinde, savaş esirleri ve savaş esiri gibi muamele edilecek kişiler tahdidi olarak düzenlenmiştir.[20] Bu sebeple, savaşan statüsünün

---

16 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) Üst Yargılama Dairesi, silahlı çatışmanın, devletlerarasında, hükümet güçleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında ya da ülke içinde örgütlü silahlı grupların kendi aralarında olabileceğini belirtmiş ve silahlı çatışma için şiddetin uzun süreli ve belli yoğunlukta olması şartını aramıştır. Prosecutor-Dusko Tadic a/k/a "DULE", 2 Oct. 1995, The Judgement under Appeal, para.70, http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm (Erişim Tarihi 24 Eylül 2016)

17 Institute de Droit International, "Resolution on Insurrection", Annuaire de l'institute de Droit International, 1900, s.227

18 "ulusal toprağın belirli kısmının direnişçilerce işgal edilerek yönetilmesi" unsuru, silahlı grubun "ülkenin belirli bir bölümüne hâkimiyeti" kapsamında, ülke yönetiminde hükümet benzeri bir yapıya sahipliği ile birlikte değerlendirilmelidir. Sasha Radin, "The Current Relevance of the Recognition of Belligerency", Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Ed.Marielle Matthe, Brigit Toebes, Marcel Brus, Asser Press, Netherlands, 2013, s.125.

19 Higgins, "The Application of IHL", s.9-12;Pangalangan ve Arguiling, s.51.; Rosalyn Higgins, "International Law and Civil Conflict", The International Regulation of Civil Wars, Ed. Evan Luard, New York University Press, New York, 1972,s.170-171;ve Raymond C. Taras ve Rajat Ganguly, Understanding Ethnic Conflict, 4th Ed, Longman, New York, 2010, s.39,40.

20 Ayrıntılı bilgi için; Marco Sassoli, "Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism" Law and Inequality, Vol. 22, No.2, 2004, s.196, 206-213.

tanınması ayrılıkçı hareketlerin aşması gereken ilk engel olarak görülmektedir.[21] Ancak, asi statüsünde olduğu gibi, savaşan statüsünün tanınması da, bütünüyle tanıyan devletin iradesine bağlıdır. Üçüncü devletler, siyasi menfaatlerine bağlı olarak hükümet karşıtı gruplara etkin şekilde yardım edebilir, tarafsızlığını ilan ederek zımni olarak savaşan statüsünü kabul edebilir ya da onları doğrudan "devlet" ya da "hükümet" olarak da tanıyabilirler.

Söz konusu grupların "asi", "savaşan", "hükümet" ya da "devlet" olarak tanınmaları, tanıyan devletin inisiyatifinde olup, herhangi bir tanıma yükümlülüğü doğurmaz. Bu tanıma işlemi ile tanınan statünün uluslararası alanda hak ve yükümlülükleri doğacağından "kurucu (ihdasi)" nitelikte kabul edilebilir.[22] Üçüncü devletlerin, şartları oluşmaksızın – ileride bahsedilecek olan, sorumlu ve düzenli komutanlık altında savaşmaları, idarelerinin/hükümetlerinin olması gibi- şartlar oluşmaksızın tanımaları, devletin içişlerine karışma olarak değerlendirip, tanıyan devletin sorumluluğuna yol açabilecektir.[23]

b.) Uluslararası Hukuktaki Uzlaşısı Güç Normlar: Devletin Egemenliği Doktrini, Kendi Kaderini Tayin Hakkı ve Ayrılma Hakkı

Ayrılıkçı hareketlerin hak iddiaları hukuki açıdan değerlendirilirken, karşımıza çıkan temel uluslararası normlar: devletin egemenliği doktrini, "self-determinasyon hakkı"[24] ve ayrılma hakkıdır. Devletler

---

21 Taras ve Ganguly, s.40.

22 Mehmet Emin Çağıran, Devletin Tek Taraflı İşlemleri, Platin Yayınları, 2005, s. 173-176

23 Üçüncü devletler tarafından, bizatihi Ulusal Kurtuluş Hareketi olarak tanınma durumunda, tanıyan devletler ülkelerinde diplomatik temsil imkânları sunmaktadırlar. Kamuran Reçber, Uluslararası Hukuk, Dora Yayıncılık, Bursa, 2016, s. 305, 307

24 Self-determinasyon uzunca bir süre sadece siyasi bir "ilke" olarak kabul edilmiştir. Buna göre, ülke üzerindeki egemenlik değişikliğinin, ilgili devletin kabulüne bağlı olarak, plebisit yoluyla o ülkede yaşayan halkın iradesi şartına bağlanabilmiştir. Uygulamada, plebisit yoluyla egemenlik değişikliğine karar verecek halk, dil ve kültür esasına göre saptanan etnik ve milli toplumlar olarak söz konusu olmuştur. Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Gözden Geçirilmiş 4. Bası'dan Tıpkı 5. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 1996, s. 27 Bu ilkenin hak haline gelişi 1946 tarihli San Francisco görüşmeleri sırasında, Sovyetler Birliği önerisiyle teklif edilmiş ve sonradan self-determinasyon bir hak olarak BM Şartı'na girmiştir. Bkz. Abdullah Uz, "Teori ve Uygulamada Self-Determinasyon Hakkı", Uluslа-

varlığını üniter bir yapı halinde sürdürmek amacıyla devletin egemenliği doktrinine vurgu yaparlarken, ayrılıkçı hareketler kendilerini yönetme ya da bağımsızlık taleplerini meşrulaştırmak üzere self-determinasyon ya da ayrılma haklarına dikkat çekmektedirler.[25]

Westphalian devlet sisteminin kurulmasını müteakiben, devletin egemenliği doktrini ulus-devlet yapıları için mutlak, yasal ve birleştirici bir unsur olarak görülmüş ve her devletin uluslararası sistemdeki egemen eşitliği kurucu bir norm olarak kabul edilmiştir.[26] Bu doktrin uyarınca, (i) devletlerin hukuki olarak eşit olduğu, (ii) egemenliğin doğasından kaynaklanan haklara sahip olduğu, (iii) her bir devletin diğer devletin hukuki kişiliğine saygı duyma yükümlülüğünün bulunduğu ve (iv) devletlerin ülkesel bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığının ihlal edilemez olduğu konusunda uluslararası uzlaşı sağlanmıştır.[27] Nitekim Birleşmiş Milletler (BM) Şartı Madde 2(1) devletlerin egemen eşitliğini düzenlerken, Madde 2(7)[28] kapsamında, devletlerin özü itibariyle kendi iç yetki alanına giren konularda BM'nin müdahale yetkisinin bulunmadığı ve üyelerin bu tip konuları bir çözüme bağlaması için zorlanamayacağı belirtilmiştir. Madde 2(4) ise, devletin toprak bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlığına kastedecek türden kuvvet kullanma tehdidini ya da kuvvet kullanımını yasaklamıştır.[29] Ayrıca BM Genel Kurulu 21 Aralık 1965 tarih, 2131 sayılı kararla[30,] "Devletlerin

---

rarası Hukuk ve Politika, Cilt.3, No.9, 2007, s.65. Yusuf Aksar, Uluslararası Hukuk I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.203

25 Alexis Heraclides, The Self-Determination of Minorities in International Politics, Frank Cass, London, 1991, s.21.

26 Taras ve Ganguly, s.36.

27 Pangalangan ve Arguiling, s.49.

28 Öte yandan, 2005 tarihli BM Dünya Zirvesinde, her bir üye devletin soykırıma, savaş suçlarına, etnik temizliğe ve insanlığa karşı işlenen suçlara karşı halkını korumadığı durumlarda uluslararası toplumun müdahalesini öngören "koruma sorumluluğu" kapsamında BM Andlaşması 2/7 madde hükmü gevşetilmiş ve insan haklarını korumak maksatlı devletlerin içişlerine müdahalesi uluslararası hukuka aykırı görülmemiştir. "2005 World Summit Outcome (A/60/L.1)", Sixtieth Session, 15 Eylül 2005, para 138, http://responsibilitytoprotect.org/world%20summit%20outcome%20doc%202005(1).pdf (Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2016), Ümmühan Elçin Ertuğrul, "Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 20, Sayı 2, Nisan 2016,s.422, 423.

29 Fakat meşru müdafaa hakkının doğması, uluslararası barış ve güvenliğin tesisi amacıyla alınan BM kararları gibi istisnai durumlar vardır. Heraclides, "The Self-Determination", s.26.

30 http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2131(XX), (Erişim Tarihi 10 Mayıs 2016)

Bağımsızlık ve Egemenliklerinin Korunması ve İçişlerine Müdahalenin Kabul Edilmezliği" hakkındaki bildirileri kabul ederek, devletin egemenliği doktrinini etkili şekilde sağlamlaştırmıştır.

"Millet", "ülke" ve "egemenlik" unsurlarının birlikte varlığı durumu, devleti var eder.[31] Ayrıca devletler, varlığını sürdüreceğine dair makul bir topluluğun; (i) ayrılma, (ii) bağımsızlık elde etme, (iii) *de facto* var olan bağımsızlığın *de jure* tanınması, (iv) imparatorluk ya da federasyondan çözülme veya (v) iki ya da daha fazla birim ya da devletin birleşmesi yollarıyla ortaya çıkabilmektedir.[32]

Genel bir prensip olarak, yeni devletin kuruluşunun karşılıklı uzlaşıya dayandığı durumlarda ayrılma, uluslararası hukuk tarafından sorunsuz şekilde kabul görmüştür. Ancak diğer durumlarda, *Eastern Greenland* Davasında[33] da ifade edildiği üzere, belirli bir toprak üzerinde hak iddia edebilmek için; hak talep edenin söz konusu topraklar üzerinde (i) hem egemen otorite gibi hareket etme yönündeki niyet ve siyasi kararlılığını hem de (ii) egemen otorite kurduğuna dair azımsanmayacak miktardaki kanıtları göstermesi aranmıştır.[34] Oysa çoğu zaman, belirli bir topraktaki devletin egemen otoritesi, ayrılıkçı hareketin kurmaya gücünün yettiği egemenlikten çok daha güçlü olduğu bir gerçektir.[35]

XX. yüzyıldan itibaren devlet olmanın meşru kaynağı ise, kendi kaderini tayin hakkı olmuştur. 1555 Augsburg Andlaşmasına uzanan bu hak, bulunduğu bölgedeki dini mezhebe girmek istemeyen Alman tebaaya, kendi mezhebinden olanların yaşadıkları bölgeye göç etme izni ve zorunluluğu vermiştir. 1688 İngiliz Devriminde ve Amerikan kolonilerinin bağımsızlık savaşında da adından sıkça söz ettiren bu hak, Fransız Devriminden sonra ulusa ait bir ayrıcalık olarak görülmüştür.[36] Daha açık bir ifadeyle, bir hükümdar, yönetici sınıf ya da yabancı boyunduruğu altında yaşamak istemeyen her 'ulus' un, hangi

---

31 Brierly, s.137.
32 Heraclides, "The Self-Determination",s.24.
33 Daimi Uluslararası Adalet Divanı, Legal Status of Eastern Greenland, 5 Nisan 1933,http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2016)
34 Taras ve Ganguly, s.37.
35 Taras ve Ganguly, s.38.
36 İlyas Doğan, Devletler Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2016, s.245

egemen devlete ait olacağına ve ne tip bir hükümet altında yaşayacağına dair 'siyasi' kaderini belirleme hakkı olarak yorumlanmıştır.[37] Bilindiği üzere, self determinasyon hakkının iç yönünü, hükümet ve devlet biçimi, ekonomik, sosyal kültürel gelişimi konularında halklara serbestlik tanırken; dış yönünü, halkın bağımsız bir devlet kurmak da dâhil olmak üzere istediği devlete bağlı olmayı seçme hakkı oluşturur.[38] Görece yeni dönemlerde, ekonomik self determinasyon üçüncü bir yön olarak adından bahsettirir olmuştur.[39]

Ancak, ulus vurgusu hem teorikte, hem de pratikte sıkıntılıdır. Çünkü her ne kadar hakka yetkilendirilmenin ön şartı 'ulus' olmak olsa da, ne ulus olmanın karakteristik özellikleri üzerinde bir uzlaşı sağlanabilmiştir; ne de ulus olmanın temeli kabul edilen özellikler, farklı gruplarca eşit bir şekilde (hatta aynı grupta farklı zamanlarda aynı şekilde) temsil edilebilmişlerdir.[40] Ayrıca, başka türlü bu hakkı iddia edemeyeceğini fark eden etnik ayrılıkçı hareketler zaman içerisinde "uluslaşma" eğilimi göstermişlerdir.[41] XX. yüzyılın başlarında bu hak, her ulusun bir devlete sahip olabileceği şekilde yorumlanmışsa da, Milletler Cemiyetine intikal eden *Aaland Adaları* Uyuşmazlığında bunun mümkün olmadığı görülmüştür.[42] İlgili uyuşmazlıkta, devletin egemenliği doktrini gözetilerek dilsel, dinsel, etnik, ırksal ve diğer azınlık grupların ayrılma talepleri bağlı oldukları merkez devletlerin rıza göstermesi şartına bağlanmıştır.[43]

İzleyen dönemde bu hak, BM Şartı Madde 1(2) ve Madde 55(1) ve 1966 tarihli BM'nin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslara-

37 Taras ve Ganguly, s.42 ve Hüseyin Kalaycı, Ulus-Devletin Başağrısı Ayrılıkçılık: Kanada Quebec Örneği, Liberte Yayıncılık, Ankara, 2010,s.34.

38 Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk I, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993,s.141-142.

39 Ekonomik self determinasyon, ekonomik geleceğin özgürce belirlenmesi, ülkedeki doğal kaynakların serbestçe işletilebilmesi, bu doğal kaynaklardan istenildiği gibi yararlanılması, ekonomik çıkarların sınırlandırılabilmesi ya da bütünüyle son verilmesi hakkı olarak tanımlanmıştır. Enver Bozkurt, M. Akif Kütülçü, Yasin Poyraz, Devletler Hukuku**,** Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 179

40 Taras ve Ganguly, s.44; Kalaycı, s.35-36.

41 Kalaycı, s.61-64.

42 http://legal.un.org/ola/media/info_from_lc/POB%20Aalands%20Islands%20Exhibition%20opening.pdf Bu davada, daha oluşum aşamasında olan Finlandiya Devleti içerisinde ayrılıkçı hareketler baş göstermiştir. Bkz. Uz, s.63-65.

43 Uz, s.64.

rası Sözleşmesi Madde 1 kapsamında uluslararası hukukta da kabul edilmiştir.[44] Bu düzenlemelerle, tüm halkların self-determinasyon hakkına sahip olduğu, bu hakka dayanmak suretiyle kendi siyasi statülerini serbest şekilde belirleyebileceği ve ekonomik, sosyal, kültürel gelişimlerini rahatça sürdürebilecekleri kabul edilmiştir. Fakat bu maddelerde ulus kavramı yerine "halk" tabiri tercih edilmiş ve ulus söyleminin, uluslaşmayı artırma potansiyeline karşı önlem alınmak istenmiştir.

Halk olmanın belirlenen en önemli koşulları ise: (i) azınlık halindeki grubun ortak bir kimliğe sahip bulunması; (ii) sahip olduğu kolektif kimliği koruma isteği taşıması; (iii) belirli bir toprak parçası üzerinde çoğunluğu oluşturması ve (iv) kendisini temsil eden örgütlü bir yapıya sahip olması olarak belirlenmiştir.[45] Ancak bu şartları taşıyan her halkın, doğrudan bir self-determinasyon hakkının mutlaklığı hukuken kabul edilmemiştir. Ek 1 No'lu Protokol madde 1/4, self determinasyon hakkının ancak, sömürgeci güç, yabancı işgali ya da ırkçı rejimler karşısında kullanılabileceğinden bahsetmiştir. Temel insan hakları ihlallerinin yaygın olduğu devletlerde yaşayan halkların da self-determinasyon hakkı olduğu konusunda uluslararası toplumda bir uzlaşı sağlanmamıştır.[46] Dolayısıyla, hangi halkların self-determinasyon hakkının var olduğu konusu tartışmalıdır.

Self-determinasyon, ayrılma hakkı olarak yorumlandığında var olan düzen temelden sarsılacağından, hakkın bu anlamda yorumlanışı çoğunlukça reddedilmiş ve self-determinasyonun ayrı devlet olma bağlamında yorumlanması uzunca bir süre yalnızca sömürgelerin tasfiye edilmesi kapsamında kabul edilmiştir. 1960 yılında, BM Genel Kurulunun 1514 sayılı "Sömürge Yönetimi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildirisi"[47], her halka self-determinasyon hakkını tanısa da, bir ülkenin ulusal birliğine ve

---

44 BM Şartı Madde 73 ve 76 ise sömürge halklarına kendilerini yönetme hakkı tanımıştır.

45 Berdal Aral, "Kollektif Bir İnsan Hakkı Olarak 'Halkların Kendi Kaderlerini Tayin Hakkı'", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt. 21-22, 1999-2000, s.112.

46 Aral, s.112.

47 BM Genel Kurulu, "Resolution 1514 (XV) Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples", Fifteenth Session, 14 Aralık 1960, https://documents-dds-ny.un.org/doc/Resolutıon/GEN/NR0/152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement (Erişim Tarihi 20 Nisan 2016)

toprak bütünlüğüne tehdit eden durumların, BM Şartının amaç ve ilkeleriyle bağdaşmadığı vurgulamıştır. Böylelikle sömürge yönetimindeki halkların bu hakkı, uluslararası hukukun *uti possidetis juris* ilkesi gereği sömürgecinin toprak bütünlüğüne kastetmeden kullanması istenmiştir.[48] Ayrıca, Afrika Birliği Örgütü gibi bölgesel örgütler de, self-determinasyon hakkının devletin egemenliğine karşı olan saldırıları meşrulaştırma amacını taşıması durumunda savunulamaz olduğunu vurgulamışlardır.[49] Dolayısıyla bu hakkın dış yönü, yalnızca sömürgelerin tasfiyesi sürecinde uygulanan ve sonradan yok olacak olan anakronik bir hak olarak görülmüştür.[50]

Soğuk savaş sonrası dönemde, bu ilkenin sömürgeler dışında uygulanması gündeme gelmişse de, toplumun tüm kesimlerinin temsil edilmediği demokratik olmayan devletlerdeki halkların böyle bir hakka sahip olduğu, bağlayıcı uluslararası hukuk kuralları ile teyit edilmemiştir.[51] 1973 yılında BM Genel Kurulunun, 3103 sayılı "Sömürge ve Yabancı Üstünlüğüne Karşı Mücadele Veren Savaşçıların Hukukî Statüsüne İlişkin Kararı"[52] sömürge tahakkümüne, yabancı işgaline ve ırkçı rejimlere karşı mücadele eden halkların kendi kaderini tayin hakkı kullanması ve bağımsızlık için mücadele etmesinin uluslararası hukuk ilkelerince meşru olduğunu belirtmiştir. Ancak uygulamada, ayrılıkçı hareketlere ulusal kurtuluş hareketi statüsü tanınması genelde devletin egemenliği ilkesi gereği sakıncalı bulunmuştur. Bu durum sebebiyle, kendi kaderini tayin hakkının devletin egemenliği ilkesiyle taban tabana çakışan dış yönü uluslararası toplumca güvence altına alınmazken, bu hakkın iç (siyasi) yönü "ulusun özyönetimin herhangi bir biçimine sahip olması" (konfederasyon, federasyon, ortaklık demokrasisi, ulus-altı siyasal özerklikler gibi) şeklinde yorumlanarak nispeten garanti altına alınmaya çalışılmıştır.[53]

---

48 Heraclides, "The self-determination", s.21-22.
49 Heraclides, "The self-determination", s.23.
50 Taras ve Ganguly, s.42.
51 Pazarcı, s.142-143.
52 BM Genel Kurulu, "Resolution 3103(XXVIII) Basic Principles of the Legal Status of the Combatants Struggling Against Colonial and Alien Domination and Racist Regimes", Twenty-eighth Session, 12 Aralık 1973,https://documents-dds-ny.un.org/doc/Resolutıon/GEN/NR0/281/75/IMG/NR028175.pdf?OpenElement (Erişim Tarihi 20 Nisan 2016)
53 Kalaycı, s.37.

Tanımını yapacak olursak ayrılma, *"egemen, bağımsız devletin içindeki bir bölgede başlatılan ani ve tek taraflı bir bağımsızlık hareketidir"*.[54] Ayrılma dar anlamıyla, bağımsızlığın ilanına dair girişilen resmi bir eylem anlamına gelirken (Katanga, Biafra, Bangladeş örnekleri), aşamalı ayrılma bağımsızlık ya da kendini yönetme amacı güden siyasi bir harekettir (Eritre, Güney Sudan örnekleri).[55]

Genellikle kültürel farklılıklardan kaynaklanan siyasi problemlerin ve toplumlararası çatışmaların, ayrılma yoluyla çözümü son derece radikal bir karar olduğundan bu durumu meşrulaştıracak belirli şartlar oluşturulmaya çalışılmıştır. Heraclides'e göre bu şartlar: (i) devlet olma sorumluluğunu karşılayacak nitelikte olan büyük, ayrı ve yoğun bir topluluğun varlığı; (ii) topluluğa karşı sistemsel bir ayrımcılık, sömürü ya da tahakkümün var olması; (iii) kültürel hâkimiyet yoluyla, dezavantajlı konumda olan grubun kültürünün asimile edilme tehlikesi altında olması ve (iv) devletin mazlum toplulukla iletişime geçmeyi reddetmesidir.[56] BM ise ayrılığı ancak artık barış içerisinde yaşamanın ve iç self-determinasyonu sağlamanın mümkün olmaması halinde meşru görmüştür. BM'nin Filistin Paylaşım Planı, Pakistan'ın kuruluşu ve Biafra'nın Tanzanya devlet başkanı Nyerere tarafından tanınması gibi örnekler bu gerekçeye dayanmaktadır.[57] Kısacası, eğer iç self-determinasyonun gerçekleşebileceği yönünde makul bir ihtimal bulunuyorsa, dış self-determinasyon kararı verilmemektedir.

Ayrıca, self-determinasyon hakkı çıkar odaklı yorumlanarak hukuki olmaktan ziyade siyasi bir hak haline dönüşmektedir. Örneğin, Sovyetler Birliği self-determinasyon hakkının savunucularından biri görülürken, Tatar nüfusunu kırma yolundaki girişimleri karşısında uluslararası toplum tepkisiz kalmıştır. Bir başka deyişle, kudretli bir devletin sınırları içerisinde baş gösteren ayrılıkçı hareketlerden doğan çatışmalar, çoğu zaman uluslararası nitelik kazanmadan merkez devlet tarafından baskılanabilmektedir.[58]

---

54 Heraclides, "The Self-Determination",s.1.

55 Heraclides, "The Self-Determination" ,s.1-2.

56 Alexis Heraclides, "Secession, Self-Determination and Non-Intervention: In Quest of a Normative Symbiosis", *Journal of International Affairs,* Vol. 45, No.2, 1992,s.405-409.

57 Onyeonoro S. Kamanu, "Secession and the Right of Self-Determination: An O.U.A. Dilemma", *The Journal of Modern African Studies,* Vol.12, No.3, 1974,s.361.

58 Kalaycı, etnik ayrılıkçı hareketlerinin üç dalga halinde yayıldığını iddia eder: İm-

Ancak, bazı ayrılıkçı hareketler ise, içinde başladığı devletin görece gücü ile bağlantılı ve aldığı dış destek (somut (askeri, ekonomik, teknik) ya da siyasal/diplomatik (sözlü destek, diplomatik tanıma, ayrılıkçı yanlısı propaganda) sayesinde uluslararası nitelik kazanabilmekte ve 'ulusal kurtuluş hareketi' adıyla yasal olarak tanınabilmektedir.[59] Tanınan ulusal kurtuluş hareketi statüsü sayesinde bu hareketler, temsil ettiği halkın tek meşru temsilcisi olarak kabul edilmektedir. Fakat self determinasyon hakkı halkın "kendi çabalarıyla özgürleşme hakkı" olmaktan çıkıp, kolayca "dış devletlerin çıkarları uyarınca elde edilen bir hakka" dönüşebilme riskini taşımaktadır.[60]

II- Uluslararası İnsancıl Hukuka Göre Ulusal Kurtuluş Hareketleri

Geleneksel uluslararası hukuk, ulusal kurtuluş iddiasındaki hareketlerin mücadelelerini iç çatışma ya da iç savaş hali olarak kabul etmekte ve ulusal yetki alanı içerisinde değerlendirmekte iken, özellikle XX. yüzyılın ikinci yarısında bu tutumun değiştirilmesi yönündeki çaba kendisini göstermiştir[61] Yukarıda da bahsedilen, 3103 sayılı BM Genel Kurulu Kararı ile sömürge, yabancı üstünlüğü ve ırkçı rejime karşı mücadele eden halkların sebep olduğu silahlı çatışmalar uluslararası nitelikte silahlı çatışma sayılmış ve Ek 1 No'lu Protokol ile bu durum teyit edilmiştir.[62]

Ulusal kurtuluş örgütlerinin Ek 1 No'lu Protokolün 43 ve 44. Maddesine göre özetle, (i) çatışmanın astlarından sorumlu olan bir komutan tarafından yürütülebilmesi, (ii) muhariplerin, belirli bir uzaklıktan fark edilebilecek sabit ve ayırıcı bir işarete sahip olması, (iii) silahların açık bir şekilde taşınması ve (iv) savaş hukuk ve geleneklerine uymaları şartlarını birlikte taşımaları gerekmektedir. Ancak Protokol'ün kimi

paratorlukların çözülme dönemi; sömürgelerin tasfiye edildiği dönem ve komünizm sonrası dönem. Bkz. Kalaycı, s.30-59.

59 . Alexis Heraclides, "Secessionist Minorities and External Involvement" International Organization, Vol. 44, No.3,1990, s.368,369 ve Erol Kurubaş, "Etnik Sorun-Dış Politika İlişkisi Bağlamında Kürt Sorununun Türk Dış Politikasına Etkileri", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt. 8, No.1, 2009, s.42-46.

60 Walzer, s.88-92.

61 Fatma Taşdemir, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, USAK Yayınları, Ankara, 2006, s.82.

62 Bkz. BM Genel Kurulu, "Resolution 3103", para.3.

maddelerinin devlet aleyhine olacak bir biçimde eşitsizlik yaratması, bu Protokol'ün terörizm destekleme riski taşımasına neden olmuş ve Protokol'e taraf olmayanlar, ulusal bağımsızlık adına yürütüldüğü iddia edilen savaşları uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar olarak değerlendirmemiştir[63] Protokol'ün 44/3 maddesi, savaşanların saldırıya giderken ya da saldırı hazırlığı niteliğindeki bir operasyondayken kendilerini sivil halktan ayırt etmek zorunda olduklarını; Ancak, *"Askeri çarpışmalar sırasında ve katılması gereken bir askeri saldırının başlamasına öncelik eden bir askeri yayılmaya iştirak ederken"* kendisini sivil halktan ayırt edemese de, silahlarını görünür şekilde taşıdıkları takdirde savaşan statülerini koruyacaklarını belirtmiştir. Ek 1 No'lu Protokolün kabul edildiği diplomatik konferansta bu kural uzun tartışmalara konu olmuş, çok sayıda devlet ilgili hükmü ulusal kurtuluş hareketleri ile sınırlı görmüştür. Çekimser kalan devletler, hükmün sivil halk üzerinde olumsuz etkiler doğurma konusunda kaygılarını dillendirmiş olsalar da kuralı çekince ileri sürmeksizin onaylamışlardır. Aleyhte oy kullanan İsrail ise, savaşanın kendisini sivil halktan ayırt etmemesine izin vereceği şeklinde yorumlanabileceğini ifade etmiştir. [64]

a.) Uluslararası Nitelikte Olmayan Çatışmalar Olarak Ulusal Kurtuluş Hareketleri

Ulusal kurtuluş hareketleri genellikle bir ülkenin sınırları içerisinde ve devlet otoritesine karşı başlatıldığından, daha ziyade "uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar" kapsamında değerlendirilmiş ve hareketlerin katılımcılarına, Martens kaydı[65,] Cenevre Sözleşmeleri Ortak Madde 3 ve Ek 2 No'lu Protokol ekseninde hak ve yükümlülükler doğmuştur.

