

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.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner

Av. R. Erinc Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdümlü Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun
Av. Veli Küçük
Av. Gökhan Bozkurt
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu
Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Abdussamet Tekin

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhöğlü

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

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 Sokak No: 8
06520 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: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

ARCS Matbaa
Zübeyde Hanım Mah. Aslanbey Cad.
Tuna Han No: 101/2D İskitler / ANKARA
0 (312) 384 24 01
Sertifika No: 49427

Basım Tarihi / Printing Date : 31. 12. 2023

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "*Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır*" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetişecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.
İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.
8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.
Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.
Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.
11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yayin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturum ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,
Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (**özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin**) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.

Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.

Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

- 1 Osman Korkut KANADOĞLU - Canberk GÜMÜŞ - Battal Niyazi ŞAHİN**
Atatürk'ün Egemenlik Anlayışı ve Egemenlik Anlayışlarının Türk Anayasalarına Yansımaları
Atatürk's Concept of Sovereignty and Reflections of Concepts of Sovereignty on Turkish Constitutions
- 47 Atacan KÖKSAL**
Bankacılık Zimmeti Suçu
The Crime of Banking Embezzlement
- 97 Bedirhan Erdem**
Ceza Hukukunda Yöntem Sorunu Olarak "Suçların İçtimaı" Teşebbüs Aşamasında Kalmış lex specialis ile Tamamlanmış lex generalisin Birleşmesi Üzerine Bir Değerlendirme
Concurrent Crimes As A Methodological Issue in Criminal Law An Evaluation on The Concurrence of Attempted lex specialis and Completed lex generalis
- 155 Süheyla Suzan GÖKALP**
İklim Krizi Bağlamında ÇED Uygulamaları ve ÇED Yönetmeliği'ndeki Değişikliklerin Değerlendirilmesi
(EIA Implementations in the Context of the Climate Crisis; Evaluation of the EIA By Law's Amendment)
- 195 Mehmet Ünsal CANDEMİR**
Cebri Artırma ve Borçluya Satış Yetkisi Verilmesinde Alacağa Mahsuben Satış
Sale on Account within The Processes of Forced Adjudication and Granting of Sale Authorization Processes
- 229 Özden İPÇİ**
Neden İdareler Arabuluculukta Anlaşmıyor?
Why Cannot Administrations Agree in Mediation?
- 245 Hayriye ŞEN DOĞRAMACI**
Tarımsal Üretim Modeli ve Tarımsal Üretim Sözleşmesi
Agricultural Production Model and Agricultural Production Contract

- 281 Sarp GÜMÜŞ**
Kamu İhale Sözleşmelerinde Geçici ve Kesin Teminatların Gelir (İrat) Olarak Kaydedilmesi
Recording of Temporary and Definite Guarantees As Income in Public Procurement Contracts
- 327 Munise Seray GÖNCÜ DÖNER**
Anonim Şirketlerde Kuruluştan Sonra Devralma İşlemlerinin (TTK m. 356) Örtülü Sermaye İadeleri Bakımından Değerlendirilmesi
Evaluation of The Acquisition after Establishment in Joint Stock Companies (Art. 356 of The Turkish Commercial Code) from The Perspective of Disguised Repayment of Capital
- 369 Gözde MURTAZ - Özgür AKPINAR**
Karayolları Trafik Kanunu 90'ıncı Maddesinde 2021 Yılında Yapılan ve Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilen Değişikliğin Zorunlu Trafik Sigortası Zarar Tazmin Sistemine Etkisinin Değerlendirilmesi
Assessment on The Effect of The Amendment Made in Article 90 of The Highway Traffic Law in 2021 and Canceled by The Constitutional Court on The Compensation System of Compulsory Motor Third Party Liability
- 407 Metin SARIASLAN**
Zorunlu Deprem Sigortası ve Kahramanmaraş Merkezli Depremlerde Doğabilecek Hukuki İhtilaflar
Compulsory Earthquake Insurance and Legal Disputes That May Arise in Kahramanmaraş Earthquakes
- 471 Emine KOÇANO RODOSLU**
Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukunda Evlilik Birliğinin Korunması
Protection of Marriage Union in The Turkish Republic of Northern Cyprus Law
- 499 Berkant AKKUŞ**
Deniz Hukuku ve 200 Deniz Milinin Ötesindeki Kıta Sahanlığının Sınırlandırılması Problemi
The Law of The Sea and The Problem of Delimitation of The Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles
- 545 Halim Alperen ÇITAK**
Fransız Danıştay'ının Dijitalleşme Olgusuna Bakışı
Digitalization in The Eyes of French Council Of State
- 577 Burçin AYDOĞDU**
Türkiye'de Torba Yasa Kavramının Etik Analizi
An Ethical Analysis on The Concept of Catch-All Law in Turkey

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Kasım-Aralık 2023 sayısı ile karşınızdayız.

*

2-3 Aralık 2023 tarihlerinde Ankara'da 13. Olağanüstü Genel Kurulumuzu gerçekleştirdik. Göreve geldiğimiz tarihte, Genel Kurul Delegelerimizle altı aylık değerlendirme toplantıları yapma sözü vermiştik. Bu toplantıların ilkinin 4-5 Haziran 2022'de gerçekleştirdik. Çanakkale'de 17-18 Aralık 2022 gerçekleştirilen 37. Olağan Genel Kurulumuzda delegelerimizle ikinci kez bir araya gelmiş olduk. Haziran 2023'te gerçekleştirilmesi gereken üçüncü buluşmamızı ise deprem ve seçim çalışmalarımız nedeniyle gerçekleştirememiştik. Ancak bunun yerine Aralık 2023 toplantımızı resmî bir genel kurul şeklinde gerçekleştirerek mesleğimiz adına önemli kararların alındığı bir imkâna kavuşmuş olduk.

Genel Kurul'da Türkiye Barolar Birliği Reklâm Yasağı Yönetmeliği'nde yapılacak değişiklikler derinlemesine tartışıldı. Öyle umuyorum ki dergimizin bir sonraki sayısında, buradaki tartışmalardan süzülen sonuçların değerlendirilmesi suretiyle Yönetim Kurulumuz tarafından gerekli değişiklikler yapılacaktır.

Genel Kurul'da ayrıca Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın reklâm yasağı ile ilgili maddelerinde değişiklikler yapıldı. Bu yönüyle Genel Kurulumuzun tarihe geçtiğini ifade etmem gerekiyor.

*

Dergimizin bu sayısında, her biri hukukun farklı disiplinlerinde akademik çerçevede katkıları sunan on beş makalemiz bulunuyor. Egemenlik kavramından kıta sahanlığının sınırlandırılmasına, banka zimmeti suçundan suçların içtimaı kavramına, torba yasa kavramının

etik analizinden Fransız Danıştay'ının dijitalleşme olgusuna bakışına ve daha pek çok konuya uzanan bir yelpaze söz konusu... Adlarını, içeriklerini burada saymadığım; Şirketler Hukuku, İcra Hukuku, İdare Hukuku, Tazminat ve Sözleşmeler Hukuku alanlarında birbirinden değerli makaleler, hakemlerimizin titiz incelemeleri sonrasında dergimizde yer almaya hak kazanarak sizlere sunuluyor.

Dergimizde yayımlanan makaleler, teorik alanda sağladıkları katkının yanı sıra hukuki süreçlere de yol gösterici pratik içeriklere sahip olabiliyor. Bu anlamda, yakın dönemde çok fazla uygulamasına tanıklık edeceğimiz, zorunlu deprem sigortası olarak bilinen Doğal Afetler Sigortası kurumuna ilişkin makalenin sigorta tahkim kararlarına yurттаşlar lehine yansımalarının olmasını bekliyoruz.

Hukukun alanlarında dergimize katkı sağlayan yazarlara, hakemlere ve yayınlarımızın sizlere ulaşmasını sağlayan Türkiye Barolar Birliği Dergisi emekçilerimize bir kez daha teşekkür ediyorum.

Saygılarımla

ATATÜRK'ÜN EGEMENLİK ANLAYIŞI VE EGEMENLİK ANLAYIŞLARININ TÜRK ANAYASALARINA YANSIMALARI

ATATÜRK'S CONCEPT OF SOVEREIGNTY AND REFLECTIONS OF CONCEPTS OF SOVEREIGNTY ON TURKISH CONSTITUTIONS

Osman Korkut Kanadoğlu*
Canberk Gümüş**
Battal Niyazi Şahin***

Özet: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne geçişte egemenlik anlayışında önemli değişiklikler yaşanmıştır. Dönemin önde gelen siyasi aktörü Mustafa Kemal Atatürk'ün egemenlik anlayışı da kuşkusuz bu değişikliğe yön vermiştir. Söz konusu dönemden sonra gelen anayasalar kimi özellikleriyle bu yönü takip ederken kimi özellikleriyle bu yönden sapmışlardır.

Anahtar Kelimeler: Mustafa Kemal Atatürk, Egemenlik, Kuvvetler Ayrılığı, Meclis Hükümeti, Parlamenter Rejim, Hiper Başkanlık Rejimi

Abstract: There were significant changes in the understanding of sovereignty during the transition from the Ottoman Empire to the Republic of Turkey. The understanding of sovereignty of Mustafa Kemal Atatürk, the leading political actor of the period, undoubtedly guided this change. While the constitutions that came after the said period followed this direction with some of their features, they deviated from this direction with some of their features.

Keywords: Mustafa Kemal Atatürk, Sovereignty, Separation of Powers, The Assembly Government System, Hyper Presidential System

* Prof. Dr., İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, korkut.kanadoglu@gedik.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0499-5856

** Arş. Gör., İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, canberk.gumus@okan.edu.tr, ORCID: 0009-0002-5405-2976

*** Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, battalsahin22@gmail.com, ORCID: 000-0003-4839-5593, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.10.2023, Kabul Tarihi: 10.11.2023

GİRİŞ

Modern devlet teorisinin yapıtaşlarından birisi olan egemenlik kavramı, belirli bir ülke topraklarında yaşayan insan topluluğu üzerinde üstün bir siyasi otoritenin, kural koyma ve yaptırımında bulunma yetkisine sahip olmasıdır. Egemenlik, devletin yetki sınırları içerisinde başka hiçbir aktörün egemen devletin iradesini reddedememesi anlamına gelir.¹ Egemenlik kavramı, 16. yüzyılda Batı Avrupa'da yaşanan feodal dönemden merkezi kuruluşlara doğru geçiş sürecinin bir ürünüdür.²

Egemenliğin tanımı bir kez ortaya konduktan sonra ona sahip olacak kişi ya da kurumun kaynağını nereden alacağı sorusu da peşi sıra önem kazanmaktadır. Modern devlet öncesinde bu soruya verilen yanıt, ilahi bir güce dayandırılmaktadır. Bu dönemde egemenlik yetkisine sahip olan kral ya da padişahlar, bu yetkiyi Tanrı'nın adına kullandığını ileri sürmekteydi. Henüz laikliğin ve sekülerizmin gelişmediği bu toplumsal yapılarda din, kural koyma ve yaptırımında bulunma gücünün meşruluğunu sağlamaktaydı. Söz konusu bu teokratik egemenlik anlayışının³ aşılarak halka tam anlamıyla egemen sıfatının yakıştırılabilmesi için Orta Çağ'da aşım modern egemen devletin ortaya çıkışını beklemek gerekecektir.⁴ Teokratik egemenlik anlayışından demokratik egemenlik anlayışına geçilmesi, birtakım siyasi mücadelelerin sonucunda olabilmıştır. Modern burjuva sınıfının öncülük ettiği bu siyasi mücadelelere eş zamanlı olarak yeni düşünceler de ortaya çıkmıştır. Teokratik egemenlik anlayışının reddedilerek egemenliğin kaynağının halk ya da ulusta olması gerektiği fikri de bu yeni düşüncelerden birisi olacaktır.

¹ Osman Korkut Kanadoğlu, Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (2. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 86.

² Erdoğan Teziç, *Milli Egemenlik İlkesinin Kabulü ve Gelişimi*, in: *Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan (Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi)*, TBMM Basımevi, Ankara 2022, s. 207.

³ Buna karşılık tek bir teokratik egemenlik anlayışının mevcut olmadığı da hatırlanmalıdır. Teokratik egemenlik anlayışı tarihsel gelişmeler sonucunda kendi içerisinde "tabiatüstü ilahi hak kuramı" ve "dolaylı (providansyel) hak kuramıdır. Bkz. Kanadoğlu/Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 95.

⁴ Mehmet Ali Ağaoğulları, *Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine*, in: *Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan (Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi)*, TBMM Basımevi, Ankara 2022, s. 376.

Demokratik egemenlik anlayışı, halk egemenliği ve millet egemenliği biçiminde iki farklı hüviyete bürünmektedir. Halk egemenliği ve millet egemenliği anlayışları, egemenliğin kaynağını laik bir temelde kavrama noktasında uzlaşmaktadır. Buna karşılık her iki anlayış egemenliğin kullanımı açısından farklı çıktılar doğurur. Çünkü egemenliğin halkta ya da millette olduğu söylendiği zaman, bunun nasıl ve hangi araçlarla kullanılacağı ve egemenliği kimin ifade edeceği gibi soru(n)lar ortaya çıkmaktadır.⁵ Halk egemenliği düşüncesinin kurucusu olan Rousseau, millet egemenliği anlayışının tersine, egemen gücün belirli bir ülkede yaşayan belirli bir insan toplamı (halk) olduğunu söylemektedir. Rousseau, temsil ilişkisini reddederek halkın doğrudan yasa yapım süreçlerine dahil olması gerektiğini savunmakta, halkı sınırsız ve mutlak bir egemen güç olarak tanımlamaktadır. Buna karşılık ulus egemenliği anlayışı açısından ulus, ortak bir zengin hatıralar mirasına sahip olma ve ortak karara varma, birlikte yaşama ve bölünmemiş halde alınan mirası devam ettirme arzusu sonucunda ortaya çıkmaktadır.⁶ Millet egemenliği anlayışında, millet kendisini meydana getiren fertlerden ayrı, onların toplamının dışında geçmişte yaşayan ve gelecekte yaşayacakları da kapsayan soyut bir varlık, manevi bir kişiliktir.⁷ Millet egemenliği açısından egemenlik, milletin adına, temsilciler aracılığıyla kullanılmaktadır. Bununla birlikte egemenliğin kullanım biçimine yönelik de kuvvetler birliği ve kuvvetler ayrılığı anlayışları ileri sürülmüştür. Halk egemenliği anlayışı kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmamakta ve kuvvetlerin yasamada birleştiği bir rejimi (meclis hükümeti) öngörmektedir.⁸ Rousseau'nun⁹ öncülüğü yaptığı kuvvetler birliği düşüncesine karşılık kuvvetler ayrılığı ise egemenliğin kullanımını belirli organlar arasında paylaştırmaktadır (yasama, yürütme ve yargı).

⁵ Teziç, Milli Egemenlik İlkesinin Kabulü ve Gelişimi, s. 209.

⁶ Ernest Renan, Ulus Nedir?, Pinhan Yayıncılık, Çev. Gökçe Yavaş, İstanbul 2021, s. 50.

⁷ Tarık Zafer Tunaya, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1969, s. 316.

⁸ Kanadoğlu/Duygun, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 105.

⁹ Rousseau'nun iktidarın kötüye kullanılması üzerine de kafa yorduğu ve açıkça bir erkler ayrılığı teorisi geliştirmemişse de bir bakıma bir sınırlı iktidar teorisi geliştirdiği de belirtilmiştir. Detaylı bir analiz için bkz. Tolga Şirin, Meclis Hükümeti (Rousseau'dan Marx'a Lenin'den Atatürk'e Bir Ortak Kesen), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.

Yukarıda kısaca özetlenen egemenliğin kaynağına yönelik değişen anlayışlar, Osmanlı – Türk anayasal gelişmelerine de yansımıştır. Bu çalışmanın amacı, modern bir cumhuriyetin kurucusu olan Mustafa Kemal Atatürk'ün egemenliğin kaynağına ve kullanımına ilişkin yaklaşımının ne olduğu sorusunun yanıtlanmasıdır. Bir diğer amaç ise Osmanlı- Türk anayasal gelişmelerinde egemenliğin kaynağı ve kullanımına ilişkin tercihlerin nasıl bir seyir izlediğini ortaya koymaktır. Bu doğrultuda tarihselliğin göz ardı edilmemesi adına öncelikle Osmanlı Devleti'ndeki egemenlik anlayışına ve bu anlayışın zaman içerisindeki değişimine değinilecektir (I). Ardından Millî Mücadele döneminin egemenlik anlayışlarında yarattığı kırılmalara ve bu dönem içerisinde egemenliğin kullanımına ilişkin yaşanan değişimlere odaklanılacaktır (II). Sonrasında ise Mustafa Kemal Atatürk'ün egemenliğin kaynağı ve kullanımı açısından hangi yaklaşımlara sahip olduğu ve düşüncelerindeki değişimlerin kaynağının ne olduğu sorusunun yanıtı aranacaktır (III). Nihayet egemenliğin kaynağı ve kullanımı açısından Türk Anayasalarının tercihlerinin ne olduğu, egemenliğin kaynağı ve kullanımı açısından zaman içerisinde ne gibi değişikliklerin ortaya çıktığı ve bu değişikliklerin altında yatan nedenlerin ne olduğu sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır (IV).

I. OSMANLI DEVLETİNDE EGEMENLİK ANLAYIŞI

Osmanlı devleti teokratik bir egemenlik anlayışıyla yönetiliyordu. Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan itibaren çok önemli bir özelliği, devlet yönetiminde dinsel ilkelerin etkin rol oynamasıdır.¹⁰ Modernizm öncesi bir imparatorluk olarak Osmanlı devletinde egemenliğin kaynağı ilahi bir güce dayandırılıyor ve padişahın, bu ilahi gücün yeryüzündeki temsilcisi olduğu varsayılıyordu; "Padişâh-ı ruy-ı zemin zülullah-i fı'l-arz (Allah'ın yeryüzündeki gölgesi)".¹¹ Özellikle Kanun-i Süleyman'dan itibaren padişahlar için "dünya halifesi" kavramı kullanılarak, padişahların bütün Müslümanların halifesi olduğu

¹⁰ Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı (Doğuşu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 124.

¹¹ Nevzat Köseoğlu, *Hukuka Bağlılık Açısından Eski Türklerde-İslam'da ve Osmanlı'da Devlet*, 3. Basım, Ötüken Neşriyat, Ankara 2013, s. 37; Haldun Eroğlu, *Osmanlılarda İktidarın Değişim Süreci ve Meşruiyet Sorunu*, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 43, S. 2, s. 23.

da söylenmekteydi.¹² Egemenliğin kaynağına yönelik uzun süren bu anlayışın değişmesi için modernleşme hareketlerinin gelişmesi beklenenecekti.

Osmanlı-Türk modernleşme süreci içerisindeki ilk anayasal belgelerde egemenliğin kaynağına ilişkin bir değişikliği görmek mümkün değildir. Gerek Sened-i İttifak'ta gerekse de Gülhan-ı Hattı Hümayunu'nda (Tanzimat Fermanı) tanrısal egemenlik anlayışı açısından bir değişikliğin izleri görülmemektedir. İktidarı sınırlandırma amacı güderek kanun önünde eşitlik prensibini getiren, yaşama ve mülkiyet hakkına yer vererek padişahların ceza verme yetkisine de son veren Tanzimat Fermanı'nda da sadece "Bu tesis edilen kanunların aksine hareket edenler, Allahutaala Hazretlerinin lanetine mazhar olsunlar ve ilelebet felah bulmasınlar." denmiştir. Böylelikle Tanrı'nın yeryüzündeki gölgesi olan Padişah'ın, Ferman'a aykırı davranması durumunda uğrayabileceği yaptırımın da ancak ilahi bir güçten kaynaklanabileceği kabul edilmiştir.

Osmanlı Devleti'nin ilk Anayasası olan Kanun-i Esasi'ye (1876) kadar egemenliğin kaynağı açısından herhangi bir değişikliğin emareleri bulunmamaktadır. Gerçi Kanun-i Esasi'nin egemenlik anlayışı açısından herhangi bir değişikliği yaratıp yaratmadığı da tartışmalıdır. Gerçekten de Kanun-i Esasi; Meclis-i Ayan ve Meclis-i Mebusan'ı getiriyor, kanun yapımında padişahı tek güç olmaktan çıkarıyor ve onun mutlak iktidarını sınırlandırıyor. Buna karşılık Kanun-i Esasi'nin içeriği iktidarı sınırlandırma açısından yetersiz kalmaktaydı. Padişah'ın kutsal ve dokunulamaz olduğu belirtiliyor, kanun teklif edebilmek içi padişahın izin alınması gerekiyor ve padişahın kanunları mutlak veto etme yetkisi bulunuyordu. Yürütme yetkisi de büyük oranda padişaha aitti ve sadrazam ve bakanların atanmasında Meclis'in onayına ihtiyaç duyulmuyordu. Üstelik padişah Meclis-i Mebusan'ı feshetme yetkisine de haizdi.

¹² Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 1999, C. 7, S. 1-2, s. 145. İstibdat döneminde de II. Abdülhamit için kullanılan unvanlarda dini içeriğin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu dönemde "hilafetpenah", "emirü'l müminin" "zillullah fi'l arz" gibi kavramlar ve dini içeriği belirgin devlet törenleri oldukça yaygınlaşmıştır. Bkz. Çağdaş Sümer, Düzenini Arayan Osmanlı (Eski Rejimden Meşrutiyet'e Osmanlı'da Siyasal Çatışma ve Rejimler), Yordam Kitap, İstanbul 2023, s. 326.

Toprak'a göre Kanun-ı Esasi, padişaha "meşrutiyet" ya da gerçek anlamda "anayasal" sistem ile bağdaştırılamayacak birtakım yetkiler tanıyordu ve bu durum milli hakimiyet prensibi ile telif edilebilecek bir mahiyette değildi.¹³ Benzer şekilde padişahın o zamana kadar hukuken ve fiilen haiz olduğu yetkilerin yine Anayasa'da olduğu gibi devam ettirildiği ve devletin tek hakiminin ve tek egemeninin padişah olduğu da söylenmiştir.¹⁴ Kanun-i Esasi'ye ilişkin bu yaklaşımlara karşılık olarak Tanör, Heyet-i Mebusan üyelerinin her birini "Umum Osmanlıların vekili" ilan eden bir hukuk sisteminin padişahı, artık siyasi sitemin mutlak ve biricik egemeni olmaktan çıkardığını söylemektedir.¹⁵ Teziç'e göre de bu durum, milli egemenlik teorisindeki temsilcinin tüm bir ülkeyi temsil etmesi gibi adeta siyasi temsil ilkesini çağrıştırmaktaysa da milli egemenlik anlayışı henüz Anayasa'ya girmemiştir.¹⁶

Kanun-i Esasi'yi bir "ferman anayasa" olmaktan çıkararak ve iktidarın gerçek anlamda sınırlandırılmasını sağlayan değişiklikler ise 1908 Hürriyet Devrimi'nin ardından hayata geçebilecektir. 1909 Anayasa değişiklikleri sonrasında Kanun-i Esasi'nin içeriğinde oldukça önemli değişiklikler yapılacaktır. Bu değişiklikler sayesinde Meclis'in gücü arttırı-

¹³ Zafer Toprak, Atatürk (Kurucu Felsefenin Evrimi), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2020, s. 23.

¹⁴ Orhan Aldıkaçtı'nın Tebliği, in: Milli Egemenlik Düşüncesinin Gelişimi, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No.23, İzmir 1986, s. 19. Gerçekten de 1876 Kanun-i Esasi aslında Sultan'ın bütün yetkilerini koruyun, siparişe göre biçilmiş "sultani" bir anayasadır, François Georgeon, Sultan Abdülhamit, Çev. Ali Bertkay, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2016, s. 83; Solnon Jean-François, Osmanlı İmparatorluğu ve Avrupa, Çev. Ali Bertkay, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019, s. 533.

¹⁵ Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2016, s. 137.