---

63 Örneğin madde 44/3 gereğince, gerekli bazı durumlarda ulusal kurtuluş hareketi savaşanlarının kendisini sivillerden ayırt etme zorunluluğunun olmadığı kabul edilmiş, aynı imtiyaz düzenli ordulara verilmemiştir. Bkz. Taşdemir, "Uluslararası Terörizm", s.83-86.

64 Jean- Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet)Hukuku, Cilt 1: Kurallar, (Çev. Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek vd.) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 66, 2005, s.434-436

65 Martens hükmü gereğince, silahlı çatışmanın tarafları yerleşik geleneklerden, insaniyet kanunlarından ve kamu vicdanı emirlerinden doğan uluslararası hukuk ilkelerinin koruması altına alınmıştır.

Cenevre Sözleşmelerinin özeti niteliğinden dolayı "minyatür sözleşme" olarak adlandırılan ve uluslararası örf-adet niteliği taşıyan Ortak Madde 3, silahlı çatışmalara doğrudan şekilde iştirak etmeyen kimselere (silahlarını bırakan silahlı kuvvet personelleri ve hastalık, yaralanma, alıkonulma gibi sebeplerle savaş dışı kalan askerler) cinsiyet, ırk din, dil, renk ayrımı gözetilmeksizin insani şekilde davranılması kararı alınmıştır. Böylelikle, hayat ve beden bütünlüğüne kastetme, zalimane davranış, işkence, rehin alma, şahısların haysiyetine tecavüz etme, küçük düşürücü ve aşağılayıcı davranma, mahkeme tarafından adil şekilde yargılamadan idam cezası verme gibi uygulamalar tamamıyla yasaklanmıştır. Yaralı ve hastaların toplanarak uygun bir şekilde tedavi edilmesi düzenlenmiştir.[66]

Ek 2 No'lu Protokolün 1. maddesi, Ek 1 No'lu Protokol ve YUCM'nin *Tadic* davasındaki silahlı çatışma tanımına uygun olarak, devletin silahlı kuvvetleri ile muhalif silahlı kuvvetler arasında ya da sorumlu komuta altında, devamlılık gösteren, planlı askeri operasyon yapan, ülkenin bir kısmı üzerinde kontrolü elinde tutan örgütlü gruplar arasında geçen bütün silahlı çatışmalara uygulanacaktır. Söz konusu maddenin lafzından da anlaşılacağı gibi, Ek 2 No'lu Protokolün uygulanabilmesi için örgütlü silahlı grupların belli özellikleri taşımaları gerekmektedir. Bu özelliklere bakıldığında; çatışan grup, emir komuta zincirine bağlı bir şekilde hareket etmeli ve belirli bir düzeyde örgütlü olmalıdır. Yine, çatışan grup, belirli bir düzeyde yoğunluğa ve sürekliliğe sahip olan askeri operasyonları yürütebilme yeteneğine sahip olmalıdır. Ancak yürütülen operasyonların ne düzeyde bir yoğunluk ve süreklilik gerektirdiği hususu net değildir.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinin *Musema Kararında*[67] çatışan grupların toprağın belirli bir bölümde kontrolü sağlamış olmaları aranmıştır.[68] Örgütlenme kapasitesinin ölçütü ise YUCM'de Fatmir *Li-*

---

66 Bkz. Ortak Madde 3 (2)

67 Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, "The Prosecutor v. Alfred Musema", Karar No: ICTR-96-13-A, 27 Ocak 2000, para. 253, http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-13/trial-judgements/en/000127.pdf (Erişim Tarihi 16 Nisan 2016)

68 Ancak devletlerin, toprağın kontrolünü kaybettiğini kabul etme konusunda son derece isteksizdirler. Örneğin Fransa, Cezayir savaşı sırasında toprağın belirli bir bölümündeki kontrolünü kaybettiğini asla kabul etmemiştir. Rene Provost, International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge University Press,

maj ve Diğerleri Davasında[69]*;* (i) direnişin karargâh merkezinin bulunması, (ii) toprağın belirli bir bölümünün ele geçirilmesi, (iii) silaha ve diğer askeri mühimmatlara erişim yeteneğinin olması, (iv) operasyonları planlama, koordine etme, yürütme yeteneğine sahip olunması, (v) tek bir askeri strateji belirleyebilme ve askeri taktikleri kullanma yetisi ve (vi) tek bir ağızdan konuşma, anlaşma, ateşkesler ve barış mutabakatları imzalayabilme yeteneği olarak ifade edilmiştir.[70]

Benzer şekilde Schindler, bir silahlı çatışmanın uluslararası olmayan silahlı çatışmalar kapsamında değerlendirilebilmesi için dört temel kıstastan söz eder: (i) harp durumunun devletin polis güçleriyle yetinmeyerek, silahlı güç kullanmaya zorlandığı yüksek bir yoğunluğa ulaşması, (ii) harp halinin, direnişçilerin halkın desteğini aldığı kolektif bir hareketi yansıtması, (iii) direnişçilerin emir komuta zinciri altında hareket ederek, belirli bir düzeyde organizasyon gücü göstermeleri ve (iv) direnişçilerin, uluslararası insancıl hukuk kriterlerini karşılamaları.[71]

b.) Uluslararası Nitelikte Çatışmalar Olarak Ulusal Kurtuluş Hareketleri

Ek 1 No'lu Protokol Madde 1(4)'e göre BM Antlaşmasında ve 1970 tarihli Dostane İlişkiler Bildirgesinde hüküm altına alınan kendi kaderini tayin hakkı daha önce de belirtildiği gibi sömürgeci tahakkümüne, yabancı işgaline ve ırkçı rejimlere karşı mümkün görülmüş ve "uluslararası" çatışmalar kapsamına alınmıştır. Nitekim Filistin, Namibya, Batı Sahara'da, kimi ulusal kurtuluş hareketlerinin yürüttüğü mücadeleler bu bağlamda değerlendirilmiştir.

Ek 1 No'lu Protokol'ün atıfta bulunduğu, 1970 tarihli Dostane İlişkiler Bildirgesi'nin, *"...kendi kaderini tayin etme ilkesine uygun şekilde hareket eden ve böylece ülkeye ait bütün halkı, ırk, inanç veya renk ayrımı*

Cambridge, 2002,s.263.

69 Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, "Fatmir Limaj ve Diğerleri Davası", Karar No: IT-03-66-T, 30 Kasım 2005,http://icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf (Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2016)

70 YUCM, Fatmir Limaj",para.90.

71 Dietrich Schindler,"The Different Types of Armed Conflict According to Geneva Conventions and Protocols" Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 163, 1979, s.147.

yapmadan, temsil eden bir hükümete sahip olan egemen ve bağımsız devletleri parçalayacak veya ülkesel bütünlüğüne veya siyasi birliğine tamamen veya kısmen zarar verecek olan herhangi bir harekete izin verecek şekilde yorumlanmayacaktır" hükmü, insancıl hukuk kurallarının ayrılıkçı hareketlere uygulanabilmesinde, mücadelenin yönetildiği devletin tutum ve davranışlarının ayrılıkçı hareketin uluslararası nitelik kazanmasındaki önemine işaret eder.

Ayrıca, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda, ayrılıkçı gruplara "savaşan" statüsünün tanınması silahlı çatışmayı uluslararası hale getirmektedir. Fakat savaşan statüsünün tanınması için ya devletin düzenli silahlı kuvvetlerine mensup olmak, ya milis ya da gönüllü olmak gerekmektedir. Ancak milis ve gönüllülerin yukarıda da belirtildiği üzere Ek 1 No'lu Protokolün 43 ve 44. maddelerinde yer alan şartları karşılamaları gerekmektedir.

Ayrılıkçı hareketlerin uluslararası nitelik kazanmasının diğer bir şartı ise, bu hareketlerin kendi doğasına ilişkindir. Pratikte öncelikle, kendi kaderini tayin hakkı elde etmek amacıyla başlatılmış olan mücadeleyi temsil eden otorite, Protokol I Madde 96(3) gereğince Protokolü ve Cenevre Sözleşmelerini uygulayacağını ilan etmelidir. Ayrıca, kurtuluş mücadelesi olduğunu iddia etmekte olan hareket, halkın gerçek temsilcisi olmalı ve büyük çapta halk desteği almalıdır.

Abi-Saab'a göre, silahlı çatışmanın uzun bir süre boyunca devam edebilme yeteneği göstermesi, kurtuluş hareketinin halk desteği aldığı yönünde yorumlanmalıdır.[72] Oysa Provost'un belirttiği üzere, silahlı çatışmalar bazen de ayrılıkçı hareketin halkı korku yoluyla kendini desteklemeye zorlaması (Peru'daki Aydınlık Yol'un yaptığı gibi) ya da bu hareketin üçüncü taraflardan (menfaatler sebebiyle) yoğun dış destek alması (ABD'nin Nikaragua ayrılıkçılarına olan desteği gibi) yoluyla sürdürülmektedir.[73] Bu sebeple, silahlı çatışmaların sürekliliği gerekli görünse de tek başına yetersiz bir ölçüttür.

Özetle, ulusal kurtuluş hareketlerinin uluslararası nitelik kazanabilmesinin şartlarını, mücadelenin yönetildiği devletin yapısına, yürü-

---

72 Georges Abi-Saab, "Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols" Recueil des Cours, Vol.165, 1979, s.413.

73 Provost, s.257.

tülmekte olan hareketin organizasyon ve temsil gücüne ve hareketin seçtiği direniş yönteminin, metot ve araçlarının hukuki açıdan hesap verilebilirliğine indirgememiz yanlış olmayacaktır.

III- Uluslararası İnsancıl Hukukun Uygulamadaki Etkinlik Düzeyi

Uluslararası insancıl hukukta, sivil-asker ayrımı yapmaya özen göstermeyen, insanların yok yere acı çekmesine sebep olan ve çevreye kalıcı hasarlar veren metot ve araçların kullanımını yasaklamıştır. Silahlı çatışmaların niteliğine göre belirlediği hukuki çerçeveler ile savaşanlara, sivillere ve savaş dışı kalan askerlere önemli hak ve yükümlülükler öngörmüş ve bunlara yetkilendirilmenin kriterlerini teorik düzeyde saptamıştır. Ancak tartıştığımız üzere, bu hak ve yükümlülüklerin elde edilmesi için karşılanması gereken ölçütlerin ne olduğu konusunda muğlaklıklar bulunmaktadır ve uluslararası antlaşmalar yalnızca onları imzalayan devletler için bağlayıcı olmaktadır. Tartışmalı hukuki kişiliği nedeniyle uluslararası toplumun da yaptırım gücü kısıtlı olduğundan, insancıl hukukun tam manasıyla yetkinliğe ulaştığını söylemek imkânsızdır.

Aynı zamanda insani hukuk kurallarının uygulanmasından ilkin devletlerin mesul olduğu vurgulanmış ve devletlerden Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerin ihlalini yasaklayan iç düzenlemeler yapmaları istenmiştir. Ancak bu düzenlemelerin iradi oluşu, uygulama noktasında zafiyetler doğurmuş ve güçlü devletler kendilerini böyle bir yükümlülük altına almak istememiştir. Örneğin dönemin güçlü sömürgeci gücü Portekiz 1974'e kadar, ne Angola'daki Angola'nın Kurtarılmış Halk Hareketi, ne Gine-Bissau'daki Gine ve Yeşil Burun'un Bağımsızlığı için Afrika Partisi ne de Mozambik'teki Mozambik Kurtuluş Cephesi karşısında sürdürmekte olduğu silahlı çatışmalara Cenevre Sözleşmelerinin ve Ortak Madde 3'ün – Ortak Madde 3, evrensel örf- adet kuralı olmasına rağmen- uygulanabileceğini kabul etmemiş, sömürge tahakkümüne başkaldıran halkın mücadelesini ulusal yetki alanında değerlendirmiştir.[74]

---

[74] Higgins, "The Application of IHL", s.27.

Devlet iradesiyle uygulanmasının güç olduğu görülen uluslararası insancıl hukuk için uluslararası alanda yaptırım mekanizmaları sonradan geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, BM Güvenlik Konseyi tarafından Eski Yugoslavya ve Ruanda'daki silahlı çatışmalar sırasında işlenmiş olan savaş suçlarını cezalandırmak üzere kurulan uluslararası mahkemeler ve insanlığa karşı işlenen suçları, soykırım suçunu, savaş suçlarını ve saldırı suçunu yargılamak üzere kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) örnek olarak düşünülebilirler. UCM'nin kuruluş belgesi olan Roma Statüsü Madde 8(2)'ye göre savaş suçları, (i) 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin, (ii) uluslararası silahlı çatışmalara uygulanan yasa ve geleneklerin ve (iii) uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda Ortak Madde 3'ün ve genel uygulanabilir hukuk ve teamüllerin ciddi ihlali durumunda oluşmaktadır.[75] Fakat UCM'nin bu güne kadar yalnızca Afrika ülkelerindeki çatışmalarla ilgilenmiş olması, Mahkeme'nin Afrikalı devletlerin iç işlerine karışmak üzere geliştirilmiş *neo-kolonyal* müdahale aracı olarak görülmesi sonucunu doğurmuştur.[76]

Zaten uluslararası toplum yalnızca çatışmaların kitleselleştiği, insan hakları ihlallerinin iyice ağırlaştığı ve merkezi otoritenin zayıflaması sonucu çatışmanın bölgesel ve uluslararası dengeleri sarsmaya başladığı durumlarda silahlı çatışmalara müdahale etmekte ve sorunu BM'nin resmi gündemine taşımaktadır.[77] Örneğin, 1971 yılında, BM Genel Kurulunun 2787 sayılı kararıyla, meşru self-determinasyon hakkını kullanmak üzere Zimbabwe, Namibya, Mozambik, Angola ve Filistin halkınca yürütülen silahlı çatışmaların hukukiliğini geç de olsa kabul etmesi bu duruma bir örnek teşkil eder niteliktedir.[78]

---

75 Uluslararası Ceza Mahkemesi, Rome Statute of the International Criminal Court, 17 Temmuz 1998, https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (Erişim Tarihi 10 Nisan 2016).

76 Phil Clark, "The Limits and Pitfalls of the International Criminal Court in Africa", E- International Relations, 28 Nisan 2011, http://www.e-ir.info/2011/04/28/the-limits-and-pitfalls-of-the-international-criminal-court-in-africa/ (Erişim Tarihi 2 Mayıs 2016).

77 Kurubaş, s.50.

78 BM Genel Kurulu, "Resolution 2787 (XXVI) the Representation of States in Their Relations with International Organizations",6 Aralık 1971.

Kısacası kimi ayrılıkçı hareketler, halkı temsil yeteneklerinin yüksek olması, örgütsel yapılarının sağlamlığı, mücadelelerini yönelttikleri tarafların uzlaşmasız tutum sergilemeleri, oluşan ağır insan hakları ihlallerinin uluslararası barış ve güvenliği bozması gibi sebeplerin etkisiyle uluslararası toplum tarafından geç de olsa destek görmüş, ulusal kurtuluş hareketi olarak tanımlanmış ve insancıl hukuk koruması altına girmişlerdir. Bu konuda en iyi örnekler Filistin Kurtuluş Örgütü (FKÖ) ve Güney Batı Afrika Halkı Teşkilatı (SWAPO)'dur.

FKÖ, çoğu ülke tarafından Filistin halkının resmi temsilcisi olarak tanınmış ve belirli dokunulmazlıklar ve diplomatik haklar elde ederek BM Güvenlik Konseyi'ne devletlerle eş bir statüde katılmıştır. Ayrıca BM Genel Kurulu SWAPO'yu kurtuluş hareketi olarak tanımış ve siyasi çabalarını desteklemiştir. Özetle, BM terörün araçsallaştırıldığı hareketleri desteklemezken, davasının haklılığına inandığı mücadeleleri, uluslararası güç dengesi durumunun mümkün kıldığı ölçüde desteklemiştir. Nitekim PKK, Bask Bölgesi Bağımsızlık Örgütü (ETA), İrlanda Cumhuriyet Ordusu (IRA), Filistin İslami Cihat Örgütü, Tamil Elam Kurtuluş Kaplanları gibi hareketler de çoğunlukça terör örgütü olarak kabul edilirken, pasif direniş sergileyen ya da terörü araç haline getirmeyen hareketler (Hindistan Ulusal Kongresi, Mozambik Kurtuluş Cephesi ya da Büyük Millet Meclisi Hareketi gibi) ise ulusal kurtuluş mücadelesi olarak görülmüştür.

Sonuç

XX. yüzyılın ikinci yarısında süje haline gelmeye başlayan ulusal kurtuluş hareketlerinin sömürgeci tahakkümüne, ırkçı rejime ve yabancı işgaline karşı sürdürdüğü mücadeleler, yeterli halk desteği almaları, makul gerekçelere dayanmaları, doğru yöntem ve araçları kullanmaları yanında, Ek 1 No'lu Protokole uygun olarak savaşçılarının çatışmaları astlarından sorumlu olan bir komutan tarafından yürüttükleri, uzaktan fark edilebilir sabit ve ayırıcı bir işarete sahip oldukları, silahlarını açık bir şekilde taşıdıkları ve savaş hukuk ve geleneklerine uydukları müddetçe hukuki ve meşru görülmüştür.

Fakat bu kıstasların karşılanıp karşılanmadığını değerlendiren üst bir otoritenin uluslararası sistemde bulunmayışı ve devletlerin ayrılıkçı hareket mensuplarıyla eş bir konumda çatışmayı imtiyaz hatta

zafiyet olarak görmeleri sebebiyle, uluslararası insancıl hukuk çoğu zaman uluslararası politikanın izin verdiği ölçüde işlevsel hale getirilebilmiştir.

Zaten ayrılıkçı hareketler de süreç boyunca daimi bir dönüşüm içerisinde olmuş ve aralarından bazıları kullandıkları terörist metotlarla, sivil-asker ayrımı gözetmeyen eylemleriyle self-determinasyon haklarının hukukiliğini ve meşruiyetini uluslararası topluma sorgulatır hale gelmişlerdir.

Bu gerekçelerle bu makale, ayrılıkçı hareketlerin ulusal kurtuluş hareketi statüsü kazanmasının önündeki engeller olarak hem bu hareketlerden bazılarının kendi doğasından kaynaklanan durumu hem de uluslararası siyasi sistemdeki güç dengesini görmektedir. Fakat her halükarda uluslararası insancıl hukuk, uluslararası sistemdeki güç dengesinin izin verdiği ölçüde müspet bir etki yaratabilmektedir.

Kaynakça

Abi-Saab Georges, "Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols", Recueil des Cours, Vol.165, 1979, s.353-445.

Aksar Yusuf, Uluslararası Hukuk I, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Aral Berdal, "Kollektif Bir İnsan Hakkı Olarak 'Halkların Kendi Kaderlerini Tayin Hakkı'", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt. 21-22, 1999-2000,s.109-120.

Ataöv Türkkaya, "Terrorism versus Liberation Movements in International Law", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,* Cilt.42, No. 1, 1987,s.15-47.

Brierly, James L., The Law of Nations:An Introduction to the International Law of Peace, Clarendon Press, Oxford, 1963.

Bourquin Maurice, "Devletlerarası Hukukun İnsanileştirilmesi", Çev. İlhan Lütem, *AÜHF Dergisi*, C.8, S.3, 1951,s.122-148.

Bozkurt Enver, Kütükçü, M. Akif, Poyraz, Yasin, Devletler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Charlesworth Hilary "International Law: A Discipline of Crisis", *The Modern Law Review,* Vol. 65, No. 3, 2002,s.377-392.

Clark Phil "The Limits and Pitfalls of the International Criminal Court in Africa", *E-* International Relations, 28 Nisan 2011,http://www.e-ir.info/2011/04/28/the-limits-and-pitfalls-of-the-international-criminal-court-in-africa/(Erişim Tarihi 2 Mayıs 2016).

Crawford James, The Creation of States in International Law, Oxford University Press, Oxford, 1979.

Çağıran Mehmet Emin, "Raymond Aron ve Uluslararası Hukukun Hukuk Niteliği",

İHFM, C. LVI, S.1-4, 1998, s.72-96.-, *Devletin Tek Taraflı İşlemleri,* Platin Yayınları, 2005.

D'Amato Anthony, "Is International Law Really "Law"?", *Northwestern University Law Review*, Vol.79 (1984),s.1293-1314.

Doğan İlyas, Devletler Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2016.

Erkiner H. Hakan, "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tesbit Ettiği İsnat Kuralları", *MÜHF- HAD*, Cilt 13, No. 3-4, s.145-180.

Ertuğrul Ümmühan Elçin, "Koruma Sorumluluğu: İnsani Müdahaleyi Makyajlamak", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt 20, Sayı 2, 2016, s.421-450.

Fitzmaurice Gerald G., "The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement", *The Modern Law Review,* Vol. 19, No.1, 1956, s.1-18.

Goldsmith Jack L. ve Posner, Eric A., The Limits of International Law, Oxford University Press, New York, 2005.

Guzman Andrew T., "Rethinking International Law as Law", Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol.103, 2009, s.155-157.

Henckaerts Jean- Marie & Doswald-Beck, Louise, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku,(Cilt 1: Kurallar, (Çev. Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek vd.) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 66,2005.

Heraclides Alexis, "Secession, Self-Determination and Non-Intervention: In Quest of a Normative Symbiosis", Journal of International Affairs, Vol. 45, No.2, 1992,s.399-420., "Secessionist Minorities and External Involvement", International Organization, Vol. 44, No.3 (1990),s.341-378., The Self-Determination of Minorities in International Politics, Frank Cass, London, 1991.

Higgins Noelle, "The Application of International Humanitarian Law to Wars of National Liberation", *Journal of Humanitarian Assistance,* Nisan 2014, http://sites.tufts.edu/jha/files/2011/04/a132.pdf (Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2016).

Higgins Rosalyn, "International Law and Civil Conflict", The International Regulation of Civil Wars, Ed. Evan Luard, New York University Press, New York, 1972,s.169-186.

Kalaycı Hüseyin, Ulus-Devletin Başağrısı Ayrılıkçılık: Kanada Quebec Örneği, Liberte Yayıncılık, Ankara, 2010.

Kamanu Onyeonoro S., "Secession and the Right of Self-Determination: An O.U.A. Dilemma", *The Journal of Modern African Studies,* Vol.12, No.3, 1974,s.355-376.

Kurubaş Erol, "Etnik Sorun- Dış Politika İlişkisi Bağlamında Kürt Sorununun Türk Dış Politikasına Etkileri", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi,* Cilt. 8, No.1, 2009,s.39-69.

Menon P. K., The Law of Recognition in International Law: Basic Principles , Edwin Mellen Press, New York, 1994.

Pangalangan Raul C. ve Arguiling, Elizabeth H., "The Privileged Status of National Liberation Movements under International Law", *Philippine Law Journal,* Vol. 58 1983, s. 44-65.

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk I, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993.

Provost Rene, International Human Rights and Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

Radin Sasha, "The Current Relevance of the Recognition of Belligerency", Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face, Ed.Marielle Matthe, Brigit Toebes, Marcel Brus, Asser Press, Netherlands, 2013.

Reçber Kamuran, Uluslararası Hukuk, Dora Yayıncılık, Bursa, 2016.

Sassoli Marco "Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism", Law and Inequality, Vol. 22, No.2, 2004,s.195-222.

Schindler Dietrich, "The Different Types of Armed Conflict According to Geneva Conventions and Protokols", Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 163, 1979,s.125-164.

Taras Raymond C. ve Ganguly, Rajat, Understanding Ethnic Conflict, 4th Ed, Longman, New York, 2010.

Taşdemir Fatma, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku**,** Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Taşdemir Fatma, "İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye'nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK ile mücadelesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.16, No.1, 2012,s.107-151.

Taşdemir Fatma, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, USAK Yayınları, Ankara, 2006.

Toluner Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri**,** Gözden Geçirilmiş 4. Bası'dan Tıpkı 5. Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 1996.

Uz Abdullah, "Teori ve Uygulamada Self-Determinasyon Hakkı", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt.3, No.9, 2007,s.60-81.

Verri Pietro, Dictionary of the International Law of Armed Conflict, Cenevre, Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 1992.

Walzer Michael, Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations, 4th Ed., Basic Books, New York, 1977.

Ek Kaynaklar

BM Genel Kurulu, "2005 World Summit Outcome (A/60/L.1)", *Sixtieth Session*, 15 Eylül 2005, para 138, http://responsibilitytoprotect.org/world%20summit%20outcome%20doc%202005(1).pdf (Erişim Tarihi 10 Mayıs 2016).

BM Genel Kurulu, "Resolution 1514 (XV) Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples", Fifteenth Session, 14 Aralık 1960, https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/152/88/IMG/NR015288.pdf?OpenElement (Erişim Tarihi 20 Nisan 2016).