¹⁶ Erdoğan Teziç'in Tebliği, in: Milli Egemenlik İlkesinin Kabulü ve Gelişimi, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No.21, İstanbul 1986, s. 25. Teziç, "Umumi Osmanlı vekili" denmesine rağmen milli egemenlik anlayışının Kanun-i Esasi'de bulunmayışının sebebini ise dönemin muhalif hareketlerinin temel hareket edici noktasının "Osmanlılık" üzerine kurulu olmasına dayandırmaktadır. Buna göre egemenlik millete aittir denildiği takdirde bu husus ister istemez Türkçülüğü çağrıştıracak ve çok uluslu Osmanlı İmparatorluğunun devamı açısından bu bir sorun teşkil edecekti. Benzer bir yaklaşımı dönemin Osmanlı aydınları arasında yer alan Hüseyin Cahit Yalçın'da da görmek mümkündür. Bkz. Fahri Yetim, "II. Meşrutiyet Döneminde Türkçülüğe Geçişte Kapsayıcı Formül: "Millet-i Hâkime" Düşüncesi ve Etkileri", *DÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Aralık 2008, S. 18, s. 71-84.

lacak ve padişahın yetkileri sembolik bir düzeye çekilecektir. Bu sayede Osmanlı'da ilk defa parlamenter rejimin esaslarına uygun bir siyasal rejim ortaya çıkacaktır. 1908 Hürriyet Devrimi ve 1909 değişiklikleri, egemenliğin kaynağı açısından da bir değişikliğin doğmasına yol açmıştır.¹⁷

31 Mart Ayaklanmasının ardından II. Abdülhamit'in tahtan indirilmesi sürecinde ilk defa bir anayasal belgeye "milli hakimiyet" kavramının girdiği görülmektedir. Anayasa değişikliğini duyuran 15 Ağustos 1909 tarihli Heyet-i Ayan Kararnamesinde "*Kanun-ı Esasî'nin baştan başa tedkikatma (inceleme y.n.) vakit müsait olamamış ve meşrutiyeti idare ve hakimiyet-i millîyenin teyyüdü (güçlenmesi için y.n.) için kanun-ı mezkûr mevaddının (maddeleri y.n.) en mühim ve müstacel olanlarının tedkiki ve mübhem ve nakıs görünenlerin tavzih ve ikmalî ile işbu devre-i ictimaiyyeye ait kavanin sırasında ilân olunması kavaid-i meşrutiyetin cidden ve fülen teessüs ettiğini enzar-i âmmede isbat etmek için elzem görülmüş ve mevadd-ı sairenin tedkikatı devre-i ictimaiye-i âtiyeye bırakılmıştır*".¹⁸ denmiştir. Ayrıca II. Meşrutiyet döneminde Meclis Başkanı Ahmet Rıza Bey ve Bağdat Mebusu İsmail Hakkı Bey'in konuşmalarında ya da Mehmed Sait Paşa hükümetinin beyannamesinde milli egemenlik kavramını çağrıştıran ifadelerin kullanıldığı görülmektedir.¹⁹ II. Meşrutiyet döneminde milli egemenlik anlayışının izlerinin görüldüğü başka gelişmeler de yaşanmıştır. 1909 değişiklikleri ile padişahın millete sadakat yemini etmesi zorunlu kılınmış ve II. Abdülhamit'in tahttan indirilmesine ve yerine V. Mehmet'in geçmesine karar veren Meclis-i Umumi, adının sonuna milli kelimesini ekleyerek Meclis-i Umumi Milli sıfatını kullanmıştır.²⁰

¹⁷ Arsel'e göre II. Meşrutiyet döneminde egemenliği Tanrı'dan gelme olarak padişaha ait olması konusunda Anayasa'da bir değişiklik olmamış, sadece egemenliğin uygulamasında bazı değişiklikler yapılmıştır. İlhan Arsel, Şeriat Devleti'nden Laik Cumhuriyet'e, 5. Basım, Kaynak Yayınları, Ankara 2004, s. 699. Akın'a göre de 1909 değişiklikleriyle 10. maddeye "şer" sözcüğünün eklenmesi bir ölçüde Devletin teokratik yapısının süregeldiğinin ve devamlılığının simgesidir, İlhan Akın, Türk Devrim Tarihi, Beta Basım Yayım, 3. Bası, İstanbul 1986, s. 52.

¹⁸ Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/>. (Erişim Tarihi: 13.08.2023). Toprak ise aynı kavramın II. Abdülhamid'in hal'i hakkındaki 24 Mayıs 1909 günlü kararnamede geçtiğini söylemektedir, Toprak, Atatürk, s. 23.

¹⁹ Engin Şahin, Türk Siyasi Tarihinde Anayasa İktidar ve Meşrutiyet Sorunu, Adalet Yayınları, Ankara 2015, s. 77.

²⁰ Akyılmaz, Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi, s. 155.

II. Meşrutiyet döneminde milli egemenlik ilkesinin siyasal hayat içerisinde de yer edinmeye başladığı görülmektedir. II. Meşrutiyet Dönemi'nin sağladığı özgürlükçü ortamda kurulan kimi siyasi partilerin programlarında milli hakimiyet ilkesine de yer verilmiştir. 1909 yılında kurulan ve İttihat ve Terakki'nin kurucuları arasında da bulunan İbrahim Temo ve Abdullah Cevdet'in de görev aldıkları Osmanlı Demokrat Fırkası'nın programında "Meşrutiyetin korunması ve vatanın yüceltilmesi" için "hâkimiyet-i âmme" ye önem verileceğine ilişkin bir madde öngörülmüştü. 1910 yılında kurulan Ahali Fırkası programında ise millî egemenlik, kamuoyunu temsil eden çoğunluğun düşünce ve isteklerinin sonucu olarak nitelendirilmiştir.²¹ II. Meşrutiyet sonrası özgürlükçü ortamında çıkan gazetelerden birinin adı da "Hakimiyet-i Milliye"dir ve bu gazete, Milli Mücadele döneminde Sivas'ta yayımlanan İrade-i Milliye ile onun devamı olarak Ankara'da yayın hayatına giren Hâkimiyet-i Milliye (Ulus) gazetesinin öncüsü olacaktır.²² Bu dönemde milli hakimiyet kavramı üzerinde de tartışmaların yaşandığı görülmektedir. İttihat ve Terakki'nin yayın organı olan Tanin gazetesinde baş yazar Hüseyin Cahit Yalçın'ın kaleme aldığı "Millet-i Hâkime" başlıklı yazı, İmparatorluk genelinde önemli bir karşılık bulmuş ve dönemin aydınları tarafından tartışılmıştır.²³

Milli egemenlik anlayışının yerleşmesi açısından tüm bu süreçler bir ilerleme olarak görülebilecektir. 1909 değişikliklerinin, padişahu mutlak egemen sayan anlayışları temelinden sarstığı ve egemenliğin padişah ve milletin temsilcileri arasında paylaştırdığı görülmektedir.²⁴ Benzer şekilde egemenliğin hayata geçirilmesi demek olan ülkenin kaderini tayin hakkının, parlamento aracılığı ile halkın eline geçtiği de belirtilmiştir.²⁵ Buna karşılık milli hâkimiyet kavramı üze-

²¹ Şerafettin Turan, Milli Egemenlik Düşüncesinin Türk Düşün Yaşamına Girmesi ve Yerel Kongrelere Yansıması, in: 9. Milli Egemenlik Sempozyumu (Yerel Kongrelerden Milli Egemenliğe), TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No. 67, Balıkesir 1994, s. 109.

²² Turan, Milli Egemenlik Düşüncesinin Türk Düşün Yaşamına Girmesi ve Yerel Kongrelere Yansıması s. 110.

²³ Fahri Yetim, II. Meşrutiyet Döneminde Türkçülüğe Geçişte Kapsayıcı Formül: "Millet-i Hâkime" Düşüncesi ve Etkileri, s. 83.

²⁴ Akyılmaz, Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi s. 156.

²⁵ Fatih Türe, Türkiye'de Siyasal Egemenlik Anlayışının Gelişimi: Osmanlı'dan Cumhuriyete Tarihi Süreç, *Journal of Management and Economics Research*, C. 3, S. 4, s. 37.

rinde Osmanlı'nın son dönemlerinden itibaren anlam ve algı birliği oluşturulmadığı belirtilerek; Milli Mücadele dönemine kadar, milli hâkimiyet kavramının, monarşinin karşıtı olarak ülke yönetiminde tek yetkili organın halkın seçtiği temsilcilerinden oluşan parlamenter rejimi veya cumhuriyeti çağrıştırmadığı görüşü de ileri sürülmüştür.²⁶ Benzer bir hatırlamada bulunan Sezgin'e göre de İttihat ve Terakki'nin baskıcı yönetimi karşısında hakimiyet-i milliye kavramına sahip çıkanlar arasında "muhafazakâr" grupların temsilcileri ağırlıktaydı.²⁷ Hürriyet ve İtilaf Fırkası'nın kurucuları arasında yer alan Mutedil Hürriyetpervan Fırkası ve Ahali Fırkası'nın programlarındaki ilk sözcüğünün hakimiyet-i milliye olması, bu grupların dünyevi anlamda bir milli egemenlik anlayışına sahip olduğu anlamına gelmiyordu. Toprak'a göre de istibdat rejimi altındaki meşrutiyet aydını açısından "hürriyet" in "milli hakimiyet" e oranla önceliği vardı ve "milli hakimiyet" in gereği yeterince idrak edilemiyordu. Ne de olsa devletin başında Osmanlı hanedanı vardı ve gücünü "Tanrı" dan alıyordu.²⁸ II. Meşrutiyet sonrası milli hakimiyet kavramına yönelik bir ilgi doğmuşsa da milli hakimiyet, egemenliğin tek sahibinin millet (ulus) olması biçimindeki gibi dünyevi bir anlamı ifade etmiyordu. Esasen milli egemenlik kavramı bu anlamını Milli Mücadele dönemi ve sonrasında kazanacaktı.²⁹

II. MİLLÎ MÜCADELE DÖNEMİ VE EGEMENLİK ANLAYIŞINDA KIRILMALAR

Mondros Mütarekesi'nin ardından çeşitli bölgelerde işgale karşı başlayan kurtuluş hareketleri (kongreler), egemenlik anlayışı açısından da önemli değişikliklerin yaşanmasına zemin hazırlamıştır. Mus-

²⁶ İbrahim İnci, "Cumhuriyet Düşüncesi ile İlgili Gelişmeler ve Cumhuriyetin İlanına Yönelik Tepkiler", *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2019, C. 17, S. 4, s. 339.

²⁷ Ömür Sezgin, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu*, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s. 20-21.

²⁸ Toprak, Atatürk, s. 107. Ayrıca Toprak, İkinci Meşrutiyet'in ilk yıllarında Osmanlı aydınının egemenlik konusunda yeterince duyarlı olmadığını belirtmekte ve egemenlik sorununun önemini gündeme taşıyanın o sırada Türkiye'de bulunan ünlü bir Marksist, Alexander Helpand Parvus olduğunu da belirtmektedir.

²⁹ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler 1876-1938*, C.II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2009, s.79; Toprak, Atatürk, s. 24.

tafa Kemal önderliğinde Sivas'ta toplanacak olan ulusal kongreye kadar Türkiye'de değişik bölgelerde 13 yerel kongre yapılmıştır.³⁰ Tanör, bu kongrelerin yerel düzeyde kaldığını belirtmekle beraber, anlayışlarının ve ülkenin geleceğine yönelik kurtuluş hedeflerinin "milli" bir düzeye çıktığını ve Osmanlı'dan farklı olarak ulusal toplum anlayışına sahip olduklarını söylemektedir.³¹ Gerçekten de bu dönemin kongrelerinin aldığı kararlarda sıklıkla "Türk milleti", "Türk halkının milli iradesi", "Türk yurdu" gibi kavramlara yer verildiği görülmektedir.³² Üstelik kongre döneminde Anadolu'da bir "Cumhuriyet" dahi kurulabilmiş ve kendisini egemen bir güç olarak dış ülkelere tanıtmaya çalışabilmiştir. 1 Mart 1919'da kurulan "Cenûb-i Garbı Kafkas Hükümet-i Cumhuriyesi, Japon Hükümetine çektiği telgrafta "Siz, Japon İmparatoru; Asyalıların sloganını siz ortaya attınız, bize sahip çıkın, Kars'ta kurduğumuz hükümeti tanıyın!" diyebilmiştir. Üçüncü Balıkesir Kongresinde alınan ve Fransız, İtalyan ve ABD temsilcilerine bildirilen kararda "Türk egemenliği altında ulusal birliğin korunmasından" bahsedilmektedir ve bu durum da kongrelerin, İstanbul hükümetince "Cumhuriyetçi hareketler" olarak suçlanmalarına sebep olmuştur.³³ Batı Anadolu'da düzenlenen kongreler milli egemenlik açısından halkın doğrudan doğruya karar alım süreçlerine katılımı sebebiyle de önem kazanmaktadır. Bu kongrelerde işgale karşı direniş ve silahlı mücadeleye ilişkin kararların Kongre delegeleri ya da Heyet-i Merkeziye tarafından değil, doğrudan doğruya halk tarafından alındığı görülmektedir.³⁴

İşgale karşı direniş hareketleri olarak kendiliğinden harekete geçen kongreler, Anadolu'nun çeşitli yerlerinde fiili olarak bir devlet

³⁰ Bülent Tanör, Yerel Kongrelerde Milli Egemenlik Düşüncesi, in. Milli Egemenlik Sempozyumu (Yerel Kongrelerden Milli Egemenliğe), s. 90. Ayrıca bkz. Bülent Tanör, Türkiye'de Kongre İktidarları (1918- 1920), 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2022.

³¹ Tanör, Yerel Kongrelerde Milli Egemenlik Düşüncesi, s. 92.

³² İbrahim İnci, "Millî Mücadele Yıllarında İzmir - Balıkesir Ekseninde Oluşan Kongre Siyasal İktidarlarının Milli Egemenliğe Dayalı Demokratik Yapıları", *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, C. 15, S. 1, s. 457.

³³ Turan, Milli Egemenlik Düşüncesinin Türk Düşün Yaşamına Girmesi ve Yerel Kongrelere Yansıması, s. 112.

³⁴ İnci, Millî Mücadele Yıllarında İzmir - Balıkesir Ekseninde Oluşan Kongre Siyasal İktidarlarının Milli Egemenliğe Dayalı Demokratik Yapıları, s. 468.

gibi davranmıştır. Bu kongreler, Kanun-i Esasi çerçevesiyle sınırlı bir kurallılık anlayışını aşarak egemenlik yetkisine dair uygulamalara girecek ve genel kurallar koyacaktır.³⁵ Kongreler Osmanlı Devleti'ne ve padişaha sadakat içerisinde olduklarını söylem olarak belirtmelerine rağmen, o zamana kadar Tanrı'ya ya da Tanrı'nın yer yüzündeki temsilcisine ait olan egemenlik hakkını fiilen ellerine almış bulunmaktadır.³⁶ Tüm bu tespitlere karşılık Sezgin, Millî Mücadele dönemindeki muhafazakâr ve devrimci grupların her ikisinin de hakimiyet-i milliye kavramını kullandığını, bu kavramının bu iki grup açısından bir uzlaşma noktası olduğunu belirtmektedir.³⁷ Yazara göre, muhafazakârlar ile devrimcilerin hakimiyeti milliye kavramından anladıkları farklıdır. Mustafa Kemal ve taraftarları nazarında hakimiyeti milliye, öngördükleri yeni iktidarın hukuksal dayanağıyken; muhafazakârlar için ise hilafet ve saltanat makamının korunmasının garantisidir.³⁸

Milli egemenlik ilkesinin Mustafa Kemal'in Anadolu'ya geçişinden önce yerel kongre iktidarları tarafından savunulmaya başladığı tarihsel bir gerçeklik olmakla birlikte Mustafa Kemal'in 19 Mayıs 1919'da Anadolu'ya geçmesi ve adım adım milli mücadelenin önderi konumuna yerleşmesi, ulusal egemenlik anlayışının tam anlamıyla hayata geçmesini sağlamıştır. Nitekim Erzurum ve Sivas Kongreleri ile birlikte milli egemenlik kavramının daha açık bir şekilde vurgulandığı görülmektedir.³⁹ Yerel kongreleri ulusal çapta birleştirmeyi ve İstanbul'dan bağımsız yeni bir kurucu meclis ve ardından da yeni bir modern devlet kurmayı hedefleyen Mustafa Kemal'in egemenlik anlayışının ne olduğu sorusu bu kapsamda özel bir anlam kazanmaktadır.

III. MUSTAFA KEMAL ATATÜRK'ÜN EGEMENLİK ANLAYIŞI

II. Abdülhamit'in Meclis-i Mebusan'ı tatile göndererek iktidarını mutlaklaştırdığı bir istibdat rejiminde siyasi fikirleri oluşmaya başlayan Mustafa Kemal Atatürk, Genç Osmanlılar'ın düşüncelerinden ve İttihat

³⁵ Ozan Erözden, 100. Yılında Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Anayasal Mirası 1921-2021, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği Yayınları, İstanbul 2021, s. 172.

³⁶ Tanör, Yerel Kongrelerde Milli Egemenlik Düşüncesi, s. 95.

³⁷ Sezgin, Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu, s. 22.

³⁸ Sezgin, Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu, s. 23.

³⁹ Turan, Milli Egemenlik Düşüncesinin Türk Düşün Yaşamına Girmesi ve Yerel Kongrelere Yansıması, s. 113.

ve Terakki Cemiyeti'nin hürriyet yanlısı hareketlerinden etkilenmiştir. Osmanlı ordusunun peş peşe aldığı yenilgiler sonrasında kurulan ve geleneksel eğitim yerine çağdaş bir eğitim modelini izlemek zorunda kalan okullardan birisi olan Harbiye'den mezun olan Mustafa Kemal, Aydınlanma Çağı'nın düşünürlerinin fikirlerini biliyordu. Yine bu dönemde Mustafa Kemal, 1789 Haziran'ında Fransa'da yaşanan devrimi inceliyor, Fransız Devrimi'ne öncülük eden siyasal fikirleri araştırıyordu.⁴⁰ Nitekim ileriki yıllarda gerçekleştirilmesine öncülük edeceği Türk Devrimi için, Fransız Devrimi'nin açtığı yolu izlediğini yine kendisi söyleyecektir.⁴¹

1906 yılında Vatan ve Hürriyet Cemiyeti'nin Selanik şubesinin açılışında konuşan Mustafa Kemal'in "milleti hâkim kılmak" kavramını kullandığı görülmektedir:

*"Padişah zevk ve saltanatına düşkün, her zilleti irtikâp edecek menfur bir şahsiyettir. Millet zulüm ve istibdat altında mahvoluyor. Hürriyet olmayan bir memlekette ölüm ve izmihlal vardır. Her terakkinin ve kurtuluşun anası hürriyettir. Tarih bugün biz evlâtlarına bazı büyük vazifeler tahmil ediyor. Ben Suriye'de bir cemiyet kurdum. İstibdat ile mücadeleye başladık. Buraya da bu cemiyetin esasını kurmağa geldim. Şimdilik gizli çalışmak ve teşkilâtı taazzuv ettirmek zarurîdir. Sizden fedakârlıklar bekliyorum. Kahhar bir istibdada karşı ancak ihtilâl ile cevap vermek ve **köhneleşmiş olan çürük idareyi yıkmak, milleti hâkim kılmak, hulâsa vatanı kurtarmak için sizi vazifeye davet ediyorum**".⁴²*

19 Mayıs 1919'da Anadolu'daki direniş hareketlerine katılmak amacıyla Sivas'a geçen Mustafa Kemal, 22 Mayıs 1919 tarihinde İstanbul'a gönderdiği raporda "Millet, millî hâkimiyet esasını ve Türk Milliyetçiliğini kabul etmiştir. Bunun için çalışacaktır" diyerek kuruluş mücadelesine katılacağını ve mili egemenliğin sağlanması için mücadele edeceğinin sinyallerini vermiştir.⁴³ 21-22 Haziran 1919 tarihlerinde yayımlanan Amaya Genelgesi'nde de vatanın bütünlüğünün, milletin bağımsızlığının tehlikede olduğu, merkezi hükümetin üzeri-

⁴⁰ Murat Köylü, "Mustafa Kemal Atatürk'ün Ulus Devleti, Egemenlik ve Bağımsızlık Anlayışlarına Fransız İhtilali Fikir Akımlarının Etkileri", *Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2019, C. 5, S. 1, s. 117.

⁴¹ Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, Divan Yayıncılık, 2006, s. 480.

⁴² Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, s. 244.

⁴³ Deniz Güner, Atatürk'ün Milli Egemenlik Anlayışı, in: Milli Egemenlik ve Demokrasi (Ed. Celalettin Vatandaş, Sezai Öztaş, Miray Özden.), TBMM Basımevi, 2022, s. 75.

ne aldığı sorumluluğun gereğini yapmadığı ve milletin bağımsızlığını, yine milletin azim ve kararının kurtaracağı belirtilmiştir. Mustafa Kemal'in Erzurum kongresi sebebiyle Erzurum'da bulunduğu sırada yaptığı konuşmada da milli egemenlik ilkesini vurguladığı görülmektedir. Toplantıyı adeta gizli bir cemiyet kuruluşu olarak ifade eden Kansu, Mustafa Kemal'in görüşlerini olduğu gibi aktarmıştır.

“Günün içinde üç fikir çarpışmaktadır: a) Galip devletlerle harp edemeyeceğimize göre uysal, fedakâr ve uyuşkan hareket etmek b) Padişahın etrafında toplanmak ve diüvel-i muhasamanın padişah ve halife için hükümler hakkı tanıyacağı bölgede Osmanlı devletini idame etmeye gayret eylemek c) Osmanlı devletinin taksimi mukarrer olduğuna göre, ırk ve bölge hususiyetlerine ehemmiyet vermek ve bu imkândan faydalanarak mezii kurtuluş çareleri aramak.

....

Memleketi kurtarmak, günün feiaket ve ıztırıp kaydeden şartlarından kurtulmak için ne yapmalıyız?

....

*- Arkadaşlar, tek tedbir: Hakimiyet-i Milliyeye müstenid bilakaydü şart müstakil bir Türk Devleti teşkil etmek ve bu hedefe behemehal vasıl olmaktadır”.*⁴⁴

Erzurum Kongresi öncesinde açıkça milli egemenliğe dayalı yeni bir Türk devleti kurulması gerektiğini ifade eden Mustafa Kemal, saltanatın bu mücadele karşısında konum alacağını ve ona karşı mücadele etmek gerektiğini söylemekten de çekinmemiştir.

*“Hedefimiz bu olacaktır. Kolay şey değil. İdealimizi tahakkuk ettirmek yolunda şimdiden şahıs şahıs yükleneyeğimiz vazifeler ağır, müşkül, hatta tehlikeli olacaktır. Millî mücadele, topyekûn mücadele esastır. Büyük mukavemetlerle, ihanet ve hıyanetlerle karşılaşacağımız muhakkaktır. Mücadele milliyeye atılanların mahv ve ifnası için, Saray, hükümet, ecnebler muhakkak ki ilk andan itibaren harekete geçeceklerdir. Ayrıca yer yer memleket halkının da işfal edilmesi, isyanlar, ihtilaller çıkartılması ve bütün bu menfi hareketlerin milli mücadele aleyhine tevcihi galip ihtimal dahilindedir”.*⁴⁵

Kansu, Erzurum Kongresi'nin öncesinde Mustafa Kemal'in kendisine söylediklerini, hiç kimseye paylaşmaması şartıyla, not almasını rica ettiğini söylemektedir. Bu not, ileride yaşanacakların adeta habercisi olacaktır:

⁴⁴ Mazhar Müfit Kansu, Erzurum'dan Ölümüne Kadar Atatürk'le Beraber, I. Cilt, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1994, s. 31.

⁴⁵ Kansu, Erzurum'dan Ölümüne Kadar Atatürk'le Beraber, s. 32.

"Zaferden sonra şekli hükümet Cumhuriyet olacaktır. Bunu size daha önce de bir sualiniz münasebetiyle söylemişim. Bu bir. İki: Padişah ve hanedan hakkında zamanı gelince icap eden muamele yapılacaktır. Üç: Tesettür kalkacaktır. Dört: Fes kalkacak, medeni milletler gibi şapka giyilecektir".⁴⁶

Görüldüğü üzere Mustafa Kemal Atatürk'ün Millî Mücadele'nin başından itibaren temel bir hedefi bulunmaktadır: tüm yurdun işgalden kurtulması ve kurtuluşun ardından yeni bir modern cumhuriyetin kurulması. Mustafa Kemal bunlardan ilk önce kurtuluşu sağlamaya ardından ise kuruluşu inşa etmeye çalışacaktır. Bu doğrultuda Erzurum ve Sivas Kongrelerinde alınan kararlarda milli egemenlik vurgusunun ön plana çıktığı görülecektir. Erzurum Kongresi'nin dördüncü maddesinde "Kuvayi milliyeyi âmil ve iradeyi milliyeyi hâkim kılmak esastır" denmiştir.⁴⁷ Sivas Kongresi'nde ise ülkede faaliyette bulunan müdafaa-i hukuk cemiyetlerinin tek bir merkezde toplanması kararı alınmıştır. Bu tarihten sonra Temsil Heyeti ulusal çapta bir cumhuriyet hükümeti gibi faaliyet göstermiştir.⁴⁸ Buna rağmen gerek Erzurum gerek Sivas Kongresi'nde saltanat ile kesin bir kopuştan söz edilmiştir. Sivas Kongresi sonucunda alınan kararlarda Kuvay-ı Milliye'yi amil ve milli iradeyi hâkim kılmak esasının kesin olduğu belirtilse de bunun Osmanlı topluluğunun bütünlüğü, Milli İstiklalin sağlanması, saltanat ve hilafet makamının dokunulmazlığını korumak için gerçekleştirileceği söylenmektedir.⁴⁹

Saltanattan gerçek bir kopuşun yaşanması ve milletin, egemenliğin tek sahibi olduğunun ilan edilebilmesi için başka gelişmelere ve bir devrimci öncülüğe ihtiyaç duyulmaktadır. Bu gelişmelerin en önemlilerinden bir tanesi; 23 Nisan 1920'de Ankara'da Türkiye Büyük Millet

⁴⁶ Kansu, Erzurum'dan Ölümüne Kadar Atatürk'le Beraber, s.131. Konuşmanın devamı da oldukça ilgi çekicidir: "Bu anda gayri ihtiyari kalem elimden düştü. Yüzüne baktım. O da benim yüzüme baktı. Bu gözlerin bir takılıştaki birbirine çok şey anlatan konuşuydu var. Paşa ile zaman zaman senli benli konuşmaktan çekinmezdim. - Neden durakladın? Deyince: -Darılma amma Paşam, sizin de hayalperest taraflarınız Dedim, gülererek: -Bunu zaman tayin eder. Sen yaz .. Dedi. Yazmaya devam ettim: -Beş: Latin hurufu kabul edilecek. -Paşam kafi .. kafi .. Dedim ve biraz da hayal ile uğraşmaktan bıkmış bir insan edası ile: -Cumhuriyet ilanına muvaffak olalım da üst tarafı yeter!"