BM Genel Kurulu, "Resolution 3103(XXVIII) Basic Principles of the Legal Status of the Combatants Struggling Against Colonial and Alien Domination and Racist Regimes", Twenty-Eighth Session, 12 Aralık 1973,https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/281/75/IMG/NR028175.pdf?OpenElement (Erişim Tarihi 20 Nisan 2016)

BM Genel Kurulu, "Resolution 2787 (XXVI) the Representation of States in Their Re-

lations with International Organizations", 6 Aralık 1971.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, 2001, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Erişim Tarihi: 7 Ekim 2016)

Daimi Uluslararası Adalet Divanı, Legal Status of Eastern Greenland, 5 Nisan 1933, <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AB/AB_53/01_Groenland_Oriental_Arret.pdf> (Erişim Tarihi 20 Nisan 2016)

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Rome Statute of the International Criminal Court, 17 Temmuz 1998, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf> (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2016)

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, "Fatmir Limaj ve Diğerleri Davası", Karar No: IT-03-66-T, 30 Kasım 2005, <http://icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf> (Erişim Tarihi: 10 Mayıs 2016)

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM), Prosecutor-Dusko Tadic a/k/a "DULE", 2 Oct. 1995, The Judgement under Appeal, para. 70, http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm (Erişim Tarihi: 24 Eylül 2016)

Institute de Droit International, "Resolution on Insurection", Annuaire de l'institute de Droit International, 1900.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi, "The Prosecutor v. Alfred Musema", Karar No: ICTR-96-13-A, 27 Ocak 2000, <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-13/trial-judgements/en/000127.pdf> (Erişim Tarihi 16 Nisan 2016)

The Harvard Law Review Association, "Is "International Law" Law?", Harvard Law Review, Vol. 18, No.6, 1905, s.476-477

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri,<https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf> (Erişim Tarihi 10 Mayıs 2016)

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Violence and the Use of Force, Temmuz 2011, s. 26, <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0943.pdf> (Erişim Tarihi 2 Mayıs 2016)

GÜÇLÜ BİR HUKUK DEVLETİ İÇİN ETİK, DEMOKRATİK, LAİK EĞİTİM SİSTEMİ VE EĞİTİM HUKUKU

FOR A STRONG STATE OF LAW ETHICS - DEMOCRATIC - LAIC EDUCATION AND TRAINING LAW

Ferah GÜÇLÜ YILMAZ*

Özet: 21. yüzyılın bireyi, sorgulayıcı, akıl yürütme becerisi kazanmış, doğaya ve diğer insanlara karşı, sosyal sorumluluk bilinciyle hareket eden, özgür iradesiyle seçimler yaparak, hak ve özgürlüklerini aktif olarak kullanan bir kişi olarak karşımıza çıkmaktadır. 'Yurtta ve dünyada barış ilkesi' için, sahip olunması gereken bu nitelikler, sadece kendi vatandaşı için değil, aynı zamanda tüm insanlar için yaşanılabilir bir dünya yaratmak adına önem taşımaktadır. Bu nedenle, ideolojilere, yerel ahlaka, dini inançlara ve kişilere göre değişmeyen, 'insan onurunu' temel alan felsefi etik, demokratik ve laik bir eğitim felsefesine ve eğitim sistemine gereksinim duyulmaktadır. Eğitim sisteminin amacı 'doğru insanı, yetiştirmek' olursa, ideolojilere, yerel ahlaka, dini inançlara ve kişilere göre değişen bir eğitim yaklaşımı söz konusu olacaktır. Oysa eğitim, evrensel değerlere göre biçimlendirilmiş, 'doğru ya da nitelikli yetiştirmek' amacını hedeflemelidir. Ancak bu eğitim anlayışı, 'hukuk devletinin ve hukuk düzeninin' temelini oluşturacak olan 'birey' in yetiştirilmesini sağlayacaktır. Aynı zamanda bireysel hak ve özgürlükler ancak, hukuk düzeni içinde korunabilir. Eğitim hukukunun korunduğu, felsefi etik, demokratik ve laik eğitim sistemi, bireylerin hoşgörü, saygı, özgür düşünce ve irade ilkelerini, kendi bireysel gelişimleri içinde yoğurarak, davranışlarına yansıtmalarına rehberlik edecektir. Bu yolla hukuk sistemi, sadece kuralların uygulandığı norm hukukundan çıkarılarak, içselleştirilmiş bir hukuka dönüştürülebilir.

Bu çalışmanın amacı; eğitim sistemlerinin geliştirilmesinde eğitim felsefelerinin önemine vurgu yaparak, eğitim açısından 'doğru' kavramını ve 'bireyi doğru yetiştirmek' amacını analiz etmektir. Aynı zamanda 21. yüzyılın çok kültürlü eğitim sistemleri içinde 'birey, hukuk devleti, etik, demokratik, laik eğitim' kavramları arasında, kurulması zorunlu görünen mantıksal ilişkiyi ortaya çıkararak, bu ilişkinin zedelenmesi durumunda oluşacak bireysel ve toplumsal sorunlara dikkat çekmektir. Çalışmada sunulan bilgi, açıklama ve yorumlar doğrultusunda, sonuç ve tartışma bölümünde eksikliklerin gideril-

1 Dr., Eğitim Bilimleri, Eğitim Yönetimi ve Denetçiliği Anabilim Dalı, ferahgucluyilmaz7@hotmail.com

mesine yönelik öneriler getirmektir. Bu çalışma, felsefenin çok yönlü ve sorgulayıcı bakış açısını kullanarak, güçlü bir hukuk devleti için etik, demokratik ve laik eğitim ile eğitim hukuku arasındaki karşılıklı ilişkiyi, çözümleme ve tartışma üzerine temellendirilmiştir. Eğitim sistemi açısından, bu kavramlar arasında mantıksal bir ilişki kurulamamasının, Türk Eğitim Sistemi'nde yarattığı sorunlar, betimsel bir yolla ortaya koyulmuş ve çözüm önerileri geliştirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Felsefi Etik, Demokratik, Laik Eğitim Sistemi, Eğitim Hukuku

Abstract: The overall objective of the education system is to educate "a good man in essence, word and action". Individuals with ethical values create secular and democratic civil society by respecting the principles of free thought-tolerance-to shed the kneading behavior in their personal development. Salvation of the future society depends on the existence of an educational system created with a rule of law and strengthened with universal ethical-democratic-secular values. Only by this way, legal norms may be removed from the legal system and converted to an internalized law. The aim of this study is to discuss how a debate is needed on the educational philosophy and system of an individual's upbringing at the foundation of the rule of law. For this purpose, 'the rule of law, individual, right, the right to train' concepts are being questioned and the importance of the 'democratic-secular ethics-based education philosophy and system' are emphasized. In line with the problems at the world of children and adolescents, education associating with law 'in the creation of a new generation and the development of a strong rule of law' responsibilities are defined. The method of research, from the philosophical point of view with a descriptive analysis using scientific and statistical data, reveals the relationship between 'ethics with a strong rule of law and democratic-secular education system'.

Keywords: Rule of Law, Education Law, Law and Philosophy of the Ethical-Democratic-Laic Education

Giriş

Genel anlamda eğitim, birey davranışlarında, kendi yaşantısı yoluyla ya da kasıtlı olarak istendik davranışlar geliştirme süreci[1] olarak tanımlanmaktadır. Birey toplum içinde yaşantısını sürdürürken, bir yandan kültürleme süreci içinde kendi kültürüne bağlı davranışlar sergilemekte, diğer yandan da kültürlenme sürecini yaşayarak gerek bireysel gerekse toplumsal yansımaları olan yeni kültür öğelerinin ortaya çıkmasına katkıda bulunmaktadır. Bu nedenle eğitim bireyin, bilişsel ve duygusal yönlerini, kültürleme süreci içerisinde bilinçli, mak-

1 Özcan Demirel, Eğitim Sözlüğü, Pegem A Yayıncılık, Ankara 2012, s.42

satlı ve kasıtlı bir yolla,[2] toplum içinde şekillendirmektedir. Başka bir deyişle eğitim aracılığıyla bireye, içinde yaşadığı topluma ve zaman dilimine, sosyal, kültürel, politik, ekonomik, psikolojik ve daha birçok yönden uyum sağlamasına yardım edilmektedir. Bu yardım bireyin yetenek, tutum ve davranış biçimlerini, temel ilke ve değerler altında geliştirmesine yöneliktir. Eğitim bu amaçla, bireyi istendik yönde etkilemekte ve önceden saptanmış amaçlara uygun bilgi, beceri ve anlayışlarla donatmaktadır. Bu durumda eğitimin, toplumsallaşma, kültürleme, siyasallaşma ve ekonomik yetkinliğe ulaşma sürecinde, çok önemli işlevleri olan yaşamsal bir etkinlik olarak[3] tanımlanması da mümkündür. Dolayısıyla eğitim, ülkenin siyasi yapılanmasından ve hükümetlerin siyasi kararlarından etkilenen bir mekanizma olarak, çok değişkenli bir yapıya sahiptir. Ancak nitelikli bir eğitim için, dönemlik siyasi politikalara göre değişmeyen, uzun vadede geçerli olacak, 'eğitim' kavramına genel bir perspektif kazandıracak eğitim felsefelerine ihtiyaç vardır. Eğitimin tanımında kullanılan, 'önceden saptanmış amaçlar' ve 'istendik yönde davranış geliştirme' ifadeleri arkasındaki, 'kime göre?' sorusu, benimsenen eğitim felsefelerine göre değişmektedir. Ayrıca bu soru başka soruları da peşinden sürüklemektedir. Örneğin; 'Eğitim bir amaç mı, yoksa bir araç mıdır? Eğitim bir amaçsa, '21. yüzyılın bireyi'nin yetiştirilmesinde, hangi ilke ve değerlerden yola çıkılmalıdır? Eğitim bir araç ise, hangi ilke ve değerlere hizmet edilecektir? Eğitim hem bir amaç hem de bir araç olarak ele alınacaksa, hangi temellere göre biçimlendirilmelidir?

Bu çalışmanın amacı; eğitim sistemlerinin geliştirilmesinde eğitim felsefelerinin önemini belirterek, eğitim açısından 'doğru' ve 'doğru yetiştirmek' kavramlarını analiz etmektir. Aynı zamanda 21. yüzyıl çok kültürlü eğitim sistemleri içinde 'birey', 'hukuk devleti', 'etik, demokratik, laik eğitim' kavramları arasında, kurulması zorunlu görünen mantıksal ilişkiyi ortaya çıkararak, bu ilişkinin zedelenmesi durumunda oluşacak bireysel ve toplumsal sorunlara dikkat çekmektir. Çalışmada sunulan bilgi, açıklama ve yorumlar doğrultusunda, sonuç ve tartışma bölümünde, eksikliklerin giderilmesine yönelik öneriler getirmektir.

---

2 Özcan Demirel, Öğretim İlke ve Yöntemleri Öğretme Sanatı, Pegem A Yayıncılık, Ankara 2015, 21. Baskı, s.6

3 Yaşar Yavuz, Eğitim Bilimine Giriş, Dinozor Kitapevi, İzmir 2006, s.29

Bu çalışma, felsefenin çok yönlü ve sorgulayıcı bakış açısını kullanarak güçlü bir hukuk devleti için etik, demokratik ve laik eğitim ile eğitim hukuku arasındaki karşılıklı ilişkiyi çözümleme ve tartışma üzerine temellenen bir deneme yazısıdır. Buna göre; ilk olarak bir eğitim sisteminin belirlenmesinde, temel rolleri olan eğitim felsefelerinin tarihsel geçmişine bakılarak, eğitim felsefesi ve eğitim sistemi arasındaki ilişki ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Daha sonra, eğitim felsefesi ve eğitim sistemi açısından 'doğru', 'doğru yetiştirmek', 'birey', 'hukuk devleti', 'etik, demokratik, laik eğitim' ifadeleri, kavramsal bir analizle ele alınmıştır. Eğitim sistemi açısından, bu kavramlar arasında mantıksal bir ilişki kurulamamasının, Türk Eğitim Sistemi'nde yarattığı sorunlar, betimsel bir yolla ortaya koyulmuş ve çözüm önerileri geliştirilmiştir.

Eğitim Felsefelerinin Eğitim Sistemlerine Etkisi

Geçmişten günümüze, eğitimi etkileyen, temel bazı felsefi akımlardan söz edilmektedir. İlk olarak İdealizmin eğitimsel amacının, doğrunun arayıcısı olan öğrencilere, doğuştan getirdikleri yetilerinin farkına varmalarını sağlamak olduğunu görmekteyiz. Bu nedenle okul, öğrencilere büyük evreni anlama ve küçük evrenler arasında ilişki kurarak, kültürel mirası oluşturan değerleri öğretmelidir.[4] İlk ve Ortaçağ'da yaygın olarak uygulanan Daimicilik'e (Perennializm) göre, evrensel insan doğasında, durağan (statik) bir eğitim programıyla ve öğretmen otoritesiyle, öncelikle Tanrı inancı ve din duygusu pekiştirilmeli, klasik kitaplardaki bilgiler aynen ezberletilmelidir.[5] Çeşitli dönemlerde çok yaygın olarak kullanılan Özcülük (Essentializm) felsefesi, entelektüel klasik bilgilerin ve değerlerin, düzen ve disiplin içinde, eğitim yoluyla aktarılmasını amaçlamaktadır. Batı dünyasını en çok etkileyen felsefe disiplinlerinden biri olarak Gerçekçilik (Realizm), gerçek varlığa ait bilgilerle donatılmış insan aklını geliştirmeyi ve bireylerin kimliklerini rasyonel bir biçimde ortaya

4 Gerald I. Gutek, Eğitimde Felsefi ve İdeolojik Yaklaşımlar. Çeviri: Doç . Dr. Nesrin Kale. Ankara 2014, Ütopya Yayınevi, 3. Baskı, s.27

5 Aydın Yaka, Eğitim Bilimine Giriş: Eğitimin Felsefi Temelleri. İzmir 2006, Dinazor Kitabevi. 1. Baskı, s 78

koymaları için eğitilmeleri gerektiğini öne sürmektedir.[6] Birçok farklı bakışı içine alan Doğacılık (Natüralizm) akımına göre eğitim, çevreyle kurulacak duyusal etkileşime ve öğrencinin öğrenme biçimine göre yapılandırılmalıdır. Amerikan eğitim sisteminin en önemli yapı taşı olan Faydacılık (Pragmatizm) 'ın eğitim hedefi, içsel disiplini geliştirerek, zihinsel deneyimleri arttırmak ve deneyim ile davranış arasında bireyde özgü anlamlı bütünler oluşturmaktır. 20. yüzyıl' da geleneksel eğitime bir eleştiri olarak ortaya çıkan ve Amerikan ilerici hareketinin, sosyal reform rüzgârıyla filizlenen İlerlemecilik (Progressivizm) anlayışı, her insanın doğasının farklı olduğunu savunmaktadır.[7] Öğrenci merkezli bir eğitimle, işbirliğine dayalı bedensel, zihinsel ve sosyal becerilerin kazandırıldığı bir eğitim anlayışını vurgulamaktadır. Bu yaklaşıma göre eğitim yaşama hazırlık değil, yaşamın ta kendisidir.[8] 20. yüzyıl 'ı etkileyen bir başka akım olan Varoluşçuluk (Egzistansiyalizm) akımı, grup merkezli eğitim yerine, özgür seçimlerle biçimlendirilen bireysel sorumluluğun önünü açan, bir eğitim sistemini amaçlamaktadır.[9] 1950'lerden sonra ortaya çıkan Yeniden Kurmacılık (Reconstructionizm) yaklaşımı ise, yeni kuşaklara, öğrenci merkezli öğretimle, yeni değerleri, bilgileri, becerileri ve davranış şekillerini kazandırmaktır.[10]

Eğitim felsefeleri, belirli etik ilke ve değerler üzerinde yükselirler. Bu ilke ve değerler, eğitim sistemlerini, amaçları, okulları, öğretmen ve öğrencilerin tutum ve davranışlarını biçimlendiren yapıdadırlar. Yukarıda sözü edilen eğitim felsefelerinin genel anlamda dayandığı ilke ve değerleri aşağıdaki gibi çözümleyerek, değerlendirebiliriz.

---

6 Aydın Yaka, Eğitim Bilimine Giriş: Eğitimin Felsefi Temelleri. İzmir 2006, Dinazor Kitabevi. 1. Baskı, ss.79-81

7 Gerald I. Gutek, Eğitimde Felsefi ve İdeolojik Yaklaşımlar. Çeviri: Doç Dr. Nesrin Kale. Ankara 2014, Ütopya Yayınevi, 3. Baskı, s.324

8 Aydın Yaka, Eğitim Bilimine Giriş: Eğitimin Felsefi Temelleri. İzmir 2006, Dinazor Kitabevi. 1. Baskı, s. 81

9 Gerald I. Gutek, Eğitimde Felsefi ve İdeolojik Yaklaşımlar. Çeviri: Doç Dr. Nesrin Kale. Ankara 2014, Ütopya Yayınevi, 3. Baskı, ss.133-136

10 Aydın Yaka, Eğitim Bilimine Giriş: Eğitimin Felsefi Temelleri. İzmir 2006, Dinazor Kitabevi. 1. Baskı, ss. 82-83

Tablo 1. Başlıca Eğitim Felsefelerinin Dayandığı İlke ve Değerler

Eğitim Felsefeleri	İlkeler	Öne Çıkan Değerler
İdealizm	Akılda bulunan evrensel gerçeklerin ortaya çıkarılması, ideal toplumun kurulması	Kültürel mirasa sahip çıkma İdeal olanı özünde, sözünde, davranışında gösterme
Esasicilik / Özcülük (Essentializm)	Klasik bilgiler aktarılması Bilginin uygulanması değil, teorik olarak bilinmesi	Bilgilerin tekrarlanması, aynen öğrenilmesi Klasik bilgilere göre bireyler yetiştirme
Gerçekçilik (Realizm)	İnsan aklının geliştirilmesi Nesnel gerçekliği açıklayan farklı bilgi alanlarının öğretilmesi	Ahlaki eylem ve davranışları ortak ölçütler temelinde akıl yoluyla değerlendirme
Doğalcılık (Natüralizm)	İnsan doğasının farklılığına uygun ihtiyaçlara göre eğitim verilmesi	Bireylerin içgüdüleri, duyguları aracılığıyla çevresel etkileşim içinde değerleri öğrenmesi
Faydacılık (Pragmatizm)	Yaşamda işe yarayacak bilgilerin, okulda problem çözme teknikleriyle öğretilmesi	Bireysel deneyimleri, yaşantılarla birleştirme, kolektif ruhu yakalama
Varoluşçuluk (Egzistansiyalizm)	Bireyselliğin ön plana çıkarılması, Özgür tercihlerle oluşturulmuş eğitim verilmesi	Kişileri özgürleştirerek, bireysel sorumluluğu ve ahlakı geliştirme
Yeniden Kurmacılık (Reconstructionism)	İnsanı, var olan toplumsal, siyasi, ekonomik vb. sorunları çözebilecek şekilde yetiştirilmesi için bireysel deneyimlerin artırılması	Toplumu yeniden yapılandıran, yeni değerleri geliştirme ve benimsetme Yeni bilgiler üretme
İlerlemecilik (Progressivizm)	İnsan doğasının farklılığının kabul edilmesi Demokratik bir eğitim içinde, yaratıcı ve işbirlikli öğrenme yoluyla, uygulamalı eğitim verilmesi	Her öğreneni değerli görme ve öğrenebileceğini kabul etme Evrensel ahlaki ilkeler ve küresel vatandaşlık bilinci kazandırma İçsel disiplinini sağlamış demokratik birey yetiştirme Bilginin değişebilir ve geliştirilebilir olduğunu kabul etme

Eğitimi felsefi bir temele oturtmak, tüm eğitim sistemini bu temele göre belirlemek ve bu yapıya ruhunu veren mesleki etik değerleri geliştirerek, bütünsel bir örgütlenmeyi var etmek, elbette zordur. Tarihsel devinimler göstermiştir ki, eğitim süreci her zaman ideolojilerden, siyasi yapılanmalardan, ekonomik eğilimlerden, kültürel yapılardan ve daha birçok öğeden etkilenmektedir. Sözgelimi ideolojiler, modern

ulus devletin ortaya çıkışından itibaren, belirli bir insan modelini ya da belirli bir inançla şekillenen politikaları hayata geçirmek için, medya ve okulları kullanmaktadır.[11] Liberalizm, sosyalizm ya da karma ekonomi gibi ekonomik sistemler de, insan yetiştirme sanatının ticari yönünü etkilemekte ve arzu ettiği çalışan, yönetici, ara elemanın kimliğini ve niteliğini, öz çıkarları doğrultusunda yönlendirmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Campbell' e (1995) göre, toplumdaki farklı kesimlerin eğitimden beklentilerinin de farklı olması, eğitim kurumlarının yapısını ve örgütlenmesini karmaşık ve esnek hale getirmektedir. Hatta eğitim yöneticileri üzerinde, değişik baskı gruplarının oluşturduğu etkileme gücü ve eğitimin ülke çapına yayılmış olması da bu karışıklığı pekiştirmektedir.[12] Geçmişten günümüze Türk Eğitim Sistemi de tüm bu unsurlardan etkilenmiştir. Genel olarak eğitim sistemimizi, İslamiyet öncesi, İslamiyet'in kabulü ve Cumhuriyet sonrası gibi dönemlerde ele alınmaktadır. Bu dönemler arasında, eğitim anlayışları açısından, bazı farklılıklar görülse de, Çin, Hint, Fars, İslam, Yunan, Latin, Anadolu ve Mısır uygarlıklarının izleri görülmektedir. Farabi, İbni Sina, Gazali ve İbni Rüşd gibi düşünürlerin de, eğitim felsefemizin gelişiminde büyük etkisi olmuştur. Sözgelimi Farabi, İslamiyet ile Antik Yunan Felsefesini sentezlemiştir. Ona göre öğretim; kuramsal bilgi ve erdemlerin aktarılması, eğitim ise; ahlaki ve sanatsal erdemlerin kazandırılması olarak tanımlanmıştır.[13] İbni Sina, eğitimin doğumdan itibaren başlayan doğal bir süreç olduğuna dikkat çekmiştir. Eğitimin, düşünce, mesleki ve ahlaki eğitim olarak üç temelde verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[14] Gazali ise, eğitim kavramını, ilmi, dini ve mesleki becerilerin öğretilmesi olarak görmektedir. Osmanlı Devleti'nin eğitim politikaları da, Türk Eğitim Sistemi'nde önemli izler bırakmıştır. Neredeyse her mahalleye kurulan mektepler, halkın din eğitimini, ezbere dayalı olarak gerçekleştirmiştir. Ancak, şehzadelerin ve devşirme yöntemiyle seçilenlerin eğitimi için, özel kurumlar oluşturulmuştur. Bu kurumlar, İslam dini, İslam hukuku ve Arapça öğretimi yapan 'ge-

11 Gerald I. Gutek, Eğitimde Felsefi ve İdeolojik Yaklaşımlar. Çeviri: Doç Dr. Nesrin Kale. Ankara 2014, Ütopya Yayınevi, 3. Baskı, ss.352-353

12 Yahya K. Kaya, Eğitim Yönetimi Kuram ve Türkiye'deki Uygulama, Bilim Yayıncılık. Ankara 1999, 7. Baskı, ss. 45-46.

13 Yahya Akyüz, Türk Eğitim Tarihi, Pegem Yayınevi, Ankara, 2015, 28. Baskı, s. 14-15, Veysel Sönmez, Eğitim Felsefesi, Anı Yayıncılık, Ankara 1994, 11. Baskı s 155

14 Yahya Akyüz, Türk Eğitim Tarihi, Pegem Yayınevi, Ankara, 2015, 28. Baskı, s. 25

nel medreseler' ve çeşitli derecelerde olmak üzere edebiyat, ilahiyat, hukuk, tıp, matematik, doğa bilimleri vb. gibi dallarda uzmanlaşan 'ihtisas medreseleri' dir.[15] Medreselerde, 16. yüzyıl' ın sonuna kadar geometri, astronomi, felsefe, tarih, coğrafya, dilbilgisi gibi ilmi, kelam, fıkıh gibi dini dersler, birlikte verilmiştir. 17. ve 19. yüzyıllar arasında İslami derslerin ağırlığının artmasıyla eğitim anlayışında, 'Din Felsefesi ve Skolastik Düşünce' odağında geliştirilen bir felsefi bakış egemen olmuştur.[16] Dönemin en önemli felsefi yaklaşımları olan Essasicilik ve Daimicilik, eğitimi şekillendirmiştir. 19. yüzyıl' da Tanzimat, I. ve II. Meşruiyet dönemlerinde, eğitimin halka indirilerek, bilimsel bilgilerin işlendiği yeni bir eğitim sistemi kurulmaya çalışıldıysa da, toplumun yaşam biçimi, sosyal değerleri ve normlarıyla paralellik gösteremediği için amacına ulaşamamıştır. Cumhuriyet döneminde eğitim adına yapılan uygulamaların temel amacı, Osmanlı Devleti'nden kalan birçok okul türünü içinde barındıran sisteme, bütünlük kazandırmak ve Kemalizm temelinde bir eğitim felsefesi geliştirmektir. Bu felsefenin temel dayanakları, İlerlemecilik, Faydacılık, Olguculuk, İşlevselcilik, İnsancıllık, Gerçekçilik, Akılcılık gibi yaklaşımlardır.[17] Türk Eğitim tarihinde İsmail Hakkı Tonguç, Rauf İnan ve Hasan Ali Yücel'in önderliklerinde yeni bir eğitim hareketi başlatılmıştır. Bu hareketin, 'nasıl bir insan yetiştirmek istiyoruz?' sorusuna cevabı şu şekilde olmuştur: 'Sorgulayıcı, geliştirici, üretken bir bakış açısına sahip, evren ve doğa olayları karşısında akılcı davranan, toplumsal ve ekonomik yaşamda verimli, doğuştan getirdiği yeterliliklerini işe koşan, insani değerlere sahip olarak var olmayı başarabilen birey'.

17 Nisan 1940 tarihli ve 3803 sayılı yasa ile dönemin Eğitim Bakan'ı Hasan Âli Yücel tarafından kurulan 'Köy Enstitüleri'nde, 'tam donanımlı birey' yetiştirmek için, teorik ve pratik eğitim birlikte verilmiştir. Köy Enstitüleri modeli günümüzde, probleme dayalı öğrenme modeline ve Avrupa Birliği'nin mesleki eğitim alanında başlattığı, Leonardo Da Vinci sistemine çok benzemektedir. 1950 yılında Londra'da toplanan 'Asyalı Öğrenciler Konseyi' toplantısında konuşan UNESCO başkanı, Köy Enstitüleri'nden, "bütün gelişmekte olan ülkelere ör-

15 Yekta Demiralp, Erken Dönem Osmanlı Medreseleri (1300-1500).Doktora Tezi, Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1997.
16 Veysel Sönmez, Eğitim Felsefesi, Anı Yayıncılık, Ankara 2012, 11. Baskı ss 166-168.
17 Veysel Sönmez, Eğitim Felsefesi, Anı Yayıncılık, Ankara 2012, 11. Baskı, s 175-176.

nek olacak bir eğitim sistemi' olarak söz etmektedir. Ayrıca Birleşmiş Milletler eğitim dairesinde, Köy Enstitüleri ile ilgili birçok belgenin ve dokümanın olduğunu, tüm dünya ülkelerine örnek gösterildiğini vurgulamaktadır.[18] Ancak cumhuriyet dönemin toplumsal yaşamı, köylülerin topaklaştırılmasına ve karma eğitime karşı çıkanlar, ahlaki veya dini değerlerin yok edildiğini, kutsal zevklerden mahrum insanlar yetiştirildiğini[19] iddia edenler, bu okulların kapatılmasını istemiş ve desteklemişlerdir. 1950'lere kadar kendimize özgü geliştirdiğimiz bu eğitim sistemi, eğitime yön vermek isteyen politikacıların tamamen kaldırma ve yeni baştan düzenleme eğilimleri ile eğitim bilimcilerin eksikliklerini tamamlama, yanlışlarını düzeltme eğilimleri arasında hep bir çekişmeye konu olmuştur. Günümüzde dahi, politikacılar ve eğitim bilimcilerin, eğitimden beklentiler konusunda bir uzlaşma içinde olduklarını söylemek zordur. Eğitim sistemimiz, Amerikan Eğitim Sistemi'nin Faydacılık, Avrupa Birliği'nin Yapılandırmacılık yaklaşımlarının temelinde, bütünlüğü olamayan, kısır ve eksik bir felsefi yaklaşıma dayandırılmıştır. Eğitim sistemimizde, özellikle yakın zamanda, ardı ardına yapılan değişiklikler, sosyal adalet ve liyakatin göz ardı edildiği görevlendirmeler, eylemlerimize bir değer katan, 'doğru ve iyi' olana göre hareket etmediğimizi göstermektedir. Eğitim sisteminde siyasi görüşlere göre yapılan değişiklikler, eğitimi bir bütün olarak algılayamadığımızı göstermektedir. Hatta bilimsel verilerden çok, sağ ya da sol görüşlü bireylerin öznel yorumlarıyla hareket edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dahası, eğitim sistemimizin 'eğitim uzmanlarınca' değil, daha çok bu öznel yorumları yapan veya kulak veren 'politikacılarca' şekillendirildiğini de söyleyebiliriz. Politikacılar eğitimin tam da merkezine yerleşmiştir. Oysa Türk Eğitim Tarihi düşünsel, örgütsel, yönetsel ve uygulama anlamında oldukça geniş bir bilgi ve deneyime sahip bulunmaktadır.[20] Bugün, günlük siyasetin üstünde, felsefi bir yaklaşımla oluşturulan, çağın eğitimsel değerlerine uygun, bilimsel veriler, toplumsal yapı, konjonktürel değişkenler göz

---

18 İbrahim Ortaş, "Ülkemizin kaçırdığı en büyük eğitim projesi: Köy enstitüleri", Pivolka 2005,Yıl: 4 Sayı:17, ss.3- 5, www.elyadal.org adresinden 06.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

19 Yalçın Kaya, . Köy Enstitüleri "Antigone'den Mızraklı İlmihal'e. Tiglat Matbaacılık, İstanbul 2001, Cilt 2, ss 199, 201, 206, 208.

20 Yahya Akyüz, Türk Eğitim Tarihi, Alfa Yayınları, İstanbul 2001,8. Baskı, ss 437-438.

önünde bulundurularak belirlenen ve iktidarlara göre değişmeyen, felsefi etiğe, demokratik, laik 'Eğitim Politikaları' na duyulan ihtiyaç daha çok öne çıkmaktadır.

T. Kuhn, kabul görmüş inançlar bütününe veya sorunların nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin hemfikir olan geleneklere 'paradigma (değerler dizisi)' adını vermektedir. Paradigmalar bilim insanlarına nasıl bir yöntem izleyeceklerini belirlemelerine yardımcı olmaktadır.[21] Bu bir bakış açısıdır. Ona göre, sisteme bakışımızı yansıttığımız paradigmaların değişimi, öğrenmek istediklerimize yaklaşımımızı ve ürettiklerimizi de değiştirmektedir. Görünen odur ki yeni yüzyılın eğitim anlayışında, eğitime ilişkin paradigmalar ve değerler dizisi, dönüşüme uğramıştır. Eğitim alanında Avrupa Birliği'nin yeni paradigması, üye ülkelere eğitim alanında belli bir modeli uygulama zorunluluğundan çok, kendi sosyo-ekonomik yapılarına uygun düzenlemeler yapma konusunda serbestlik tanımadır. Ayrıca, Avrupa Birliği, üye ülkelerin ulusal eğitim sistemlerinin bütünleştirilmesinden ziyade uyumlulaştırılmasını amaçlamaktadır.[22] Ekonomik ve siyasi bütünleşmenin bir gereği olarak, Avrupa Birliği'nin eğitim politikası, çok dilli, çok kültürlü ama yaşam alanında ortak değerlere sahip 'Avrupa vatandaşı' yetiştirme olarak tanımlanmıştır.[23] Dolayısıyla eğitimde bu yeni paradigmanın yeni değerleri; herkes için eşitlik, adalet ve özgürlük isteyebilen, evrensel etik değerlere sahip ve her türlü insan hakları ihlallerine duyarlı, hukukun üstünlüğüne, savunma hakkının gerekliliğine inanan bireyin yetiştirilmesidir. Devletin daha güçlü bir şekilde varlığını sürdürmesi, toplumun birlik beraberlik içinde hareket ederek, kendi sorunlarını çözebilen bir yapıya kavuşması, herkesin düşüncelerini özgürce ifade edebileceği demokratik ortamın korunması ve bireyin sahip olduğu hakları hukuk sistemi içinde kalarak savunmayı öğrenmesi için, eğitim sistemi evrensel ilkelerle düzenlenmelidir. Çağdaş devlet ve modern bir ulus olma yolunda, demokratik, laik ve hukuk devletinin korunması gerekmektedir. Günümüzde, demok-

---

21 Bilal Güneş, "Paradigma Kavramı Işığında Bilimsel Devrimlerin Yapısı ve Bilim Savaşları", *Türk Eğitim Bilimleri Dergisi*, Ankara, 2003 Cilt:1, Sayı:1, ss.26-31

22 Gökhan Tuzcu (2002). "Avrupa Birliği Geçiş Sürecinde Türk Eğitiminin Planlanması", *Milli Eğitim Dergisi*, ss.155-156

23 Mustafa Sağlam, Fatma Özüdoğru, Funda Çıray, "Avrupa Birliği Eğitim Politikaları ve Türk Eğitim Sistemine Etkileri", *Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Eğitim Fakültesi Dergisi*, Aralık 2011, Cilt VIII, Sayı:I, s.91

ratik, laik ve hukuk devletinin teminatı için, 'nasıl bir birey yetiştirmeliyiz?' sorusuna verdiğimiz cevaplar arasında şu niteliklere sahip bireyler aklımıza gelmelidir:

- Evrensel etik değerlere sahip birey,
- Demokratik birey,
- İnsan haklarına saygılı birey,
- Laik birey,
- Hukuk düzeninin temsilcisi birey,
- Doğa, toplum ve çevre sorunlarına duyarlı, aktif birey,
- Bilgi, beceri, hizmet üreten ekonomik birey.

Çağdaş bir toplumsal düzenin geliştirilmesinde eğitim, en önemli sosyal kurumlardan biridir. Eğitimin çağdaşlaşması, modernleşmesi, kapsamlı ve tutarlı bir eğitim sisteminin geliştirilmesine bağlıdır. Böyle bir eğitim sisteminin planlanması ilk olarak; eğitimin amacı, kapsamı, öğretme yöntem ve teknikleri, ölçme, değerlendirme ilke ve yöntemleri, eğitimde rolü olan kişilerin görev ve sorumlulukları gibi alanlarda, felsefi bir yaklaşıma sahip olmayı gerektirmektedir. Bu felsefi yaklaşım eğitimi, bir sistem olarak, dolayısıyla bir bütün olarak algılamaya yardımcı olacaktır. İkinci olarak, çağdaş bir eğitim sisteminin kurulmasında eğitim felsefecileri ile eğitim bilimleri uzmanları ve uygulayıcıları birlikte hareket etmelidir. Çünkü Eğitim Felsefesi; 'Kim, neden, nerede, ne kadar süreyle, nasıl eğitilmeli ve değerlendirilmelidir?' gibi sorularla, sisteme yön veren temel ilkelerin belirlenmesini sağlamaktadır. Eğitim Bilimleri ise; 'Kime, nerede, ne oranda ihtiyaç vardır? Mesleklere ilişkin yeterlilikler nelerdir? Eğitim görevlilerinin görev tanımları nasıldır? Eğitim görevlilerini nasıl yetiştirmekte ve nasıl geliştirmekteyiz? Eğitimimizi hangi ölçütlere göre değerlendirmekteyiz?' gibi sorularla, eğitimle ilgili varolan durumu ortaya koymaktadır. Felsefi bakış, eğitime bütünsel, eleştirel, kapsamlı bir yaklaşım sağlayarak, geleceği öngörmemizi sağlamaktadır. Bu nedenle felsefi bakış, soruları 'Mesleklere ilişkin yeterlilik alanları neler olmalıdır? Eğitim görevlilerinin, görev tanımları nasıl olmalıdır? Eğitim görevlilerini nasıl yetiştirmeli ve nasıl geliştirmeliyiz? Eğitimimizi hangi ölçütlere göre değerlendirmeliyiz?' şeklinde sorarak, olması ge-

rekenleri görmemize ve varolan durumu geliştirmemize önderlik etmektedir. Eğitim Felsefesi, eğitim sürecinin amaç, içerik, süreç ve çıktılarının nasıl oluşturulacağı, işleneceği ve değerlendirileceğine ilişkin disiplinler arası bir eşgüdüm sağlamaktadır.[24] Eğitim Felsefesi; Eğitim Politikaları, Eğitim Programları, Eğitimde Ölçme ve Değerlendirme, Öğretmen Yetiştirme, Eğitim Yönetimi, Eğitim Denetimi gibi eğitim bilimi dallarına yön vermektedir. Bir eğitim felsefemiz olmadan, ülkemiz koşullarına uygun ve aynı zamanda evrensel değerleri yakalamış bir eğitim sistemi geliştirmemiz mümkün görünmemektedir. Ayrıca, bir eğitim felsefemiz olmadan Okul Geliştirme, Kurumsal Kültür Yaratma, Meslek Etik İlkelerini Geliştirme, Kurumsal Etkililik, Eğitimde Liderlik, Yönetici Atama, Personel Değerlendirme gibi eğitim uygulamalarında arzulanan başarıyı ya da etkililiği yakalamamızda, rastlantıya bırakılmış olacaktır. Eğitim felsefesi, eğitim planlayıcıları ve uygulayıcıları açısından yönlendirici bir öğretimdir.[25] Eğitime ilişkin felsefi bakışımız, eğitimin genel ve özel amaçlarının belirlenmesini, öğretmen stratejilerinin geliştirilmesini, öğrenci, öğretmen, yönetici, okul değerlendirme ilkelerinin oluşturulmasını sağlayan temel bir belirleyicidir. Eğitim sistemiyle ulaşmak istediğimiz vizyonun geliştirilmesinde, eğitim örgütlerinin misyonlarının belirlenmesinde, eğitimsel amaçların ve kazanımların saptanmasında uzmanlık bilgisinin üstünde, daha bütünsel ve ileri görüşlü bir yaklaşıma ihtiyaç vardır. Bu nedenlerle eğitim felsefesi ve eğitim bilimleri, bir bütünün ayrılmaz parçaları durumundadır. Biri olmadan diğeriyle yola çıkmak, eksik ve sorunlar yaratabilecek uygulamalara yol açacaktır. O halde şimdi, eğitim felsefesi açısından, 'doğru' ve 'doğru yetiştirmek' kavramlarını, nasıl ele almamız gerektiğini değerlendirebiliriz.

Eğitim Felsefesi Açısından 'Doğru' ve 'Doğru Yetiştirmek' Kavramları

Eğitim, sistemli ve planlı bir şekilde okul çağında başlamaktadır. Çoğu ülkede çocuğun okulda geçirdiği süre, evde geçirdiği süreden

---

24 Turan A. Erkılıç, Felsefi Akımlar ve Eğitim Felsefesi Akımları, Boyacı, A. (Editör) Eğitim Sosyolojisi ve Felsefesi, Anadolu Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Bölümü Yayını, No: 973, Eskişehir 2008, s.3

25 Saffet Bilhan, "Eğitim Felsefesi" Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları, No:164 Ankara 1991

daha fazladır. Ancak öğrencilerin okulda geçirdikleri süre ile öğrenme başarısı arasında, anlamlı bir ilişki görülmemiştir. Akademik başarı, okulda geçirilen sürenin nitelikli hale gelmesine, okula devam oranına, topluma uyuma ve sosyalleşmeye bağlı olarak artmaktadır. [26] Nitekim çocukların suça sürüklenmesinde en önemli nedenler arasında topluma uyum sorunları, başarısızlık, okula devamsızlık ve akran gruplarının etkisi yer almaktadır.[27] Eğitim yoluyla, öğrencilerin doğuştan getirdikleri donatıları geliştirilmekte, bilgi ya da beceriler kazanarak ve üreterek, mesleki bir yeterlilik kazanmaları sağlanmaktadır. Ayrıca, öğrencilerin hayata dair değerler ve anlamlar yüklemelerine, evrensel ahlaki ilkeleri özümsemelerine rehberlik edilmektedir. Etik açıdan ideal olan eğitimin tüm bu sorumlulukları üstlenmesidir.[28] O halde eğitim kavramına bu bütünselliği sağlayacak olan temel özellik, ahlaki anlayış mı yoksa evrensel etik ilkeler mi olmalıdır?

Frolov'a (1997) göre ahlak, toplumun gereksinim ve çıkarları doğrultusunda, alışkanlık, gelenek ve törelerinin gücüyle, kendiliğinden genel kabul görerek biçimlenen, yasaklamaları ve değerlendirmelerini kapsamaktadır.[29] Etik (Felsefi Etik veya Ahlak Felsefesi) ise, insan eylemlerini değerlendirirken, 'iyi ya da doğru' sonucuna ulaşabilmek için, temel ölçüt olarak 'evrensel ahlaki ilkeleri' kullanmaktadır. Buradaki 'evrensel' kavramının anlamı, herkes tarafından kabul edilmesi veya geçerli olması değil, her insanın ve bütün insanların görmesi ve göstermesi gereken muamele[30]'dir. Bu yönüyle ahlak; kişisel ya da toplumsal, diğer taraftan felsefi etik ise; evrensel değerler ve doğrular üzerinde, eylemlerimizi açıklamaya ve değerlendirmeye çalışmaktadır.[31] Bir bilgi dalı olarak etik, eylemi yapan ile eylem arasındaki iliş-

---

26 Feyyat Gökçe, "Öğretmen ve Velilerin, Öğrencilerin Okulda Geçirdikleri Zaman, Ders ve Dinlenme Süreleri ile Tatiller ve Okul Dönemleri Konusundaki Görüşleri", *Kuram ve Uygulamada Eğitim Bilimleri Dergisi*, Ankara 2012, Güz/12(4), ss 2541-2560

27 Sevda Uluğtekin, Hükümlü Çocuk ve Yeniden Toplumsallaşma, Bizim Büro Basımevi, Ankara 1991, ss 40-47

28 Ray Billington, Felsefeyi Yaşamak. (Çev. A. Yılmaz). Ayrıntı Yayınları,.İstanbul 2. Baskı 2011, s 393.

29 İnayet Aydın, Eğitim ve Öğretimde Etik, Pegem A Yayıncılık, Ankara 2016, 8. Baskı, s 14

30 İoanna Kuçuradi, "Etik ve Etikler", Türkiye Mühendislik Haberleri Dergisi, Ankara 2003, Sayı 423, s 7.

31 Ahmet Aslan, Felsefeye Giriş. Adres Yayınları,.Ankara 2013, 16. Baskı, s 118-120.

kiyi felsefi olarak ele alan, tüm mesleki etik ilkelerin üstünde, ortak payda konumunda olan 'felsefi etik' i[32] işaret etmektedir. Felsefi etik, eğitim sistemine ruh veren mesleki etik ilkeleri, eğitim örgütlerinin işleyişini, eğitim ortamlarının düzenlenişini, sosyal etkinliklerin yürütülmesini ve yönetici, öğretmen, öğrenci, veli, çevre ilişkilerinin dayandığı temel ilkeleri belirlemektedir. Felsefi etik, evrensel bir etik duruşu oluşturmanın asgari koşullarını normlara göre değil, en büyük değer olan 'insan onuruna'[33] göre belirlememizi sağlamaktadır. Felsefi etik, hem 'ahlaki olanı ya da eylemi ve değerleri' betimlemekte ve bu eylem ya da değerlerin neler olduğuna ilişkin bilgi vermekte, hem de bireysel sorumluluklar veya kişilerarası ilişkiler söz konusu olduğunda karar verici, dönüştürücü ve buyurucu olmaktadır.[34] Tüm eğitim sistemine hâkim olması gereken bakış 'ahlak' temelli olursa, 'doğru' kavramı da, 'doğru yetiştirmek' eylemi de, toplumsal ya da kişisel yaklaşımlara göre öznel anlamlar kazanacaktır. Olması gerektiği gibi bu bakış, etik temelli olursa, 'doğru' kavramı da, 'doğru yetiştirmek' eylemi de, evrensel, insani ilke ve değerler ışığında eğitim uygulamalarına yön verecektir. Bu durumda ahlak, 'doğru ve doğru yetiştirmek' kavramlarını özel, bireysel ve farklı çözümlerle ele alacaktır. Etik ise 'doğru ve doğru yetiştirmek' kavramlarını önce teorik ve epistemolojik olarak ele alarak, uygulamada karşılaşılan sorunlara 'herkes için, her yerde, her zaman' geçerli olabilecek, kavramsal bilgi kaynaklı bir bakış geliştirmeye çalışacaktır. 'Doğru eylem nedir?' sorusuna epistemolojik yaklaşımı olmayan bir bireyin, 'doğru yetiştirmek nasıl olur?' sorusuna cevabı her olay için farklı olacaktır. Çünkü belirli, somut ve eşsiz olan durumlara ilişkin bireyin fikri ve eylemi, ya o an geçerli veya her durumda değişebilir normlara ya da duygularına göre farklılık gösterecektir. Bu durumda, toplumun diğer bireyleri üzerinde 'sosyal adalet' anlayışı da zedelenmiş olacaktır. Eğitimcilerin, eğitimle ilgili, 'doğru olana' ve 'doğru yetiştirme' ye ilişkin bildikleri veya bilgi-

---

32 Betül Çotuksöken, "Felsefe Açısından Etik:Tanımlar- Sınırlar", *Türkiye Mühendislik Haberleri Dergisi,* Ankara 2003, Sayı 423, s. 13.

33 İoanna Kuçuradi," Felsefe ve Etik". Yunus Aran Birlikteliği Konferansı, İstanbul 2004, http://www.yunusaran.org/felsefe-ve-etik, adresinden 26.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

34 Betül Çotuksöken, "Felsefe Açısından Etik: Tanımlar- Sınırlar", *Türkiye Mühendislik Haberleri Dergisi,* Ankara 2003, Sayı 423, s. 14.

leri, dini veya siyasi görüşlerinden bağımsız, evrensel nitelikte olmak zorundadır. Peki, bu mümkün müdür?

Kant'a göre, teorik akıl nedensellik kategorisine göre, pratik akıl ise insansal çatışmaları düzenleyici ilkelerle hareket etmektedir. Başka bir deyişle teorik etik, bireyin 'doğru' nesnesine bakışını, 'doğru davranışı' değerlendirme ölçütlerini, pratik etik ise düşünce de var olan bu bilginin günlük yaşama nasıl uygulandığını, tutum ve davranışlara nasıl yansıdığını göstermektedir. Bu nedenle bir kişinin ya da bir eylemin doğru değerlendirilmesi, 'doğru' kavramına ait bilginin, 'herkesçe kabul edilen' ve 'herkes için isteyebileceği' olarak evrenselleştirilmesine bağlıdır. Dolayısıyla 'doğru yetiştirmek', ödeve ve normlara uygun davranmak değil, ödevden doğan değerlere uygun davranmakla gerçekleşecektir.[35] Sözgelimi bir eğitimci veya eğitim yöneticisi, eğitim işlerini yönetmeliklere uygun yapması gerektiğini düşündüğünde ve yaptığında mı etik davranmış olur, yoksa işinin gereklerini yerine getirirken, vicdanı ya da iyi niyeti doğrultusunda insan haklarını gözeterek ve insan onuruna saygı duyarak davrandığında mı? Başka bir deyişle, kurallara uygun davranmak mı, yoksa insan onuruna bağlılık mı, bizi, daha ahlaklı ya da daha doğru kılmaktadır?

Aritoteles, ahlak teorisini çok tartışılan 'zoon politikon' (insan sosyal politik bir hayvandır) kavramı üzerinde filizlendirirken, 'doğru' olanı görebilmeyi toplumsal ahlakın tam ortasına yerleştirmektedir. 'İki uç nokta arasındaki orta yolu bulma' becerisinin öğretilebileceğini, 'doğru yetiştirme' nin de bu olduğunu ifade etmektedir. Farabi de, 'doğru yetiştirmeyi', bireysel 'doğru' ların, toplumsal 'doğru' lara sağladığı katkı paralelinde değerlendirmektedir.[36] Farabi'nin ahlak teorisinin en önemli kavramı olan 'erdem', eğitimle geliştirilen ussal düşüncenin ve bireyin iradesiyle seçtiği iyi eylemlerinin bir sonucudur. Ona göre eğitimin amacı, erdemli insanlar yetiştirmektir. Bu nedenle mutluluğu bulan ve bireyi topluma yararlı hale getiren bir eğitim an-

35 Ülker Öktem, "Kant Ahlakı", *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi*, Cilt: 18, Ankara 2007, ss. 11-22, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/34/922/11498.pdf, adresinden 15.10.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

36 Murat Satıcı, "Teori ve Pratik Arasında Aristoteles Üzerine". Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar, Yıl 2013 Temmuz, Sayı 6 (2), ss.19-50

layışı geliştirilmelidir.[37] Öte taraftan Bergson için bilinç, kendimize ait farkındalığımızı yükseltmekte, ancak zaman ve mekan içinde anlam kazandığı için bazen bizi yanıltabilmektedir. İnsanın içinden gelen bir düşünme eylemi olan 'sezgi', bilinç ile birlikte hareket ettiğinde, yaratıcılığımızı ve anlama gücümüzü artırmaktadır. Ona göre, 'doğru' olanı, zekâ ya da bilinçle birlikte yola çıkan ama ondan daha üstün bir şey olan 'sezgi' ile anlamlandırabilmekteyiz.[38] O halde, Bergson, 'doğru yetiştirme' kavramını, 'özsel ben' imizin gerçek dünyayı algılayabilmesi için, özgür bırakılması olarak ele almaktadır.

İslam felsefesi açısından, insan nefsinin güzel ve övgüye değer bir yapı kazanması 'doğru' olanı eylemesine bağlıdır. İbn-i Sina ve Tusi' ye göre insan aklı, kendi nefsinin işlevleri hakkında düşünme kuvvesine doğuştan sahiptir. Teorik akıl, kendi üstündeki prensiple irtibat kurarak ve ondan istifade ederek 'doğru' olanı bulmakta, pratik akıl ise 'cüzi irade' yle bedeni eyleme yönlendirmektedir. Başka bir ifadeyle, teorik alandaki nefsin yetkinleşmesi (ki bu eğitimle mümkündür), pratik aklın bilfiil geçekleştirdiği eylemleri güzelleştirmekte, iyileştirmekte ve insanı mutluluğa götürmektedir. Ancak 'mutluluk', ayrı ayrı her bir insana has, öznel bir değer iken, 'doğru veya iyi' bütün insanların yöneldiği ortak ve nesnel bir değerdir ve teorik ahlakın merkezinde yer almaktadır.[39] Sonuç olarak Tasavvuf felsefesinde, insanı ahlaklı olmaya götüren yol, akli olarak 'doğru' yu görmek, gönül olarak 'doğru' yu yaşamaktan geçmektedir. Mevlana, Hacı Bektaşi Veli, Yunus Emre gibi mutasavvıflar için Tanrı'ya ulaşmanın gizemli yolunda, 'hoşgörü, adalet, alçakgönüllülük' gibi evrensel etik ilke ve değerlerin öğrenilmesi ve yaşama uygulanması, 'doğru yetiştirme' ye bağlıdır.

Eğitim hukuku açısından 'doğru yetiştirme', uluslararası alanda, tüm dünya ülkeleri arasında bir işbirliğini gerektirmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (1950), üye devletlerarasında sıkı bir işbirliği için, insan hakları ve temel özgürlükleri korumanın ve geliştirmenin zorunlu olduğunu vurgulanmaktadır. Bu nedenle Sözleş-

---

37 Yahya Akyüz, Türk Eğitim Tarihi, Alfa Yayınları, İstanbul 2001, ss. 23-24

38 Ayşe Eroğlu, "Henri Bergson'da Bilinç Sezgi İlişkisi", *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi,* Aralık 2012, Sayı 27, ss.81-102

39 Murat Demirkol, "İslam Ahlak Felsefesinde Erdem Kavramı". *International Journal of Science Culture and Sport*. Yıl 2014, Haziran Sayısı, s 266-283. http://www.iscsjournal.com/ adresinden 26.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

me metnine 1952 yılında ek bir protokol konularak, 2. maddede eğitim hakkından kimsenin yoksun bırakılamayacağı, devletin eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ailenin kendi dini ve felsefi inançlarına saygı duyulmasının da önemli olduğu belirtilmiştir.[40]

Eğitim hukuku açısından bir diğer önemli nokta, 'doğru yetiştirme' kavramının uluslararası boyutta, bazı kazanımların bireylere aktarılması veya içselleştirilmesi olarak tanımlanması gerekliliğidir. Bu nedenle, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 28. maddesine baktığımızda, taraf olan ülkelerde, çocuk eğitiminin, fırsat eşitliğini gözeterek ve insan olarak taşıdığı saygınlıkla bağdaşır biçimde verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. 29. Maddede, çocuğun kişiliğinin, zihinsel ve bedensel yeteneklerinin ve insan haklarına - temel özgürlüklere saygısının geliştirilmesinin gerektiği ortaya koyulmaktadır. Bunun yanı sıra, çocuğun ana ve babasına, kültürel kimliğine, dil ve değerlerine, çocuğun yaşadığı veya geldiği menşe ülkenin ulusal değerlerine ve kendisininkinden farklı uygarlıklara saygısının geliştirilmesinden de söz edilmektedir. Ayrıca, 'doğru yetiştirme' kavramına evrensel bir nitelik katarak, 'doğal çevreye saygı duyarak, barış, hoşgörü, cinsler arası eşitlik ve etnik, ulusal, dini gruplar, yerli halk ve tüm insanlar arasında dostluk ruhuyla, özgür bir toplumda, yaşantıyı, sorumlulukla üstlenecek şekilde hazırlanmasına da dikkat çekilmektedir.[41]

Anlaşılan odur ki eğitim söz konusu olduğunda 'doğru' kavramı niteliklere işaret etmektedir. Eğitim, 'doğru ya da nitelikli yetiştirme ve geliştirme' işlevini yerine getirirken, yerel düzeyde birey için milli değerlerin içselleştirilmesi kadar, evrensel boyutta etik, demokratik ve laik, dünya yurttaşlığı bilincini de kazandırmalıdır. O halde bu nasıl mümkün olacaktır? Birey ve Hukuk Devleti ile etik, demokratik ve laik kavramları arasındaki nasıl bir ilişki kurulmalıdır? Bu kavramlar bireye nasıl kazandırılmalıdır?