⁴⁷ Şevket Süreyya Aydemir, Tek Adam, İkinci Cilt, Remzi Kitabevi, İstanbul 1975, s. 121.

⁴⁸ İnci, Cumhuriyet Düşüncesi ile İlgili Gelişmeler ve Cumhuriyetin İlanına Yönelik Tepkiler, s. 339- 340.

⁴⁹ Aydemir, Tek Adam, s. 137.

Meclis'i'nin toplanmasıdır. Böylelikle işgal kuvvetlerine esir olmayı kabullenmiş bir İstanbul ile işgale karşı amansız bir direnişi örgütleyen Ankara arasında açıktan bir iktidar mücadelesi doğmuştur. Bu ikili iktidar durumu uzun süre devam edemeyecek ve Ankara, İstanbul'a karşı iktidarın yegâne sahibi olmayı başaracaktır. İstanbul'da kurulan Meclis-i Mebusan'ın 16 Nisan tarihinde Vahdettin tarafından resmen feshedilmesinin ardından Ankara'da bulunan Mustafa Kemal Paşa'nın, "olağan üstü yetkilere sahip yeni bir meclis" kurulması çağrısıyla kurulan TBMM, hem işgale karşı bir savaşı yönetecek hem de yeni bir ulus devlet kuracaktır. Nitekim Mustafa Kemal Paşa, Meclis'in toplanmasının hemen ardından 24 Nisan tarihinde Meclis'e bir önerge sunar ve bu önergede "Meclisin üstünde herhangi bir kuvvetin olmadığını" söyler. Ayrıca bu önerge sonucu alınan kararda İstanbul kurtarıldıktan sonra padişahın durumunun meclis tarafından konulacak bir kanunla belirleneceği söylenir.⁵⁰ Alınan bu kararda, saltanatın kaderinin TBMM'nin iradesi sonucunda belirleneceğinin vurgulanması önemlidir. Zira TBMM, böylelikle zımnen de olsa devrimci ve kurucu bir Meclis olduğunu ilan etmiş olmaktadır.

TBMM'nin kuruluşunun ardından yaşanan tartışmalar Mustafa Kemal Atatürk'ün egemenlik anlayışının kavranması açısından önemlidir. Mustafa Kemal'in, bu egemenliğin kullanımı açısından yaşanan tartışmalar esnasındaki tercihinin kuvvetler birliğinden (meclis hükümeti) yana olduğunu belirtmek gerekir. Mustafa Kemal'in bu yaklaşımında Fransız Devrimi'nin fikri öncülerinden olan Rousseau'nun izlerinin olduğu görülmektedir. Atatürk'ün kuvvetler ayrılığına bakış açısı, 1 Aralık 1921 tarihinde Meclis'te yapmış olduğu konuşmadan anlaşılabilir. Mustafa Kemal, Salahattin Bey ile yaşadığı bu tartışmada kuvvetler ayrımının "eskimiş kitaplarda" yer aldığını belirtmektedir: "Efendiler! Bendenizce eski denilmesi lâzım gelen kitaplarda bu tefrik-ı kuva [kuvvetler ayrılığı y.n.] vardır. Bu tefrik-ı kuvanın vahidi olan bir nazariye-i meşrutiyet vardır." Konuşmasının devamında ise halkın doğrudan doğruya karar aldığı Meclis hükümetlerini tarihten örneklerle anlatmakta ve meclis hükümetini en ileri hükümet şekli olduğunu belirtmektedir:

⁵⁰ Hamza Eroğlu, "Milli Egemenlik İlkesi ve Anayasalarımız", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 1984, C. 1, S. 1, s. 124.

“...Veyahut başka suretle ifade edilirse, hakikat-i halde hâkimiyet yalnız bir şekilde tecellî eder. O da bu hâkimiyetin sahibi olan insanların doğrudan doğruya bir araya gelerek teşriî, icraî ve adlî vezaiî bizzat ifa etmeleriyle mümkündür. Ve söylediğim şey, Efendiler, tarihte fiilen mevcut olmuş şeylerdendir. Tabii, tetebbuat sahibi olan rüfekamız pekâlâ bilirler ki Roma’da, Isparta’da, Atina’da, Kartaca’da mevcut olmuş olan Mecalis-i umumiye hakikat-i halde bizim yaptığımız şeyleri yapıyorlardı Efendiler! Kanun yaparlardı, memur intihap ederlerdi, muhakeme yaparlardı, tecziye ederlerdi. Ve her şey yaparlardı. Ve Roma’da dört milyon halk vardı Efendiler! Bu dört milyon halk şayan-ı hayret bir surette toplanırlar ve beş on kişilik bir kabineden daha seri ve bilhassa daha mâkul ve muhik bir surette; icraî ve adlî ve teşriî vazifelerini ifa eylerlerdi”.⁵¹

O, kuvvetler birliğine dayanan bu en ileri hükümet şeklinin “bir-takım müstebitler” yüzünden yıkıldığını ve bu “güzel şeylerin” kral-lara ve imparatorluklara bırakıldığını ifade etmekte ve “Binaenaleyh, hükümet-i avam denilen, bu izah ettiğim nokta, bugün için ancak ve yalnız bizim şeklimizde kabil-i tecellî ve tatbiktir. Bundan başkası doğru değildir.”⁵² diyerek açıkça kuvvetler birliğini savunmaktadır. Söz konusu konuşmasında Mustafa Kemal, “Hakikatte Efendiler, tabiatte Efendiler, âlemde Efendiler taksim-i kuva yoktur. Yani irade-i millîye ile ifade ettiğimiz kuvvette taksimî kuva yoktur” diyerek kuvvetler ayırımını açıktan reddetmiştir.⁵³

Toprak’a göre bu konuşması onun Rousseau’nun Toplumsal Sözleşme adlı kitabından ne kadar etkilendiğinin bir göstergesidir.⁵⁴ Nitekim Toprak’a göre Sakarya Muharebesi ertesi Atatürk, Jean-Jacques Rousseau’nun *Mukavele-i İctimaiyye yahud Hukuk-ı Siyasiyye Kavaid-i Esasiyyesi* adlı eserini okumuş, kimi bölümlerine notlar düşmüş ve bu kitaptaki egemenlik anlayışını harfiyen Meclis’teki konuşmasına almıştır.⁵⁵ Buna karşılık kimi yazarlar ise Mustafa Kemal’in büyük ölçüde Rousseau’dan etkilendiği yönündeki fikrin geçerliliğini sorgulamıştır. Bu noktada da Mustafa Kemal’in yukarıda zikredilen Meclis konuşmasındaki şu ifadeleri gerekçe gösterilmektedir:

⁵¹ Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri, s. 123.

⁵² Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri, s. 124.

⁵³ Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri, s. 121.

⁵⁴ Toprak, Atatürk, s. 20.

⁵⁵ Toprak, Atatürk, s.18.

"Efendiler! Bu nazariyat-ı meşrutiyeti bulan en büyük filozofların bu nazariyatı kurmak için çalıştıkları esasları tettebbu ettim. Bunlara nüfuz ettim. Benim gördüğüm şudur: düşünmüşler ve nasıl yapalım da bu kuvve-i müstebide o irade-i içtimaiye ve millîyenin dununda kalabilsin. Yahut sıfıra müncer olabilsin, diyorlar. Ve buna muvaffak olamamak yüzünden büyük ve derin bir ıstırap duyuyorlar. Jean Jacques Rousseau'yu baştan nihayete kadar okuyunuz. Ben bunu okuduğum vakit, hakikat olduğuna kail olduğum, bu kitap sahibinde iki esas gördüm. Birisi bu ıstırap, diğeri bir cinnettir. Merak ettim. Ahvâli hususîyesini tetkik ettim anladım ki: hakikaten bu adam mecnun idi. Ve hali cinnette bu eserini yazmıştır. Binaenaleyh; çok ve çok istinat ettiğimiz bu nazariye böyle bir dimağın mahsulüdür".⁵⁶

Köker'e göre Mustafa Kemal bu ifadeleriyle, Rousseau'nun kuvvetler ayrımını savunduğunu belirtmektedir ve bu ifadeler karşısında Mustafa Kemal'in Rousseau'nun fikirlerini benimsediğini söylemek güçtür; aksine Atatürk, Rousseau hakkında çok aşağılayıcı ifadeler kullanmaktadır.⁵⁷ Tunçay'a göre de Atatürk'ün Fransız Devrimi ilkelerinden genel çizgileriyle haberdar olduğu doğru olsa da Devrim'i hazırladıkları söylenen düşünürleri doğru olarak tanımamakta ve Rousseau'nun kuvvetler birliği anlayışı ile Montesquie'nin kuvvetler ayrılığı düşüncesini karıştırmaktadır.⁵⁸ Ayrıca yazarlara göre

⁵⁶ Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, s. 124.

⁵⁷ Levent Köker, Atatürk'ün Tercihi "Kuvvetler Birliği", Elhak Rousseau'nun da Öyle! O Zaman Atatürk Otomatikman Rousseaucu mu Oluyor?, bkz. https://birikimdergisi.com/guncel/10480/ataturkun-tercihi-kuvvetler-birligi-elhak-rousseauun-da-oyle-o-zaman-ataturk-otomatikman-rousseaucu-mu-oluyor#_ftnref4. (Erişim Tarihi: 15.08.2023) Gerçekten de Atatürk'ün bu konuşmada Rousseau için cinnet halinde olan bir mecnun sıfatını kullandığı görülmektedir. İlk bakışta olumsuz olarak adlandırılabilir bu sıfatların detaylı bir bakış açısıyla bakıldığında hiç de olumsuz anlamda kullanılmamış olabileceği göze çarpacaktır. Toprak, Rousseau'nun "mecnun" ya da "hal-i cinnet" te oluşunun Atatürk'ün uydurduğu bir husus olmadığını ve Rousseau ile ilgili biyografilerde bu kavramların sık sık gündeme getirildiğinin altını çizmektedir. Ayrıca yine Toprak, bu ünlü konuşmanın 1922 yılında yayımlanan halinde, Atatürk'ün Meclis'teki zabıt kâtiplerinin tuttuklarını düzeltirerek tashih görmüş metninden "mecnun" ve "hal-i cinnet" kavramlarının tamamen kaldırtmış olduğunu söylemektedir. Bkz. Zafer Toprak, Atatürk ve Rousseau: Levent Köker'e Cevap, <https://birikimdergisi.com/guncel/10526/ataturk-ve-rousseau-levent-koker-e-cevap> (Erişim Tarihi: 15.08.2023). Ayrıca Şirin de söz konusu kavramlar ile Rousseau hakkında olumsuz bir sıfat yüklemek istenmediğini ve bir derde düştüğünün anlatılmak istendiğini belirtmektedir. Bkz. Tolga Şirin, Atatürk Rousseaucu muydu? https://kisadalganet.net/haber/detay/ataturk-rousseaucu-muydu_49216 (Erişim Tarihi: 15.08.2023).

⁵⁸ Mete Tunçay, "Atatürk'e Nasıl Bakmak", Toplum ve Bilim, 4, 1978, s. 90.

Atatürk'ün Çankaya'daki özel kütüphanesinde bir tek Rousseau kitabı vardır ve Millî Kütüphane'nin eski genel müdürü Dr. Müjgân Cumbur, kataloğun hazırlanması sırasında Sayın Prof. Afet İnan'ın kendisine işaretlerin kısmen kendisinin olduğunu aktardığını belirtmektedir. Bu sebeple her iki yazara göre de Mustafa Kemal'in Rousseau'nun kitabını okumuş olup olmadığı da kuşkuludur.⁵⁹ Bu iddialara karşılık Orhan'a göre, Atatürk'ün Rousseau ve kuvvetler ayrılığına dair sözlerini irticalen yapmış olması ve 1921'de Montesquieu diyeceği yerde yanlışlıkla Rousseau'nun ismini zikretmiş olması pek makul değildir.⁶⁰ Nitekim Atatürk'ün bu konuşmasının birçok yerinde Rousseau'nun Toplumsal Sözleşme adlı kitabındaki bazı açıklamalarını kullandığı görülmektedir.⁶¹ Bununla birlikte Mustafa Kemal'in Rousseau'nun fikirlerini de içeren başka kitapları okuduğu bilinmektedir. Bunlardan birisi İsmail Hakkı Babanzade'nin Hukuk-i Esasiye (1913) kitabıdır.⁶² Mustafa Kemal'in Hukuk-i Esasiye kitabının kuvvetler birliğini anlatan bölümlerini kenarına onayladığını belirten işaretler, kuvvetler ayrılığını savunan bölümlerini ise soru işaretleri ve eleştirel notlar koyarak okuduğu da bilinmektedir.⁶³ Ayrıca yine Maurice Hauriou'nun Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku ve Kamu Hukuku kitabı ile Adhémar Esmein'in Fransız ve Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunun Temel Unsurları kitaplarını okuduğu da bilinmektedir.⁶⁴ Toprak'a göre Mustafa Kemal, söz konusu konuşmada yanılığa düşmemiştir. Toprak, Mustafa Kemal'in "istibdat-ı müstebide"ye karşı tek çözümün güçler birliği nazariyesi olduğunu

⁵⁹ Mete Tunçay, "Atatürk Konusunda Yanıtlara Yanıt", Toplum ve Bilim, 1980, S. 9-10, s. 128; Levent Köker, Atatürk'ün Tercihi "Kuvvetler Birliği", Elhak Rousseau'nun da Öyle! O Zaman Atatürk Otomatikman Rousseau'cu mu oluyor?, bkz. https://birikimdergisi.com/guncel/10480/ataturkun-tercihi-kuvvetler-birligi-elhak-rousseau-nun-da-oyle-o-zaman-ataturk-otomatikman-rousseau-cu-mu-oluyor#_ftnref4. (Erişim Tarihi: 15.08.2023).

⁶⁰ Özgüç Orhan, Türkiye'de Rousseau Algısına Eleştirel Bir Bakış: Atatürk Rousseau'dan Etkilenmiş miydi?, FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, 2014, S. 17, , s. 229.

⁶¹ Orhan, Türkiye'de Rousseau Algısına Eleştirel Bir Bakış: Atatürk Rousseau'dan Etkilenmiş miydi?, s. 230.

⁶² Akt. Orhan, s. 227.

⁶³ Taha Akyol, Cumhurbaşkanı ama Nasıl? Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaskani-ama-nasil-20725080> (Erişim Tarihi: 18.08.2023).

⁶⁴ Şirin, Atatürk Rousseau'cu muydu? https://kisadalga.net/haber/detay/ataturk-rousseau-cu-muydu_49216 (Erişim Tarihi: 15.08.2023).

ve Rousseau'nun da bu nazariyeyi kurmaya çabalayan bir filozof olduğunu söylediğini belirtmektedir.⁶⁵

Mustafa Kemal, Ocak 1923'te çıktığı Batı Anadolu gezisinde sarfetmiş olduğu sözlerle de kuvvetler birliğini savunmaya devam etmiştir. TBMM hükümetinin bilinen hükümet biçimlerinden (mutlakiyet, meşrutiyet, cumhuriyet) hiçbirine benzemediğini ve onlardan daha üstün olduğunu belirterek "Onların dayandığı esas kuvvetlerin ayrılması, kuvvetlerin denkleştirilmesi nazariyesidir. Halbuki bizim hükümetimiz kuvvetlerin birleştirilmesi esasına göre kurulmuş bir hükümettir." demiştir.⁶⁶

Atatürk'ün Rousseau ile benzer bakış açılarına sahip olduğu görülen konulardan bir diğeri de özgürlüğe ilişkindir. Rousseau ve Atatürk, egemenliğin halk veya ulusta olabilmesi için bireylerin özgür olmaları gerektiği konusunda benzer düşüncelere sahiptir.⁶⁷ Mustafa Kemal'in Medeni Bilgiler kitabının hürriyet bölümünde yer verilen şu ifadeleri, toplum sözleşmesi kuramını çağrıştırmaktadır: "Türkler, demokrat, hür ve mes'ul insanlardır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurucuları ve sahipleri bizzat kendileridir. Türk ferdi hürriyetlerinden ve menfaatlerinden Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda olduğu kadarını cumhuriyete bırakmıştır. Cumhuriyet, ferdin, ona bıraktığı bir kısım hürriyeti, ferdin ve Türk milletinin dahilinde hürriyetini ve hariçte istiklalini temin için kullanır."⁶⁸ Doğan'a göre Atatürk'ün bu düşünceleri Rousseau'nun "her kişi toplum sözleşmesiyle, mallarının, özgürlüğünün, yalnız toplulukça önemli olan parçasından vazgeçer" görüşünün yansımasıdır.⁶⁹ Bununla birlikte Atatürk'ün özgürlük anlayışı ile Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları bildirgesinin özgürlüğe yaklaşımı da ta-

⁶⁵ Zafer Toprak, Atatürk ve Rousseau: Levent Köker'e Cevap, <https://birikimdergisi.com/guncel/10526/aturk-ve-rousseau-levent-koker-e-cevap> (Erişim Tarihi: 15.08.2023).

⁶⁶ Borak'tan akt. Orhan, Türkiye'de Rousseau Algısına Eleştirel Bir Bakış: Atatürk Rousseau'dan Etkilenmiş miydi?, s. 227. Atatürk'ün kuvvetler birliği sisteminin olumluluğuna inandığına dair bkz. Arsel, Şeriat Devleti'nden Laik Cumhuriyet'e, s. 698.

⁶⁷ F. H. Burak Erdenir, Mustafa Kemal Atatürk ve J.J. Rousseau'nun Fikirlerinin Karşılaştırılması, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Mart 1998, C. 14, S. 40, s. 288.

⁶⁸ Akt, Oğuz Kaan Doğan, Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 294.

⁶⁹ Doğan, Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, s. 294.

mamen aynıdır. Bildirge'nin 4. maddesine göre "Özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir: Her bir insanın doğal haklarını kullanması da toplumun diğer üyelerinin de aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir. Bu sınırlar da sadece yasalarla belirlenebilir."⁷⁰ Atatürk'e göre de "Hürriyet başkasına zarar vermeyecek her türlü yetkiyi kullanmaktır. Hürriyetin sınırı başkalarının hürriyetinin sınırındır. Bu sınır ancak kanun iliyile tespit edilir ve belirlenir."⁷¹

Rousseau ve Atatürk'ün fikirlerinin örtüştüğü bir diğer nokta ise "halkın birliği" düşüncesidir Rousseau'nun bu noktadaki fikirlerinin anlaşılması için genel irade kavramının izah edilmesi gerekmektedir. Rousseau açısından genel irade; doğru, haklı, yanılmaz ve her zaman kamu yararına yönelik olan; üstelik başkasına devredilemez, bölünemez ve temsil edilemezdir.⁷² Rousseau'nun genel irade anlayışı, tek tek kişilerin çıkarlarının üzerinde olan ve tüm toplumun ortak çıkarına hizmet eden bir içeriğe sahiptir.⁷³ Dolayısıyla genel irade, bireysel çıkarların üzerinde duran ve en nihayetinde kişilerin "doğru" çıkarlarını gösteren bir pusuladır. Rousseau, toplumun çoğunluğunun görüşünün her durumda genel irade olmayacağını da söylemektedir. Örneğin bir kararda oy çokluğu sağlanmış olabilir fakat o karar gene de toplumun çıkarına uygun olmayabilir. Rousseau genel iradenin dile getirilebilmesi için devlet içinde tüm vatandaşları içermeyen ayrı ayrı birleşmelerin olmaması gerektiğini söylemektedir.⁷⁴ Böylelikle Rousseau çıkarları ve hedefleri farklı olan siyasi parti, dernek vb. gibi kurumların varlığını genel iradeyi ortadan kaldıran bir tehlike olarak algılamakta ve reddetmektedir. Benzer şekilde Mustafa Kemal'in düşüncesinde de

⁷⁰ Bkz. Abdullah Arslan, Fransız Devrimi ve Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirgesi, s. 24. Ayrıca bu ifade ile 1924 Anayasası'nın 68. maddesi de oldukça benzerdir: "Tabi haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyeti sınırındır. Bu sınırı ancak kanun çizer."

⁷¹ Mustafa Kemal Atatürk, Medeni Bilgiler (Türk Milletinin El Kitabı), Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2010, s. 83.

⁷² Oktay Uygun, Demokrasi (Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 151.

⁷³ Hanioglu'na göre Atatürk de Rousseau gibi cumhuriyetin amacını, genel iradeyi ifade etmek olarak anlamaktadır, M. Şükrü Hanioglu, Atatürk: An Intellectual Biography, Princeton University Press, 2011, s. 134.

⁷⁴ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi, Kitap II, Bölüm III, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2017, s. 27.

imtiyazsız, sınıfsız bir kaynaşmış Türk milleti hedefi bulunmaktadır.⁷⁵ O'na göre diğer memleketlerdeki siyasi partilerin kaynağı farklı sınıfların varlığıdır. Buna karşılık Türkiye'de çıkarları çatışan farklı sınıflardan bahsedilemeyeceği için farklı siyasi partilere de gerek yoktur ve halk fırkası bütün milleti kapsamaktadır.⁷⁶ Atatürk'ün sınıfsal ya da mesleki temsili reddeden, cemiyetlere devlet içinde birliği bozabilecek ayrı bir erk veya teşkilat getireceği için mesafeli duran söylemleri ile Rousseau'nun sivil topluma mesafeli duruşu örtüşmektedir.⁷⁷

Temsil ilişkisini öncelerde reddeden ve halkın doğrudan yasa yapım süreçlerine katılımını savunan Rousseau, coğrafi olarak büyük devletler açısından temsil ilişkisinin bir zorunluluk olduğunun farkındaydı. Rousseau, bir zorunluluk olarak ortaya çıkan temsilcilerin istismarlarına karşı da halk meclislerinin sıklıkla toplanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu noktada 1921 Anayasası'nda yasama döneminin iki yıl olarak belirlenerek oldukça kısa bir sürenin tercih edilmiş olması dikkat çekicidir. Atatürk'ün bu konudaki düşüncesi de Rousseau ile benzeşmektedir: *"Milletler egemenliklerini geçici olarak da olsa verecekleri meclislere dahi lüzumundan fazla güvenmemelidir. Çünkü meclisler bile istibdat edebilirler. Ve bu istibdat şahsi istibdattan daha öldürücü olabilir."*

⁷⁵ F.H. Burak Erdenir, Mustafa Kemal Atatürk ve J.J. Rousseau'nun Fikirlerinin Karşılaştırılması, s. 286; Timur da Atatürk'ün halkçılık kavramını bir yandan sınıf mücadelesine karşı bir araç olarak öte yandan İslami egemenlik teorisine karşı çıkan ve sonunda onun yerini alan laik bir egemenlik teorisi anlamında kullandığını belirtmiştir, Taner Timur, Türk Devrimi ve Sonrası, 8. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2018, s. 118.

⁷⁶ "Bu milletin siyasî fırkalarından çok canı yanmıştır. Şunu arz edeyim ki, memaliki sairede fırkalar behemehal iktisadî maksatlar üzerine teessüs etmiş ve etmektedir. Çünkü o memleketlerde muhtelif sınıflar vardır. Bir sınıfın menfaatini muhafaza için teşekkül eden siyasî bir fırkaya mukabil diğer bir sınıfın menfaatini muhafaza maksadıyla bir fırka teşekkül eder. Bu pek tabiidir. Güya bizim memleketimizde de ayrı ayrı sınıf varmış gibi teessüs eden siyasî fırkalar yüzünden şahit olduğumuz neticeler malûmdur. Halbuki Halk Fırkası dediğimiz zaman bunun içinde bir kısım değil, bütün millet dahildir". Bkz. Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, s. 292. Buna karşılık Atatürk ilerleyen yıllarda bu düşüncesine aykırı beyanatlarda da bulunabilmiştir. Times muhaborine şunları söylemiştir: "Cumhuriyet idaresine malik memleketlerde siyasi partilerin varlığı tabiidir. Türkiye Cumhuriyeti'nde de birbirini denetleyen partilerin doğacağına şüphe yoktur". Akt. Ergun Özbudun, "Atatürk ve Demokrasi", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, 1989, C. 5, S. 14, s. 291.

⁷⁷ Şirin, Meclis Hükümeti Rousseau'dan Marx'a Lenin'den Atatürk'e Bir Ortak Kesen, s. 33.