---

40 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, adresinden 25.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

41 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23d.html adresinden 25.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Birey ve Hukuk Devleti ile Etik, Demokratik ve Laik Kavramları Arasındaki İlişki

Türk Dil Kurumu Sözlüğü' ne göre birey, kendine özgü nitelikleri yitirmeden bölünemeyen tek varlık, fert olarak tanımlanmaktadır. Toplumbilim (sosyoloji) açısından birey, toplumları oluşturan ve düşünsel, duygusal, iradeyle ilgili nitelikleri toplum içinde belirlenen insanların her biridir.[42] Çağdaş felsefe akımlarına göre birey, yaşamı boyunca özünü gerçekleştirmeye çalışan kişidir. Örneğin Varoluşçuluk Felsefesi' nin kurucusu olarak kabul edilen Kierkegaard' göre insanı birey yapan, kendi özünü, gerçek yaşamda yaptığı özgür seçimleriyle ortaya koymasıdır.[43]

Günümüz dünyasının 'birey' kavramı, 'sosyal bir varlık olarak insan' dan çok daha farklı karşımıza çıkmaktadır. Küreselleşme olgusu gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkeleri etkilemektedir. Küreselleşme, zaman ve mekân kavramlarının öneminin en aza indiği, ulusların ve bireylerin yakınlaştığı, kültürel etkileşimin sınır tanımadığı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Küreselleşme üzerine ortak bir tanım vermek oldukça zordur. Ancak, genel bir çerçevede birleşmekte mümkündür. Küreselleşme, ülkelerin ekonomik olarak karşılıklı bağımlı hale geldikleri, bilgi ve iletişim teknolojisinin güçlendiği, meşru siyasi, ekonomik ve endüstriyel eylemleri birbirinden ayıran sınırların yeniden çizildiği, yetki devrini içeren apolitikleştirme hareketinin başladığı, politik ve ekonomik etkilerin birleşiminden doğan bir dizi karmaşık süreçtir.[44] Küreselleşmeyle birlikte, bireylerin, ulusların ya da devletlerin aldıkları kararlar, olumlu ya da olumsuz birbirlerini etkilemektedir. Örneğin bugünün siyasi iktidarlarını seçen bireyler, ülkenin iç ve dış politikalarının belirlenmesinde sorumluluk sahibidir. Öte yandan küreselleşmenin kötü etkilerinden de söz edilmektedir. Sözgelimi küreselleşme sosyo-ekonomik boyutuyla ele alındığında, işgücü piyasaları arasındaki dengeleri ve sosyal eşitliği bozduğu, işsizlik, kayıt dışı çalışma ve yoksulluğu arttırdığı, yoksulluğun yaygın-

---

42 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index, adresinden, 10.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

43 Vedat Çelebi, "Kierkegaard'ın Varoluş Felsefesi ve Varoluş Evreleri", *Nevşehir Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü Araştırma Dergisi,* Eylül 2011, Sayı 18, ss.71-72

44 Oğul Zengingönül, "Nedir Bu Küreselleşme? Kaçabilir miyiz? Kullanabilir miyiz?", *Siyasa*, Yıl:1, Sayı:1, Bahar 2005, ss. 87-89

laştırdığı söylenilmektedir.[45] Peki, küreselleşmenin olumsuz etkilerini, olumlu şekle nasıl çevirebiliriz? Elbette, birey ve toplum açısından, küreselleşmenin etkilerini olumluya döndürebilmenin en önemli yolu eğitimdir. Garner'a göre (2002) bunu yapabilmek için eğitim açısından göz önünde bulundurulması gereken önemli unsurlar vardır:[46]

- Hızlı gelişen teknoloji ve bilgi birikimi karşısında yaşam boyu eğitimin planlanması,
- Bireylerin öğrenmeyi öğrenme becerileri geliştirilmeli,
- Eleştirel düşünmeye, iletişime ve sorun çözme becerilerine odaklanmalı,
- Eğitim sistemi öğrencilere küresel bir vatandaşlık kazandırmalı,
- Eğitim, bireyler ve örgütler arasında ortaklıklar kurabilmelidir.

Bilgi toplumunda bireye öncelik verilmektedir. Bireyden aklını kullanması, yeteneklerini ve yaratıcılığını sergilemesi, yaşamın nesnesi değil öznesi olarak toplumda iyi bir sosyal konuma sahip olması beklenmektedir. [47] Bununla birlikte, bireylerin yaratıcı, sorgulayıcı, düşünen ve üretebilen insanlar olmaları arzu edilmektedir. Eğitim örgütleri, yaratıcı ve yenilikçi insanlar yetiştirmeyi amaç edinerek, bilgiye ulaşma yollarını bireylere kazandırmalıdır.[48] Bilgi toplumunun bireyi, birikimli, sürekli öğrenmeye odaklı, çevresiyle etkileşim içinde, işbirliğine yatkın, sosyal bir kişilik geliştirmiş insandır.[49] Küreselleşen dünya göz önüne alındığında, birey, 'bilen, bildiklerine yenilik katan, etkileşirken sosyalleşen, sosyalleşirken evrenselleşen, yerelliğini koruyarak küreselleşen bir varlık' olmaktadır. Bugünün koşulları içinde sosyal seçime (sosyal seleksiyon) uğramadan, kendini var etmeye çalışan bireyden artık, sadece verdiklerimizi ezberlemesi ve verdiğimiz şekilde bize geri bildirimde bulunmasını istemek, günümüzün eğitim

45 Aysen Tokol, Yusuf Alper, Sosyal Politika, Dora Yayıncılık, 5. Baskı, Bursa 2014, ss. 49-51

46 Temel Çalık, Feriudun Sezgin, "Küreselleşme, Bilgi Toplumu ve Eğitim", *Kastamonu Eğitim Dergisi*, Mart 2005, Cilt 13, No 1, s. 61

47 Okan Sarıgöz, "Bilgi Toplumunun Eleştirisi ve Türkiye'de Modern Eğitimin Gerçekleştiremedikleri", Electronic Journal of Vocational Colleges, Mayıs 2012, s.78

48 Temel Çalık, Feriudun Sezgin, "Küreselleşme, Bilgi Toplumu ve Eğitim", *Kastamonu Eğitim Dergisi,* Mart 2005, Cilt 13, No 1, s. 61

49 Hüsnü Erkan, Bilgi Toplumu ve Ekonomik Gelişme, ab. org.tr/ab06/bildiri/236. do, adresinden 10.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

değerleriyle bağdaşmamaktadır. 21. yüzyıl eğitim yaklaşımlarında, 'öğrenci' kavramı bile, yerini 'öğrenen' kavramına bırakmış değil midir? Nedir aradaki fark? Bunun için önce 'eğitim' kavramının batı ve doğu kültürlerinde nasıl anlaşıldığına bakmak gerekmektedir. Çünkü sosyal kültürler, dil ile biçimlenmektedir. Wittgenstein'a göre, dil ile nesne veya dil ile bireyin dünyaya bakışı, olguları anlayışı arasında sonsuz çeşitlilikte olan hayat formlarının yansımaları ve hatta dil oyunları vardır[50]. Bu nedenle dil, gerçeğin ve insani bakış mantığının bir göstergesidir. Dil ile varlık bulan kültür, 'eğitim' anlayışımızı, gerçekleri anlama mantığımızı ve planlamalarımızı etkilemektedir. 'Eğitim', insan yaşamının en değerli olgularından biridir. Bu olguya yaklaşımımız, onu nasıl şekillendireceğimizin ipuçlarını vermektedir. Batı kültürünün en çok konuşulan dili olarak İngilizce'de, 'education' sözcüğü, Latince bir kökten türeyerek, 'educare' ve 'educere' sözcüklerinin bir türevi olarak karşımıza çıkmaktadır. 'Educare', öğreneni özel bir beceriyle donatma ve bir işe ya da mesleğe yönelik becerileri kazandırma olarak tanımlanmaktadır. 'Educere' ise, öğrencinin, dünyayı ve kendini keşfetmesi, kişisel özerkliğini koruyarak gelişmesi ve yetkinleşmesine yardımcı olmak anlamını taşımaktadır. Türk kültüründe 'eğitim' kavramı, 1940'lardan beri, Arapça' dan gelen maarif, tedrisat, talim ve terbiye gibi sözcüklere karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır.[51] 'Terbiye' kelimesinden; bakma, besleme, büyütme, edep öğretme, görgü, 'talim' kelimesinden; alıştırma, öğrenilenleri hayata geçirme, 'maarif ve tedrisat' kelimelerinden; öğretim ve bilgilendirme gibi anlamlar anlaşılmaktadır.[52] Türk Dil Kurumu 'eğitim' kavramını, çocukların ve gençlerin toplum yaşayışında yerlerini almaları için gerekli bilgi, beceri ve anlayışları elde etmelerine, kişiliklerini geliştirmelerine okul içinde veya dışında, doğrudan veya dolaylı yardım etme, terbiye olarak tanımlamaktadır.[53] Sosyal bilimlerde kavramlara yüklenen anlamlar, kültürel, tarihsel ve felsefi yaklaşımların bir ürünü

---

50 Ludwig Wittengenstein, Felsefi Soruşturmalar, çev. Haluk Barışcan, Metis Yayınları, İstanbul (2014), ss. 20-32.

51 İbrahim Ethem Başaran, Eğitim Bilimine Giriş, Ekinoks Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2007, s.31

52 Ahmet Yayla, "Eğitim Kavramının Etik Açıdan Analizi" Yüzüncü Yıl Üniversitesi, *Eğitim Fakültesi Dergisi*, Van 2005, Cilt:I1, Sayı:1 http://efdergi.yyu.edu.tr, adresinden, 10.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

53 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index, adresinden, 10.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

olarak görülmektedir. Bu nedenle 'eğitim' kavramının analizi, aslında kavramın arkasındaki gerçekliği nasıl anladığımızı ortaya çıkarmaktadır. 'Eğitim' kavramına yüklediğimiz anlamlar, 'eğitim' olgusuna yaklaşımımızı göstermektedir. Diğer yandan 'eğitim' olgusunun en temel unsuru olan, 'öğrenci' kavramının taşıdığı anlamın, hangi felsefi yaklaşımın ürünü olduğunu tartışmakta önemlidir. Aydınlanma çağına kadar, 'öğrenci', yetiştirilmesi gereken pasif bir özne olarak kabul edilmiştir. Aydınlanma çağından sonra ve özellikle bilgi çağı olarak adlandırılan günümüzde ise 'öğrenci', doğuştan getirdiği 'özünü veya benliğini bozmadan, kendini, hayatını ve dünyayı, kendisi için yeniden anlamlandırarak değerli kılan ve kendine özgü öğrenme becerileri olan aktif bir özne olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda eğitimi, eğiten ya da öğretmen ve eğitilen ya da öğrenci kavramları arasındaki ilişkiyi, yeniden ele almamız gerekmektedir. Konuyu bu açıdan ele aldığımızda, eğitim sözcüğüne; 'eğitenin, eğitileni eğitmesi' olarak bakarsak, eksik bir tanımlama yapmış olunmaktadır. Çağımızın eğitim paradigmaları, eğitime ilişkin temel kavramlara da farklı bir bakış açısı getirmemize neden olmaktadır. Sözgelimi; 'eğitme eylemi' artık, 'geliştirme, gelişmesini sağlama, yetkinleştirerek yetiştirme, yetkinlik kazandırma' eylemlerini içine almaktadır. 'Öğrenci' kavramı yerini 'öğrenen' kavramına bırakarak, 'öz yeterliliğe ve doğuştan belirli bir donanıma sahip birey' olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda, eğitim adına ortak ideal, 'doğru insanı, yetiştirmek' olursa, kavramın arkasındaki nedensel gerçeklikler, siyasallaştırılmaktadır. Öyle ki bu durum, 'eğitim' olgusuna evrensel ve felsefi bir bakış geliştirmek yerine hükümet programlarının, politik ve ekonomik değişkenlerine göre değişen, daha kısır ve kısa vadeli eğitim uygulamalarına yol açmaktadır. Eğitim adına ortak ideal, 'insanı, doğru yetiştirmek' olursa, o zaman 'eğitim' olgusuna, evrensel ve bilimsel değerlerle yaklaşılmaktadır. O halde eğitim adına karar verebilmek için politikacılara değil, eğitim bilimleri uzmanlarına söz verilmelidir.

Oktay'a göre (2016)'…..21. yüzyılın birey odaklı anlayışına paralel olarak, bugün pek çok ülkede, pek çok düşünür eğitim uygulamalarında, bireyi merkeze alan öğrenme anlayışlarını benimsemektedir. İnsanların farklı öğrenme özelliklerini bulunmaktadır. Bireyin öğrendiklerini içselleştirmesine daha iyi olanaklar sağlayana bir eğitim sistemine ihtiyaç vardır. Bu nedenle, bireyi araştırmaya ve düşünmeye

yönlendiren bir eğitim anlayışı geliştirilmelidir.…'[54]. O halde eğitim sisteminin en önemli görevlerinden biri okullarda, demokratik ve özgür bir ortamın geliştirilmesi ve hukuk devletini ve hukukun üstünlüğünü destekleyen eğitim uzmanlarının eğitim görevlerinin başına getirilmesidir. Bu nedenle çağımızın eğitim anlayışı, eğitim örgütlerine ve tüm kadrolardaki çalışan eğitim personeline, iş ve işlemlerinde, etik, demokratik, laik devlet anlayışına ve hukuk devleti ilkelerine uygun davranmak gibi önemli sorumluluklar vermektedir.

Hukuk, bireylerarası ve birey-devlet ilişkilerini, devletin yasalarına uygun olarak, kurallar bütünlüğü içinde düzenleyen ve yaptırıma bağlayan bir sistemdir. Hukuk, bireylere yaşadıkları devlet içinde yapabileceklerine ilişkin bir özgürlükler ve haklar sınırı çizmektedir. Olası uyuşmazlıkların ya da sorunların çözümünü hukuksal güvenceye bağlamaktadır. Bu güvencenin temeli, hukukun üstünlüğü ilkesini kabul eden hukuk devletidir. Hukuk Devleti; yasama, yürütme ve yargı işlemlerinde hukuka uygun hareket eden, son sözü hukuka bırakan, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesini sağlayan, temel hak ve özgürlükleri her türlü baskı ve zorbalığa/ kişi ve kuruma karşı koruyan bir devlettir. Anayasa Mahkemesi'ne göre hukuk devleti: [55]

1. Bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu ve bunu güvence altına alan bir düzenin kurulduğunu kabul eden[56]
2. Genel anlamda Anayasa ile kurulan düzene, hukukun temel kurallarına saygılı, bağlı ve uygun hareket eden,[57]
3. İnsan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasaya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.[58]

---

54 Ayla Oktay, 21.Yüzyılın İnsanını Yetiştirmek, Yıldız Teknik Üniversitesi Etkili Öğretmen Etkili Çocuk Sempozyumu, İstanbul 2016.

55 Özkan Gürsel "Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı Ve Yargının Konumu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD),* Nisan 2010, Sayı: 1

56 AYM, E. 2003/10, K. 2006/106, KT: 23.11.2006.

57 AYM, E. 1990/19, K. 1991/15, KT: 21.06.7991.

58 AYM, E. 2002/38, K. 2002/89, KT: 08.10.2002; AYM; E. 2002/61, K. 2002/43, KT; 17.04.2002; AYM; E. 2003/48, K. 2003/76, KT: 23.07.2003; AYM; E. 1984/1, K. 1984/2, KT: 01.03.1984; AYM; E. 1985/8, K. 1986/27, KT: 26.11.1986; AYM; E.

Hukuk, yetkili organlar tarafından çıkarılmış bulunan kurallar bütünü olarak tanımlanırsa, siyasi iktidarın bağlı olması anlamındaki hukuk devletine; adil olan ve adil olduğu için itaat edilen hukuk olarak tanımlanırsa, adil yönetimi vurgulayan hukuk devletine işaret etmektedir.[59] O halde her koşulda hukuk devletinin nihai amacı, adil olmak veya adaleti korumaktır. Rawls'a göre hukuk ve adalet arasındaki ilişki iki şekilde ele alınmaktadır: Hukuk kurallarının içeriğiyle ilgili maddi adalet ve hukuk kurallarının uygulanmasıyla ilgili şekli adalet. Adil bir kuralın, adil olmayan uygulamasının sorunlar yaratacağı nedeniyle, maddi adalet, şekli adaleti zorunlu olarak gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle, adil bir sonuç için, hem maddi adalet hem de şekli adalet bir arada olmak zorundadır.[60] Hukuki pozitivizm açısından baktığımızda, hukuk tanımında, adalet ölçütünü görmek zor iken, doğal hukuk yaklaşımında, bir o kadar adalet düşüncesiyle iç içelik görülmektedir.[61] Dworkin'e göre, hukuk devleti, kanunda belirtilen kurallara göre yöneten, kanun devleti olarak tanımlanmaktadır.[62] Bu anlayış hukuk devletinin maddi adaletle ilgili olduğunu, kuralların içeriğiyle ilgilenmediğini göstermektedir. Dworkin'in, hukuk devletiyle ilgili ikinci savı ise, vatandaşların ahlaki ve siyasi olarak sahip olduğu haklara ilişkindir. Bu durumda hukuk devleti, "bireysel haklara uygun kurallar çerçevesinde yöneten devlet" anlamına gelmektedir.[63]

Çağdaş devlet anlayışı, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramları ile demokrasi rejimi arasında sıkı bir ilişki kurmaktadır. Hukuk devleti, temel hak ve özgürlükler, ilerleme, meşruiyet, hakkaniyet ve pozitif olarak görülen diğer evrensel değerlerle yakından özdeşleş-

---

59 1996/59, K. 1997/70, KT: 9.12.1997; AYM; E. 1979/38, K. 1980/11, KT: 29.01.1980; AYM; E. 1986/3, K. 1986/15, KT: 03,07.1986; AYM; E. 1990/20, K. 1991/17, KT: 21.06.1991;AYM; E. 1976/43, K. 1977/4, KT: 27.01.1977; AYM; E, 1994/75, K. 1995/4, KT: 07.02.1995; AYM; E. 1992/17, K. 1992/30, KT: 21.04.1992; AYM; E. 1996/62, K. 1997/57, KT: 17.06.7997; AYM; E. 1998/48, K. 1998/85, KT: 22.12.1998. George P. Fletcher, Basic Concepts of Legal Thought, Oxford University Press, Ncw York, s.12.

60 Gülriz Özkök, "İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri: John Rawls, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi", İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, ss.36-37.

61 Gülriz Uygur, Adalet ve Hukuk Devleti, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004, s 29.

62 Mithat Sancar, Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayını, İstanbul 2000, s 62.

63 Gülriz Uygur, "Adalet ve Hukuk Devleti", *A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi,* Yıl 2004, ss.32-33.

tirilen demokrasi ile güçlenmektedir. Ancak demokrasi kavramının ne olduğu ve nasıl elde edileceği üzerine tartışmalar da, iki yüz seneden beridir devam etmektedir.[64] Bunun nedeni, demokrasinin, "liberal, temsilî, doğrudan" gibi genel terimlerle ya da "birleştirici, sosyal, kozmopolit" gibi daha kesin kavramlarla nitelemeksizin, derinlemesine tartışmanın imkânsız olmasıdır.[65]

Hukuk devleti ile barışık demokrasi, yöntemsel olarak "çoğunluk yönetimi" esasını benimseyen, "liberal demokrasi" ya da "anayasal demokrasi" şeklinde adlandırılmaktadır. Asıl konu çoğunluğun yetkilerinin sınırlı olup olmadığıdır. Başka bir deyişle egemen kesim, çoğunluk adına aldığı kararlarla azınlık kesimleri, birtakım haklarından yoksun kılabilir mi? Hukuki ve demokratik bir düzende bu, etik ve insan haklarına uygun bir davranış mı? Cevabı verebilmek için demokrasi ve hukuk devletinin ne düzeyde örtüştüğüne bakmak gerekmektedir.[66] Demokrasi ve hukuk devleti arasındaki bu örtüşme; devletin keyfi iş ve işlemlerde bulunmamasını, toplum vicdanını, eşitlik, adalet ve çoğulculuk ilkelerini korumasını,[67] garanti altına almaktadır. 'Tek doğru, tek gerçek, tek ideoloji' gibi tek tipleşmelere, baskı ve zorlamalara karşı durmasını ve eleştiri veya hoşgörü ortamının devamı için önlemler almasının güvencelemektedir. Aynı zamanda bu örtüşme, nitelikli ve gelişmiş bir demokrasi için en önemli göstergelerden biridir, ki bu da sivil toplumu yaratabilmek adına insanı 'birey' olarak yetiştirmesi gereken bir eğitim sistemine, doğrudan bir misyon yüklemektedir. J.J.Rousseau der ki, 'En güçlü, gücünü hak, boyun eğmeyi de ödev biçimine sokmadıkça hep egemen kalacak kadar güçlü değildir.'[68] Dolayısıyla yetkilerden gelen gücün hukukla sınırlandırılma-

---

64 Nick Hewlett, Democracy: Liberal and Direct , Editors: Gary Browning, Abigail Halcli and Frank Webster, Understanding Contemporary Society: Theories of the Present, Sage Publications, London 2000, ss.165-177.

65 Fatih Demirci, "1982 Anayasası'nda Demokratik Devlet İlkesi: Kavramsal ve Yapısal Bir Analiz Denemesi" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ankara 2008, C. XII, Y. 2008, ss. 1-2

66 Adnan Küçük, Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti, Bir Hukuk Devleti Hukuki Bir Ülke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara 2008, s.352.

67 Veysel Erat, "Türkiye'de Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemi Üzerine Etkileri", *Yönetim Bilimleri Dergisi,* Açık Dergi Sistemleri 2015, C. 13, S. 25, ss. 325-355.

68 Jean Jack Rousseau Toplum Sözleşmesi (çev. Vedat Günyol), İş Bankası yayınları, İstanbul 2016, 15. Baskı, s.6.

sı, bireylerin devletten isteyeceği en doğal haktır. Bu nedenle Barry (2004: 321) gelişmiş bir demokrasinin göstergelerini aşağıdaki gibi sıralamaktadır:[69]

1. Yasama ve yürütmenin hukuk kurallarına bağlı olması, yargısal denetim mekanizmalarının ve yargı bağımsızlığının kurulmuş olması.
2. Hak ve özgürlüklerin anayasal güvence altına alınması.
3. Gelişmiş ve yerleşmiş bir demokrasi kültürü ve sivil toplum anlayışı.
4. Toplumun tüm kesimleriyle yaygın katılım hakkı ve olanakları, barışçıl gösteri/protesto hakkı.
5. Farklı ve azınlıkta kalan görüşlere saygı.
6. Sosyal devlet ilkesiyle, temel kamusal hizmetlere ve yaşam standardına herkesin hakkaniyetli erişimi.

Demokrasi ve hukuk, devletin temelini oluştururken, yasallık çerçevesini belirlemelidir. Devlet, 'amaca ulaşmak için bütün yollar mubahtır.' anlayışını hukuk zemininde yok ederek tüm etkinliklerinde hukuk normlarına uymayı taahhüt etmelidir.[70] Peki 'devlet' nasıl bir kurumdur veya nasıl oluşmuştur? 'Devlet' kavramına yaklaşımımız T. Hobbes ve J.J.Rousseau gibi toplumsal sözleşme anlayışına dayanıyorsa, bu durumda birey, devlete karşı korunmalıdır. Kuçuradi'ye göre 'Leviathan Devlet' anlayışı da bu perspektiftedir. Oysa Platon, Aristoteles, Farabi, İbni Haldun gibi, toplumsal yaşam içinde sosyal bir varlık olarak insanın, siyasi, ekonomik, askeri vb. ihtiyaçlarını karşılamak için doğal olarak devleti kurduğunu kabul edersek, bu durumda bireyi, kurum olarak devlete karşı değil, devlet görevlerinde bulunan kişilerin bu görevin gereği olarak, sahip oldukları güç ve yetkileri, kendi çıkarlarına göre kullanmasını önlemek adına korunmamız gerekmektedir. Efendioğlu'na (2001) göre 'âli' çıkar, 'kişisel çıkar' ın kılıfı olursa, hatta aynı zamanda, kişisel yorumlar ve çıkarlar

69 Norman Barry, Modern Siyaset Teorisi, çev. Mustafa Erdoğan ve Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara 2004, 2. Basım, ss 304-306.

70 Mithat Sancar, "Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu-Batı Dergisi,* 2000, Yıl:4, Sayı: 13, Kasım-Aralık-Ocak -01, s.36.

'devletin yüksek çıkarları' deyimiyle kamufle edilirse, kamu yararı ve nesnel çıkarlar gözetilmediği için, hukukun üstünlüğü sözde kalır.[71] Kamusal otoritelerin yetkilerinden kaynaklanan işlem ve kararlarının sınırlandırılmasını sağlayan hukuk devleti kavramı, kamusal güçlerin keyfi davranmalarının önlendiği devlettir.[72] "Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan, bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa' ya uyan bir devlet"[73] olmalıdır. Milli egemenlik yetkisinin hukukla sınırlanması, yargı organlarının da seçimle gelen iktidarın egemenliğini kısıtlayan en önemli unsurlardan biridir. Çağdaş dünya demokrasisi; sandıktan çıkan ve siyasi sistemi kendi algıladığı öncelikler ve ideolojiler doğrultusunda, yeniden tasarlamayı hedefleyen siyasi iktidarların uyguladığı politika ve aldıkları kararlara indirgenmemelidir.[74]

Tam da bu noktada 'laiklik' kavramını, içinde bulunduğumuz siyasi ve sosyal bağlamda tartışmak yerinde olacaktır. Fransızca' dan dilimize geçmiş olan laik sözcüğü Türkçe' de " din işleriyle dünya işlerini ayıran, dinin, devlet işlerine karışmasını istemeyen (kişi, toplum, devlet)' anlamına gelmektedir. Laiklik ise, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması, devlet yönetiminin belli bir dinin esaslarına göre yürütülmemesi, vatandaşların belli bir dine, inanca ya da yaşam tarzına zorlanmamasıdır. Laik devlet denildiğinde ise; her türlü dine eşit mesafede duran, din, vicdan, ibadet özgürlüğünü güvence altına alan, eğitim birliğini sağlayarak eğitimi laikleştiren devlet anlaşılmaktadır. Laiklik, sekülarizm değildir. "Sekülarizm (secularism, dünyevileşme)", 'dinin toplumsal hayattaki öneminin azalması ve dindarlığın zayıflaması' demektir. Bu kavram daha çok sosyolojik bir kavramdır.[75] Laiklik, laik düşünüş ve davranış, çağdaşlaşmanın, demokratikleşmenin,

---

71 Yılmaz Efendioğlu, "Hukuk Hukukun Üstünlüğü', Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi,* Ankara 2001, s.29

72 Ender Ethem Atay, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti", *Polis Dergisi,* 2003, Sayı: 36. http://www.egm.gov.tr/eğitim/dergi/eski sayılar/ index/htm. adresinden 25.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

73 AYM; E. 1963/124, K. 1963/243, KT: 11.10.1963.

74 Gürsel Özkan, "Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı Ve Yargının Konumu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Ankara 2010 Nisan, Sayı: 1

75 Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Ankara 2010, Siyasal Kitapevi, 8. Baskı, s.241.

hukuk devleti olmanın, sosyal adaleti oluşturmanın ve eğitim sisteminde 'bireyi' geliştirmenin teminatıdır. Laik devlet, kişinin dini ya da manevi yaşamının, 'kula kulluk edilmesinde' bir araç olarak kullanılmasını önlemek için vardır. Diğer bir deyişle bireyin dini tecrübesini yaşarken, yaratıcısıyla kendisi arasına kimsenin girmemesini, kula kulluğu değil, Yaratan'a kulluğu garanti altına alan, bireye kendi dini anlayış, yaşayış ve davranışlarının sorumluluğunu veren bir yaklaşım söz konusudur. Çoğunluğu Müslüman olan Türkiye'de, İslam dininin 'Oku!' emri, 21. yüzyıl' da inananlar tarafından daha anlamlı görülmesi gerekmektedir. İslam dininin kutsal kitabı 'Kuran', bireye öğrenme, bilme, yorumlama, akıl yürütme özgürlüğü zaten Tanrı tarafından verilmektedir. Bireyin kendisine, kendi ahlaki sorumluluğunun kapıları, 'Oku' emriyle bizatihi yaratıcı eliyle açılmıştır. İşte bu nedenle, 'insan ve insan sevgisi' temelinde yapılandırılan 'Kuran', yapılan her bireysel eylemi, iş ve işlemleri Tanrı adına değil, 'insanlık adına' iyi yapılmasını istemektedir. Çünkü 'bu dünyada iyi insan olamayan, diğer dünyayı kazanamaz' tezi nasıl anlamlı olabilir? Dinin özü gereği ibadetler, 'Tanrı' için yapılır ve kabul olup olmadığını da yalnızca 'Tanrı' bilir. İslam dini açısından her türlü canlıya iyilik yapmak, dürüst, ahlaklı, adaletli olmak, bu dünyayı yaşanılır kılmak, insana verilen en büyük görev ve sorumluluk olduğu kadar, insanı insan yapan en değerli evrensel ahlaki ilkelerdir. Dolayısıyla insan, akıl ve mantık ilkeleri gereği, 'asla' ne adına olursa olsun, 'dürüst, ahlaklı, adaletli, vicdanlı davranmamayı' erdemlilik olarak göremez ve kabul edemez. Çünkü 'Tanrı' inanan kişiden, kendi adına insanlar arasında adaletsizlik, haksızlık yapmasını bekleyebilir mi? Mantıksız geldi değil mi? O halde, 'gaye, dava, devlet, Tanrı vb. uğruna her şey mubah' olamaz.

Eğitim sisteminin, hukukun üstünlüğünü savunan, sosyal adalete, laikliğe, evrensel etik değerlere, insan hak ve özgürlüklerine, düşünsel ve davranışsal olarak önem veren bireyler yetiştirebilmesi için, demokrasi eğitimini üstlenmesi gerekmektedir. Ancak demokratik değerler olarak ortaya konan kavramlar belirli ideolojileri yansıtmamalıdır. O halde, demokratik değerleri, evrensel bir dünya görüşünün sınırları içinde belirleyebilir miyiz? Bu evrensellik içinde demokratik değerler, bilimsel ve aynı zamanda milli bir eğitim sisteminin öğrenim nesnesi olabilir mi? Okulların demokrasi eğitiminde görevi ne olmalıdır?

Demokrasi eğitimi bireylerin, bağımsız düşünebilme, bilimsel problem çözme yöntemini kullanabilme, açık fikirli olabilme, karşı fikre ve farklı insanlara saygı duyabilme, alçakgönüllü ve hoşgörülü bir kişiliğe sahip olabilme yönlerini geliştirmelidir. Demokrasi eğitimini gerçekleştirmenin en iyi yolu, okullarda demokratik değerlerin yaşandığı ortamlar yaratmaktır. Demokrasinin vazgeçilmez ilkeleri olan; insan haklarına saygı, sosyal adalet, çoğulculuk, özgürlük anlayışı, gösteri ve örgütlenme hakkı gibi değerler, demokratik ortamlarda kendiliğinden içselleştirilmektedir.[76] Demokratik ortamlarda bireyler, özerk davranabilme, kendi kendine yetebilme, hem özgürlüğe hem de eşitliğe değer verme, çok yönlü düşünebilme ve sorgulayabilme, bilimsel bilgilere dayalı akıl yürütebilme, düşünce özgürlüğünü içselleştirebilme gibi demokratik değerleri benimsemekte ve davranışa dökebilmektedir.

Eğitim; okuma ve yazma, meslek öğrenimi gibi teknik becerilerin yanı sıra toplumsallaşma, kültürlenme gibi kültürel işlevleri de yerine getirmektedir.[77] Bu nedenle eğitim kurumu, ulus devletin yurttaşlarını, belli bir bilince ve dünya görüşüne göre toplumsallaştırması işlevini yerine getiren, modern bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. 21. yüzyıl ulus devletlerinde, bu eğitimden geçmeyen birey, kendisine sunulan birçok kamusal özgürlüğü kullanamamaktadır. Bu bağlamda çağdaş toplumda demokratik eğitimin evrensel değerlerini liberal ve toplumcu yaklaşımın temel özelliklerini birleştirerek tespit etmek gerekmektedir.[78] Okullar ve eğitim programları öğreneni, düşünülebilen, problem çözmede bilimsel yöntemlerden yararlanan, kendisine ve çevresine karşı dürüst davranabilen, açık düşünceli olduğu kadar, alçak gönüllü bireyler yetiştirmelidir.[79] Aynı zamanda, kendini etkili

---

76 İdris Şahin, "Demokrasi ve İnsan Hakları Eğitimi", *e-Journal of New World Sciences Academy* 2009, Volume: 4, Number: 4, Article Number: 1C0100, www.acarindex.com adresinden 20/09/2016 erişim tarihinde alınmıştır.

77 T. B Bottomore, Toplum Bilim, (Çev. Ü. Oskay) Der Yayınevi, 6. Baskı, İstanbul, 2000, ss 291-303.

78 Levent Yılmaz, "Demokrasi Eğitimini Liberal ve Toplumcu Açıdan (Sesli) Düşünmek Uluslararası Demokrasi" Eğitimi Sempozyumu. Çanakkale 2004, www.deu.edu.tr/userweb/levent.yilmaz/dosyalar/demokrasiegitimi.pdf, adresinden 26.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

79 Savaş Büyükkaragöz, "Demokrasi Eğitimi", Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, Ankara 1990, s.44

şekilde ifade edebilen, analitik düşünme becerileri gelişmiş, toplumsal ve evrensel konulara duyarlı, kendisiyle barışık, özgüven ve cesaret sahibi, hayır diyebilen, seçenekler yaratan ve kendi seçtiklerinin arkasında durabilen, eğitim ortamlarında demokrasiyi yaşayabilen, onun tadına varan bireyler hukuk devletinin teminatı olmalıdır. Peki tam da bu noktada, eğitim sistemimizin varolan durumu nedir? Öğrencilerimize felsefi etik, demokratik, laik değerleri kazandırmada, önemli rolü olan eğitim sisteminin, en üst yöneticisinden başlayarak tüm aktörlerinin, bu değerlere göre yaşadıklarını ve görev yaptıklarını söylemek mümkün müdür? Bu değerleri yeni nesillere aktarmadaki başarımız nedir? Bir çevre olarak eğitimin, öğrencilerimiz üzerindeki etkisi istenilen düzeyde midir? Eğitim sistemi içindeki etik, demokratik ve hukuki olmayan uygulamaların bu sürece olumsuz etki etmemesi mümkün müdür?

Eğitimde Etik, Demokratik ve Laik İlkelerin Zedelenmesinin Kurumsal, Toplumsal ve Bireysel Yaşamda Yarattığı Sorunlar

Eğitim bireyin ahlaki, sosyal ve siyasi sorunlara bir yaklaşım geliştirmesini sağlayarak, gerek bireysel gerekse mesleki hayatta algılayış, düşünüş, tutum ve davranış çeşitliliğine, arzu edilen ya da istemeyerek de olsa arzu edilmeyen değerler katmaktadır. Bu nedenle eğitim, bir kişinin ya da eylemin doğru değerlendirilmesi için etik ilkelerin öğrenildiği, kazandırıldığı bir çevre sunmalı, bilimsel bakışla varolan durumu analiz etme yeteneğini kazandırmalıdır. 'Eğitim' kavramının tanımında sıkça karşılaştığımız 'istendik davranış geliştirme' yaklaşımımızın temeline ahlaki kaygılarımızı yerleştirdiğimizde, kişi ve toplumlara göre değişebilir ahlaki normların bilgisinden hareket ediyoruz demektir. Oysa felsefi etik bilgisini öğrencilerimize kazandırmamız gerekmektedir. Kişiler normlara uymaya zorlanabilir ama değerlere uymaya zorlanamaz. Eğitim sistemi, öğrencilerimizi, değerlerini koruyarak eylemde bulunma isteklerini oluşturacak şekilde eğitebilmelidir.[80] Bireyin var olan koşullarda, özgürlük alanını nasıl belirlediği, iradesi üzerindeki bilinçli bilgi düzeyine bağlıdır. 'Doğru eylem, adalet, erdem, dürüstlük' gibi değerlere ilişkin epistemolojik ve aksiyolojik bilgi düzeyi arttıkça,

[80] İonna Kuçuradi, "Felsefe ve Etik". Yunus Aran Birlikteliği Konferansı, İstanbul 2004, http://www.yunusaran.org/felsefe-ve-etik, adresinden 26.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

özel, kamusal ya da meslek yaşamımızda karşılaştığımız sorunlarda, 'bu durumda ne yapmam doğru olur?' sorusuna ilişkin aldığımız ahlaki kararların, evrensel değerlere ve bilimsel analize yaklaştığı görülecektir. Her kuşağın yaşadığı dönemin ekonomik, sosyolojik, tarihsel, siyasi vb. sorunlarına eğitim sayesinde bir bakış geliştirdiği düşünüldüğünde, okulun 'Felsefi Etik ve Demokrasi' eğitiminin önemi daha da belirginleşmektedir. Okullarda felsefi etik eğitimi, olayların nesnel bir bakış açısıyla analiz edilmesini, konuya ilişkin bilgilerin kıyaslanmasını, etik değerler temelinde bilimsel ve akılcı bir bakış kazanılmasını sağlamalıdır. O halde okullarımızda durum nedir? Ortaöğretim kurumlarında görevli yönetici, öğretmen ve öğrenim gören öğrenci ve velilerinin, 'öğretmenin sahip olması gereken değerler' e ilişkin görüşlerini ortaya koymak amacıyla yürütülen bir araştırmada; yöneticiler en yüksek frekansla öğretmenin sahip olması gereken en önemli değer olarak özverili ve hoşgörülü olmayı işaret etmişlerdir. Öğretmenlerin rehberlik yapabilmeyi, öğrencilerin iletişim becerisini, velilerin ise, mesleki niteliklere daha çok değer verdikleri görülmüştür.[81]

Psikolojik açıdan bakıldığında 'doğru' olana ilişkin düşüncelerin her zaman eyleme dönüşmediği, ahlaki olana karşı görüş, tutum ve eylem arasında bazen köprünün kurulamadığı görülmektedir. Ahlaki yönden 'iyi' veya 'kötü' olana karşı benliğimizde gelişen tutumlar, ortamsal etkenlerle etkileşim halinde davranışı meydana getirmektedir. Sosyal psikoloji deneyleri, güçlü tutumların oluşmasında, tutumun nesnesine ilişkin bilgi düzeyinin veya bilgisizliğin, tutumlar arası tutarlılığın belirleyici olduğunu göstermektedir.[82] O halde okul eğitiminde, eğitimci ve eğitim yöneticilerinin 'doğru olana ve doğru yetiştirme' ye ilişkin felsefi etik değer bilgisine sahip olup olmadıklarının önemi çok büyüktür. Aynı zamanda eğitim ortamlarını insan haklarına uygun bir şekilde düzenlemenin, eğitimin en alt kademesinden en üst kademesine kadar, insan haysiyetine yakışır bir biçimde insan ilişkilerini yapılandırmanın, liyakat temelli görevlendirme yapmanın gerekliliği de ön plana çıkmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 26.

---

81 Zühal Çubukçu, Demet Eker Özenbaş, Nilüfer Çetintaş, Derya Satı, Ümit Yazlık Şeker, "Yönetici, Öğretmen, Öğrenci ve Veli Gözünde Öğretmenin Sahip Olması Gereken Değerler", *Pegem* Eğitim ve Öğretim Dergisi, Ankara 2012, Cilt: 2, Sayı: 1

82 Çiğdem Kağıtçıbaşı, Yeni İnsan ve İnsanlar, Evrim Yayınevi, İstanbul 2003, (10. Baskı).s. 37

maddesinde, eğitim hakkının bir insan hakkı olduğu ifade edilmiştir. Aynı zamanda eğitimin, insan hakları ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirerek, insanın kişiliğinin tam gelişmesini sağlamasına dikkat çekilmiştir. İkinci maddede ise, '... öğretim bütün milletler, ırk ve din grupları arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu teşvik etmeli ve Birleşmiş Milletler' in barışın idamesi yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.' denilmektedir.[83] Bu evrensel bildirgede genel olarak birey, hiçbir yönden, özellikle ırk, renk, cins, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir inanç, milli veya toplumsal köken, servet veya herhangi diğer bir fark gözetmeksizin, bütün haklardan ve bütün hürriyetlerden yararlanma hakkına sahiptir. Türk Eğitim Sistemi'nde, 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunun 2. maddesi gereğince eğitimin en önemli işlevlerinin, '… milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan, insan haklarına .… karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş..; beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler yetiştirmek…' olduğu belirtilmiştir.[84] 1982 Anayasası'nın 42. maddesinde 'Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi' ni şu şekilde düzenlenmektedir:

'Kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. Eğitim ve öğrenim Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz….Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletler arası anlaşma hükümleri saklıdır.' [85]

---

83 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html adresinden 02.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

84 1789 Milli Eğitim Temel Kanunu, http://mevzuat.meb.gov.tr/html/temkanun_0/temelkanun_0.html, adresinden 02.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

85 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/ana-

Yine Anayasa'nın 24. maddesi 'din ve vicdan hürriyetini, 26. maddesi 'düşünce ve açıklama ve yayma hürriyetini, 27. maddesi 'bilim ve sanat hürriyetini, 41. maddesi 'ailenin korunması ve çocuk haklarını', 58. maddesi 'gençliğin korunmasını', 62. maddesi 'yabancı ülkelerde çalışan vatandaşlarını ve çocuklarının eğitimini' hüküm altına almaktadır. Eğitim sistemimizin, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşma ve belgelere uygun olarak; Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik, yönerge ve genelgelerle düzenlenmesi gerekmektedir. O halde eğitim hukukunun öğrenci ve eğitim hizmetinde çalışan herkes tarafından hassasiyet gösterilmesi son derecede elzem bir konudur. Yukarıda sözü edilen tüm bu üstün değerleri, yeni neslimize kazandırmak, aşağıda verilen ve örneklerini çoğaltabileceğimiz olgularla ne kadar mümkündür?

a) Özellikle büyükşehirlerde, 07:30 – 20:00 saatler arasında ikili eğitim veren okulların çokluğu,

b) Özellikle büyükşehirlerde lise 1. sınıfların, yönetmelikte belirtilen sayının da (40 kişi) üstünde mevcutlarının olması

c) Okul binalarının eğitim binası özelliklerini taşımaması

ç) Yılda üç ya da dört defayı bulan okul/kurum yöneticisi değişiklikleri

d) Okul içi yönetim süreçlerinde yaşanan sıkıntılar

e) Liyakat ve adalet ilkelerini zedeleyen atamaların yapılması

f) Eğitim mevzuatında sürekli değişikliklerin yapılması, özellikle üniversiteye giriş sisteminde yapılan değişikliklerin aynı yıl uygulanması,

g) Sınıf başarı düzeylerinin homojen olmaması,

ğ) Meslek liseleri başta olmak üzere okuldan kaçma, devamsızlık problemlerinin sürmesi,

h) Eğitim politikaları üretilirken, eğitim planlamaları yapılırken, Kalkınma Planlarının, Milli Eğitim Şuralarının tavsiye kararlarının dikkate alınmaması,

---

yasa82.htm, adresinden 02.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

ı) Öğretmenlerin yeterli ve nitelikli hizmet içi eğitimlere alınmaması,

i) Asıl işi rehberlik olan müfettişlerin, okullara neredeyse sadece soruşturmalar için gelmesi,

j) Okul güvenliğinin sağlanmasında yaşanan zorluklar,

k) Bakanlık, İl, İlçe, Okul arasında sağlıklı iletişimin kurulamaması,

l) Bakanlık, İl, İlçe, Okul arasında eşgüdümün sağlanamaması,

m) Üniversiteye geçiş sisteminde her yıl değişiklikler yapılması,

n) Kurum kültürü geliştirmede sıkıntılar yaşanılması,

o) Okulların fiziki ve işleyiş standartlarının kurulamaması vb.

Okullarda demokratik ortamı destekleyen felsefi etik eğitiminin, 'Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi' dersinin müfredat programıyla verilebileceğini söylemek mümkün müdür? Sözü geçen dersin kapsamı din temelli ahlak anlayışını desteklemektedir. Oysa iyi ya da kötü davranışa ilişkin değerlerin geliştirilmesi belli bir din temelinde değil, Epistemoloji (Bilgi Felsefesi) ve Aksiyoloji (Değerler Felsefesi) temelinde verilmelidir. Çünkü normatif (kuramsal, teorik) etikle, pratik (uygulamalı) etik birlikte düşünülmelidir. Başka bir deyişle, 'iyi eylemin ölçütü nedir?' sorusu, ahlaki karara zemin hazırlarken, '…şu anda nasıl davranmalıyım?' sorusu, öznel koşullar altında normatif etik bilgilerimizin uygulanışını değerlendirmektedir. 'İyi ya da kötü eyleme' ilişkin bilgi düzeyimiz 'insan onurunu' temele alıyorsa evrensel bir bakışa sahip olduğumuzu göstermektedir. Bu bakış, yaşamda karşılaştığımız ahlaki, siyasi ya da sosyal sorunlara, en doğru ve en insani çözümleri bulmamıza, ya da karalar almamıza yardımcı olacaktır. Demokratik ülkelerde bireyler, 'seçme hakkı' yla devletin siyasi geleceğe yön vermektedir. Seçilen politikacılarda, ülkenin eğitim sistemine, toplumun ve bireyin kültürlenme ve kültürleşmeye etki etmektedir. Aynı zamanda politikacılar bu eğitim sisteminin bir ürünüdür. Ancak, Türkiye'de, gençlerin siyaset etiğine ilişkin görüşleri bakınız nasıl olmuştur. [86]

[86] Nigar Değirmenci, Büşra Kaya., "2014 Başkanlık Seçim Sürecinde Gençlerde Siyasal Güven ve Sinizm". *Toplum ve Demokrasi Dergisi*.2015, Ocak-Aralık, s.109.

Tablo 2: Analiz Sonuçları

	Kadın (n=138)	Erkek (n=105)
Siyaset kirli bir iştir	%60	%62
Siyasetçilerin bizim için yaptığı bir şey yok	%67	%38
Siyasetçiler yapacaklarından fazlası için söz verirler.	%106	%77
Bakanlar öncelikle kendi çıkarlarını düşünür	%92	%66
Milletvekili olabilmek için çevre yeteneklerden önemlidir	%79	%71

Bu algılar eğitim sistemimizin sosyal, ahlaki ve siyasi işlevlerini yerine getirdiğini yerine getirememiş olduğunun bir göstergesi olabilir mi? Hatta eğitimde demokratik bir ortam kuramamış olduğumuzu, hukuka ve temel insan haklarına saygılı, sorumluluk alan bireyler yetiştirdiğimizi gösterebilir mi?

Eğitim sistemine bütünsel bir felsefi bakış geliştirmeksizin, dönemlik eğitim politikalarıyla ya da felsefi etik anlayışımız olmadan, 'insanı, doğru yetiştirmek' için gösterdiğimiz çaba yeterli olmayacaktır. Eğitim sistemimize bir de adli vakalar açısından bakmak gerekirse, son üç yılın güvenlik birimlerine gelen veya getirilen çocuk istatistikleri açısından aşağıdaki gibi bir durum, bizi karşılamaktadır. Diğer taraftan bu istatistikler, gerek kişisel gerekse kurumsal boyutta, evrensel etik değerlere sahip olma konusunda geri kaldığımıza da işaret edebilir mi?

Tablo 3: Güvenlik Birimine Gelen veya Getirilen Çocuk İstatistikleri

Güvenlik Birimine Gelen veya Getirilen Çocuk İstatistikleri						
İsnat Edilen Suç Türü	İlkokul			Lise ve Dengi Okul Öğrencisi		
	2011	2012	2013	2011	2012	2013
Öldürme	89	138	86	81	84	133
Yaralama	6478	9221	8385	12589	14658	17999
Hırsızlık	6301	7452	6416	2630	2957	3861
Uyuşturucu ve Uyarıcı, Madde Kullanma, Satma, Satın Alma	322	688	695	786	986	1934
Mala Zarar Verme	1137	1100	1211	716	758	998
Tehdit	432	647	509	884	1068	1434
Cinsel Suçlar	603	862	781	486	641	842
Hakaret	139	268	215	305	403	615

Sahtecilik	62	121	156	131	230	378
Aile Düzenine Karşı Suçlar	40	99	134	112	112	87
Genel Ahlaka Karşı Suçlar	10	22	10	17	25	37
Genel Toplam	15623	20618	18958	18737	21922	28318

Kaynak: TÜİK İstatistikleri 2014. http://www.tuik.gov.tr adresinden 09.09.2016 tarihinde, ilgili yıllara ve isnat edilen suç türlerine ait verilerden alınmıştır.

Güvenlik birimine gelen veya getirilen çocuk istatistiklerine ilişkin oluşturulan bu tablo, 2011 ile 2013 yılları arasında ilkokul ile lise ve dengi okul öğrenci sayılarını, isnat edilen suç türüne göre karşılaştırmaktadır. Buna göre, ilkokul öğrencileri açısından 2012 yılında, isnat edilen suçlara göre dikkat çeken bir artış görülmektedir. Özellikle öldürme, yaralama, hırsızlık, uyuşturucu ve uyarıcı, madde kullanma, satma, satın alma, tehdit, cinsel suçlar, hakaret gibi toplumsal düzeni bozacak davranışların arttığı görülmektedir. Lise ve dengi okul öğrencileri açısından 2013 yılında, aile düzenine karşı işlenen suçlar hariç olmak üzere, diğer tüm suç türlerinde önemli ölçüde bir yükseliş görülmektedir. 2014 yılında, güvenlik birimlerine gelen veya getirilen çocuk sayısının, 2013 yılına göre %6,2 oranında, 2015 yılında, 2014 yılına göre %4,4 oranında artarak 303,213 olduğu açıklanmıştır. Bu çocukların 2015 yılında, %57,4'ünün 15-17 yaş grubunda, %23,4'ünün 12-14 yaş grubunda, %18,9'unun ise 11 yaş ve altı çocuklar olduğu görülmüştür. Güvenlik birimine 2015 yılında gelen veya getirilen çocukların %66,9'u erkek, %33,1'i ise kız çocuğudur. Güvenlik birimlerine 2015 yılında gelen veya getirilen 303,213 çocuğun %46,9'unun mağdur olarak, %39'unun kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası (suça sürüklenme) ile %5,8'unun kayıp olarak (hakkında kayıp müracaatı yapılıp daha sonra bulunan), %4,4'ünün bilgisine başvurma ve %3,9'unun ise bu nedenlerin dışındaki nedenlerden dolayı geldikleri ya da getirildikleri görülmüştür. [87]

Raiborn' a göre (1997), çağdaş toplumların eğitim sistemlerinde, etik, demokratik, laik anlayış ve davranışların örgütsel iklime aktarımı, duygusal olgunluk kadar, sosyal bir sorumluluk bilinci olarak

87 http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21544, adresinden 05.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

kabul edilmektedir.[88] Felsefi eğitin bir uzantısı olan eğitim etiği de, eğitim hedeflerine ulaşmak için eğitim sürecinin tüm basamaklarında kendini hissettiren ve tüm paydaşların özünde, sözünde ve davranışında ortaya çıkan, doğru kararları almamızı sağlayan ilke ve değerler bütünüdür. Zira felsefi ve mesleki etik; mesleğin ideallerinin toplum ve meslek üyeleri arasında paylaşılmasını, meslekteki etik davranışlara rehberlik yapılmasını, beklenen standartların altındaki davranışlara karşı dış kontrolü sağlamaktadır. Meslek etiği olarak da tanımlanan bu kavramın içinde, örgütlere toplum nezdinde saygınlık ve güven kazandıran; adaletli olma, eşit, sabırlı ve hoşgörülü davranma, sorumluluk bilinci içinde elinden gelenin en iyisini yapma, şeffaf olma gibi değerler yer almaktadır. [89] Genel anlamda bir örgütün, kendi sistemli yapısı içinde işlevlerinin etik değerlerle düzenlenmesi, çalışanlarının olgu ve olayları anlayışlarına ve ortaya koydukları davranışlarına bir değer katmakta, kültürel farklılıklardan kaynaklanan ahlaki göreceliğin ve öznel yorumların önüne geçilmesini sağlamaktadır. Bakan'ından memuruna, okul müdüründen öğretmenine eğitimin her seviyesinde çalışanların eğitim hukukuna uygun iş ve işlemlerde bulunması, eğitimden faydalanan herkesin eğitim hakkını uluslararası hukuk, Anayasa, yasa ve yönetmelikler doğrultusunda kullanmasının sağlanması, birçok toplumsal, siyasal ya da hukuksal sorunun aşılmasına oldukça büyük bir katkı sunacaktır. Belki de eğitim sistemlerine psikolojik, sosyolojik, tarihsel bilinç kazandıracak olan eğitim felsefesi, felsefi etik ilke ve değerlerle bütünleştiğinde, Platonun 'ideal toplum' unu, Farabi'nin 'erdemli şehir' ini yakalayabilmemiz mümkün olabilecektir. Aynı zamanda norma dayalı ahlakla değil, insan onuruna dayalı değerlerle hareket eden felsefi etik, demokratik, laik anlayışa sahip eğitimciler ve yöneticiler, hukuk devletine sahip çıkacak bir nesil yetiştirmede daha etkin olacaktır.

Sonuç ve Tartışma

'İyi insan' ı tanımlamak zordur. Felsefi etiğe göre; insan hak ve onuruna saygılı, hoşgörülü, insan sevgisiyle dolu kişiler iyi insandır.

---

88 Akın Marşap, "E-Eğitim Yönetişim Sisteminde Küresel Etik İlkeler". Ab.org.tr/ab06/sunum/112.ppt. adresinden 26.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

89 İnayet Aydın, *Eğitim ve Öğretimde Etik*. Pegem A Yayıncılık, Ankara:2015, 7. Baskı, ss.23-26

Etik değerlere sahip bireyler; hoşgörü, saygı, özgür düşünce ve irade ilkelerini kendi bireysel gelişimleri içinde yoğurarak davranışlarına dökmektedir. Felsefi etikle geliştirilmiş ahlak anlayışına sahip, demokratik ortamlarda içselleştirilmiş demokratik değerlere saygı duyan, laikliğin gerekliliğini kavramış bireyler, sivil toplumu oluşturmaktadır ve güçlendirmektedir. Bu nedenle, 21. yüzyıl' ın yabancılaşma, kimliksizleşme gibi psikolojik, kültürel asimilasyon, kültürel çözülme gibi sosyolojik, gelir veya vergi adaletsizliği, istihdam sorunları gibi ekonomik, adaletsizlik, cinsiyet eşitsizliği gibi hukuksal sorunlarını aşabilmek oldukça sistemli ve planlı bir eğitim yapılanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu karmaşık toplumsal sorunların çözümü için, bireysel ve toplumsal akıl arasında, etiğin evrensel değerlerinden oluşan bir köprü kurarak, 'devlet, birey, sivil toplum' üçgeninde, insan hakları ve onuruna dayalı' bir eğitim felsefesi geliştirilmelidir. Evrensel etik, demokratik, laik değerlerle oluşturulmuş bir eğitim sistemi, hukuk devletinin varlığını da güçlendirecektir. Ancak bu yolla hukuk sistemi, norm hukukundan çıkarılarak, içselleştirilmiş bir hukuka dönüştürülebilecektir. Hukuk devletinin temeli olan 'birey' in yetiştirilmesinde öncelikle hükümetlere göre değişmeyen bir eğitim felsefesi ve milli politikalar belirlenmelidir. Eğitim sistemi bilimsel veriler ışığında, çağın ve ülkenin gereksinimleri doğrultusunda düzenlenmelidir. Bu amaçla ilk olarak, 'hukuk devleti, birey, insanı, doğru yetiştirmek' kavramlarının, daha sonra 'etik, demokratik, laik temelli eğitim felsefesi ve eğitim sistemi' nin önemi tartışmaksızın kabul edilmelidir. Temeli bu evrensel değerlere dayanmayan bir eğitim sisteminin, çocuk ve ergen dünyasını aynı zamanda geleceğimizi nasıl tehdit ettiği gözden kaçırılmamalıdır. 'Etik, demokratik, laik' kavramları üçgeninde geliştirilen ilkesel değerlerin, eğitimin tüm kurumları ve bireyleri tarafından benimsenmesi ve uygulanmasının, dolayısıyla hizmet alanlar ve verenler açısından eğitim hukukunun öneminin, 'yeni bir neslin yaratılmasındaki ve güçlü bir hukuk devletinin geliştirilmesindeki' önemi artık görülmelidir.