*Bunun için Meclisler belli ve sınırlı bir süreden sonra yenilenir. Bu sayede millî egemenlik daha emin esaslara ve şartlara bağlanmış olur”.*⁷⁸

Rousseau ve Atatürk arasındaki bu benzer yaklaşımlara karşılık Mustafa Kemal'in halk egemenliği ilkesine aykırı görülebilecek fikirleri de bulunmaktadır. Halk egemenliği anlayışı halkın kanun teklifi ya da onayı gibi araçlarla yasa yapım süreçlerine doğrudan katılımının sağlanmasını amaçlar. Bu yönüyle halk egemenliği iki dereceli seçim sistemini dışlamaktadır. Buna karşılık Mustafa Kemal açısından ise öncelik, halkın karar verme mekanizmalarına katılımından çok devrimci bir program çerçevesinde tüm toplumun aydınlatılmasıdır.

*“Fertler mütefekkir olmadıkça, kütleler istenilen istikamete, herkes tarafından iyi veya fena istikametlere sevk olunabilirler. Kendini tahlis edebilmek için her ferdin mukadderatıyla bizzat alâkadar olması lâzımdır. Aşağıdan yukarıya, temelden çatıya doğru yükselen böyle bir müessese elbette rasin olur. Şüphesiz, her işin başlangıcında aşağıdan yukarıya doğru olmaktan ziyade yukarıdan aşağı olması zarureti vardır”.*⁷⁹

Mustafa Kemal'e göre halkın bilgi ve eğitimi belli bir düzeye yükseldiği vakit “hakimiyet bilakaydüşart millete ait olacaktır,⁸⁰ bu doğrultuda bir çağdaş toplum kurulana dek halkın *doğrudan doğruya* siyasi katılım mekanizmalarına sahip olmaması bir sorun teşkil etmeyecektir. O'na göre devrim yolunda devam etmeden milletin gerçekten egemen olmayacağı ortadadır.⁸¹ Nitekim I. Meclis döneminde Mesut Bey'in halkın kanun teklifi ve onayının tanınması yönünde sunmuş olduğu kanun teklifleri reddedilecektir.⁸² Tanör'e göre Mustafa Kemal'in ideal gördüğü biçim doğrudan demokrasi olsa da bu noktadaki son seçimi, temsili demokrasidir.⁸³ Nitekim Atatürk, Rousseau'nun egemenliği yurttaşlar arasında eşit paylara bölüştüren

⁷⁸ Akt. Turhan Feyzioğlu, Türk Millî Mücadelesinin ve Atatürkçülüğün Temel İlkelelerinden Biri olarak Millet Egemenliği, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 1988, s. 56.

⁷⁹ Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri, s. 249.

⁸⁰ Akt. F.H. Burak Erdenir, Mustafa Kemal Atatürk ve J.J. Rousseau'nun Fikirlerinin Karşılaştırılması, s. 291.

⁸¹ Bülent Tanör, Kurtuluş – Kuruluş, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul 2019, s. 194.

⁸² Şirin, Meclis Hükümeti, s. 36.

⁸³ Bülent Tanör, Anayasal Gelişme Tezleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2018, s. 26.

görüşünü benimsememiştir.⁸⁴ Mustafa Kemal'in kuvvetler birliğini savunmakla birlikte halk egemenliğine aykırı görülebilecek fikirlere sahip olması çelişkili gibi görülebilir. Fakat bu noktada Mustafa Kemal Atatürk'ün bir doktrin insanı olmaktan ziyade bir eylem insanı olduğu hatırlanmalıdır. Mustafa Kemal, emperyalizme karşı verdiği mücadelenin yanı sıra çağdaş, laik ve bağımsız bir toplum kurma amacına sahip olan bir devrimcidir. Bu doğrultuda O'nun amacı, eylemlerinin herhangi bir doktrine uygunluğunu (bu noktada halk egemenliği fikri) gözetmek değildir; çağdaş ve bağımsız bir ülkenin kuruluşunu devrimci ve radikal yöntemlerle hayata geçirebilmektir. Nitekim bu tespit, ilerleyen yıllarda kuvvetler birliğinden kuvvetler ayrılığına doğru bir yönelime gidilmesinin de açıklamasını oluşturmaktadır.

Bu noktada anayasacılık tarihimizde göz ardı edilen ve bizzat Mustafa Kemal tarafından taslağı oluşturulan 1923 Anayasa tasarındaki siyasal rejim tercihi dikkat çekicidir. 1921 Anayasası'nda yapılacak olan 1923 değişikliğinin hemen öncesinde Meclis'teki Anayasa komisyonu üyeleri, Bakanlar ve birtakım uzmanların üzerinde çalıştığı ve 28 Ekim 1923 gününde Mustafa Kemal ve İsmet İnönü'nün birlikte son halini verdiği bu yeni anayasa taslağı, Çankaya Köşkü Kütüphanesi'ndeki bir belgesel hazırlığı sırasında tesadüfen bulunmuştur.⁸⁵ Taslağın siyasal rejim açısından 1921 Anayasası'ndan farklı hükümleri bulunması dikkat çekicidir. Üstelik bizzat Mustafa Kemal'in taslağın kuvvetler birliğine yönelik hükümlerinin üzerini çizdiği görülmektedir. Taslağın 5. maddesinde TBMM'nin "yegane mümessil (biricik temsilci) ve madde 31'de bütün kuvvet ve velayetlerin "yegane menabı" (biricik kaynağı) olma özelliklerinin üzeri Mustafa Kemal tarafından çizilmiştir, böylelikle meclisin tek yetkili organ olarak görülmesi

⁸⁴ Feyzioğlu, Türk Millî Mücadelesinin ve Atatürkçülüğün Temel İlkelerinden Biri olarak Millet Egemenliği, s. 746. Toprak ise, Atatürk'ün gündeminde hiçbir zaman kuvvetler ayrılığının bulunmadığını ve Atatürk'ün "hakimiyet-i millîye" ile anlayışı Rousseau'nun "halkın egemenliği" anlayışının aynı olduğunu belirtmektedir. Toprak, Atatürk, s. 24 ve 26. Atatürk'ün temsili demokrasi ve iki dereceli seçim sistemini savunması karşısında onun fikirlerinin Rousseau'nun halk egemenliği fikri ile aynı olduğunu söylemek ise kanımızca mümkün değildir.

⁸⁵ Murat Sevinç - Dinçer Demirkent, Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s. 41.

anlayışından vazgeçilmiştir.⁸⁶ Kuvvetler birliği anlayışından bir diğer sapma ise bakanların işlerini Meclis'in gösterdiği yönde yürüteceğini düzenleyen 78. maddenin üstünün çizilmiş olmasıdır.⁸⁷ Taslak, devlet başkanı olarak öngördüğü bir Cumhurbaşkanlığı (Reisi Cumhur) makamına da yer vermektedir. Güçleştirici veto yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanı, Heyet-i Vekile'nin (Bakanlar Kurulu) reisini de seçecektir. Yürütmeye önemli yetkiler tanınmasının bir diğer örneği bütçe yetkisine ilişkindir. Tasarıda bütçe kanun tasarısının Heyet-i Vekile tarafından meclise gönderileceği belirtilmektedir. Üstelik TBMM bütçeyi görüşmeden kendisini tatil veya feshederse, Reiscumhur onayıyla İcra Vekilleri Heyeti'nin, geçerliliği 1 yılı aşmamak üzere, önceki yılın bütçesinin yürürlüğünü Meclis toplanana kadar uzatabilecektir.

Bu anayasa taslağının 1923 Anayasa değişikliği üzerinde de bir etkisi olmuştur. Meclis'te ortaya çıkmış olan hükümet krizinin çözümü olarak Mustafa Kemal tarafından 29 Ekim 1923 günü Meclis'e sunulan Anayasa değişikliği teklifinin kabulü, sadece Cumhuriyeti ilan etmekle kalmamıştır. 364 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Tavzihan Tadil Edilmesine dair kanun ile ayrıca iki kanatlı yürütme organına da yer verilmiş ve başvekilin cumhurbaşkanı tarafından, vekillerin de başvekil tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Ayrıca Cumhurbaşkanı tarafından TBMM'nin onayına sunulan İcra Vekilleri Heyeti'nin güvenoyunu alma zorunluluğunun getirilmesi, parlamenter rejimdeki yasama - yürütme ikiliğinin belirli ölçülerde benimsendiğini göstermektedir.⁸⁸ Tanör'e göre de Mustafa Kemal, savaş günlerinde kuvvetler birliğini savunmuş olsa da bu sistem, bakanları ve başbakanı tek tek ve ayrı ayrı Meclis'e seçirmesi sebebiyle muhafazakarlığa hizmet ediyor, güçlü ve enerjik bir hükümetin oluşmasını neredeyse olanaksız kılıyordu.⁸⁹ Soysal ve Sağlam'a göre de Meclis üyelerinin yalnız yasama işleriyle yetinmeyip yürütme alanına da karışmaya, yürütmenin bütün işlerini aşırı bir titizlikle denetlemeye hatta yönetmeye

⁸⁶ Abdullah Sezer, "Atatürk'ün İmzasını Taşıyan Anayasa Tasarısı: Teşkilat-ı Esasiye Projesi (1923)", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 17, S. 207, s. 370.

⁸⁷ Sezer, Atatürk'ün İmzasını Taşıyan Anayasa Tasarısı: Teşkilat-ı Esasiye Projesi (1923), s. 381.

⁸⁸ Kanadoğlu/Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 275.

⁸⁹ Tanör, *Kurtuluş - Kuruluş*, s. 195.

çalışması; Milli Mücadele'nin sonlarına doğru ve daha sonra, Lozan görüşmeleri sırasında, Mustafa Kemal'in "meclis hükümeti" sistemine karşı başlangıçta duyduğu bağlılığı yitirmesine sebep olmuştur.⁹⁰ Bu sebeple Mustafa Kemal, Meclis hükümeti sistemine aykırı kimi kural- ların öngörülmesinin devrimci iktidar açısından daha yararlı olduğunu görebiliyordu.

Sonuç olarak Mustafa Kemal'in kuvvetler birliği anlayışını teorik olarak kabul ettiği söylenebilecekse⁹¹ de fikirlerini, somut sorunlara yanıt veremediği noktada değiştirmekten ya da durumun koşullarına göre uyarlamaktan çekinmediği de ortadadır.⁹² Nitekim Doğan'a göre de Atatürk, devrimin hem teorisyeni hem de uygulayıcısı olmak durumunda kalmıştır.⁹³ Bu ikili durum Mustafa Kemal'i karşılaştığı sorunlar karşısında fikirlerini değiştirme ya da dönüştürme yoluna sokmuştur.⁹⁴ Mustafa Kemal'in meclis hükümeti sistemini teorik ve bilimsel açıdan canlı bir şekilde savunduğu günlerde bile, düşünce-

⁹⁰ Mümtaz Soysal, Fazıl Sağlam, Türkiye'de Anayasalar, in: Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi I, İletişim Yayınları, 1983, s. 23.

⁹¹ Nitekim Atatürk 1931 yılında bile büyük bir kısmını Afet İnan'a yazdırdığı Medeni Bilgiler kitabının kendi yazdığı bölümünde kuvvetler birliğini açıkça savunmuştur. Atatürk, Cumhuriyet kavramını açıkladığı kısımda mevcut anayasada kuvvetler birliği ile ilgili maddeyi zikrettikten sonra şöyle diyor: "Bizim telakimize göre siyasi kuvvet, milli irade ve hâkimiyet, milletin vahdet halindeki müşterek şahsiyetine aittir, birdir, taksim ve tefrik ve ferağ olunamaz. Millete ait olduğu gibi, onun mümessili olan tek mecliste mütemerkizdir. Yani taksim-i kuva nazariyesi bizim için esas değildir" (Afet İnan, Medeni Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazıları, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1998, s. 34). Bu ifadeler de Atatürk'ün bu tarihlerde kuvvetler birliği düşüncesini ilkesel olarak terk etmediği, Kurtuluş Savaşını başarıya ulaştırma ya da saltanatı kaldırma amaçlarına ulaşıldıktan sonra da kuvvetler birliğini tercih ettiğini göstermektedir. Atatürk'ün, savaş şartlarının geride kaldığı ve birçok devrimin gerçekleştirilmiş olduğu yıllarda bile kuvvetler birliğini savunmasının, bu sistemin Türkiye'deki uygulamasının pratik gerekçelerinden değil, kuramsal nedenlerden kaynaklanmış olduğu söylenebilir, Sedat Yazıcı, Fatih Yazıcı, "Tarihsellik ve Kuramsallık Arasında: 1921 ve 1924 Anayasalarında Kuvvetler Birliği/Ayrırlığı Tartışması", Bilig, Güz 2011, S. 59, s. 249.

⁹² Metin Heper, Türkiye'de Devlet Geleneği, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2012, s. 91.

⁹³ Doğan, s. 315.

⁹⁴ Teori ve pratik arasındaki ilişkiyi en iyi yansıtan pasajlardan bir tanesi Goethe'nin Faust adlı eserinden verilebilir: "Renksizdir, değerli dostum, tüm kuramlar, oysa yemyeşildir yaşamın altın ağacı". Bkz. Goethe, Faust, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2021, s. 101.

si bunları değişmez kılmak değildir.⁹⁵ Hatta Tanör, Mustafa Kemal'in asıl yöneliminin parlamenter sistem olduğunun dahi söylenebileceği kanısındadır.⁹⁶ Tanör bu kanısını Atatürk'ün Nutuk'taki şu sözlerine dayandırmaktadır:

*“Kabine sistemine geçmekten içtinap ediyorduk (kaçınıyorduk); çünkü derakap saltanatçılar, padişahın istimali salâhiyeti lüzumunu ortaya atacaklardı. İşte, intikal devresinin, bu mücadele safhalarında, bizim, kabul ettirmek mecburiyetinde bulunduğumuz, mutavassıt şekli, Büyük Millet Meclisi Hükümeti sistemini, haklı olarak natamam bulan, meşrutiyet şeklinin sarahaten ifadesini temine çalışan muhasımlarımız, bize itiraz ediyorlar/diyorlardı ki, bu yapmak istediğiniz şekli hükümet neye, hangi idareye benzer? Maksat ve hedefimizi söyletmek için tevcih olunan bu nevi suallere, bizde, zamanın icabına göre cevaplar vererek saltanatçıları iskât etmek (susturmak) zaruretinde idik”.*⁹⁷

Heper'in de vurguladığı üzere Mustafa Kemal, fikirlerini soyut bir düzlemde değil, bazı somut olaylara, doğal olarak onları algılayışı çerçevesinde, bir tepki olarak geliştirmiştir.⁹⁸ Tekrar etme pahasına da olsa Mustafa Kemal, entelektüel birikimi oldukça geniş olsa da esasen bir eylem insanıdır ve temel hedefi olan çağdaş bir toplum yapısına ulaşmak için düşüncelerinde esnemelere gidebilmiştir. Buna karşılık Mustafa Kemal'in düşünce dünyasının yapı taşı mahiyetinde olan kimi fikirleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda onun tümüyle dünyevi bir egemenlik anlayışını benimsediği ve kendisinin radikal bir cumhuriyetçi olduğu özellikle vurgulanmalıdır. Milli hakimiyet anlayışını laik bir düzleme oturtan ve millet egemenliğine herhangi bir paydaşın (saltanat, halife) dahil olmasını engelleyen, Mustafa Kemal'in öncülük ettiği devrimci hareket olmuştur. Atatürk'ün anlayışında meşrutiyete yer yoktur. Yukarıda da vurgulandığı üzere o, meşrutiyetten değil cumhuriyetten yanadır. Onun açısından meşrutiyet, sosyal toplumun çıkarlarını zedeleyen mutlak iktidarların etkilerini hafifletmek amacıyla bilginlerce ortaya atılan ve “ehveni şer” olarak görülen bir rejimdir.⁹⁹ Atatürk'ün düşüncesine göre önemli olan şey, egemenliğin sadece millete ait olmasının kabul edilmesi değil, milletin bu egemenlik hakkını

⁹⁵ Tanör, Anayasal Gelişme Tezleri, s. 37.

⁹⁶ Tanör, Anayasal Gelişme Tezleri, s. 37.

⁹⁷ Mustafa Kemal Atatürk, Nutuk Cilt II, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1969, s. 839.

⁹⁸ Metin Heper, Türkiye'de Devlet Geleneği, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2012, s. 91.

⁹⁹ Arsel, Şeriat Devleti'nden Laik Cumhuriyet'e, s. 696.

padişah ile paylaşmaksızın kullanmasıdır.¹⁰⁰ Bu sebeple ki Mustafa Kemal, feodal düzenin monarşik egemenlik anlayışının ve bunun aldığı “mutlakçı” ya da “sınırlı monarşik” biçimlerinin karşısına, demokratik egemenlik anlayışıyla çıkmıştır.¹⁰¹ Üstelik bu konuda amansız bir mücadeleye de hazırdır: “İnkılabın kanunu mevcut kanunların fevkindedir (üstündedir). Bizi öldürmedikçe, bizim kafamızdaki cereyanı boğmadıkça, başladığımız inkılap ve teceddüt (yenilenme) bir an bile durmayacaktır”.¹⁰² Mustafa Kemal saltanatın kaldırılması tartışmaları sırasında yaptığı ünlü konuşmada bu devrimci anlayışı etkileyici bir şekilde dile getirmiştir:

“Hâkimiyet ve saltanat hiç kimse tarafından, hiç kimseye ilim gereğidir diye, görüşme ve tartışmayla verilmez. Hâkimiyet, saltanat, kuvvetle, kudretle ve zorla alınır. Osmanlıları, zorla Türk milletinin hâkimiyet ve saltanatına el koymuşlardır. Bu zorbalıklarını altı yüzyıldan beri sürdürmüşlerdir.

Şimdi de Türk milleti bu saldırganlara isyan ederek ve artık dur diyerek, hakîmiyet ve saltanatını fiilen kendi eline almış bulunuyor. Bu bir oldubittir. Söz konusu olan, millete saltanatını, hâkimiyetini bırakacak mıyız, bırakmayacak mıyız meselesi değildir. Mesele, zaten oldubitti haline gelmiş olan bir gerçeği kanunla ifadeden ibarettir.

*Bu mutlaka olacaktır. Burada toplananlar, Meclis ve herkes meseleyi tabii olarak karşılar, sanırım ki uygun olur. Aksi takdirde, yine gerçek, usulüne uygun olarak ifade edilecektir. Fakat, belki de bazı kafalar kesilecektir.”*¹⁰³

¹⁰⁰ Arsel, Şeriat Devleti’nden Laik Cumhuriyet’e, s. 693.

¹⁰¹ Tanör, Anayasal Gelişme Tezleri, s. 26.

¹⁰² Akt. Tanör, Kurtuluş- Kuruluş, s. 193-194.

¹⁰³ Mustafa Kemal Atatürk, Nutuk, Atatürk Araştırmaları Merkezi, 1999, s. 468. Mustafa Kemal’in bu sözleri ile Fransız devrimi sırasında “Hür ve Temsili Bir Hükümette Kralın Faydasızlığı ve Tehlikesi” başlıklı bir broşür kaleme alan Moyse Bayle’nin Kral için kullandığı şu ifadeler arasında bir benzerlik bulunmaktadır: “Millet tarafından seçilmeyen bir canavardır; bu, siyasi vücudun bütün ilğini emen, bütün kuvvetleri toplayan ve zulme varan bir ahtapotdur. Bkz. Alphonse Aulard, Fransa İnkılabının Siyasi Tarihi - Demokrasinin ve Cumhuriyetin Kaynakları ve Gelişmesi, Birinci Cilt, Çev. Nazım Poroy, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1987 Ankara, s. 201. Üstelik Atatürk’ün bu sözleri Falih Rıfki Atay’ın saltanat makamının ne olacağına ilişkin dönemin genel havasını aktaran şu cümleleri karşısında daha da önem kazanmaktadır: “Hanedansız bir devlet şeklinin akla geldiği yoktu. Çok çok genç bir prens yetiştirerek padişah yapmak, oğuldan oğula usulünü koyarak ihtiyar padişahlar devrine nihayet vermek gibi şeyler düşünüldüğünü duyardık. Kurtuluş’tan sonra yapılması beklenen de Vahdettin’in hal’i yerine Abdülmecid’in geçirilmesiydi.” Falih Rıfki Atay, Çankaya II. Cilt, Dünya Yayınları, İstanbul 1960, s. 224. Buna karşılık Meclis içerisinde kuvvetli bir cumhuriyetçi

IV. TÜRK ANAYASALARINDA EGEMENLİK ANLAYIŞLARI

1. 1921 Anayasası'nda Egemenlik Anlayışı

1921 Anayasası, yirmi üç madde ile bir ek maddeden oluşan ve devletin kuruluşuyla ilgili temel meseleleri konu edinen çerçeve bir anayasadır. Olağanüstü koşulların ürünüdür ve tüm anayasal sorunları çözmek açısından yetersiz bir metindir.¹⁰⁴ 1921 Anayasası yürürlükteyken 1876 Kanun-i Esasi de resmen ilga edilmemişti. Söz konusu yetersizlikten kaynaklanabilecek sorunların çözümü için Kanun-i Esasi'nin 1921 Anayasası ile çelişmeyen hükümleri uygulanmış ve bu dönem iki anayasalı bir dönem olmuştur.¹⁰⁵ Bu yönüyle ülke üzerinde kısa bir süreliğine hukuki düzlemde farklı iki egemenliğin bulunduğu söylenebilir de 3 Kasım 1922'de saltanatın kaldırılmasıyla birinin tüm ülkeye egemen olduğu, diğeri ise yok olduğu görülmüştür.¹⁰⁶ Anayasa'nın değiştirilmesi için alelade kanunlardan daha zor ve özel bir koşul öngörmeyen 1921 Anayasası, yumuşak anayasa niteliğine sahip tek Türk anayasasıdır.

1921 Anayasası'nın birinci maddesindeki "*Hakimiyet bilâkaydii şart milletindir. İdare usulü, halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil*¹⁰⁷ ida-

damar da bulunmaktaydı. Saruhan Milletvekili Vasıf (Çınar) Bey de padişahçılara karşı şu ifadelerde bulunuyordu: "Türk Milleti bundan sonra başında taç sahibi (tacidar) bir yönetici kabul etmez, Türk Milleti bundan sonra başında hiçbir kişinin hâkimiyetini kabul etmez. Türk Milleti bundan sonra hiçbir kişinin esiri olamaz. Bundan böyle doğrudan doğruya kendisi hâkim, kendisi efendidir. Kaderini kendi elinde tutar". Akt. Tolga Şirin, Cumhuriyet'i İlan Edenler Saray Rejimi için Ne Demisti? Bkz. <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/cumhuriyet-i-ilan-edenler-saray-rejimi-icin-ne-demisti,37255> (Erişim Tarihi: 16.08.2023)

¹⁰⁴ Battal Niyazi Şahin, Kurtuluş ve Kuruluşun Teminatı 1921 Anayasası 100. Yılında, Okan Hukuk Bülteni Kasım 2021, <https://www.okan.edu.tr/hukuk/sayfa/7961/kurtulus-ve-kurulusun-teminati-1921-anayasasi-100-yilinda/> (Erişim Tarihi: 17.8.2023).

¹⁰⁵ Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 268.

¹⁰⁶ Mustafa Koçak, Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar - Yeni Anlamlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 198.

¹⁰⁷ Tanör, bölgesel ve ulusal kongrelerde bölge halklarının ya da ulusun zaten mukadderatını bizzat ve bilfiil elde etmeye başladığına ve Anayasa'nın Vilayet ve Nahiye Şuralarına idari özerklik tanıyan hükümlerine dayanarak "bizzat ve bilfiil" ifadelerinin doğrudan demokrasi çağrısını uyandırdığını ancak Anayasa'da milletlin yegâne ve hakiki mümessilinin Meclis kabul edilmesiyle temsili demokrasinin benimsediğini belirtmiştir, Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 256-257.

re etmesi esasına müstenittir” ifadesi Osmanlı-Türk anayasal tarihinde keskin bir dönüm noktasıdır. Zira 1876 Kanuni Esası’nın 5. maddesi: “Zatı hazireti Padişahinin nefsi hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür” biçimindeyken 1921 Anayasası’ndaki bu düzenleme, teokratik egemenlik anlayışından demokratik egemenlik anlayışına geçişin anayasal tezahürü olmuştur. Bu dönüşüm ile milli egemenlik ilkesi Türk anayasacılığının temeli olmuştur. Egemenliğin kaynağını gökyüzünden (Tanrıdan) yeryüzüne (ulusa) indiren bu madde, aslında Cumhuriyetin erken bir ilanıdır.¹⁰⁸ Anayasa’nın yürürlük maddesinde, 5 Eylül 1920 tarihli Nisab-ı Müzakere Kanunu’nun birinci maddesinde yer alan Hilafet ve Saltanatın kurtarılması gayesine atıf yapılmakta ise de “ulus egemenliği” ilkesine dayanan yepyeni bir devlet kuran Anayasa, yeni bir egemenlik kaynağını ortaya çıkarmaktadır.¹⁰⁹ 1921 Anayasası’nın üçüncü maddesinde geçen “Osmanlı Devleti” yerine “Türkiye Devleti” ibaresi ise, milli devlete doğru büyük bir adım¹¹⁰ ve TBMM’nin kurucu bir meclis olduğunun en büyük kanıtını teşkil etmiştir.

1921 Anayasası döneminde milli egemenliği hâkim kılma amacı/motivasyonu, dönemin baş aktörü Mustafa Kemal’in süreçlerdeki tutumunda da net bir biçimde gözlenmiştir. Kurtuluş Savaşı’nda zafere ulaşmak için 5 Ağustos 1921’de çıkarılan Başkomutanlık Kanunu, Mustafa Kemal’e savaş ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla genel yükümlülükler koyma ve uygulama gibi olağanüstü yetkiler tanımıştır. Mustafa Kemal Paşa’ya bu şekilde kanun kuvvetinde emirler çıkarabilme yetkisi verilmesi, yasama ve yürütme yetkilerinin geçici olarak bir kişiye aktarılması anlamına geliyordu.¹¹¹ Mustafa Kemal söz konusu yetkinin üç ay ile kısıtlanmasını isterken “ömrü boyunca, milli hakimiyetin ve meşruluğun en sadık hizmetkârı” olduğunu vurgulamıştır. Mustafa Kemal’in başkumandanlık yetkisi üç defa uzatılmıştır. Uzatmanın gerekip gerekmediğinin tartışıldığı son oturumda Mustafa Kemal açıkça olağanüstü yetkileri artık istemediğini belirtmiştir. Buna

¹⁰⁸ Taha Parla, *Türkiye’de Anayasalar*, Metis Yayınları, İstanbul 2016, s. 22.

¹⁰⁹ Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1968, s. 120-121.

¹¹⁰ Fevziyeoğlu, *Türk Millî Mücadelesinin ve Atatürkçülüğün Temel İlkelerinden Biri* olarak Millet Egemenliği, s. 33.

¹¹¹ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 276.

karşılık Meclis, Gazi'ye başkomutanlık sıfatını süresiz olarak vermiştir.¹¹²

1921 Anayasası; ikinci, üçüncü ve yedinci maddeleriyle kuvvetler birliği ilkesini benimsemiş, yürütme işlerinin Meclis üyeleri arasından seçilecek bir heyet tarafından, Meclis adına ve Meclisin denetimi altında gerçekleştirileceğini kabul etmiştir. İcra Vekilleri arasında çıkacak olan uyuşmazlıkları da TBMM çözecektir. Böylelikle İcra Vekilleri Heyetinin dayanışmalı bir kurul olmasının önü kesilmek istenmiştir. Meclis hükümeti sistemine uygun olarak Anayasa, devlet başkanlığı statüsü de öngörmemiş, Meclisi yasama ve yürütme kuvvetlerinin esas sahibi olarak düzenlemiştir. Benzer şekilde Meclisin sürekliliği ilkesi kabul edilmiştir. Meclisin sürekliliği ilkesi de herhangi bir zaman ile kısıtlı olmayan "milletin" temsilcisi olan Meclisin sürekli çalışması anlamına gelmesiyle milli egemenlik ilkesinin sonuçlarından biridir. Yine Anayasa'nın 5. maddesinde milletvekillerinin seçtikleri vilayetin değil bütün milletin temsilcisi olduğunun belirtilmesi de milli egemenlik anlayışının bir diğer sonucudur. Fakat 1921 Anayasası'nın yürürlükte olduğu bu dönemde, meclis hükümeti sisteminin özelliklerinin dışında ve parlamenter rejimin özelliklerine benzer siyasi uygulamalar da gerçekleşmiştir.¹¹³ 1921 Anayasası yargı konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte Meclis, İstiklal Mahkemeleri aracılığıyla yargı görevini de üstlenmiştir.

1921 Anayasası'nın dikkat çeken bir diğer özelliği, yerel yönetimlere büyük bir yer ayırmasıdır. Anayasa'nın on dört maddesi yerel yönetimlere ilişkindir. Anayasa milleti doğrudan doğruya iş başına getirmek, millete hürriyetini temin etmek, milleti efendi kılmak gayesini gerçekleştirmek için hakimiyetin millete ait olduğunu ve bu hakimiyetin Meclis vasıtasıyla kullanılacağını ilan etmekle yetinmeyip Vilayet-

¹¹² Şirin, Meclis Hükümeti Rousseau'dan Marx'a, Lenin'den Atatürk'e Bir Ortak Kesen, s. 142-143.

¹¹³ 1921 Anayasası'nın uygulamasından yola çıkan bir görüş, yürütme işlerinin Meclis tarafından değil İcra Vekilleri Heyeti tarafından yapılmasına, Meclisin İcra Vekillerine yön göstermesi ilkesinin teoride kalmasına ve İcra Vekillerinin siyasal sorumluluğunun Meclis tarafından görevden alınma biçiminde gerçekleşerek parlamenter sisteme benzer bir durum ortaya çıkmasına dikkat çekerek Birinci Meclis döneminde "kuvvetler karışımının" görülmediğini öne sürmüştür. Ergun Özbudun, 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 1992, s. 66.

lerde, Kazalarda ve Nahiyelerde halk idaresinin geçerli olmasını sağlamayı amaçlamıştır.¹¹⁴ Egemenliğin kaynağını millet olarak belirleyen Anayasa'nın, Meclis dışında söz konusu yerel yönetim organlarına da önemli yetkiler tanımak suretiyle egemenliğin kullanılmasını yalnızca Meclise vermediği ve çoğunlukçu milli egemenlik anlayışına pek sığacak bakmadığı anlaşılmaktadır.¹¹⁵ Yerel yönetimlerin bu denli ağırlık taşımada; halkçılık fikrinin, kongre iktidarları döneminin ve Bolşevik Devriminin etkisi bulunmaktadır. Ancak Cumhuriyet tarihinde benzerine rastlanmamış bir düzeyde idari özerkliği kabul eden 1921 Anayasası'nın bu hükümleri, neredeyse hiç uygulanmamıştır.¹¹⁶

Sonuç olarak 1921 Anayasası hem Kurtuluş Savaşını yöneten hem de yeni bir ulus-devleti inşa eden bir kurucu meclisin ürünüdür. Kurtuluş ve kuruluş dinamiklerinin özelliklerini bünyesinde taşır. Dışarıda emperyalistlere karşı bağımsızlığını ve içeride ise hanedanlığa karşı egemenliğini kendi eline alan bir halkın toplumsal sözleşmesi olarak büyük bir tarihsel öneme sahip olan 1921 Anayasası anayasa tarihimizde önemli bir yere sahiptir. Tanör, Anayasal Gelişme Tezleri Kitabında şöyle söylemektedir:

"Anayasal gelişmeleri yapısal etkenler ve tabandan gelen zorlamalarla açıklamaya yöntemi, M. Kemal'in milli kurtuluş dönemi başındaki anayasal gelişmelerle ilgili görüşlerinde de kendini açıkça belli ediyor. Gerçekten de M. Kemal gerek Erzurum ve Sivas kongrelerini gerekse TBMM'nin toplanışını ve 1921 Anayasası'nın yapılışını, bir yönetici azınlığın değil, milletin bağımsızlık isteğinin, milli iradenin eseri olarak açıklamaya özel bir dikkat gösteriyor. Kurtuluş Savaşının önderi, Kurtuluş Savaşının anayasasını, Teşkilât-ı Esasiye Kanununu şu sözlerle tanıtacak:

"... Bu kanun doğrudan doğruya yalnız bizim kafalarımızdan, ilmimizden çıkmış bir kanun değildir! Bu kanun doğrudan doğruya her ferdi milletin kalbi vicdanında kendiliğinden tecelli etmiş ve binaenaleyh heyeti içtimaiyemizin vicdanı ulvîsi lev-hasında merkez [yaratılışından beri var] olmuş ve ondan sonra mevkîi meriyete geçmiştir [yürürlüğe girmiştir] Kanun-ı hakiki yalnız böyle olur! Taklit ile kanun olmaz. ... Çünkü milletimizin vicdanından, kanaatinden çıkmıştır".¹¹⁷

¹¹⁴ İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukuku, Mars Ticaret ve Sanayi A. Ş. Matbaası, Ankara 1959, s. 65.

¹¹⁵ Osman Can, "1921 Anayasası'nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik Başarısızlık Hikayesi", *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1, 2021, s. 146.

¹¹⁶ Sevinç/Demirkent, Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası, s. 35.

¹¹⁷ Tanör, Anayasal Gelişme Tezleri, s. 16.

1921 Anayasası döneminde meclis hükümeti sisteminden sapma teşkil eden gelişmeler egemenliğin kullanımında yürütmenin yasa-maya karşı güçlenmesi şeklinde gerçekleşmiştir. Anayasa'da yürütme kuvvetinin ve yasama yetkisinin Mecliste toplandığı öngörülmüşse de yürütme kuvvetini kullanan İcra Vekilleri Heyeti ve sonradan ihdas edilen Cumhurbaşkanlığı kurumu, Meclis içinde güçlenen bir yön çizmiştir. Bu durum 1924 Anayasası'na geçişte değişimin temelini ortaya koyar. Bu değişimin egemenliğin kullanımına etkisi aşağıda 1924 Anayasası bağlamında değerlendirilecektir.

1921 Anayasası bahsini bitirmeden önce bu Anayasa'da öngörülen egemenlik anlayışının sonraki Anayasaların yorumuna etkisine de kısaca değinilebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere milli egemenlik ilkesinin ilk defa 1921 Anayasası'nda kullanılması teokratik egemenlik anlayışından demokratik/milli egemenlik anlayışına geçişte bir dönüm noktasıdır. Devleti kurucu nitelikteki 1921 Anayasası'nın yapıldığı dönemdeki tarihsel bağlamla birlikte egemenlik anlayışının ileride yine milli egemenlik anlayışını benimseyen 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının yorumunda da referans olarak alınması gerekmektedir. Zira tarihsel bağlam anayasalar için iki işlev görür. Birincisi, tarih bir yönüyle geçmiş içerisinde anayasanın konumunu anlamayı sağlar ve anayasanın yorumcusuna hizmet eder. İkincisi anayasaların ulaştıkları noktada performans kriterini teşkil eder.¹¹⁸

2. 1924 Anayasası'nda Egemenlik Anlayışı

Cumhuriyetin ilanından sonra oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçildikten hemen sonra, 1921 Anayasası'nın eksikliğini gidermeye ve anayasal sorunların çözümüne yönelik yeni bir anayasa yapma ihtiyacı duymuştur.

Osmanlı-Türk Anayasalarında anayasanın üstünlüğü ilkesi ilk defa 1924 Anayasası'nın 103. maddesinde yer almıştır: "Teşkilât-ı Esasîye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal ve tatil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilât-ı Esasîye Kanununa münafi olamaz". Katı bir anayasa olan 1924 Anayasası, 1921 Anayasası'nın be-

¹¹⁸ Oya Boyar, *Anayasal Yorumu Giriş*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 14.

nimsediği egemenlik anlayışını devam ettirmiştir. 3. maddesine göre “Hâkimiyet bilâ kaydü şart Milletindir”. Demek ki egemenliğin kaynağına ilişkin anlayış değişmemiştir.

Egemenlik hakkının kullanılması bakımından ise durum farklıdır. 4. maddesinde Türkiye “Büyük Millet Meclisi milletin yegâne ve hakikî mümessili olup Millet namına hakkı hâkimiyeti istimal eder.” denmiştir. Bu ifade 1921 Anayasası’ndaki hükme göre meclisi daha yüceltmiş, temsili sistemi koyulaştırmıştır. 1921 Anayasası’nda yerel yönetimlere tanınan önemli yetkilerin geri alınması da bu gelişmeyle paraleldir. 1924 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu’nun 5. maddesine göre, “teşrî salâhiyeti ve icra kudreti Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder”, 6. ve 7. maddelerine göre ise “Meclis, teşrî salâhiyetini bizzat istimal eder” ve “Meclis, icra salâhiyetini, kendi tarafından müntahap Reisicumhur ve onun tâyin edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder. Meclis, Hükümeti her vakit murakabe ve iskat edebilir”.

Meclisi güçlü kılma anlayışı, Anayasa’nın yapımı aşamasındaki yaklaşımdan da anlaşılmaktadır. Yürütmenin Meclise karşı fesih ve güçleştirici veto yetkileri komisyon önerilerinde yer alsa da Genel Kurul’da reddedilmiştir.¹¹⁹

1924 Anayasası, meclis hükümeti ile parlâmenter sistem arasında karma bir hükümet sistemi kurmuştur. Bir yandan yasama yetkisi ve yürütme kuvveti Meclis’te toplanarak kuvvetler birliği ve meclis hükümeti sistemine bağlı kalınmış, öbür yandan yasama ve yürütme işlevleri birer fonksiyon olarak ayrılmış ve yürütme yetkisinin ancak Cumhurbaşkanı ve İcra Vekilleri Heyeti eliyle kullanılabilmesi öngörülmüştür (“kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı sistemi”).¹²⁰

Böylece milleti temsil eden Meclis ile Meclis’in çoğunluğu tarafından oluşturulan ve denetlenen yürütme şeklinde bir denklem ortaya çıkmaktadır. Bu denkleme bakıldığında kolayca anlaşılmaktadır ki Meclis’in üstün sayılması “Meclis çoğunluğunun” üstün sayılması anlamına gelmektedir. Meclis çoğunluğu ise yürütmedir. Dolayısıyla egemenliği kullanan aslında Meclis’ten ziyade Meclis içinden çıkan yürütme olmaktadır. 1924 Anayasası’ndaki anlayışta ulus ve devlet

¹¹⁹ Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 305.

¹²⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (22. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 29.

egemenlikleri aynı şey sayılmış ve çoğunluğun iradesi ile genel irade bir tutularak ulusal irade bundan ibaret görülmüştür.¹²¹

Meclis çoğunluğunun bu şekilde üstün ve denetimsiz kılınmasının yaratacağı sorunlar henüz gündeme gelmemişken bu tutum, egemenliğin kullanılmasında da Meclis'ten ziyade Meclis çoğunluğunun öne çıkmasına neden olmuştur. Her ne kadar anayasanın üstünlüğü ilkesi Anayasa'da yer alsada bu üstünlüğü denetleyecek bir mekanizma Anayasa'da öngörülmemiştir. Bu tercih de milletin temsilcisi olan meclisin çıkardığı kanunlar üzerinde bir denetimin milletin egemenliğini sınırlayacağı anlayışının bir sonucudur.¹²²

Görüldüğü üzere 1921 Anayasası'nda "Meclis üstünlüğü" ile çıkılan yolda parlamentarizmin yükselişi başlamış, önce 1921 Anayasası'nda yapılan değişikliklerle, sonra 1924 Anayasası ile "Meclis çoğunluğunun üstünlüğü" anlayışı hâkim olmuştur. Milletin egemenliğini meclisteki çoğunluk üzerinden çok dar bir temsile indirgeyen bu anlayış, 1924 Anayasası döneminde mecliste çoğunluğu elinde bulunduran partinin tek egemen güç olmasına neden olmuştur.¹²³ 1961 Anayasası yapılırken ise bu dengesizliğin giderilmesi adına egemenliğin kullanımında milletin daha geniş bir şekilde temsilini sağlamak üzere farklı organların yetkilendirilmesi gözetilmiştir.

3. 1961 Anayasası'nda Egemenlik Anlayışı

1961 Anayasası'nın 4. maddesinin birinci fıkrasına göre egemenliğin kaynağı yine millettir: "Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletindedir." Aynı maddenin ikinci fıkrası ise bu Anayasa'nın egemenlik bakımından kendinden önceki Cumhuriyet Anayasalarından farkını ortaya koymaktadır: "Millet, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır." Anlaşılabileceği üzere egemenliğin kullanımı 1921 ve 1924 Anayasalarındaki gibi sadece meclise değil, "yetkili organlar" a bırakılmıştır. 6. 7. ve 8. maddelerde de yasama, yürütme ve yargı yetkileri birbirinden ayrı organlar için tanınarak kuvvetler birliği terk edil-

¹²¹ Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı (7. Baskı), Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987, s. 51.

¹²² Age. s. 51.

¹²³ Koçak, Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik, s. 207.

miş ve kuvvetler ayrılığına dayanan parlamenter rejim benimsenmiştir. Bu tercih 1924 Anayasası'nın çoğunlukçu karakterinin ortaya çıkardığı sorunlardan kaynaklanmaktadır. 1961 Anayasa Tasarısının Genel Gereğesinde de Demokrat Parti iktidarındaki dönem kastedilerek kökü 1876'ya dayanan adi çoğunluk sisteminin ve uygulamasının çok partili dönemde siyasi buhrana neden olduğu savunulmuştur.¹²⁴

Egemenliğin kullanımının çeşitli organlar arasında dağıtılması ve organların arasında fren ve denge mekanizmalarının öngörülmesi, bu Anayasa'nın demokratik rejime en büyük katkılarından birini oluşturmuştur. Yasamanın Anayasa Mahkemesi'nin kurulması ile yargı denetimine tabi kılınması da aynı yönde bir yeniliktir.¹²⁵ Ayrıca yerel yönetimlerin sahip oldukları yetkiler ile TRT ve üniversitelerin özerkliği anayasal güvence altına alınmış ve yasama organı iki meclisli bir yapıya dönüştürülmüştür. Böylelikle keyfi yönetim ve tahakküme yol açabilecek çoğunlukçu yönetim anlayışına karşı önlemler alınmıştır.

Celal Bayar'ın 1961 Anayasası'na getirdiği eleştiriler bağlamında bu Anayasa'nın benimsediği egemenlik anlayışı ortaya koyulabilir. Bayar, 1961 Anayasası'yla ulusal egemenliğin kullanımına Ordu, Yargı ve İlim Müesseseleri gibi yeni ortaklar getirildiğini belirterek egemenlik anlayışını; "Devlet ağacını 'kayıtsız şartsız millet hakimiyeti' ile aşıl原因 ve bunun kullanılmasını belirten Atatürk" düşüncesi şeklinde özetlemiş ve "Türkiye'de demokrasi, 'hakimiyet kayıtsız şartsız milletindir ve millet bunu bizzat kullanır' ilkesinden hareketle mi uygulanacak, yoksa bazı yerlerde örnekleri olduğu gibi muhtar kuruluşlara ve kurullara bağlı olarak mı yürütülecektir?" sorusunu ortaya atmıştır.¹²⁶

Tanör, Bayar'ın bu görüşlerine yönelik 1924 Anayasası'nın da tek parti döneminde aydın hakimiyetine yol açtığını, egemenliğin sahibi ile kullanıcısının karıştırılıp her iki Anayasa'da da milletin egemen kılındığını ve milletin bunu bizzat kullanması öngörülmemiş, temsili demokrasinin benimsendiğini, egemenliğin sahibi olma ile bunu kullanırken sahip olunan yetkilerde kayıtsız olmanın karıştırıldığını zira egemenlik kayıtsız şartsız millete ait olmakla birlikte Meclisin -çoğun-

¹²⁴ Doğan, Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, s. 343.

¹²⁵ Bülent Tanör, İki Anayasa (6. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 15-16.

¹²⁶ Celal Bayar, Başvekilim Adnan Menderes (der. İ. Bozdağ), Baha Matbaası, İstanbul tarihsiz, s. 9-17.

luğunun- egemenlik yetkisini kayıtsız şartsız kullanmasının söz konusu olmadığını belirtmiştir.¹²⁷ Bu görüşlere ek olarak belirtmek gerekir ki özellikle anayasaya uygunluk denetiminin getirilmesi bağlamında “parlamento iradesi = halk iradesi = kamunun iyiliği” formülü, anayasanın üstünlüğü ile anlamını yitirmiş ve özgürlüklerin güvencesi olan anayasaların etkinleştirilmesi için parlamentoların denetlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır.¹²⁸

1961 Anayasası'na göre egemenliğin kullanımında çoğulcu demokrasi anlayışına uygun olarak uzlaşma kültürü gerekirken bu dönemde siyasete egemen olan zihniyet, Meclis'teki çoğunluk iradesinin devlet yetkilerini kimseyle paylaşmadan ve uzlaşmasına gerek olmadan ülkeyi yönetmesi gerektiği yönünde belirlemiştir.¹²⁹ Bu zihniyetle gerçekleştirilen 1971-1973 Anayasa değişiklikleri Anayasa'nın çoğulcu, uzlaştırmacı yönünü törpüleyerek, egemenliğin kullanılmasını etkileyen Anayasa Mahkemesi, üniversiteler, sendikalar, meslek odaları gibi kurumların yetkilerini azaltmıştır. Söz konusu değişiklikler aşağıda açıklanacağı üzere 1982 Anayasası'nın felsefesine de bir anlamda temel oluşturmuştur.

1971-1973 Anayasa değişiklikleri ile çoğulcu yapıların yetkileri, özerklikleri azaltılırken çoğunluğu temsil eden yürütmenin yetkilerinin artırılması dikkat çekicidir. Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi açısından bu tespit kolaylıkla yapılabilir. Her ne kadar kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Meclis'in kanun ile bakanlar kuruluna yetki vermesine bağlı kılınmışsa da açıktır ki bu değişiklik millet egemenliğinin tecellisi olarak Meclisin/kanunun yürütme karşısında güç kaybetmesi anlamına gelmektedir.

Son olarak askeri bir müdahale ertesinde yapılan 1961 Anayasası'nın askeri güçleri nasıl konumlandığına da kısaca değinilmesi uygun olacaktır. 1961 Anayasası askeri yargıyı sivil yargıdan ayırarak, askeri bürokrasiyi “İdare” başlığı yerine “Bakanlar Kurulu” başlığı altında özel olarak düzenleyerek, Genelkurmay Başkanlığının

¹²⁷ Tanör, İki Anayasa, s. 24-26.

¹²⁸ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 646-647.

¹²⁹ Uygun, Demokrasi, s. 281.

Milli Savunma Bakanlığına bağlı kılması gerekirken Başbakanlığa bağlı kılarak ve Bakanlar Kuruluna görüş bildirme yetkisiyle Milli Güvenlik Kurulu'nu kurarak askeri kurumlar - sivil otorite dengesini birincisi lehine bozmuştur.¹³⁰ Demokratik dayanağı olmayan askeri kurumların bu şekilde sivil yönetime etki edecek şekilde güçlenmesi hiç kuşkusuz milli egemenlik ilkesinin de zedelenmesi anlamına gelmektedir. Zira söz konusu yöntemlerle sivil siyasetin alanı mümkün olduğunca daraltılıp seçilmiş iktidarların hareket serbestliği kısıtlanmıştır.¹³¹ Söz konusu anlayış, 1971-1973 Anayasa değişiklikleri ve 1982 Anayasası ile kendisine güçlü bir dayanak bulmuştur.

4. 1982 Anayasası'nda Egemenlik Anlayışı

1982 Anayasası'nda da 1961 Anayasası'ndakine benzer biçimde kuvvetler ayrılığına dayanan parlamenter rejim benimsenmiş, 6. maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu ve bu egemenliğin Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı öngörülmüştür. Bu organların yetkileri söz konusu olduğunda ise 1961 Anayasası'ndan farklı bir formülün benimsendiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi 1961 Anayasası'nda gerçekleştirilen 1971-1973 değişiklikleri ile yürütmenin yasamaya karşı güçlendirilmesi eğiliminin ortaya çıkmıştı. 1982 Anayasası'nda da yürütme, yürütme içinde de cumhurbaşkanı önemli yetkilerle donatılarak bakanlar kuruluna karşı güçlendirilmiştir. Oysa bilindiği üzere kural olarak parlamenter rejimlerde cumhurbaşkanına tek imza ile kullanabileceği yetkiler sembolik olarak verilip karşı imza ilkesiyle diğer yetkilerin gerçekte siyasi iktidara (bakanlar kurulu) ait olması sağlanır¹³² ve yürütme içi denge siyasi sorumluluğu bulunan bakanlar kurulu lehine kurulur. Bu dengenin bozulması, 1982 Anayasası'nın yapımından günümüze siyasal rejimin farklılaşmaya yol açmıştır.

Yürütmeye olağanüstü halde kanunun yetkilendirmesine gerek olmadan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmesi yürütmenin yasamaya karşı güçlendirilmesine örnek olarak verilebi-

¹³⁰ Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 399-400.

¹³¹ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 66-67.