Öneriler

Eğitim Sistemi açısından: Devlet kurumları belirli temel ilkeler, değerler ve amaçlar, üzerine inşa edilmektedir. Eğitim örgütleri için de aynı koşullar geçerlidir. Bu nedenle kısa, orta ve uzun vadeli amaçların belirlenmesinden önce, hükümetler değişse de kendisi de-

ğişmeyen eğitim felsefemizin belirlenmesiyle işe başlanması yerinde olacaktır. Bu noktada bilimsel verilerden hareket edilmeli, ülke istatistikleri ve var olan ülke koşulları göz önüne alınarak eğitim politikaları saptanmalıdır. Eğitime ilişkin geliştirilecek etik, demokratik ilkeler ve kurallar uzun soluklu bu süreçte, tüm sistemi kapsayacak şekilde iyi düşünülmelidir. Eğitim sisteminin gücünün, bu kuralların nesnel uygulanışına bağlı olacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle eğitim hukukuna özen gösterilmelidir. Eğitim hukukuna ilişkin alanyazında araştırmaların artırılması, eğitime taraf olanların algı ve beklentilerinin belirlenmesi önemli olacaktır.

Eğitim Görevlileri açısından: Eğitimin tüm çalışanlarının evrensel ahlaki kuralları, demokratik ve laik değerleri içselleştirmesi, 'doğruluğun' ölçütü üzerinde genel bir düşünme ve davranma içinde ortak hareket etmesi gerekmektedir. Felsefi, mesleki etik ve hukuk kurallarına uygun, iş ve işlemlerin yerine getirmesi son derecede önemlidir. Eğitim görevlileri arasındaki 'doğru davranış' la ilgili ortak tutum, belirsiz, eşsiz ve değişken durum ya da sorunlar karşısında, nasıl davranılacağına ilişkin karar vermeyi kolaylaştıracaktır.

Eğitimden Faydalananlar açısından: Öncelikle öğrenciler başta olmak üzere veliler ve diğer toplum üyeleri için; ahlaki, siyasi, hukuki eylemleri, 'insan onuru, herkes için iyiyi isteme, insani temel haklar' gibi 'evrensel ilke ve değerlerle değerlendirmesini sağlayacak epistemolojik ve aksiyolojik bilgilerin verildiği ve kişisel etik değerlerin geliştirildiği eğitimlerin planlanması gerekmektedir. Geldiğimiz nokta, okul eğitimi kadar Halk Eğitimi'nin de ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bireyin eylemi değerlendirme yeterliliğinin, rastlantıya ya da genel kabul görmüş yasaklara, deneyimlere veya kültüre bırakılması, ahlaki göreliliği artıracaktır. Oysa felsefi etik ilke ve değerlerin bir bütün olduğunun kavratılması, düşünme ve etik eğitiminin birlikte sunulması, 'ortak bilincin' geliştirilmesini sağlayacaktır. Bu alanda okullarda hukukun temeli olarak felsefi etik ilke ve değerlerin kazandırılmaya çalışıldığı, zorunlu 'Ahlak Eğitimi, Hukuk ve Vatandaşlık' gibi dersler konulmalıdır. 'Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi' dersi yerine, seçmeli 'Dinler Tarihi' ya da 'Din Bilgisi' gibi dinleri tanıtan dersler, yine isteğe bağlı seçilebilecek 'İslam Bilgisi', 'İslam Tarihi' gibi İslamiyet dinini ya da diğer herhangi bir dini öğreten dersler getirilmelidir. Unutulmalıdır ki, Demokratik, Laik, Hukuk Devleti, etik değerlere önem veren bireyler gerektirir.

Aynı zamanda eğitim hizmeti verenlerin ya da hizmetten faydalananların, sistem içinde hukuka uygun olmayan iş ve işlemlerle karşılaşmaları durumunda savunulması için, eğitim hukuku alanında uzmanlaşmış avukatlara ihtiyaç vardır. Hatta eğitim sisteminde yeni düzenlemeler yapan yönetmeliklerin, Uluslararası Sözleşmelere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Anayasa'ya, 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu'na (1924),1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'na (1973), 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na (1965), 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'na (1961), 652 sayılı MEB Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye (2011), 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu'na (2007), 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'na (1981) uygunlukları hem eğitimcilerin hem de hukukçuların takibinde olmalıdır. Eğitim Hukuku gibi alan derslerinin de Hukuk ve Eğitim Fakültelerinde okutulması sorunun çözümünde etkili olacaktır.

Kaynakça

Akyüz Yahya, Türk Eğitim Tarihi, Alfa Yayınları, İstanbul 2001, 8. Baskı, s. 23

Aslan Ahmet, Felsefeye Giriş, Adres Yayınları,.Ankara 2013, 16. Baskı, s 118-120.

Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu, Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011, 11. Baskı s

Atay Ender Ethem, 'İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti', Polis Dergisi, 2003, Sayı: 36. http://www.egm.gov.tr/eğitim/dergi/eski sayılar/index/htm. adresinden 25.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Aydın İnayet, Eğitim ve Öğretimde Etik. Ankara 2016, Pegem A Yayıncılık. 8. Baskı.

Barr, Norman, Modern Siyaset Teorisi, çev. Mustafa Erdoğan ve Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara 2004, 2. Basım, ss 304-306

Başaran İbrahim Ethem, Eğitim Bilimine Giriş, Ekinoks Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2007, s.31

Bilhan Saffet, "Eğitim Felsefesi" Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Yayınları, No:164 Ankara 1991

Billington Ray, Felsefeyi Yaşamak. (Çev. A. Yılmaz). Ayrıntı Yayınları,.İstanbul 2011 2. Baskı, s 393.

Bottomore T. B., Toplum Bilim. Çev. Ü. Oskay. Ankara 1984: Beta Yayınevi, s 320.

Çalık Temel, Sezgin,,Feriudun "Küreselleşme, Bilgi Toplumu ve Eğitim", Kastamonu Eğitim Dergisi, Mart 2005, Cilt 13, No 1, s. 61

Çubukçu Zühal, Eker Özenbaş, Demet Çetintaş Nilüfer, Satı Derya, Yazlık Şeker, Ümit 'Yönetici, Öğretmen, Öğrenci ve Veli Gözünde Öğretmenin Sahip Olması Gereken Değerler', *Pegem Eğitim ve Öğretim Dergisi,* Ankara 2012, Cilt: 2, Sayı: 1

Çotuksöken Betül, "Felsefe Açısından Etik: Tanımlar- Sınırlar", Türkiye Mühendislik Haberleri Dergisi, Ankara 2003, Sayı 423, s. 13.

Değirmenci Nigar, Kaya Büşra, "2014 Başkanlık Seçim Sürecinde Gençlerde Siyasal Güven ve Sinizm". Toplum ve Demokrasi Dergisi.2015, Ocak-Aralık, s.109.

Demirci Fatih, "1982 Anayasası'nda Demokratik Devlet İlkesi: Kavramsal ve Yapısal Bir Analiz Denemesi" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2008, C. XII, Y. 2008, S. 1-2

Demiralp Yekta, 'Erken Dönem Osmanlı Medreseleri (1300-1500)'.Doktora Tezi, Ege Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1997.

Demirel Özcan, Eğitim Sözlüğü, Pegem A Yayıncılık, Ankara 2001, s.42

Demirel Özcan, Öğretim İlke ve Yöntemleri Öğretme Sanatı, Pegem A Yayıncılık, Ankara 2015, 21. Baskı, s.6

Demirkol Murat, "İslam Ahlak Felsefesinde Erdem Kavramı". International Journal of Science Culture and Sport. Yıl 2014, Haziran Sayısı, s 266-283. http://www.iscsjournal.com/ adresinden 26.09.2016 tarihinde alınmıştır.

Efendioğlu Yılmaz, 'Hukuk Hukukun Üstünlüğü', Hukuk Devleti, *Ankara Barosu Dergisi,* Ankara 2001, Sf:29 A.

Erat Veysel, "Türkiye'de Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemi Üzerine Etkileri", *Yönetim Bilimleri Dergisi,* Açık Dergi Sistemleri 2015, C. 13, S. 25, ss. 325-355.

Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, Ankara 2010, Siyasal Kitapevi, 8. Baskı , s.241.

Erkan Hüsnü, Bilgi Toplumu ve Ekonomik Gelişme, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 4. Baskı, ab.org.tr/ab06/bildiri/236.do, adresinden 10.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Erkılıç Turan A., 'Felsefi Akımlar ve Eğitim Felsefesi Akımları', Boyacı, A. (Editör) Eğitim Sosyolojisi ve Felsefesi, Anadolu Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Bölümü Yayını, No: 973, Eskişehir 2008, s.3

Eroğlu Ayşe, "Henri Bergson'da Bilinç Sezgi İlişkisi", *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi,* Aralık 2012, Sayı 27, ss.81-102

Fletcher George P., Basic Concepts of Legal Thought, Oxford University Press, Ncw York, s.12.

Gökçe Feyyat, 'Öğretmen ve Velilerin, Öğrencilerin Okulda Geçirdikleri Zaman, Ders ve Dinlenme Süreleri ile Tatiller ve Okul Dönemleri Konusundaki Görüşleri', *Kuram ve Uygulamada Eğitim Bilimleri Dergisi,* Ankara 2012, Güz/12(4), ss 2541-2560

Gutek, Gerald I. Eğitimde Felsefi ve İdeolojik Yaklaşımlar. Çeviri: Doç Dr. Nesrin Kale. Ankara 2014, Ütopya Yayınevi, 3. Baskı,

Güneş, Bilal, "Paradigma Kavramı Işığında Bilimsel Devrimlerin Yapısı ve Bilim Savaşları". *Türk Eğitim Bilimleri Dergisi,* Ankara, 2003 Cilt:1, Sayı:1, s.26-31

Hewlett Nick, "Democracy: LiberL and Direct ", Editors: Gary Browning, Abigail Halcli and Frank Webster, Understanding Contemporary Society: Theories of the Present, Sage Publications, London 2000, ss.165-177.

Kağıtçıbaşı Çiğdem, Yeni İnsan ve İnsanlar, Evrim Yayınevi, İstanbul 1999, (10. Baskı).s. 37

Kaya, Yahya K. Eğitim Yönetimi Kuram ve Türkiye'deki Uygulama, Bilim Yayıncılık. Ankara 1999, 7. Baskı,

Kaya Yalçın, Köy Enstitüleri "Antigone'den Mızraklı İlmihal'e. Tiglat Matbaacılık, İstanbul 2001, Cilt 2, ss 199, 201, 206, 208.

Kuçuradi İoanna, "Etik ve Etikler", *Türkiye Mühendislik Haberleri Dergisi,* Ankara 2003, Sayı 423, s 7.

Kuçuradi İoanna, "Felsefe ve Etik". Yunus Aran Birlikteliği Konferansı, İstanbul 2004, http://www.yunusaran.org/felsefe-ve-etik, adresinden 26.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Küçük Adnan, Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti, Bir Hukuk Devleti Hukuki Bir Ülke Siyasi Bir İdeal, Adres Yayınları, Ankara 2008, s.352 .

Marşap Akın, "E-Eğitim Yönetişim Sisteminde Küresel Etik İlkeler". Ab.org.tr/ab06/sunum/112.ppt. adresinden 26.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Oktay Ayla, "21.Yüzyılın İnsanını Yetiştirmek", Yıldız Teknik Üniversitesi Etkili Öğretmen Etkili Çocuk Sempozyumu, İstanbul 2016.

Ortaş İbrahim, "Ülkemizin kaçırdığı en büyük eğitim projesi: Köy enstitüleri", Pivolka 2005,Yıl: 4 Sayı:17, ss. 3- 5, www.elyadal.org adresinden 06.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Öktem Ülker, "Kant Ahlakı", *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi,* Cilt: 18, Ankara 2007, ss. 11-22, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/34/922/11498.pdf, 15.10.2016 tarihinde alınmıştır.

Özkan Gürsel, 'Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı Ve Yargının Konumu', *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD),* Nisan 2010, Sayı: 1

Özkök Gülriz, İnsan Hakları Bakımından Adalet Teorileri: John Rawls, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2002, s.36-37.

Rousseau Jean Jack, Toplum Sözleşmesi (çev. Vedat Günyol), İstanbul 2016, 15. Baskı, s.6.

Sağlam Mustafa, Özüdoğru, Fatma, Çıray, Funda "Avrupa Birliği Eğitim Politikaları ve Türk Eğitim Sistemine Etkileri", *Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Eğitim Fakültesi Dergisi,* Aralık 2011, Cilt VIII, Sayı:I, s.91

Sancar Mithat, Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayını, İstanbul 2000, s 62

Sarıgöz Okan, "Bilgi Toplumunun Eleştirisi ve Türkiye'de Modern Eğitimin Gerçekleştiremedikleri", *Electronic Journal of Vocational Colleges,* Mayıs 2012, s.78

Satıcı Murat, "Teori ve Pratik Arasında Aristoteles Üzerine". Felsefe ve Toplumsal Bilimlerde Diyaloglar, Yıl 2013 Temmuz, Sayı 6 (2), s.19-50

Savaş Büyükkaragöz, Demokrasi Eğitimi, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, Ankara 1990, s.44

Sönmez Veysel, Eğitim Felsefesi, Anı Yayıncılık,.Ankara 2012, 11. Baskı.

Şahin İdris, "Demokrasi ve İnsan Hakları Eğitimi", e-Journal of New World Sciences Academy

2009, Volume: 4, Number: 4, Article Number: 1C0100, www.acarindex.com adresinden 20.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Tuzcu Gökhan, Avrupa Birliği Geçiş Sürecinde Türk Eğitiminin Planlanması. *Milli Eğitim Dergisi,* Ankara 2002, ss.155-156

Tokol, Aysen, Alper, Yusuf Sosyal Politika, Dora Yayıncılık, 5. Baskı, Bursa 2014, ss. 49-51

Uluğtekin, Sevda, Hükümlü Çocuk ve Yeniden Toplumsallaşma, Bizim Büro Basımevi, Ankara 1991, s 40-47

Uygur Gülriz, " Adalet ve Hukuk Devleti", *A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi,* Yıl 2004.

Wittengenstein, Ludwig Felsefi Soruşturmalar, çev. Haluk Barışcan, Metis Yayınları, İstanbul (2014), ss. 20-32.

Yaka Aydın, Eğitim Bilimine Giriş: Eğitimin Felsefi Temelleri. İzmir 2006, Dinazor Kitabevi. 1. Baskı, s. 78

Yayla, Ahmet "Eğitim Kavramının Etik Açıdan Analizi" Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Eğitim Fakültesi Dergisi, Van 2005, Cilt:I1, Sayı:1 http://efdergi.yyu.edu.tr, adresinden, 10.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Yavuz Yaşar, Eğitim Bilimine Giriş, Dinozor Kitapevi, İzmir 2006, s.29

Yılmaz Levent, "Demokrasi Eğitimini Liberal ve Toplumcu Açıdan (Sesli) Düşünmek", Uluslararası Demokrasi Eğitimi Sempozyumu. Çanakkale 2004, www.deu.edu.tr/userweb/levent.yilmaz/dosyalar/demokrasiegitimi.pdf adersinden 25.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Zengingönül Oğul, "Nedir Bu Küreselleşme? Kaçabilir miyiz? Kullanabilir miyiz?", Siyasa, Yıl:1, Sayı:1, Bahar 2005, ss. 87-89

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index adresinden 10.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm, adresinden 02.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html adresinden 02.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

1739 Milli Eğitim Temel Kanunu, http://mevzuat.meb.gov.tr/html/temkanun_0/temelkanun_0.html, adresinden 02.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, adresinden 25.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23d.html adresinden 25.11.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

Türkiye İstatistik Kurumu, http://www.tuik.gov.tr/ adresinden 09.09.2016 erişim tarihinde alınmıştır.

6306 SAYILI YASA'NIN AMAÇ CÜMLESİNİN DİL YANLIŞLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

EXAMINATION OF LAW NO 3606 FOR INCORRECT WORD PLACEMENT

Alparslan AYRAL*

Özet: Yasaları dil yanlışları yönüyle inceleyen çalışmalar, son derece sınırlıdır. Tek bir yasanın ele alınarak dil yanlışları bakımından değerlendirilmesi ve olması gereken şeklinin önerilmesi, bu alanda ilk çalışma özelliği taşımaktadır. Araştırma soruları hazırlanırken analiz edilen *Yasa bağlamında* Türk dili ile adalet kavramı arasındaki anlam bağının örneklerle ortaya konulması planlanmıştı. Yazıda teorik ve niteliksel özelliklerin ağır basacağı endişesi ile yasa maddesi, sadece dil yanlışları bakımından incelenmiştir. Yasa'nın dil yanlışlarına bağlı olarak uygulamalarda doğuracağı hukuksuzluk konunun dışında tutulmuştur.

İnsan varlığını, onurunu, hak ve özgürlüklerini, mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren yasaların her vatandaş tarafından doğru anlaşılması; adalet sisteminin daha adil işlemesini sağlayacak önemli bir kazanımdır. Oysa geniş bir kesimi ilgilendiren kimi yasalardaki dil yanlışları, yasaların iletişimsel görevini yerine getirmesini engellemektedir.

Yasa'nın, bu görevini daha rahat yerine getirebilmesi için Yasa'daki iletişimi kesen dil unsurları, kelime, kelime öbeği ve cümle düzeyinde irdelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Yasadaki Dil Yanlışları, Yasaların Anlaşılabilirliği, İletişim, Adalet

Abstract: The studies which examine the laws in terms of language mistakes are limited. This is the first study in respect to the evaluation of one law with regards to language mistakes and recommendation of its proper form. As the research questions were being prepared, the plan was to present the meaning relation between Turkish language and justice concepts *in the context of the Law* analysed. Due to the concern that theoretical and qualitative features might dominate, the law is only examined in terms of language mistakes. The lawlessness the law may cause based on the language mistakes is left aside.

It is an important attainment for every citizen to understand the laws that are closely related to human existence, honour, rights and freedoms to enable the process of the judicial system to be fai-

* Ed. Öğret., Emekli İl Kültür Müd., Stj.Av

rer. However, the language mistakes in certain laws which concern a vast majority of people prevent the communicative function of the laws from being fulfilled.

For the law to fulfill this function properly, the language elements which interrupt the communication of the law are examined in terms of words, phrases and sentences.

Keywords: Language Mistakes in the Law, Intelligibility of the Laws, Communication, Justice

GİRİŞ

Bilimsel çevreler, siyasiler, yazarlar, üst düzey yöneticiler hukukçuların uygulamalarını, niteliklerini eleştiriyor. Hukuk eğitimi sisteminin yeterli olmaması ve kimi hukukçuların siyasî otoriteler ya da çeşitli topluluklar tarafından hukukçu kimliklerinin edilgen edilmesi eleştirinin temelini oluşturuyor.

Adalet sisteminde giderek çoğalan ve çeşitlenen problemler bulunduğu, geniş halk tabanı tarafından kabul edilir hâle geldi. Vatandaşın hak arayışlarının kesintiye uğraması veya adalete erişimin engellenmesi, hukuk bilinci gelişmiş toplumlarda bireyin psikolojisini etkileyen ve bireyle sınırlı kalmayan bulaşıcı bir kaygıdır. Hukuk düzenimizde bu tür kaygının oluşmasının önemli nedenlerinden biri dil kurallarından yoksun, anlatım ilkelerine uyulmamış, halkın dilinden uzaklaştırılmış, terim birliği sağlanamamış yasalardır. Yasama iradesi; genelleşen, netleşen ve estetik kaygıları da taşıyan anlatıma dönüşmedikçe toplumların, bireylerin haklarının korunması zorlaşacaktır.

İnsan varlığını, onurunu hak ve özgürlüklerini, mülkiyet hakkını yakından ilgilendiren yasaların her vatandaş tarafından doğru anlaşılması, adalet sisteminin daha adil işlemesini sağlayacak önemli bir kazanımdır. Oysa geniş bir kesimi ilgilendiren kimi yasalardaki dil yanlışları, yasaların iletişimsel görevini yerine getirmesini engellemektedir.

Bu yazıda " İmar hukuku gündeminin ilk sıralarında yer aldığı, belirtilen"[1] 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi

[1] Aydın Gülan, Kentsel Dönüşüm Hukuku, İstanbul Üniversitesi S:S ONAR İdare Hukuku ve Uygulama Merkezi Yayınları, No:2013/1,s.3.

Yasa'sının ilk maddesi Türk dili kuralları çerçevesinde yorumlanmaya çalışılmıştır. Yasa'nın dil yanlışlarına bağlı olarak uygulamalarda doğuracağı hukuksuzluk konunun dışında tutulmuştur.

İNCELENEN YASA MADDESİ:

Amaç

MADDE 1 – (1) *Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir*

I. ANLAMLA İLGİLİ DİL YANLIŞLARI

A. "Bu Kanunun amacı" Söz Öbeğinin Yerleşik Kalıplaşmaya Dönüşmesi

6306 numaralı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Yasa'nın ilk maddesi "*Bu Kanunun amacı…*"diye başlamaktadır. Amaç cümlesi bulunan diğer kanunlarda da ilk cümle, bu söz öbeğiyle başlamaktadır.[2] *Yerleşik bir kalıplaşmaya* dönüşme eğilimi içinde olan bu söz öbeği yerine anlaşılabilmeyi kolaylaştırabilmek, gereksiz kelime kullanmayı önlemek için, yazının sonunda önerdiğim şekilde, Türkçe söz dizimine uygun öznesi başta diğer öğeler yüklemi tamamlayacak şekilde cümlenin kurulması daha uygun olur.

Söz öbeği, anlatım yanlışı olarak kabul edilen gereksiz kelime kullanımı prensibi açısından da incelenebilir. "*Bu Kanun'un amacı*" söz öbeği tamlayanın başına sıfat gelen belirtili isim tamlamasıdır. Belirtili isim tamlamalarında tamlayanın ya da tamlananın başına gelen sıfat, başına geldiği kelimeyi niteler. "*Bu*" kelimesi de isim tamlamasında tamlayan olan "*kanunu*" işaret etmektedir. "*Bu*" kelimesi tamlamada kullanılmasa da "*kanunun amacı* söz öbeği "*bu*" kelimesinin işaret görevini içerecek anlam çerçevesine sahiptir. Çünkü İsim tamlaması " İyelik ekli bir isim unsurunun, iyeliğin işaret ettiği bir başka isim unsuruyla kurduğu söz öbeğidir. Bu söz öbeğinde iki isim unsuru *aitlik içinde bulunma, sınırlandırma,* "***belirtme***" vb. anlam ilgileri çerçevesinde

[2] http//rega, başbakanlık.gov.tr/Fihrist/fihrist/asp

birbirine bağlanır."[3] Örneğin "Çiçeğin kokusu, kuşun sesi tamlamalarında tamlayan belirli bir nesneyi *göstermektedir*.[4] " *Kanun* "kelimesine eklenen ilgi hâl eki, "bu" işaret sıfatının söz öbeğine katacağı işaret anlamını bünyesinde bulundurmaktadır. Herhangi bir yasadan değil amacı belirtilen "*bu*" yasadan söz edilmektedir.

Türkçe söz diziminde amaç belirten cümleler, "*Bu……amacı*" gibi kalıplaşmış söz gruplarıyla başlamaz. "Yüklemin anlamı' özne, nesne, yer tamlayıcısı ve zarf' adı verilen ögelerle tamamlanır."[5]

B. "Fen ve sanat norm ve standartlarına" Söz Öbeğinde Bulunan Anlam Bulanıklığı

Bir cümlede aynı kelimenin gereğinden fazla kullanılması anlamsal ve yapısal bozukluklara sebep olmaktadır. "Özdeş anlamlı dil ögelerinin bir arada kullanılması ya da görevli olmayan bir sözcüğe yazıda yer verilmesi, anlatımın gücünü azaltır. Sözü gereksiz yere uzatır. İçinde gereksiz sözcükler bulunmayan yazı daha etkili ve inandırıcı olur."[6]

Kırk bir kelimeden oluşan Yasa'nın ilk cümlesinde "**ve** " bağlacı altı defa kullanılmış. Bu kullanımlardan "**ve**" lerin bazısını çıkarttığımızda "cümlenin anlam ve anlatımında bir daralma oluyorsa sözcük gerekli, olmuyorsa gereksizdir "[7]

"Ve " bağlacının görevi Türkiye Türkçesi gramerini anlatan kitaplarda yaklaşık tanımlarla yapılmıştır. "Ve bağlacı aynı tür veya aynı görevdeki kelime ve tamlamaları birbirine bağlar[8]" "Eş görevli kelimeleri, bağlar.[9]"**fen ve sanat norm ve standartlarına**" söz öbeğinde, "*fen normları", "sanat normları", "fen standartları"," "sanat standartları"* olmak üzere dört belirtisiz isim tamlaması vardır. Söz öbeğinde hem tamlayanlar hem de tamlananlar arasına "ve" bağlacının konulması cümlenin üslubunu bozmakta ve cümlede anlam bulanıklığı oluşturmaktadır.

---

3 Leylâ Karahan, Türkçede Sözdizimi, Akçağ,19.baskı, Ankara,2013s.42.
4 Karahan,s.43
5 Karahan,s.11
6 Ömer Asım Aksoy, Dil Yanlışları, Türk Dil Kurumu Yayınları,1980, s.
7 ÖSS tanımı,"1981-ÖSS 'de Anlatım Bozukluğu soru metni."
8 Zeynep Korkmaz, Türkiye Türkçesi Grameri, Şekil Bilgisi, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara,2009,s.1106.
9 Nurettin Koç, Yeni Dilbilgisi, İnkılap Kitapevi,2.Baskı,1996,s.187.

Fen norm(u),sanat norm(u);fen standartları, sanat standartları ”tamlamalarında tamlanana “ne” sorusu sorulduğunda “*norm(ların)* ve *standart(ların)*” türü belirtilmiş olmaktadır. Cümlenin anlam bütünlüğüne baktığımızda belirsizlik ve tür amaçlanmamakta fennin, *sanatın kurallarına, kalıplarına* uygun düzenlemeler öngörülmektedir. Tamlamalar, belirtili isim tamlaması şeklinde kurulmuş olsaydı kelime öbeği Yasa'nın amacına uygun düşecekti. Çünkü “norm, standart ”kelimeleri, fennin ve sanatın niteliklerine, özüne uygun görevlendirilmiş olacaktı.