¹³² Kanadoğlu/Duygun, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 293.

lirken cumhurbaşkanını Devlet Denetleme Kurulu üyelerini atamak, Yükseköğretim Kurulu üyelerini ve üniversite rektörlerini seçmek gibi yetkilerle - bu yetkileri tek imza ile mi karşı imza ile mi kullanacağı belli olmadan¹³³ - donatmak cumhurbaşkanının bakanlar kuruluna karşı güçlendirilmesine örnek olarak verilebilir. 1982 Anayasası'nın cumhurbaşkanına tanıdığı yetkiler, onun siyasi sorumluluğu olmaksızın hükümet etmesi için değil; gerçek tarafsızlık teminatına bağlanmış olarak meclis ile hükümeti halkın hakemliği sınavına çıkarmak için tanınmıştır. Rejimin bu şekilde tanımlanması, Türkiye'nin parlamenter geleneğine daha uygun düşecektir.¹³⁴

Cumhurbaşkanının önemli yetkilere sahip olması onun tarafsızlığının ve simgeselliğinin ötesinde ülke siyasetinde aktif bir rol almasına neden olmuştur. Bu siyasi gerçeklik karşısında sistemin yarı başkanlık sistemine veya başkanlık sistemine dönüştürülmesi tartışılmalıdır.¹³⁵ Nitekim cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören 2007 Anayasa Değişikliği ile siyasal rejim bir dönüşüme uğramıştır. Geniş yetkilere sahip cumhurbaşkanına bir de halk tarafından seçilmiş olmanın verdiği güç de dikkate alındığında 1982 Anayasası'nın iktidar paylaşımında oluşturduğu parlamento çoğunluğu ile onu dengeleyecek yapıların arasındaki kurgu bozulmuştur.¹³⁶ Teorik yönden ve uygulamadan yola çıkılarak denilebilir ki cumhurbaşkanının ilk defa halk tarafından seçildiği 28 Ağustos 2014 ile yeni bir sisteme geçilen 9 Temmuz 2018 arasında teorik açıdan "yarı-başkanlık sistemi", sistemin bütün yetkileri Cumhurbaşkanı'nın elinde toplandığı dikkate alınır da "fiili başkanlık sistemi" mevcuttur.¹³⁷ Bu dönemde Cumhurbaşkanı egemenlik yetkilerinin kullanılmasında üstün bir konuma gelmiş, siyasi olarak sorumsuz cumhurbaşkanına hiçbir biçimde müdahale edemeyen Meclis büyük oranda güç kaybet-

¹³³ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 322.

¹³⁴ Kanadoğlu/Duygun, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 312-313.

¹³⁵ Örneğin Özal'a göre Türkiye'deki siyasal rejim yarı başkanlık olmalıydı. Nitekim kendisinin cumhurbaşkanlığı döneminde fiili yarı başkanlık rejimi uygulanmıştır. Tolga Şirin, Anayasa'dan Çıkış (2. Baskı), İmge Kitabevi Yayınları, İstanbul 2023, s. 50.

¹³⁶ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 348.

¹³⁷ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku (4. Baskı), Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2021, s. 799-800.

miştir. Milli egemenliğin tecelligahı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yaşadığı güç kaybı nihayet 2017 Anayasa Değişiklikleri ile doruğa ulaşmıştır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile bakanlar kurulu kaldırılmıştır; yürütme yalnızca cumhurbaşkanından oluşmaktadır. Anayasa'nın 116. maddesine göre Meclisin ve Cumhurbaşkanının kendi görevlerine de son vermek koşuluyla birbirlerinin görevlerine son verebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme rejimi açık bir biçimde klasik başkanlık rejiminden saptırmaktadır. Anayasa'nın 104. maddesi ile cumhurbaşkanına kanunla yetkilendirilmesine gerek olmadan yürütmeye ilişkin konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin verilmesi de dikkate alındığında rejimin başkanlık sisteminin yozlaşmış bir hali olarak hiper başkanlık rejimine dönüşmüştür.¹³⁸

Rejimi Meclis karşısında Cumhurbaşkanı lehine güçlendiren diğer değişiklikler Cumhurbaşkanına Cumhuriyet tarihinde ilk defa güçleştirici veto yetkisi verilmesi ve Cumhurbaşkanı tarafından sunulacak bütçe kanununun Meclisçe kabul edilmemesi ve geçici bütçe kanunu da çıkarılmaması halinde bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirilmesinde uygulanmasıdır ki böylece yine Cumhuriyet tarihinde ilk defa Meclisin harcama yetkisi vermediği bir konuda yürütme kaynak harcayabilir konuma gelmiştir.¹³⁹ Cumhurbaşkanı ve Meclis seçimlerinin aynı gün yapıldığı bu yeni rejimde, seçimlerde geçerli oyların yarısından bir fazlasını alarak seçilecek ve partisinden istifa etmesine de gerek olmayan cumhurbaşkanının, parti liderliğinden aldığı güçle Meclis çoğunluğu üzerinde de etkili olacağını öngörmek zor değildir. Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Kurulu üyelerinin atanmasında da başat rolde olan cumhurbaşkanının yasama ve yargı organları üzerindeki etkisi; egemenliğin, Anayasa'nın 6. maddesi anlamında "yetkili organlar eliyle" değil de yalnızca Cumhurbaşkanı tarafından kullanılması anlamına gelmektedir.¹⁴⁰

¹³⁸ Kanadoğlu/Duygun, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 353.

¹³⁹ Şule Özsoy Boyunsuz, TBMM'nin azalan yetkileri ve eriyen gücü, <https://apostol.com/s/tbmmn-azalan-yetkileri-ve-eriyen-gucu> (Erişim Tarihi: 27.8.2023).

¹⁴⁰ 1924 Anayasası'nın müzakereleri sırasında Cumhurbaşkanının kurucu lider Atatürk olduğunu ve adaylıklarını ona borçlu olduklarını bilen milletvekillerinin buna rağmen cumhurbaşkanı için önerilen meclisi feshetme, seçimleri yenileme, silahlı kuvvetlerin başkomutanlığı, kanunları Meclise geri gönderme yetkilerini,

2017 sonrasını kapsayan 27. Yasama Döneminde Meclis tarafından çıkarılan 3.232 kanun maddesine karşılık cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle öngörülen 2.875 madde, Cumhurbaşkanının elde ettiği “paralel yasa yapma yetkisinin” geldiği noktayı ortaya koymaktadır.¹⁴¹ Cumhurbaşkanı da aşağı yukarı Meclis kadar yasama işlevinin içindedir. Üstelik Meclis’te kanun yapan çoğunluğun da partili Cumhurbaşkanının yönlendirmesiyle hareket ettiği dikkate alınırsa yasa yapmada alternatif bir yetkiden öte tam bir yetkiye sahip olduğu da söylenebilir.

Bu açıdan yürürlükteki Anayasa her ne kadar egemenlik yetkisinin yetkili organlar eliyle anayasa çerçevesinde kullanılacağını öngörmüşse de oluşturduğu siyasal rejimde milletin iradesi, mevcut rejime göre yalnızca cumhurbaşkanının yetkilerinde vücut bulmaktadır. Meclis, yargı veya diğer kurumlar, Cumhurbaşkanının sahip olduğu bu güç karşısında dengeleyici bir rol oynayamamaktadır. Oysa hukukun, yönetimin ve kamu siyasetinin kararlaştırılmasında halkın çoğunluğunun belirleyici olması tezine yaslanan popüler demokrasi anlayışı, anayasal demokrasinin anlamsal içeriği ve kurumsal gereklilikleriyle çatışır.¹⁴² Mevcut denklem “milli irade = geçerli oyların yarısından bir fazlası = cumhurbaşkanının iradesi” şeklinde kurulmaktadır ki bu da egemen milletin çoğulcu unsurlarının egemenliğin kullanımına katılamaması anlamına gelmektedir.

SONUÇ

Yukarıda Osmanlı’dan Cumhuriyet’e günümüze kadar Anayasalarımız bağlamında egemenlik anlayışının izlediği yol aktarılmaya çalışılmıştır. Tanzimat Dönemi’nden itibaren Meşrutiyetle başlayan teokratik egemenliğin demokratik egemenliğe dönüşmesine ilişkin tartışmalar ve dönemin önde gelen aktörü Mustafa Kemal Atatürk’ün

milli egemenliği ve Meclisin egemenliğin kullanılmasındaki konumunu savunarak reddedebilmiş olması dikkate alındığında geçmişten günümüze egemenliğin kullanılmasındaki değişim net bir şekilde görülecektir, bkz. Doğan, Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi, s. 358.

¹⁴¹ “Kaboglu paylaştı: CHP 27’nci dönemde 199 düzenlemeyi AYM’ye taşıdı”: <https://www.gazeteduvar.com.tr/kaboglu-paylasti-chp-27nci-donemde-199-duzenlemeyi-aymye-tasidi-haber-1611427> (Erişim Tarihi: 17.8.2023)

¹⁴² Meltem Dikmen Canıklıoğlu, Anayasal Devlette Meşrutiyet, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 195.

egemenliğin kaynağına ve kullanımına ilişkin görüşleri aktarılmıştır. Teokratik egemenliği benimseyen 1876 Kanun-i Esasi'de 1909'da yapılan değişikliklerle milli egemenliğe doğru bir geçiş başlamıştır. 1921 Anayasası'nda meclis hükümeti sistemi ile egemenliğin tek kullanıcısı olan meclis üstünlüğü öngörülmüştür. Milli egemenliğin ilk kez kurumsallaştığı 1921 Anayasası dönemi, daha sonra yapılan ve milli egemenliği benimseyen Anayasaların anlaşılmasında referans noktası olmalıdır. 1921 Anayasası'nda yapılan değişiklikler ve bu değişiklikleri takip eden 1924 Anayasası, meclisin üstünlüğünden ziyade meclis çoğunluğunun üstünlüğünü gözeten bir uygulamaya yol açmıştır. Çoğunluğun üstünlüğünün yarattığı sorunları gidermeyi amaçlayan 1961 Anayasası, TBMM'yi tek egemenlik kullanıcısı olarak görmeyerek egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanılmasını öngörmüş ve böylece egemenlik yetkilerini paylaşmıştır. Bu Anayasa'da gerçekleştirilen 1971-1973 değişiklikleri ve bunu izleyen 1982 Anayasası ise organlar arası dengeyi yürütme, yürütme organının içinde de Cumhurbaşkanı lehine bozmuştur. Bu anlayış 2007 ve 2017 Anayasa değişiklikleri ile de desteklenmiş ve günümüze gelindiğinde egemenliğin kullanımında başrolde yer alması beklenen meclis nerdeyse devre dışı kalmış, cumhurbaşkanı ise daha da güçlenmiştir. Referans noktamız olan kurucu iradeyle karşılaştığımızda demokratik egemenlik anlayışından ne denli uzaklaştığımız net bir biçimde görülmektedir.

Milli irade deyiminin düpedüz bir sayı üstünlüğü rejimine, daha açık bir deyişle çoğunluğun diktatoryasına götürdüğü görüldüğünden, egemenlik kavramının mutlak ve sınırsız iktidarı ifade eden anlamının reddedilerek, Cumhuriyet Anayasalarındaki "Egemenlik ... milletindir" formülünü yalnızca halktan gelen, halka dayanan iktidarın bir ideale dönük ifadesi olarak anlamak uygun olacaktır.¹⁴³

Kaynakça

Kitaplar

Ağaoğulları Mehmet Ali, Halk ya da Ulus Egemenliğinin Kuramsal Temelleri Üzerine, in. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan (Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi), TBMM Basımevi, Ankara 2022.

¹⁴³ Münci Kapani, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, Ankara 2001, s. 78-80.

- Akın İlhan, *Türk Devrim Tarihi*, Beta Basım Yayım, 3. Bası, İstanbul 1986.
- Anayurt Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Arsel İlhan, *Şeriat Devleti'nden Laik Cumhuriyet'e*, 5. Basım, Kaynak Yayınları, Ankara 2004.
- Arsel İlhan, *Türk Anayasa Hukuku*, Mars Ticaret ve Sanayi A. Ş. Matbaası, Ankara 1959.
- Arslan Abdullah, *Fransız Devrimi ve Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirgesi*.
- Atatürk Mustafa Kemal, *Medeni Bilgiler (Türk Milletinin El Kitabı)*, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul 2010.
- Atatürk Mustafa Kemal, *Nutuk Cilt II*, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1969.
- Atatürk'ün *Söylev ve Demeçleri*, Divan Yayıncılık, 2006.
- Atay Falih Rifki, *Çankaya II. Cilt*, Dünya Yayınları, İstanbul 1960.
- Aulard Alphonse, *Fransa İnkılabının Siyasi Tarihi - Demokrasinin ve Cumhuriyetin Kaynakları ve Gelişmesi*, Birinci Cilt, Çev. Nazım Poroy, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1987 Ankara.
- Aydemir Şevket Süreyya, *Tek Adam*, İkinci Cilt, Remzi Kitabevi, İstanbul 1975.
- Bayar Celal, *Başvekilim Adnan Menderes* (der. İ. Bozdağ), Baha Matbaası, İstanbul tarihsiz.
- Boyar Oya, *Anayasal Yorumu Giriş, On İki Levha* Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Canıklıoğlu Meltem Dikmen, *Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin* Yayımevi, Ankara 2010.
- Çağdaş Sümer, *Düzenini Arayan Osmanlı (Eski Rejimden Meşrutiyet'e Osmanlı'da Siyasal Çatışma ve Rejimler)*, Yordam Kitap, İstanbul 2023.
- Çavdar Tevfik, *Türkiye'nin Demokrasi Tarihi (1839-1950)*, İmge Kitabevi, Ankara 1995.
- Doğan Oğuz Kaan, *Türk Anayasa Hukukunda Cumhuriyetçilik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Erdoğan Teziç'in *Tebliğ*, in: *Milli Egemenlik İlkesinin Kabulü ve Gelişimi*, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No.21, İstanbul 1986.
- Erözden Ozan, *100. Yılında Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Anayasal Mirası 1921-2021*, *Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği Yayınları*, İstanbul 2021.
- Feyzioğlu Turhan, *Türk Milli Mücadelesinin ve Atatürkçülüğün Temel İlkelerinden Biri olarak Millet Egemenliği*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 1988.
- Georgon François, *Sultan Abdülhamit*, Çev. Ali Berktaş, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2016.
- Goethe, *Faust*, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2021.
- Gözler Kemal, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Baskı), Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2021.
- Güner Deniz, *Atatürk'ün Milli Egemenlik Anlayışı*, in: *Milli Egemenlik ve Demokrasi* (Ed. Celalettin Vatandaş, Sezai Öztaş, Miray Özden.), TBMM Basımevi, 2022.
- Hakyemez Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı (Doğuşu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

- Hanioglu M. Şükrü, Atatürk: An Intellectual Biography, Princeton University Press, 2011.
- Heper Metin, Türkiye'de Devlet Geleneği, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2012.
- İnan Afet, Medeni Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazıları, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1998.
- Jean-François Solnon, Osmanlı İmparatorluğu ve Avrupa, Çev. Ali Berktaş, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019.
- Kanadoğlu Osman Korkut, Duygun Ahmet Mert, Anayasa Hukukunun Genel Esasları (2. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Kansu Mazhar Müfit, Erzurum'dan Ölümüne Kadar Atatürk'le Beraber, I. Cilt, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1994.
- Kapani Münci, Politika Bilimine Giriş, Bilgi Yayınevi, Ankara 2001.
- Koçak Mustafa, Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar - Yeni Anlamlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Köseoğlu Nevzat, Hukuka Bağlılık Açısından Eski Türklerde-İslam'da ve Osmanlı'da Devlet, 3. Basım, Ötüken Neşriyat, Ankara 2013.
- Orhan Aldıkaçtı'nın Tebliği, in: Milli Egemenlik Düşüncesinin Gelişimi, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No.23, İzmir 1986.
- Özbudun Ergun, 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara 1992.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku (22. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- Parla Taha, Türkiye'de Anayasalar, Metis Yayınları, İstanbul 2016.
- Renan Ernest, Ulus Nedir?, Pinhan Yayıncılık, Çev. Gökçe Yavaş, İstanbul 2021.
- Rousseau Jean Jacques, Toplum Sözleşmesi, Kitap II, Bölüm III, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2017.
- Sevinç Murat, Demirkent Dinçer, Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- Sezgin Ömür, Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.
- Soysal Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı (7. Baskı), Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987.
- Soysal Mümtaz, Anayasaya Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.
- Soysal Mümtaz, Sağlam Fazıl, Türkiye'de Anayasalar, in: Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi I, İletişim Yayınları, 1983.
- Şahin Engin, Türk Siyasal Tarihinde Anayasa İktidar ve Meşruiyet Sorunu, Adalet Yayınları, Ankara 2015.
- Şirin Tolga, Anayasa'dan Çıkış (2. Baskı), İmge Kitabevi Yayınları, İstanbul 2023.
- Şirin Tolga, Meclis Hükümeti, Meclis Hükümeti Rousseau'dan Marx'a Lenin'den Atatürk'e Bir Ortak Kesen, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Tanör Bülent, Anayasal Gelişme Tezleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2018.

- Tanör Bülent, İki Anayasa (6. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Tanör Bülent, Kurtuluş - Kuruluş, Cumhuriyet Kitapları, İstanbul 2019.
- Tanör Bülent, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2016.
- Tanör Bülent, Türkiye'de Kongre İktidarları (1918 - 1920), 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2022.
- Tanör Bülent, Yerel Kongrelerde Milli Egemenlik Düşüncesi, in: Milli Egemenlik Sempozyumu (Yerel Kongrelerden Milli Egemenliğe).
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Teziç Erdoğan, Milli Egemenlik İlkesinin Kabulü ve Gelişimi, in: Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 100. Yılına Armağan (Meclis ve Milli Egemenlik Yazıları Seçkisi), TBMM Basımevi, Ankara 2022.
- Timur Taner, Türk Devrimi ve Sonrası, 8. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2018.
- Toprak Zafer, Atatürk (Kurucu Felsefenin Evrimi), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2020.
- Tunaya Tarık Zafer, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1969.
- Tunaya Tarık Zafer, Türkiye'de Siyasal Gelişmeler 1876-1938, C.II, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2009.
- Turan Şerafettin, Milli Egemenlik Düşüncesinin Türk Düşün Yaşamına Girmesi ve Yerel Kongrelere Yansımaları, in: 9. Milli Egemenlik Sempozyumu (Yerel Kongrelerden Milli Egemenliğe), TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No. 67, Balıkesir 1994.
- Uygun Oktay, Demokrasi (Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Makaleler

- Akyılmaz Gül, "Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran 1999, C. 7, S. 1-2.
- Can Osman, "1921 Anayasası'nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik Başarısızlık Hikayesi", *Anayasa Yargısı*, 2021 C. 38, S. 1.
- Erdenir F. H. Burak, Mustafa Kemal Atatürk ve J.J. Rousseau'nun Fikirlerinin Karşılaştırılması, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Mart 1998, C. 14, S. 40.
- Eroğlu Haldun, "Osmanlılarda İktidarın Değişim Süreci ve Meşruiyet Sorunu", *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 43, S. 2.
- Eroğlu Hamza, "Milli Egemenlik İlkesi ve Anayasalarımız", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 1984, C. 1, S. 1.
- İnci İbrahim, "Cumhuriyet Düşüncesi ile İlgili Gelişmeler ve Cumhuriyetin İlanına Yönelik Tepkiler", *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2019, C. 17, S. 4.
- İnci İbrahim, "Milli Mücadele Yıllarında İzmir - Balıkesir Ekseninde Oluşan Kongre Siyasal İktidarlarının Milli Egemenliğe Dayalı Demokratik Yapıları", *Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, C. 15, S. 1.

- Köylü Murat, "Mustafa Kemal Atatürk'ün Ulus Devleti, Egemenlik ve Bağımsızlık Anlayışlarına Fransız İhtilali Fikir Akımlarının Etkileri", *Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2019, C. 5, S. 1.
- Özbudun Ergun, "Atatürk ve Demokrasi", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 1989, C. 5, S. 14.
- Özgüç Orhan, "Türkiye'de Rousseau Algısına Eleştirel Bir Bakış: Atatürk Rousseau'dan Etkilenmiş miydi?", *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 2014, S. 17.
- Sezer Abdullah, "Atatürk'ün İmzasını Taşıyan Anayasa Tasarısı: Teşkilat-ı Esasiye Projesi (1923)", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 17, S. 207.
- Tunçay Mete, "Atatürk Konusunda Yanıtlara Yanıt", *Toplum ve Bilim*, 1980, S. 9-10.
- Tunçay Mete, "Atatürk'e Nasıl Bakmak", *Toplum ve Bilim*, 1978, S. 4.
- Türe Fatih, "Türkiye'de Siyasal Egemenlik Kavramının Gelişimi: Osmanlı'dan Cumhuriyete Tarihi Süreç", *Journal of Management and Economics Research*, 2005, C. 3, S. 4.
- Yazıcı Sedat, Yazıcı Fatih, "Tarihsellik ve Kuramsallık Arasında: 1921 ve 1924 Anayasalarında Kuvvetler Birliği/Ayrılığı Tartışması", *Bilgi*, Güz 2011, S. 59.
- Yetim Fahri, "II. Meşrutiyet Döneminde Türkçülüğe Geçişte Kapsayıcı Formül: "Millet-i Hâkime" Düşüncesi ve Etkileri", *DÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Aralık 2008, S. 18.

İnternet Kaynakları

- Akyol Taha, Cumhurbaşkanı ama Nasıl? Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaşkanı-ama-nasil-20725080> (Erişim Tarihi: 18.08.2023).
- Köker Levent, Atatürk'ün Tercihi "Kuvvetler Birliği", Elhak Rousseau'nun da Öyle! O Zaman Atatürk Otomatikman Rousseau'cu mu Oluyor?, bkz. https://birikimdergisi.com/guncel/10480/ataturkun-tercihi-kuvvetler-birligi-elhak-rousseau-nun-da-oyle-o-zaman-ataturk-otomatikman-rousseau-cu-mu-oluyor#_ftnref4. (Erişim Tarihi: 15.08.2023).
- Özsoy Boyunsuz Şule, TBMM'nin azalan yetkileri ve eriyen gücü, <https://aposto.com/s/tbmmnin-azalan-yetkileri-ve-eriyen-gucu> (Erişim Tarihi: 27.8.2023).
- Şahin Battal Niyazi, Kurtuluş ve Kuruluşun Teminatı 1921 Anayasası 100. Yılında, Okan Hukuk Bülteni Kasım 2021, <https://www.okan.edu.tr/hukuk/sayfa/7961/kurtulus-ve-kurulusun-teminati-1921-anayasasi-100-yilinda/> (Erişim Tarihi: 17.8.2023).
- Şirin Tolga, Atatürk Rousseau'cu muydu? https://kisadalga.net/haber/detay/ataturk-rousseau-cu-muydu_49216 (Erişim Tarihi: 15.08.2023).
- Şirin Tolga, Cumhuriyet'i İlan Edenler Saray Rejimi için Ne Demişti? <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/cumhuriyet-i-ilan-edenler-saray-rejimi-icin-ne-demisti,37255> (Erişim Tarihi: 16.08.2023).
- Toprak Zafer, Atatürk ve Rousseau: Levent Köker'e Cevap, <https://birikimdergisi.com/guncel/10526/ataturk-ve-rousseau-levent-koker-e-cevap> (Erişim Tarihi: 15.08.2023).
- "Kaboğlu paylaştı: CHP 27'nci dönemde 199 düzenlemeyi AYM'ye taşıdı": <https://www.gazeteduvar.com.tr/kaboglu-paylasti-chp-27nci-donemde-199-duzenlemeyi-aymye-tasidi-haber-1611427> (Erişim Tarihi: 17.8.2023)

BANKACILIK ZİMMETİ SUÇU THE CRIME OF BANKING EMBEZZLEMENT

Atacan KÖKSAL*

Özet: Ekonomik düzen bakımından, bankaların gerçekleştirdikleri iş ve işlemler ile sahip oldukları malvarlığı değerlerinin önemi tartışmasızdır. Zira bankalar, bir ülkede geçerli olan ekonomik düzenin merkezindeki tüzel kişiliklerdir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde bankaların sahip olduğu malvarlığı değerlerinin korunmasındaki menfaatlerini temin etmek amacıyla bankacılık zimmeti suçu düzenlenmiştir. Bu düzenleme mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesindeki düzenlemeyle örtüşmektedir. Ayrıca bu düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 247. maddesinde düzenlenen kamu görevlileri tarafından işlenen zimmet suçuyla da benzerlikleri bulunmaktadır. Önemine binaen özel bir kanunda düzenlenen bankacılık zimmeti suçu, Edwin Sutherland tarafından literatüre kazandırılan bir beyaz yaka suçudur. Nitekim kriminolojik açıdan bu suçun faillerinin iyi eğitilmiş, bankacılık sektöründeki mesleki faaliyetlerini sürdüren, teknik bilgiye sahip kimseler olduğu görülmektedir. Bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi sonrası, suç delillerinin ortadan kaldırıldığına ve büyük malvarlığı zararlarına neden olduğuna sıklıkla rastlanmaktadır. Bu yönüyle bankacılık zimmeti suçu bir ekonomik suç olarak da değerlendirilmektedir. Bankacılık zimmeti suçuyla ilgili açıklamalar yapılırken, anılan Kanun hükümleriyle ilgili doktrindeki görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Zimmet, Beyaz Yaka Suçluluğu, Ekonomik Suç, Kredi, Zilyetlik

Abstract: In terms of economic order, the importance of the business and transactions carried out by banks and the value of their assets is indisputable. Because banks are legal entities at the center of the economic order in a country. In Article 160 of the Banking Law No. 5411, the crime of banking embezzlement is regulated in order to ensure the interests of banks in the protection of their assets. This regulation is similar to the abrogated regulation in Article 22

* Arş. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, koksala@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1880-5176, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.09.2023, Kabul Tarihi: 13.12.2023

of the Banking Law No. 4389. In addition, this regulation has similarities with the crime of embezzlement committed by public officials regulated in Article 247 of the Turkish Penal Code No. 5237. The crime of banking embezzlement, which is regulated in a special law based on its importance, is a white-collar crime introduced to the literature by Edwin Sutherland. As a matter of fact, from a criminological perspective, it is seen that the perpetrators of this crime are well-educated people who profess their activities in the banking sector and have technical knowledge. It is frequently observed that after the crime of banking embezzlement is committed, the evidence of the crime is eliminated and major damage is caused. In this respect, banking embezzlement is also considered an economic crime. While explaining the crime of banking embezzlement, doctrinal opinions and judicial decisions regarding the provisions of the Banking Law were used.

Keywords: Embezzlement, White-Collar Criminality, Economic Crime, Credit, Possession

GİRİŞ

5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde yer alan 247. maddede zimmet suçu, münhasıran kamu görevlileri tarafından işlenebilecek bir özgü suç olarak düzenlenmiştir. Finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ise zimmet suçu, tıpkı bundan önce yürürlükte olan mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda olduğu gibi özel olarak düzenlenmiştir.¹ Bu itibarla, mül-

¹ "Finans piyasalarına ve finans kurumlarına güvenin sağlanması, kamu düzeni ve güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, bu düzenin ve güvenliğin sağlanmasının önemli bir unsurudur. Bu bağlamda, kanun koyucu, bir güven kurumu olan bankaların güvenilirliğini sağlamak ve bu güvenilirliği devam ettirmek amacıyla, eylemin toplumda ve ekonomik hayatta yaratabileceği etkiler ile işleme oranında ortaya çıkabilecek artışların kamu düzeni ve güvenliğine etkisini de dikkate alarak, ceza siyasetinin bir gereği olarak takdir yetkisi kapsamında banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunu, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemek yerine Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme yaparak daha ağır yaptırıma tâbi tutmuştur...Kanun koyucu, finans piyasalarına ve finans kurumlarına duyulan güvene verebileceği zararı göz önüne alarak, bir özel girişim olan bankacılık sektöründeki zimmet suçunu Bankacılık Kanunu'nda ayrıca düzenlemiştir. Dolayısıyla zimmet suçunu işleyen banka mensuplarının için-

ga 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile birlikte bankacılık alanında ilk kez kamu görevlisi olmayan banka çalışanlarının, bu suçu işleyebilecekleri hükme bağlanmıştır.² 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. madde-

de buldukları hukuksal durum ile diğer kamu görevlilerinin hukuksal durumları farklıdır. Farklı hukuksal durumda bulunanların ayrı kurallara tâbi tutulması ise Anayasa'da güvence altına alınmış olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz." (Anayasa Mahkemesi, E. 2014/103, K. 2014/199, 25.12.2014) Bkz. R.G, S. 29362, T. 21.05.2015. 5237 sayılı TCK'da düzenlenen zimmet suçunun yalnızca kamu görevlileri veya özel kanunlarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kişiler tarafından işlenebileceği, dolayısıyla kamu görevlisi sıfatı bulunmayan ve özel hukuk tüzel kişisi olan banka personelinin zimmet suçundan cezalandırılmasının mümkün olmadığı, bankacılık faaliyetlerinin teknik niteliği ile banka varlık ve paraları üzerinde zimmet fiillerinin yaygın olarak işlenebildiği dikkate alındığında, failerin ancak zimmet dışındaki suçlardan cezalandırılabilirliği fakat bu durumun banka malvarlığı değerlerinin ve bankalara duyulması gereken güvenin tesisi açısından yeterli olmayacağı düşüncesiyle, Bankacılık Kanunu'nda özel olarak bankacılık zimmeti suçunun düzenlendiği ifade edilmiştir. Bkz. Nazmiye Özenbaş, "Türk Hukukunda Bankacılık Zimmeti Suçu, International Conference on Eurasian Economies (1-3 July 2014, Skopje-Macedonia)", Y. 2014, s. 3.

² Devrim Güngör, "5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda Zimmet Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 67, S. 4, Güz 2009, s. 23. TCK'da düzenlenen zimmet suçunun ancak kamu görevlisi sıfatına sahip kişiler tarafından işlenebilmesinin bu suçu, herkes tarafından işlenebilen güveni kötüye kullanma suçundan ayırdığı; zimmet suçunun kısmen farklı bir biçimde Bankacılık Kanunu'nda düzenlenmiş olmasının da bu suçu hem TCK'da düzenlenen zimmet suçundan hem de güveni kötüye kullanma suçundan ayırdığı, dolayısıyla Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunun, TCK'da düzenlenen zimmet ve güveni kötüye kullanma suçlarına göre özel hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Güngör, "Zimmet Suçu", s. 23. Bankacılık zimmeti suçunun özel olarak düzenlenmemiş olması durumunda, söz konusu suça vücut veren fiillerin güveni kötüye kullanma suçu veya dolandırıcılık suçunu oluşturacağı, nitekim yargı kararlarında mülga 4389 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce bu türden fiilleri işleyenlerin güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutuldukları belirtilmiştir. Bkz. Güneş Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 147; Eralp Özgen, "Bankalar Yasasında Yer Alan Adli Suç ve Cezalar", *Bankacılık Dergisi*, S. 39, Y. 2001, s. 43; Süheyl Donay, *Bankacılık Ceza Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 107. "6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Anonim Ortaklığı Kanununun 1 inci maddesinde, Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı adı ile hususi hukuk hükümlerine tabi olmak üzere bir banka kurmak için Vakıflar Umum Müdürlüğüne selahiyet verildiğinin yazılı olmasına; 17'nci maddesinde, banka ve kuracağı ortaklıkların personelinin hususi hukuk hükümlerine tabi olup 3659 sayılı kanunun banka ve ortaklıkları hakkında uygulanmayacağı belirtilmiş bulunmasına ve 18'nci maddesinde de, 1050 - 2490 ve 3460 sayılı yasalar ile bunların ek ve tadillerinin banka ve ortaklıkları hakkında keza uygulanmayacağı'nın açıklanmış olmasını ve mezkur anonim şirketin mal ve paraları aleyhine suç

si, "Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödetirilmesine hükümlenir.

Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödetirilmesine karar verilir.

Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.

Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade

işleyen mensuplarının devlet memurları gibi ceza göreceklere dair bir hükmü de taşımamasına nazaran inancı kötüye kullanmak niteliğinde olan sanığın eyleminin yazılı şekilde zimmet olarak nitelendirilmesi ve bu yolda hüküm tesisi" (Yargıtay 5. CD., E. 1975/320, K. 1975/407, 18.02.1975) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1975-320.htm> (01.09.2023)

edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir” şeklinde düzenlenmiştir. Belirtilmelidir ki, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’ndaki söz konusu düzenlemeye benzer düzenleme, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22. maddesinin 3.³ ve 4.⁴ fıkralarında da yer almaktaydı.

Öğretide 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç, “bankacılık zimmeti” olarak adlandırılmaktayken; 3. fıkrada düzenlenen suç, “zimmet benzeri suç” olarak

³ “Banka yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse altı yıldan on iki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler. Bu fıkrada gösterilen suç, bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile on iki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca, meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re’sen ödettilmesine hükmolunur. Zararın kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde cezaların yarısı, ödeme hükümden önce gerçekleştirilmiş ise üçte bir oranında indirilir.”

⁴ “Fon alacaklarından; temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran yönetici olsun veya olmasın gerçek kişi ortakların 15/a maddesinde sayılan fiiller sonucu bankanın kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmakla bankayı her ne suretle olursa olsun zarara uğratarak kendilerinin veya başkalarının malvarlığının artışına neden olmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar ağır hapis ve yirmi milyar liradan seksen milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. Ayrıca, meydana gelen zararın Hazine alacağı olarak müteselsilen ödenmesine karar verilir.”

adlandırılmaktadır.⁵ Bankacılık zimmeti suçu ile zimmet benzeri suç aynı maddede düzenlenen farklı suç tipleri olduğundan, çalışma yalnızca bankacılık zimmeti suçunu konu almıştır.

I. HUKUKİ KONU

Suçun hukuki konusu, suçla ihlal edilen ve ceza normunda yer alan cezayla korunan hukuki varlık veya menfaattir.⁶ 5237 sayılı TCK'da kanun koyucu suçları tasnif ederken pasif süje ölçütünün ardından hukuki konuyu esas almıştır.⁷ Hukuki konu ölçütü, bir normun anlam ve kapsamının doğru bir şekilde tespiti ile yorumunda önem arz eder.⁸

Bankacılık zimmeti suçu bakımından suçun hukuki konusunun ne olduğu hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesindeki, "Bu Kanunun amacı, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sistemi-

⁵ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 150; Selami Turabi, *Zimmet Suçları*, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 172. Bankacılık Kanunu m. 160/3'te düzenlenen suçun, "...zimmet olarak kabul edilir" şeklinde formüle edilmiş olmasının, söz konusu suçun teknik anlamda bankacılık zimmeti suçu olmadığına bir göstergesi olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 150.

⁶ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale*, Seconda Edizione, Padova 1988, s. 204-205; Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Undicesima Edizione, Milano 1989, s. 154; Giuseppe Bettiol/Luciano Pettoello Mantovani, *Diritto Penale Parte Generale*, Dodicesima Edizione, Padova 1986, s. 227; Fabrizio Ramacci, *Corso di Diritto Penale*, Quarta Edizione, Torino 2007, s. 26; Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, 1. Cilt, 9. Baskı, Ankara 1971, s. 253-254; Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, 1. Baskı, Ankara 1970, s. 87 vd.; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Ankara 2021, s. 110; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, 1. Cilt, 8. Baskı, İstanbul 1983, s. 379; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 199.

⁷ Zeki Hafızoğulları/Devrim Güngör, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, Y. 2007, s. 30-32; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 10 vd.

⁸ Antolisei, s. 156-157; Toroslu, s. 82; Hafızoğulları/Özen, *Kişilere Karşı*, s. 3. Benzer yönde görüş için bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, İstanbul 2017, s. 233. Hukuki konunun, pasif süje ve buna bağlı olarak şikâyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi ile mağdurun rızası gibi konularda önemli yansımaları olduğu belirtilmiştir. Bkz. Mantovani, s. 233.

nin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir” hükmünden hareketle, bu suçla birlikte finansal piyasalara duyulan güvenin ve ekonomik düzenin korunduğu bazı yazarlarca ifade edilmiştir.⁹

Bir diğer görüş, bankacılık zimmeti suçunun hukuki konusunun mülkiyet hakkı olduğu yönündedir.¹⁰

Üstün tutulması gereken diğer görüş ise bu suçun hukuki konusunun, bankanın malvarlığına ilişkin menfaati olduğu yönündedir.¹¹ Suçun hukuki konusunun doğrudan doğruya suçun pasif süjesine ait hukuki varlık veya menfaat olduğu dikkate alındığında,¹² Bankacılık Kanunu’nun amaç hükmünden yola çıkılarak, ekonomik düzenin bu suçta hukuki konu olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Her ne kadar, bankacılık zimmetine vücut veren fiillerin cezalandırılmasıyla birlikte dolaylı olarak genel menfaat niteliğindeki ekonomik düzenin korunduğu ifade edilebilse de¹³ bu suçla birlikte özel olarak bankanın malvarlığına ilişkin menfaatlerin korunduğu ve söz konusu özel menfaatin de suçun hukuki konusu olduğunun kabulü daha isabetlidir. Ayrıca, doktrinde belirtildiği üzere, Bankacılık Kanunu’nun 160. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, “bankanın uğradığı zarardan” söz edil-

⁹ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011, s. 791; Ahmet Gökçen, “Bankalar Kanunu’nda Düzenlenen Zimmet Suçu (4389 s.lı K. m. 22/3-4)”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Ekim 2005, s. 2668; Davut Gürses, Bankacılık Kanunu’na Göre Zimmet Suçu, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 37; Rezzan İtişgen, “Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, Y. 2013, s. 656; Turabi, s. 179.

¹⁰ Adem Sözüer, “Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 5, Y. 2005, s. 175; Uğur Yiğit, Bankacılık Suçları, 1. Baskı, İstanbul 2006, s. 433.

¹¹ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 152; Özenbaş, s. 4. Bu suçla bankalara duyulan güvenin, banka itibarının ve mali menfaatlerinin yanı sıra ülkenin ekonomik düzeninin de korunduğu yönündeki görüş için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 1250.

¹² Toroslu, s. 96.

¹³ Ceza hukuku yönünden ekonomik suçların toplumun korunan hukuki menfaatlerine zarar veren veya bunları tehlikeye koyan ve bu nedenle yasaklanan fiiller olduğu, bankacılık suçlarının da bunlar içinde sayılabileceği yönündeki görüş için bkz. Sulhi Dönmezer, “Ekonomik Suçlar”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 7, Y. 1985, s. 25-27.

mesi; ceza muhakemesine ilişkin olarak Kanun'un 162/2. maddesinde "ilgili" olarak ifade edilen bankaların şikâyet hakkının¹⁴ bulunması bu görüşü desteklemektedir.¹⁵

II. MAĞDUR

Suçun mağduru, ceza normu tarafından korunan ve suç fiili tarafından zarar gören veya tehlikeye düşen hukuki varlığın veya menfaatin hamilidir.¹⁶ Suçun mağdurunun belirlenmesi bakımından ceza normunun yorumu sonrasında hukuki konunun doğru biçimde saptanması önemlidir.¹⁷

Konuyla ilgili bir görüş, bu suçta mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu ve ayrıca zimmete geçirilen malın sahibinin belli olması durumunda bu kimsenin toplumu oluşturan kişilerden birisi olması dolayısıyla mağdur sayılması gerektiği yönündedir.¹⁸ Tüzel kişilerin suçta mağdur olamayacakları ve ancak suçtan zarar gören olabilecekleri görüşünden hareketle bankanın suçtan zarar gören olabileceği ifade edilmiştir.¹⁹

¹⁴ Şikâyette bulunma hakkının TCK'nın 73/4. ve 73/7. maddesinde "suçtan zarar gören" olarak ifade edilen kişiye ait olduğu, suçtan zarar kişi kavramının ihtiyaca göre yorumlanmasının gerektiği, nitekim suçtan zarar gören kavramına verilen anlama göre şikâyet hakkı, kovuşturma davası ve kamu davasına katılma gibi kurumların da uygulama alanının belirleneceği, suçtan zarar gören kavramının çoğu kez suçun mağduruna karşılık geldiği ancak bazı durumlarda bu kavramın mağdurdan daha geniş bir anlama sahip olabileceği, belirli bir suçtan, mağdurun dışında başka kimselerin de hukuken korunan varlıkları ve menfaatlerinin zarara uğramış olabileceği ve bu zararların tazminini isteme haklarının doğabileceği, bu itibarla da şikâyet hakkına sahip olan suçtan zarar göreni, suçun mağduru ve aynı zamanda suçun işlenmesiyle hukuken korunan bir menfaati zarara uğrayan veya tehlikede bırakılan kişi olarak kabul etmenin gerekeceği belirtilmiştir. Bkz. Devrim Güngör, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 43-44.

¹⁵ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 151; Özenbaş, s. 4.

¹⁶ Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, Diritto Penale Parte Generale, Seconda Edizione, Bologna 1989, s. 134; Mantovani, s. 231; Antolisei, s. 163; Toroslu, s. 56; Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 208; Tuğrul Katoğlu, "Ceza Hukukunda Suçun Mağdurunun Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 661.

¹⁷ Katoğlu, s. 661.

¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 795.

¹⁹ Sözüer, s. 176; İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 89. Bu düşünceden hareketle mağdurun, bankada mevduat hesabı bulunan gerçek kişiler olduğu yönünde bkz. Turabi, s. 194.

Bir diğer görüş, özel bir bankanın mülkiyetindeki malvarlığı değerinin zimmete geçirilmesi halinde bankanın ortaklarının mağdur sıfatı kazanacağı; bankanın mülkiyetinde olmamakla birlikte bu konuda meydana gelebilecek zararları tazmin yükümlülüğü söz konusu ise mağdurun yine banka ortakları olacağı yönündedir.²⁰

Bankacılık zimmeti suçunun hukuki konusuyla ilgili yapılan açıklamalar dikkate alındığında, bu suçta mağdurun banka tüzel kişiliği olduğu değerlendirilmektedir.²¹ Zira tüzel kişinin kendisini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız bir varlık olarak kendisine özgü varlık ve menfaatlere sahip olduğu dikkate alındığında,²² tüzel kişi olan bankanın da suçun mağduru olacağı kabul edilmelidir.

III. MADDİ KONU

Suçun maddi konusu, tipik fiilin üzerinde işlendiği kişi veya şeydir²³ ve suçun maddeten etkilerini üzerinde gösterdiği varlıktır.²⁴ Suç

²⁰ İtişgen, s. 659-660.

²¹ Aynı yönde görüşler için bkz. Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 152, dn. 8; Özenbaş, s. 4; Gürses, s. 31. Bir anonim şirket olan ve ortaklarından ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan bankanın bu suçta mağdur olduğu, nitekim Bankacılık Kanunu'nun 160/3. maddesinde düzenlenen suçun failinin, bankanın ortağı olan gerçek kişilerin olması da bunu desteklediği, zira bir suçta failin ve mağdurun aynı kişi olmasının düşünülemeyeceği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. Güngör, "Zimmet Suçu", s. 23. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde banka, "Mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını" şeklinde belirlenmiştir. Öğretide ise, müşterilerin tasarruf mevduatı olarak biriktirdikleri paraları toplayan (pasif bankacılık işlemleri), bunları faiz karşılığında diğer müşterilerine kredi ve ödünç para veren, Bankalar Kanunu'na tabi ticari ve iktisadi bir kuruluş olarak tanımlanmıştır. Bkz. Hakan Karakehya, "İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S. 1, Y. 2008, s. 65. Bir başka tanım da "halkın ve işletmelerin tasarruflarını mevduat olarak toplayan, bu şekilde oluşturduğu sermaye birikimlerini başkalarına ödünç vererek, kredi ve benzeri finansal hizmetleri yürütmeye yetkili kılınmış kurumdur" şeklindedir. Bkz. Gökçen, s. 2667.

²² Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 116; Katoğlu, s. 672. Yazar örnek olarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 74. maddesinde, banka itibarına zarar verecek fiillerin yasaklandığını, aynı Kanun'un 158. maddesi ile bu yasağa aykırı davranışın cezalandırıldığını, banka tüzel kişiliğinin itibarına zarar verecek fiillerin mağdurunun da banka tüzel kişiliği olduğunu, aksi görüşün kabulü halinde tüm banka çalışanlarının itibarlarının zedelendiği ve bu gerçek kişilerin suçun mağduru oldukları gibi garip bir sonuca ulaşılabileceğini haklı olarak ifade etmiştir. Bkz. Katoğlu, s. 672-673.

²³ Francesco Gianniti, *L'Oggetto Materiale del Reato*, Milano 1966, s. 23; Mantovani, s. 166; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 111; Katoğlu, s. 659.

²⁴ Fiandaca/Musco, s. 134; Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 209.

teşkil eden fiile ilişkin hak ve yarardan zarar gören ile bu hak veya yararın sahibinin aynı kişiler olması durumunda suçun mağduru ile maddi konusu birleşebilir.²⁵ Ancak bu durum haricinde suçun mağduru ile maddi konusu birbirine karıştırılmamalıdır.²⁶

Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde, bankacılık zimmeti suçunun maddi konusu, para veya para yerine geçen evrak veya senetler veya diğer mallar şeklinde sayılmıştır.²⁷ Para, kağıt veya madeni, milli veya yabancı parayı ifade eder.²⁸ Ayrıca milli paraların yanında yabancı devlet paraları da buna dahildir. Ağırlıklı olarak, suçun maddi konusu olan paranın yasal olarak tedavül etmesi gerektiği de belirtilmiştir.²⁹ Para yerine geçen evrak veya senetlerin de bu suçun maddi konusunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. TCK'nın 198. maddesinde paraya eşit sayılan değerler, "Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları, para hükmündedir" şeklinde ifade edilmiştir. Madde metninde son olarak, "diğer mallar" olarak ifade edilen mallar ise, para ve para yerine geçen evrak veya senetlerden olmayan ancak banka için ekonomik değer arz eden her türlü malı

²⁵ Antolisei, s. 164; Erem, s. 250.

²⁶ Mantovani, s. 232; Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 209; Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 117; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul 1992, s. 170; Kayıhan İçel/Izzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler Suçun Yapısal Unsurları Suçun Özel Oluşum Biçimleri 2. Kitap, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 96; Alberto Cadoppi/Paolo Veneziani, Elementi di Diritto Penale Parte Generale, Settima Edizione, Milano 2018, s. 239.

²⁷ Öğretide aynı anlama ve kapsama sahip olmak üzere, sadece "mal" kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı, zira maddede sayılan para, para yerine geçen evrak veya senetlerin mal kavramına dahil olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 11. Baskı, Ankara 2021, s. 291; Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 152. Para, para yerine geçen evrak veya senedin teknik anlamda mal olmadığı ancak mal hükmünde olduğu görüşü için bkz. Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 7.

²⁸ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 144; Özenbaş, s. 5.

²⁹ Özgen, s. 44; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 796; Özenbaş, s. 5. Aksi yönde görüş için bkz. Gürses, s. 43. Para tedavülden kaldırılrsa bile değiştirme süresinin geçmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Gökçen, s. 2669.

ifade eder.³⁰ Bu bakımdan banka faaliyeti ile ilgili, ekonomik bir değer ifade eden ve banka personeline görevi nedeniyle zilyetliği devredilen ve yine banka personelinin görevi nedeniyle koruması ve gözetmesi gereken her türlü mal bu kapsamdadır.³¹

Malvarlığına ilişkin bir değeri bulunmayan veya söz konusu değeri kaybeden ancak failin ya da bir başkasının davranışlarıyla sonradan değer kazanabilecek mallar bankacılık zimmetinin değil, koşulları varsa dolandırıcılık, belgede sahtecilik gibi başka suçların maddi konusunu oluşturabilir.³² Zira bu gibi hallerde mal, zimmete geçirmeden bağımsız bir fiille değer kazandığından ve söz konusu malın bu fiilden önce değeri bulunmadığından zimmete geçirmenin maddi konusunu oluşturmayacağı değerlendirilmektedir.³³

Suçun maddi konusu, bankaya ya da kişilere ait olabilir.³⁴ Ayrıca, bankacılık zimmeti suçu hem taşınır hem de taşınmazlar üzerinde işlenebilir.³⁵

³⁰ Özgen, s. 44.

³¹ Gürses, s. 44.

³² Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 153.

³³ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 75.

³⁴ Güngör, "Zimmet Suçu", s. 23; Gürses, s. 42; Özenbaş, s. 5. Bu noktada mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22/3. maddesinde, bankacılık zimmeti suçunun oluşmasında, maddi konunun "bankaya ait para veya sair varlıklar" olması aranmışken; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu kısım kaldırıldığı ve bu nedenle maddi konunun mülkiyetinin kime ait olduğu hususunda bir sınırlamanın bulunmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 152; İtişgen, s. 660-661; Turabi, s. 171. 5411 sayılı Kanun'un öncesinde para veya diğer varlıkların mutlaka bankaya ait olması gerektiği, üçüncü kişilere ait olan mallar üzerinde bankacılık zimmeti suçunun değil; hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suiistimal gibi suçların oluşabileceği savunulmuştur. Bkz. Özgen, s. 44. Bu dönemde verilmiş bazı Yargıtay kararları da mevcuttur: "Sanığın, mağdurların hulus ve saffetinden yararlanarak, imzalarını da almak suretiyle bordrodaki miktarlardan noksan ödeme yapması, zimmet değil, zincirleme dolandırıcılık suçunu oluşturur. Sanık hile ve hudaı Dairesine karşı değil, adı geçen mağdurlara karşı yapmıştır" (Yargıtay CGK., 5/27-82, 07.03.1988) Bkz. Güngör, "Zimmet Suçu", s. 24, dn. 5. Yazar, Yargıtay kararına konu olayda bankacılık zimmeti suçunun oluşmama nedenini, malın üçüncü kişilere ait olmasıyla değil; suçun bankaya yerine olaydaki kişilerin zararına işlenmiş olmasıyla açıklamaktadır. Bkz. Güngör, "Zimmet Suçu", s. 24, dn. 5. Mülga 765 sayılı TCK'nın 202. maddesinde düzenlenen zimmet suçu bakımından malın kamu idaresine ait olması gerektiği, kamu idaresine ait olmayan mal üzerinde ancak kötüye kullanma suçu işlenebileceği görüşü için bkz. Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 1992, s. 13.

³⁵ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 153; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 798; Gökçen, s. 2677; Yiğit, s. 437; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1254. Bankaya ait bir taşınmazın belli bir kişiye satış yoluyla devri konusunda yetki verilen banka çalışanının, bu yetkiyle taşınmazı o kişi yerine bir yakınına devretmesi halinde suçun taşınmazlar üzerinde işlenmiş olacağına ilişkin örnek için bkz. Güngör, "Zimmet Suçu", s. 24, dn. 7.

İnsan emeği, bankacılık zimmeti suçunun maddi konusunu oluşturamaz.³⁶ Zira hizmet, mal kavramına dahil olmadığı için, zilyetlik tesisine de elverişli değildir.³⁷

Aksi yöndeki görüşlere rağmen,³⁸ malvarlığı ilişkilerinin konusunu oluşturan marka, patent, buluş gibi değerler üzerinde bankacılık zimmetinin işlenebileceği kabul edilmelidir.³⁹ Zira malvarlığı ilişkilerinin konusunu oluşturan söz konusu değerler, zimmet suçunun konusuna da vücut verebilir.⁴⁰

IV. FAİL

Bankacılık Kanunu'nun 160/1. maddesinde suçun faili, "banka yönetim kurulu başkanı⁴¹ ve üyeleri⁴² ile diğer mensupları" olarak sa-

³⁶ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 153.