Bu kavramlar anlam değerleri bakımından da yorumlanabilir. “Standart “kelimesinin Türkçe karşılığı olarak sözlükte 1. Belli bir işe göre yapılmış veya ayrılmış 2.Belirli ölçülere yasaya kullanıma uygun olan3.Örnek veya temel olarak alınabilen tek biçim4.Bir işletmede, bir ürünü, bir çalışma yöntemini, üretecek miktarı vb.yi belirlemek için konulmuş kural;[10] **norm** kelimesi de kural olarak belirlenmiş, yerleşmiş ilke ve kanuna uygun durum, düzgü[11] olarak belirtilmiş.

“… Fen ve sanat norm ve standartlarına uygun…” söz öbeklerinde kullanılan

yabancı kökenli bu iki kelimenin anlam bakımdan kesiştiği noktalar, bulunmaktadır. Bu

durum kelimenin anlam çerçevelerini tam olarak çizmeyi engellemekte ve söz öbeği, yoruma açık hâle gelmektedir.

Cümlede “norm, standart” kelimeleri yerine bu kelimelerin içeriklerinden daha zengin, belirgin anlam katmanlarına sahip, anlam çerçevesi rahatlıkla çizilebilen, herkesin açıkça anlayabileceği “*kurallarına, kalıplarına*” kelimelerinin cümlede kullanılması yasa metnin anlaşılabilirliğini artıracaktır.

C. “Yenilemelere” Kelimesinin Yanlış Kullanımı

“ …*Sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir*” Cümlesinde geçen “yenilemelere” kelimesinin “*yenilemeye*” şeklinde yazılması gerekir.

10 Türkçe Sözlük, TDK,1988,C:11,s.2029.
11 Türkçe Sözlük, TDK, C:11,1988,s.1660.

Türkçede art arda gelen eş görevli sözcüklerde en son sözcüğe gelen –ler çoğul ekinin kelimeye kattığı anlam eş görevli diğer sözcükler için de geçerlidir. Bu durumda "-ler" eki söz dizimi içinde tasfiye kelimesine de geleceği düşünüldüğünde dil yanlışları içinde kabul edilen mantık hatası doğacaktır.

II. DİL BİLGİSİ YANLIŞLARI

A. "Bulunduğu" ve "teşkil etmek" Kelimeleri Arasında Çatı Uyumsuzluğunun Bulunması

"Bir cümlede hem etken hem edilgen çatılı bir fiil veya fiilimsinin kullanılması çatı uyumsuzluğuna yol açar. Çatı uyumsuzluğu, birleşik cümlelerde çok görülür"[12] Cümlede "bulunduğu" sıfat fiili edilgen iken[13] "teşkil etmek" isim fiili etkendir. Cümle "…..*Yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri teşkil edilmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir.*" şeklinde olmalıdır. Ya da "bulunduğu" kelimesi yerine "*olan*" kelimesi getirerek cümleyi aşağıdaki şekilde kurmalıdır."…*Yapıların olduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemeye dair usul ve esasları belirlemektir.*"

Yasa'da *"… Sağlıklı* ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek… "söz öbeğindeki " teşkil etmek bileşik fiili Türkçe anlatım ilkelerine aykırı bir kullanımdır. Teşkil kelimesi Arapça kökenli isim olup "oluşturma, ortaya çıkarma, meydana getirme anlamı taşımaktadır."[14]"

Türkçede "teşkil etmek" kelimesini anlam bakımdan karşılayan "oluşturmak", "ortaya çıkarmak "kelimeleri dururken halkın dilinden yavaş yavaş silinmekte olan teşkil etmek birleşik fiilini kullanmak hem kelime tasarrufu açısından hem de Türkçenin anlatım genişliğini görmezlikten gelme bakımından uygun değildir.

B. "….Sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini" Söz Öbeğinde Gereksiz Kullanılan Belirtme Ekinin Bulunması

---

12 Yakup Yılmaz, Türkçede Dil Yanlışları, Özel Kitaplar,2010,1.Baskı, s.244.

13 Vecihe Hatipoğlu, Türkçenin Ekleri, TDK Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi,1974,s.129.

14 Türkçe Sözlük,TDK, 9.baskı,1998,C:2,s.2207.

."-i" belirtme eki işten, hareketten etkilenecek varlığı belirtmek için kullanılır. Cümlenin anlam bağlamında da etkilenen varlıktan değil oluşturulacak "*yaşama çevrelerinden*" söz edilmektedir. Ayrıca "teşkil etmek" birleşik fiilinin edilgen olması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Edilgen çatılı fiiller nesne almaz**.** Sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini "söz öbeğinde bulunan "çevrelerini" kelimesindeki "-i" belirtme eki "teşkil etmek" birleşik fiili edilgen olması gerektiğinden kelimeden çıkartılmalıdır.

111. DİL YANLIŞLARI BELİRLENEN CÜMLE YERİNE ÖNERİLEN CÜMLELER

1. Önerilen Cümle (İncelenen yasanın söz dizimine uygun örnek)

AMAÇ

Yasa'nın amacı; afet riski altındaki alanlar[15] *ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde fennin, sanatın kurallarına ve kalıplarına uygun; sağl**ıklı,** güvenli yaşama çevreleri oluşturmak ve*[16] *iyileştirmeye, tasfiyeye yenilemeye ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*

2. Önerilen Cümle (Türkçe söz dizimine uygun örnek)

AMAÇ

*Yasa, (*Özne*) afet riski altındaki alan ile bu alan dışındaki riskli yapının bulunduğu arsa ve arazide (**Yer Tamlayıcısı**) fennin, sanatın kalıp ve kurallarına uygun sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri oluşturmak için (**Zarf Tümleç**) iyileştirmeye, tasfiyeye ve yenilemeye ilişkin usul ve esasları (**Nesne**) belirler. (**Yüklem**)*

3. Önerilen Cümle (Türkçe söz dizimine uygun örnek)

AMAÇ

*Yasa,(*Özne*) afet riski altındaki alan ile bu alan dışındaki riskli yapının bulunduğu arsa ve arazide fennin, sanatın kalıp ve kurallarına uygun sağlıklı, güvenli yaşam çevreleri oluşturmak ve iyileştirmeye tasfiyeye yenilemeye ilişkin usul ve esasları belirlemek için(**Zarf Tümleci**) düzenlenmiştir.(**Yüklem**)*

---

15 "Alanlar, yapılar, araziler" kelimelerindeki –ler ekleri kelimelerdeki genel ve özel anlam prensipleri çerçevesinde incelendiğinde gereksiz eklerdir. Ancak Yasa'nın ilk kalıbının bozulmaması için kullanılmıştır.

16 "ve" kelimesi yerine "için " "üzere" kelimesi konduğunda cümleden ikili anlam çıkmaktadır.

SONUÇ

Yasalar, herkesin anlayabileceği nitelikten yoksun olması durumunda adalet, gecikir veya gerçekleşmez. Yasanın dil kurallarına uygun hazırlanmaması, kolay anlaşılmaması hukuk düzeninin kurulmasını zorlaştırır. "Silahların eşitliği ilkesinin" gerçekleşmesi de tarafların doğrulanır ve ortak anlam çıkartılabilir yasaların varlığına bağlıdır. Yasa dili hoşnutsuzluk, güvensizlik hissi yaratacak her türlü anlatım yanlışlarından uzaklaştırılmalı, terimsel gelişimi içinde anlaşılabilirlik ve akıcı bir üslup bulunması bakımından belli bir çerçeveye oturtulmalıdır.

Kaynakça

Akalın Ş Haluk, "Bilişim Dünyasında Türkçe", Türkçenin Dünü, Bugünü, Yarını, Uluslararası Bilgi Şöleni-Bildiriler 7-8 Ocak 2002 Ankara, T.C. Kültür Bakanlığı-Yayınları 2935 s.61-70 Ankara,2002.

Akar Ali, Türk Dili Tarihi, Tüken Neşriyat, İstanbul,2005.

Akgündüz Abdülkadir,"21. Yüzyılda Türkçenin Hedefleri", Türkçenin Dünü, Bugünü, Yarını, Uluslararası Bilgi Şöleni Bildiriler 7-8 Ocak 2002 Ankara, T:C.Kültür Bakanlığı Yayınları/2935,s.305-326,Ankara 2002.

Aksan Doğan, Her Yönüyle Dil, Ana Çizgileriyle Dilbilim, TDK Yayınları,439,Ankara,1995.

Aksan Doğan, Tartışılan Sözcükler ve Özleştirme Sorunu, TDK, Yayınları, Ankara,1976.

Aksan Doğan, Türkçenin Sözvarlığı Türk Dilinin Sözcükbilimiyle İlgili Gözlemler Saptamalar, Engin Yayınevi, Ankara,1996.

Aksoy Ömer Asım, Dil Yanlışları,(900 sözün eleştirisi),TDK Yayınları, Ankara,1980.

Aksoy Ömer Asım, Dil Üzerine Düşünceler Düzeltmeler,2. Baskı, TDK Yayınları,190,Ankara,1964.

Aktaş Şerif, Edebiyatta Üslup ve Problemleri,2.Baskı, Akçağ Yayınları, Ankara,1993.

Atasoy Faysal Okan, Türkçede Noktalama, Özel Kitaplar, İstanbul,2010.

Bâkiler Yavuz Bülent, Sözün Doğrusu 1,10. Baskı, Türk Edebiyatı Vakfı Yayınları, İstanbul,2007.

Bâkiler Yavuz Bülent, Sözün Doğrusu 2,10. Baskı, Türk Edebiyatı Vakfı Yayınları, İstanbul,2007.

Başgil Ali Fuad, Türkçe Meselesi, Tan Matbaası, İstanbul, 1948.

Başkan Özcan, Lengüstik Metodu, Çağlayan Kitapevi, İstanbul, 1967.

Bayındır Alper, Uzun Lafın Türkçesi, Güvender Yayınları, İstanbul, Ekim,2003.

Cemiloğlu Mustafa, Türk Dili ve Edebiyatı Öğretimi,1.Baskı, Alfa Yayınları, Bursa, Ağustos 2003.

Çiftçi Musa, "Türkçe Öğretiminin Sorunları", Türkçenin Çağdaş Sorunları,2.

Baskı,Kitapevi Yayınları, Ankara,2006.

Deny Jean, Türk Dili Gramerinin Temel kuralları,(Türkiye Türkçesi),Çeviren; Oytun Şahin, TDK Yayınları:616,Ankara 1995.

Ediskun Haydar, Türk Dilbilgisi,6.Basım, Remzi Kitapevi, İstanbul,1999.

Ergin Muharrem, Edebiyat ve Eğitim Fakültelerinin Türk Dili ve Edebiyatı Bölümleri İçin Türk Dil Bilgisi,19. Baskı, Bayrak Basım/Yayım/Tanıtım, İstanbul,1992.

Evren Kerim, Güncel Örneklerle Medyada Dil Yanlışları,2. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001.

Hacıeminoğlu Necmettin, Türk Dilinde Edatlar, MEB Yayınları-Öğretmen Kitapları Dizisi:193, İstanbul, 1984.

Hepçilingirler Feyza, Türkçe "Off", Remzi Kitapevi, 7. Basım, İstanbul, 1998.

Korkmaz Zeynep, Gramer Terimler sözlüğü, TDK Yayınları:575, Ankara, 2992.

Korkmaz Zeynep, Türkiye Türkçesi Grameri, TDK Yayıları, 3.Baskı, Ankara, 2009.

Yılmaz Yakup, Türkçede Dil Yanlışları, Özel Kiyaplar, 1. Baskı, 2010

‘HUKUK DEVLETİNİN SONU’

Başar YALTI*

''Devlet, hukuka ancak istediği için, istediği zaman ve istediği ölçüde boyun eğiyorsa, aslında hiç boyun eğmiyordur.''

Leon Duguit

Yazının başlığı Jean-Claude Paye'nin kitabının adı. Kitabın alt başlığı **‘Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele’** adını taşıyor.

Kitap, El-Kaide'ye bağlı kişilerin kaçırdıkları uçaklarla 11 Eylül 2001 tarihinde New York'ta bulunan Dünya Ticaret Merkezi kulelerine yaptıkları saldırılar sonrasında hukukta ortaya çıkan olağanüstülüğü konu ediyor.

Kitabın girişinde de belirtildiği gibi, **''Bugün almamız gereken tüm önlemleri sessiz bir şekilde tekrar gündeme getirmek ve kabul ettirmek için çok iyi bir gün''** (s.12). Çünkü acil bir durum (terörist bir eylem) vardır ve böylesi acil durumlarda yurttaşlar demokrasiyi korumak adına özgürlüklerinden vazgeçmeye hazırdırlar.

Terör eylemleri ve toplumsal şiddet olaylarının yaygınlaştığı ortamlarda, hukukun meşrulaştırıcı özelliği siyasal iktidarlar tarafından sonuna kadar istismar edilir. Polise ve istihbarat birimlerine olabildiğince geniş yetkiler verilir. Toplumun gözünde, terörle mücadele ve savaş, terörist ve düşman kavramları özdeşleştirilir. Ceza hukuku ve ceza yargılama usulleri olağanüstüleştirilir. İnsanlar birbirlerine karşı ihbarcı hale getirilir. Toplum polisleştirilir. Yargı bağımsızlığını yiti-

* Avukat, Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı

rir ve hızla, iktidarı meşrulaştıran ve yürütme organının uzantısını oluşturan bir araç haline gelir. Polisler yargıç yetkisine kavuşurken, yargıçlar polisleşir. Kişilere ait 'özel alan' neredeyse yok edilir. Sürekli bir tehdit algısı yaratılarak süreç uzatılır ve olağanüstülük, olağanlaştırılır. İnsan hakları, adil yargılanma koşulları, ya askıya alınır, ya da büyük ölçüde kısıtlanır. Kaos ve kargaşadan beslenen bir iktidar yapısı ortaya çıkar. Basın denetim altına alınır. İnançlar, kutsal değerler alabildiğine sömürülür. Muhalefet bastırılır. Siyasal iktidar toplumsal hayatın her alanını denetler. Hukuk görüntüsü altında aslında hukuk askıya alınır.

Hukuk, hemen her gün, itaat rejiminin yeniden üretilmesinde ideolojik bir araç olarak başrolü oynar.

Bunun içindir ki; **''Didier Bigo**'nun yazdığı gibi, **'terörü tanımlamak, neyin demokratik ve neyin demokratik olmadığını tanımlamak demektir.''** (s.14)

Türkiye'yi yöneten siyasal anlayışın yukarıda çizilen tabloyu zaman zaman kopyaladığını yaşayarak görüyor ve öğreniyoruz. İktidarın Cumhuriyet'le bitmeyen hesaplaşma arzusuna iktidarı sürdürme ihtiyacı eklenince, siyasal iktidar, elindeki baltayla Cumhuriyet'in en çok da laik düzenini ve hukuk devleti niteliğini budamaktan geri kalmıyor. Yargının sürekli bir alt-üst oluş yaşaması, mahkemelerin yapısıyla bu kadar kolayca oynanması, hukuk güvenliğinin yerlerde sürünmesi başka nasıl açıklanabilir ki?

Oysa ikinci dünya savaşından sonraki yıllardan itibaren bütün dünyada yerleşmeye başlayan ve geçerliğinin kanıtlanması dahi gerekmeyen hukuk devleti kavramı, devletlerin ışıltılı bir özelliği olarak sunulmaya başlamıştı. Liberalizm, her türlü yetkinin kaynağı ve meşruluk temeli olarak görüyordu hukuk devletini. Hukuk devleti, yeni oluşan burjuva değerlerinin koruyucusu olan siyasal bir sistem olarak tanımlanıyordu. Çünkü bireysel özgürlükler kutsal bir nitelik kazanmış, devletin dahi giremeyeceği dokunulmaz özgürlük alanlarının varlığı tanınır olmuştu**. İnsanlık onuru, her şeyden daha üstün ve önemliydi. Bunun için devletin üstün gücü sınırlanmalıydı.**

Böylece hukuk devleti, kamu özgürlüklerini ve devletin demokratik rolünü tanımlayan bir içeriğe kavuşarak, sadece normlar hiyerar-

şisine dayanan hukuk düzenini değil, haklar ve özgürlükler sistemini ve iktidarın kullanma sınırını da gösteren kült bir kavram haline gelmiş oluyordu. Hukuk devletinin bu yeni aşamasında seçilmişler, üstün hukuk kurallarının varlığını öngörerek ve bu kurallarla bağlı olduklarını önceden peşin olarak kabul ederek iktidara talip oluyorlardı. Seçilenler, hangi makamda olurlarsa olsunlar, insan hakları konusundaki uluslararası belgeler, anayasalar gibi üstün değer atfedilen hukuk metinlerinin dışında bir iktidar yetkisi kullanma hakkına sahip olmadıklarını biliyorlardı.

Kuşkusuz bir devlete, hukuk devleti niteliğini veren başka özellikler de vardı. Demokratik anayasal düzen, bağımsız ve tarafsız yargı, yasal güvenceye bağlanmış insan hak ve özgürlükleri, kuvvetler ayrılığı ve en önemlisi, laik, seküler bir toplumsal düzenin varlığı. Bu özellikler, hukuk devletine derinlik kazandırıyor, işlevini yerine getirmesini sağlıyordu.

Böyle bakıldığında hukuk devleti, insan haklarına dayalı değerler sisteminin bütünüdür. Hukuk devletini karakterize eden yukarıda sayılan özellikler aşınınca hukuk devleti kolayca deforme edilebilmekte, sıradanlaştırıp, her şeye kılıf olarak görülen moda bir kavrama dönüşebilmektedir. Dolayısıyla sayılan nitelik ve özelliklerin, hukuk devleti kavramı ile aynı yapısallık içinde olmaları, canlı tutulmaları, olmazsa olmaz bir koşuldur.

Türkiye, hukuk devleti kavramıyla 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle daha yakından tanıştı.

O tarihten beri zikzaklı bir süreç izlense de, özellikle Avrupa Konseyi üyesi olmanın gereklerine uyularak kimi somut mekanizmaların hayata geçirilmesiyle (örneğin Anayasa Mahkemesinin kurulması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yetkisinin tanınması vb. gibi) hukuk devleti daha da somutlaşarak, görünür hale geldi. İnsan hakları konusunda imzalanmış uluslararası sözleşmelerin kabul görmesi ve belli ölçüde de olsa hayat bulması hukukun üstünlüğü alanındaki umutları canlı tuttu. Öyle ki, 1980 askeri darbesinin ürünü olan mevcut Anayasada bile bu temel ilke (m.2) yer aldı. Hukukun üstünlüğüne olan bağlılık vurgulandı.

Yazının başına dönersek, hukuk devletinin göz kamaştıran parlak ışığı tüm dünyada, son 15 yıldan beri iktidarları rahatsız etmeye başladı. Bir burjuva devrimi ürünü olan 'hukuk devleti', bizzat burjuvazinin şikayetçi olduğu mekanizma olarak görülmeye başlandı. İnsan haklarındaki sürekli genişleme, egemenler için rahatsız edici boyutlara ulaştı. Yönetici kadro, sınırlayıcı kurallardan kurtulmak için fırsat kollar oldu. Terörün şiddetini artırarak küreselleşmesi, ekonomik, siyasal ve kültürel anlamda toplumsal yaşamı tehdit eden olağanüstü durumların gelişmesi ve yaygınlaşması, iktidarlara istedikleri bu fırsatı verdi. Ya da bu amaçla kaotik ortamlar yaratıldı. Özgürlük / güvenlik ikilemine göre genişleyip daralan insan haklarının hukuksal sınırları güvenlik ihtiyacı öne alınarak belirlenir oldu. Böylece 'devlet' dediğimiz organizasyonun neye tekabül ettiğini daha belirgin olarak görmeye başladık. Devletin normal dönemlerdeki yumuşak yüzünün değiştiğini, dişleri olduğunu fark ettik.

Oysa hukuk, uygar ve barışçı bir toplumsal varoluşun temelidir. Hukuk, temel hak ve özgürlüklerin üzerinde yeşerdiği bir zemindir. İnsanlığın temel ihtiyacı olan özgürlük, eşitlik, adalet ihtiyacının normlar sistemidir. Bu nedenle, 'hukuk devleti' nin dış dünyada gerçeklik kazanması; uygar, barışçı, akılcı, özgürlük, eşitlik ve adalet ihtiyacını karşılayan bir devlet görüntüsüyle mümkün olabilir. Bunun da yolu, devletin doğru / sağlam bir insan hakları anlayışına uygun davranmasından geçer. Bu açıdan bakıldığında hukuku, özgürlüklerin önünde bir engel, bir bariyer olarak görmek ve kullanmak mümkün değildir ve hukukun doğasına aykırıdır.

Aslında hukuk düzeni, devletin kendi düzenidir. Ama bu düzenin nasıl işlediği üretim ilişkileri, iktidar ilişkileri ile şekillenir. Egemen ideoloji, kendi değer yargılarını hukuk aracılığıyla topluma aktarır. Fakat **''Hukuk devleti 'herhangi bir hukukun devleti' değildir, temelinde bir değerler ve ilkeler bütünü yatan bir hukukun devletidir.''** (Hukuk Devleti, Jacques CHEVALLIER, İmaj Yayınları, s.90) Hukuk devletinde devletin, hukukun dışında ve üstünde meşru bir varlığı olamaz. Devlet, varlık ve meşruiyetini hukuk ve adaletten alır. Bu nedenle hukuk devleti, sadece kuralları olan bir devlet olarak da anlaşılmamalıdır. Çünkü totaliter devletlerin de kuralları vardır. **'' Faşist devletin bir hukuk devleti olmamasının nedeni 'devletin aşkın bir gerçeklik olması, esasen en üstün gerçeklik olması, dahası, tek**

gerçeklik olması' dır." (s.92) Hukukun kaynağının bir kişi, sınıf, parti vb olması, hukukun öznesinin devlet olması ve devletle hukuka kaynaklık eden şeyin özdeşleşmesi, totalitarizmin varlığını gösterir.

Hukukun öznesini değiştirdiğiniz zaman hizmet ettiği alanı da değiştirmiş olursunuz. Hukukun öznesi insandır, yurttaştır. İnsan hakları mücadelesi tarihi, yurttaşın varlığını hukuka, hukukun varlığını yurttaşa bağlamıştır. Hukuk - özne ilişkisinde birbirini meşrulaştıran bir diyalektik vardır. Özne hukuk kurallarına uyarak hukuku var edip meşrulaştırırken, hukuk da kendisine uymakta olan bireye toplumda yer açar, onu tüm özellikleriyle var eder. Dolayısıyla toplumun ve yurttaşların hukuku önemsemesinin ve hukuka sahip çıkmasının nedeni, hukukun, devlet karşısında, siyasal iktidar karşısında yurttaşlara güvenli bir liman sağlıyor olmasıdır.

Hukuk devletinin tarihsel gelişim çizgisi, artık üç boyutlu bir anlayışı yansıtmaktadır: normlar hiyerarşisinin varlığı, hukuk kurumlarının (yargı sistemi) işlerliği ve hukuk kuralların koruduğu değer, yani kuralların maddi içeriği. Bu şekilde kurumsallaşan bir hukuk devleti ancak kendi değerlerini üretebilir. Bu değer, adaletli bir toplumsal düzenden başka bir şey değildir. Hukuk devleti görünürlüğünü yargı aracılığıyla gerçekleştirdiğinden, doğal olarak, yargı sistemi ve onun da odağında yer alan yargıç, hukuk devletine kimliğini kazandıran kişi konumuna geçer. Bunun için bağımsız davranmasını bilen, hukukun ne olduğunu kavramış kişilikli yargıçlar hukuk devletinin varoluş nedenidir.

Olağanüstü dönemlerin en önemli sorunu, hukuk / devlet ilişkisinde ortaya çıkar. Yönetici sınıf, hukuku devletin koruyucu bir kalkanı olarak kullanmak ister. Oysa hukuk, devletin varlığı için bir güvence olarak görülemez. Devleti koruma endişesi siyasal alana ait bir sorundur. Dolayısıyla 'devletin bekası' gibi bir kavram yargıcın dikkate alacağı bir ilke değildir. Devlet kendi varlığını tasarlarken 'beka' sorununu düşünmüş ve önlemini almış olmalıdır. Bu nedenle **yargıç, hukuku iktidarın operasyon aracına dönüştüremez. Siyasal hasımların sindirilmesine, hukuk aracılığıyla toplumun aklının karıştırılmasına alet olamaz. Yargıç hukuku bir din gibi kullanamaz.** Hukuk inancı, sosyal mühendislik aracına dönüştürülemez.

Elbette toplumsal kaos ve anominin yaşandığı dönemlerde, 'nor-

mal' dönemin kurallarının dışına çıkılması kabul görebilir. Ama bir hukuk düzeni olağanüstülüğü de hesaba katarak kurulur, normale dönmenin süreci, önceden tasarlanan ve sınırları yine önceden belirlenmiş hukuk düzeni içinde kalarak gerçekleştirilir. Çünkü burjuva aydınlanma devrimi, yeni bir hukuk düzeni talep edip, insan haklarına saygılı bir hukuk düzenini kurgularken, ele geçirdiği devletin düzenine karşı da hukuk talebi olabileceğini düşünmemiş olamaz. Terörle mücadelenin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Terörle mücadele, hukuk düzeninin dışına çıkılmasının bahanesi olmamalıdır. Kaldı ki, devletin terör yöntemleriyle benzeşmesi, devleti devlet yapan temel değerlere aykırı düşeceğinden, devlet hukukun dışına çıkamaz. Bu gibi durumlarda az hukuk, çok hukuk hesabı da yapılamaz. Tasarlanmış bir hukuk düzeninde, anayasal bir düzende, 'olağanüstü' olarak tanımlanan düzenin hukuk sistemi neyi gerektiriyorsa, var olan hukuk odur. Yine de var olduğu kadarıyla bu hukuk, insanın temel haklarının ve insanlık onurunun sınırlarını çiğnemeye izin veremez.

Paralel iki çizgi birbirini hiç kesmez. Sonsuza kadar uzar gider. Ancak gözümüz, belli bir uzaklıktan sonra paralel iki çizginin ufuk noktasında birleştiğini sanır. Siyasal alan ile hukuk ilişkisi bu şekilde bir görüntü verebilir. Bu nedenle hukukun başta politika olmak üzere ekonomik, kültürel toplumsal bağlamda nereye oturduğunun nasıl bir işlevi yerine getirdiğinin doğru şekilde tespiti gerekmektedir.

Sorunumuz hukukun başına neler geliyor kaygısı değildir. Asıl kaygı duyulması gereken şey, hukukun başına bir şey geldiğinde insanların ve toplumun başına neler geleceğidir!

Notlar:

1- Bu yazı 15 Temmuz darbe kalkışmasından önce yazılmıştır.

2- Bu yazının yazılmasında (Hukuk Devleti, Jacques CHEVALLIER, İmaj Yayınları, 2010.) ve (Hukuk Devletinin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele, Jean-Claude Paye,İmge Kitapevi, 2009.) adlı kitaplardan yararlanılmıştır.