³⁷ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 75; Erman/Özek, s. 24.

³⁸ Yiğit, s. 437.

³⁹ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 153.

⁴⁰ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 77.

⁴¹ Anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanının, yönetim kurulu üyeleri arasından seçildiği göz önünde bulundurulduğunda, yönetim kurulu başkanının da bir yönetim kurulu üyesi olduğu ve dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri için açıklanan hususların yönetim kurulu başkanı için de geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gürses, s. 24.

⁴² Öğretide, banka yönetim kurulu üyelerinin, bankanın genel yönetiminde sorumlu oldukları, gündelik bankacılık işlemleri yapmadıkları, dolayısıyla da yönetim kurulu üyelerinin zimmet suçunu kendilerine görevleri gereği fiilen zilyetliği banka malvarlığı üzerinde işlemelerinin pek olası olmadığı; ancak, yönetim kurulu tarafından onaylanan krediler bakımından zimmetin söz konusu olabileceği, her somut olay bakımından değerlendirmenin yapılması gerektiği, yönetim kurulunun yetkisine giren kredilerde kurul halinde karar verileceğinden birden fazla yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun söz konusu olabileceği, zimmete konu işleme ilişkin karar bakımından oylamaya katılmayan veya kararda karşı oy kullanan üyenin sorumluluğunun bulunmayacağı, bunun yanında yönetim kurulu kararı ile bazı bankacılık işlemlerinin sorumluluğu kendisine bırakılan üyenin, bu malvarlığı üzerinde işlediği zimmet suçu bakımından tek başına sorumluluğunun doğacağı ifade edilmiştir. Bkz. Gürses, s. 22-23. Murahhas üyenin, banka adına gerçekleştirdiği işlemlerden sorumlu tutulacağı, diğer yönetim kurulu üyelerinin kendi eylem ve kararlarıyla sorumluluklarını gerektirecek şekilde murahhas üyenin kararlarına katılma kastının bulunup bulunmadığının araştırılması, yani diğer üyelerin de cürmü ortaklık iradesinin ve suça katılma kastının bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerektiği, eğer bu türden bir katılım yoksa murahhas üyenin gerçekleştirdiği suç teşkil eden eylemlerinin sorumluluğunun yalnızca ona ait olacağı belirtilmiştir. Bkz. Uğur Alacakaptan,

yılmıştır.⁴³ Maddede ifade edilen “diğer mensuplar” kavramı,⁴⁴ ban-

“Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, 1. Baskı, İstanbul 2004, s. 39. Farklı bir görüş olarak, bir yönetim kurulu üyesinin bankanın değerlerinin zilyetliğini aldığı söylemenin mümkün olmadığı, bu nedenle söz konusu suçun faili olamayacağı, maddede her ne kadar fail olarak banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri gösterilmişse de, bu sayılanların suçun ön şartına uyan kimseler olmamaları durumunda fail de olamayacakları ifade edilmiştir. Bkz. Donay, s. 108.

⁴³ Kanunda yer alan söz konusu saymanın yanlış olduğu, bir kişiyi sıfatı ve görevi ne olursa olsun suç işleme kastı olmadan, suç faili olarak nitelendirmenin hem Anayasa hem de ceza hukuku ilkelerine aykırı olduğu, bir kimsenin sırf bu sıfatları taşıması nedeniyle her zaman suç faili olarak nitelendirilemeyeceği ve suç işleme kastının bulunmasının gerektiği, örneğin bir yönetim kurulu üyesinin alınan karara muhalefet şerhi koyabileceği hatta muhalefet şerhi koymamasına rağmen kendisine sunulan bilgi ve belgelere güvenerek verilen karara iştirak etmiş olabileceği ya da yönetim kurulu üyesinin belirli bir konuya ilişkin takdir yetkisini yanlış kullanmış olabileceği, kastın bulunmadığı söz konusu durumlarda anılan yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulamayacağı, yönetim kurulu üyelerinin bir kredinin geri ödenmeyeceğini baştan bilmelerinin mümkün olamayacağı, bankacılık alanında uzman olmayan üyelerin bu kredinin geri ödenmeyeceğini tahmin ve takdir etmelerinin kendilerinden beklenemeyeceği gerekçeleriyle onlara bu konuda kusur yüklenemeyeceği savunulmuştur. Bkz. Donay, s. 112-113.

⁴⁴ “Başvuru kararında; kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin kamu düzeni ve güvenliği ile ilgili olması nedeniyle Türk Ceza Kanunu’nun 247. maddesi ile korunan hukuksal değer “kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi” olduğu, finans kuruluşlarının ekonomik nitelikli olması nedeniyle Bankacılık Kanunu ile korunan hukuksal değer “finansal piyasalara ve finansal kurumlara güven”in olduğu, hukuksal değerler hiyerarşisi bakımından kamu düzeni ve güvenliğinin, finansal kuruluşların güvenilirliğinden önce geldiği, bu nedenle, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda yer alan zimmet suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan nitelikli zimmet suçundan daha ağır bir yaptırım öngörüyor olmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, 5411 sayılı Yasa’da yer alan zimmet suçu için daha ağır bir yaptırım öngörülmesinin, finans sektöründen kaynaklı üst üste yaşanan ekonomik krizler sonrası kamuoyunun duyarlılığına cevap vermek olduğu, bu düzenleme ile amaçlanan “banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri”nin eylem ve işlemlerinin toplumsal etkileri ve kamu düzeni üzerindeki sonuçları gözetilerek özel bir hükümlerle daha ağır bir yaptırıma tâbi tutulmalarının sağlanması olduğu, itiraz konusu ibarenin sıradan bir banka çalışanını genel müdürler düzeyinde sorumlu kılması nedeniyle negatif bir hak ihlali olarak Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür... İtiraz konusu ibarenin yer aldığı 5411 sayılı Yasa’nın 160. maddesinde yasakoyucu, banka zimmeti suçunun faillerini belirlemiştir. Maddede fail olarak, yerine getirilen görevin önemi dolaısıyla yönetim kurulu başkan ve üyeleri yanında bankada çalışan diğer banka mensupları da fail kapsamına alınmıştır. Belirlenen kişilerin fail olabilmesi için bu kişilerin, banka zimmeti suçunun konusu olan para veya para yerine geçen diğer malların zilyetliğinin kendisine devredilmiş olması veya bu malları koruma ve

kada çalışan herkesi kapsayıcı niteliktedir.⁴⁵ Bankacılık zimmeti suçu, yalnızca maddede sayılan kimselerce gerçekleştirebilecek bir suç olduğundan, özgü bir suçtur. Bu itibarla failin sıfatı, bankacılık zimmeti suçunu güveni kötüye kullanma suçundan ayrılmasında bir ölçüttür.⁴⁶ Burada önemli olan husus, failin suçun maddi konusunu oluşturan malın zilyetliğine görev nedeniyle sahip olmasıdır.⁴⁷

Gerçekte banka mensubu olmadığı halde, usulsüz bir biçimde banka mensubu gibi davranan kişinin bankacılık zimmetinden değil; somut olayın koşullarına göre dolandırıcılık veya başka bir suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkündür.⁴⁸

-
- gözetim yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Yönetim kurulu başkan ve üyeleri dışında kalan diğer banka mensuplarının işleyeceği zimmet suçunun da finansal piyasalar ve finansal kurumlara duyulan güvene verebileceği zarar göz önüne alındığında, aynı yükümlülükler tabii olan banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer banka mensupları arasında ayırım yapılmaksızın aynı yaptırma tabii tutulmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.” (Anayasa Mahkemesi, E. 2010/116, K. 2011/118, 07.07.2011) Bkz. R.G, S. 28091, T. 21.10.2011.
- ⁴⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 792; Gökçen, s. 2669; Donay, s. 110. Bununla birlikte 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 23/1. maddesinde, özel güvenlik görevlilerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı hükme bağlandığından, bu kimselerin bankacılık zimmeti suçunun faili olamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 153. Bankacılık zimmeti suçunun Bankacılık Kanunu’nda yer alması ve bankacılık faaliyeti ile ilgili olması nedeniyle güvenlik görevlileri tarafından işlenemeyecek nitelikte olduğu da savunulmuştur. Bkz. Özenbaş, s. 4. Banka güvenlik görevlisinin, Bankacılık Kanunu’nda düzenlenmiş olan suçlar bakımından, bu kanun daha sonra yürürlüğe girdiğinden, banka mensubu olarak Bankacılık Kanunu’na göre cezalandırılacağı görüşü için bkz. Gürses, s. 26. Yazar, banka ile güvenlik görevlisi, temizlikçi vb. çalışanların doğrudan bir sözleşme ilişkisi halinde bulunmaları durumunda diğer mensuplar kavramı içinde kalacaklarını; buna karşın bankanın dışarıdan hizmet satın almak suretiyle alt işveren olduğu durumlarda ise diğer mensuplar içinde yer almayacaklarını ifade etmektedir. Bkz. Gürses, s. 25-26.
- ⁴⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 794; Gökçen, s. 2670; Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 153.
- ⁴⁷ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 154. “Zimmet suçunun oluşumu ve niteliğinin belirlenmesi bakımından suç tarihleri itibarıyla sanık banka görevlisinin imzaya, tahsilat, tediye ve mahsuba ilişkin fişleri kesmeye, para tahsil ve tediyesine, tevdiat hesabı açıp kapamaya, hesaplar arasında virman yapmaya yetkisi olup olmadığı araştırılmalıdır. Paranın görevin normal fonksiyonu olarak verilip verilmediği ve muhafaza ve denetim sorumluluğu bulunup bulunmadığı da tespit edilmelidir.” (Yargıtay 5. CD., E. 2003/512, K. 2003/4045, 25.06.2003) Bkz. Yiğit, s. 439, dn. 25.
- ⁴⁸ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 154.

Bankacılık zimmetiyle ilgili tartışılan bir husus, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile getirilen zimmete ilişkin özel düzenleme sonrasında kamu bankalarının personelinin bankacılık zimmeti suçundan mı yoksa TCK'da düzenlenen zimmet suçundan mı sorumlu tutulacakları olmuştur. Öğretide söz konusu sorunun, genel kanun-özel kanun ve sonraki kanun-önceki kanun ilişkisine göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu açıdan 399 sayılı KHK'nın 11. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca, teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli, teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerden doğan suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılacak ve haklarında TCK'nın ilgili hükümleri uygulanacaktır. Kamu bankaları da birer kamu iktisadi teşebbüsü (KİT) olduklarından, bunların personeli, kamu görevlisi olmamasına rağmen,⁴⁹ 399 sayılı KHK'nın 11.

⁴⁹ Birçok suç bakımından failin veya mağdurun memur veya kamu görevlisi bulunmasının ağırlatıcı bir neden sayılmasının esasını, memur veya kamu görevlilerinin suiistimallerine, keyfi ve yetki dışı hareketlerine karşı bireyleri korumak ile memurları halkın tecavüzlerine karşı daha hususi bir şekilde korumak amacı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Sahir Erman, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. 2, S. 1-2, Y. 1947, s. 236. TCK m. 6/1'de yer alan, "Ceza kanunlarının uygulanmasında" ifadesi ile biri ceza hukukunda diğeri idare hukukunda geçerli olmak üzere birbirinden farklı iki kamu görevlisi anlayışının bulunduğu, tüm ceza hukuku bakımından geçerli olan bir kamu görevlisi anlayışının bulunabileceğinin ifade edildiği, kamu görevlisinin tanımının, 765 sayılı TCK'nın aksine, genel kısımda yer verilmiş olmasının bu görüşü desteklediği belirtilmiştir. Bununla birlikte, idare hukuku ile ceza hukuku bakımından ortak bir kamu görevlisi anlayışının geliştirilmesinin mümkün olmadığı, her şeyden önce bu iki hukuk dalının amaçlarının farklı olduğu, idare hukukunda kamu görevlisinin belirlenmesinde istihdamın belirleyici unsur olduğu; buna karşın ceza hukukunda kamu görevlisi kategorisinin belirlenmesindeki amacın bir yandan etkin bir cezai korumanın sağlanması, diğer yandan daha ağır bir cezai sorumluluk yüklenen bu kategoriye kimlerinin dahil olduğunun belirlenmesi olduğu belirtilmiştir. Bkz. Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 10-11; Güneş Okuyucu Ergün, "Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi", *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, C. 3, B. 1, İstanbul 2010, s. 534. TCK m. 6/1-c'de yer alan "kamusal faaliyet" kavramı, kişilerin daha ağır biçimde cezalandırılmalarına yol açabilecek sonuçlar yaratmaması açısından ve istisnai ve kısıtlayıcı hükümlerin dar yorumlanması ilkesinden yola çıkılarak, mülga 765 sayılı TCK döneminde uygulama ve öğreti tarafından geliştirilen "kamu görevi" şeklinde anlaşarak dar

maddesinin (b) bendi uyarınca, TCK'daki zimmet suçundan sorumlu tutulacaklardır. Nitekim 399 sayılı KHK hükümleri TCK'ya göre özel niteliktedir. Ancak, Bankalar Kanunu hükümleri de 399 sayılı KHK'ya nazaran daha özel nitelikte olduğundan, Bankalar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra kamu bankaları mensuplarının zimmete geçirme fiillerinin, Bankalar Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.⁵⁰

yorumlanmalı ve kamu görevi niteliğinde olmayan kamu hizmeti kavramı içerisine dahil edilmemelidir.

50 Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 154-155. Öğretide, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, kamu bankası çalışanlarının işledikleri zimmet fiillerinden ötürü Bankalar Kanunu'nun uygulama alanı bulması gerektiği; ancak 4389 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 23.07.1999 tarihinden önce gerçekleştirilen zimmet fiilleri bakımından yönetim, denetim ve tasfiye kurulu üyelerinin güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu olmaları gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Özgen, s. 43; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 794; Gökçen, s. 2671. Bu noktada, 15.11.2000 tarih ve 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un 1. maddesindeki, "Bu Kanunun amacı, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketinin (bankalar) çağdaş bankacılığın ve uluslararası rekabetin gereklerine göre çalışmalarını ve özelleştirmeye hazırlanmalarını sağlayacak şekilde yeniden yapılandırılmaları ile hisse satışlarına ilişkin düzenlemelerin ve hisselerin tamamına kadarının özel hukuk hükümlerine tabî gerçek ve tüzel kişilere satışının gerçekleştirilmesidir. 2. Bankalar, anonim şirket statüsündedirler. Bu Kanunda yer alan hükümler dışında 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile genel hükümlere tabidirler... 233 sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 399 sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu ve 237 sayılı Taşıt Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler ile 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 13 üncü maddesi ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 277'nci maddesi 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Malî ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname bankalar hakkında uygulanmaz" hükmü karşısında adı geçen personelin kamu görevlisi gibi cezalandırılmasının mümkün olmayacağı ve bunların 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na tabi olacakları anlaşılmaktadır. Yine 30.01.2002 tarih ve 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 1/3. maddesindeki, "Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Yönetim, Denetim ve Tasfiye Kurulu üyeleri ceza ve idare hukuku bakımından memur sayılmazlar" hükmü karşısında

Yargıtay'ın geçmişte verdiği kararlar da bu yöndedir.⁵¹

- da kamu bankalarının çalışanlarının ceza hukuku bakımından kamu görevlisi kapsamından çıkarılması istenmiştir. Ancak zaten anılan personelin ceza kanunu anlamında kamu görevlisi sayılmayacağına ilişkin hüküm 4603 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamaya geçtiğinden kamu bankalarının bütün personelinin görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılmayacağı açıktır. Bkz. Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 156-158.
- 51 "Sanığın, B. Ziraat Bankası Şubesi müdür vekili ve muhasebecisi olarak görev yapmaktayken, 04.04.2001 tarihinde B. Şubesinden H.B tarafından, adına 25 milyar liralık telefon havalesi yapılmış gibi, kendi görev ve yetkisinde olan telefon muhtelif tahsilat alındısı düzenleyerek söz konusu parayı çekmek suretiyle zimmet suçunu işlediği iddia ve kabul edilerek, TCY'nin 202/1-son, 202/3, 59/2, 219/son maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmiştir. Açıklanan bu oluştta ve sanığın eyleminin sübuta erdiği hususunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki hukuki uyumsuzluk, sabit olduğu kabul edilen zimmet eylemi nedeniyle sanık hakkında TCY'nin 202. maddesinin mi, yoksa 4389 sayılı Bankalar Yasasının 22. maddesinin mi uygulanacağını belirlenmesine ilişkindir... Somut olayda, T.C Ziraat Bankası personeli olan sanık, zimmet eylemini, 4603 sayılı Yasanın 25.11.2000 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 04.04.2001 tarihinde gerçekleştirmiştir. O halde, suç tarihi itibarıyla memur gibi cezalandırılması olanağı bulunmayan sanık hakkında TCY'nin 202. maddesinin de uygulanması olanaksızdır. 4603 sayılı Yasanın 1. maddesinin 2. bendi uyarınca T.C Ziraat Bankası, 4389 sayılı Bankalar Yasası'na tabi kılındığından, sanık, sabit olan zimmet eylemi nedeniyle Bankalar Yasasının 22. maddesinin 3. fıkrası uyarınca cezalandırılmalıdır." (Yargıtay CGK., 5-146/7, 08.02.2005) Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 794, dn. 16. "...399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3771 sayılı Yasanın 3. maddesiyle yeniden düzenlenen 11/b maddesi uyarınca, ceza uygulanmasında memur sayılan ve diğer koşulları da oluştuğunda zimmet suçunu işleyebilecek olan T.C. Z. Bankası personelinin banka parasını mal edinmesi halinde haklarında 4389 sayılı Yasa'nın 22/11 maddesi uyarınca daha ağır hükümler taşıyan Türk Ceza Kanunu'nun 202. maddesinin uygulanması gerekeceği kabul edilmiş ise de Dairemizce de, benimsenen Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulu'nun 08.02.2005 gün ve 5/146-7 sayılı kararında da belirtildiği üzere, 25.11.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4603 sayılı Yasa ile 'T.C Z... Bankası Anonim Şirkete dönüştürülmüş ve anılan yasanın 1. maddesi 5. bendinde de 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin uygulanamayacağı belirtilmiş olup, 4389 sayılı Bankalar Yasası'nın 22. maddesinde Türk Ceza Kanunu'nda bulunan zimmet suçuna paralel olarak bankalar için özel düzenleme yapıldığı cihetle, sanığın zimmet eyleminin 4603 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleşmiş olması nedeniyle suç tarihleri itibarıyla memur gibi cezalandırma olanağı kalmadığından hakkında 4389 sayılı Yasanın 22. maddesi gereğince uygulama yapılması gerekeceği düşünülmeden uygulama yeri bulmayan TCK'nın 202. maddesinin tatbiki suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi... yasaya aykırıdır." (Yargıtay 7. CD., 2005/5612-13846, 22.07.2005) Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 794, dn. 16.

V. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsur

Kanun davranışı, failin “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının⁵² zimmetine geçirmesi” olarak göstermiştir. Bankacılık zimmetinin maddi konusunun, görevi nedeniyle zilyetliğinin devredilmesi veya bunları koruma ve gözetimle yükümlü olunması davranışın ön şartı olarak nitelendirilmiştir.⁵³

Öğretide zilyetlik kavramının, TCK’da düzenlenen diğer suçlarda olduğu gibi geniş anlaşılması gerektiği ve hem fiilen tasarruf edebilme yetkisini (doğrudan zilyetlik)⁵⁴ hem de hukuken tasarruf edebilme yetkisini (dolaylı zilyetlik) kapsadığı ifade edilmektedir.⁵⁵ Zilyetlik kişiye

⁵² Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda başkasının zimmetine geçirme fiilleri bulunmamaktaydı. Ancak buna rağmen, Yargıtay’ın başkası yararına yapılan zimmet fiillerinden de faili sorumlu tuttuğu kararları mevcuttu. “Mevduat servis şefi olarak çalışırken, dört banka mudisinin hesapları müsait olmadığı halde, değişik şubelerden para çekmelerini sağlayacak biçimde sorulan provizyonlara olumlu cevaplar vererek, mudilerin mal edinmelerine olanak sağlayan banka provizyon vermeye yetkili sanığın eylemi, zincirleme biçimde basit zimmet suçunu oluşturur.” (Yargıtay 5. CD., E. 1996/801, K. 1996/1277, 16.04.1996) Bkz. Gürses, s. 58, dn. 22.

⁵³ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 158; Donay, s. 107; Özenbaş, s. 5; Gürses, s. 51. TCK’nın 247. Maddesindeki zimmet suçu yönünden benzer görüş için bkz. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 705. Bazı suçların varlığı yönünden gerekli olan ve suç fiilinden önce gelen, hatta ondan bağımsız olan fiili veya hukuki unsurlar fiilin ön şartı olarak nitelendirilmiştir. Örneğin, hırsızlık suçu yönünden şeyin başkasına ait olması, çocuk düşürtme suçu yönünden gebeliğin varlığı, birden çok evlilik suçu yönünden önceki evliliğin bulunması veya güveni kötüye kullanma suçu yönünden failin şeye zilyet olması gibi. Failin davranışından önce var olan unsurların kabulü özellikle kastın varlığı açısından pratik bir öneme sahiptir. Bunlar da kusurluluğun konusunu oluşturmakla birlikte failin davranışından tamamen bağımsız olduklarından fail tarafından bilebilseler de tek başlarına istenemezler. Bkz. Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 130-132. Benzer yönde bkz. Adelmo Manna, Corso di Diritto Penale Parte Generale, Quarta Edizione, Milano 2017, s. 231.

⁵⁴ “Resmi dairedeki eşyalar resmen tevdi edilmese bile, zilyed olunması sebebiyle resmen verilmiş sayılır.” (Yargıtay 5. CD., 485/791, 16.03.1982) Bkz. Erman/Özek, s. 21, dn. 24.

⁵⁵ Erman/Özek, s. 21; Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 158; Güngör, “Zimmet Suçu”, s. 24. Esas itibarıyla, malın korunması ve gözetilmesi yükümlülüğü zil-

görevini yerine getirmesi için tanınmış, mal üzerinde başkasının gözetimi ve denetimi olmaksızın bağımsız olarak tasarruf edebilme yetkisi sağlar. Dolayısıyla şeyi, gözetimi ve fiili tasarrufu altında tutan banka personeli kadar şeyin fiili tasarrufuna sahip olmamakla birlikte başkalarının engellemesi olmaksızın tasarruf etme imkanına sahip olan banka görevlisi de zimmet suçundan sorumlu tutulabilir.⁵⁶

Failin malın zilyetliğine görevi nedeniyle sahip olması gerektiğinden, zilyetlik ile görev arasında bir bağ bulunmalıdır.⁵⁷ Görevin kay-

yetlik kavramına dahil olduğundan, bu kavramın maddede ayrıca belirtilmiş olmasının gereksiz bir tekrar olduğu belirtilmiştir. Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 158. Öğretide, banka yönetim kurulu üyelerinin kural olarak zilyetlik konusunda bir sıfatları olmadığı gibi işlevleri de bulunmadığı belirtilerek İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin E. 2004/1, K. 2006/17 sayılı kararındaki, banka yönetim kurulu üyelerinin imzaları bulursa da sorumlu olmayacağına ilişkin olarak bankada pay sahibi olmamaları, tam gün çalışmamaları, devamlı odalarının ve sekreterlerinin olmamasının değerlendirilmesi suretiyle haklarında beraat kararı verdiği ve söz konusu kararın onandığı ifade edilerek bu görüş savunulmuştur. Bkz. Donay, s. 113. Kanaatimizce karar isabetli olmayıp, bankada pay sahibi olup olunmaması, tam gün çalışılıp çalışılmaması, devamlı oda ve sekreterlerinin bulunup bulunmamasının, banka yönetim kurulu üyelerinin veya herhangi bir banka personelinin zilyet sayılabilmesi ya da bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi noktasında herhangi bir önem arz etmemektedir. Belirtilen kişiler, malın doğrudan veya dolaylı zilyetliğine sahip bulundukça söz konusu mallar üzerinde zimmet suçunu işleyebilirler. Aynı yönde görüş için bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 159.

⁵⁶ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 159. Banka çalışanlarının tamamının bankaya olan sadakat borcu nedeniyle bankanın mallarını koruma ve gözetleme yükümlülüğü olduğu, bu bakımdan suçun ön şartı sayılan bu kavramın çok belirsiz olduğu, ön şartın her somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit ve tayin edilmesi gerektiği, eğer banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri herhangi bir nedenle zilyetliği devralmamışsa, zimmet suçundan değil olsa olsa güveni kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulabileceği yönündeki görüş için bkz. Donay, s. 108-109.

⁵⁷ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 159; Özenbaş, s. 5. "Bankasında kambiyo memuru olan sanığın, başkası adına açtığı döviz mevduat hesabına, düzenlediği sahte belgelerle döviz aktararak bilahare çektiği suretiyle maledindiği toplam 43.500 DM.'in görevi nedeniyle kendisine tevdi edilen paralardan olup olmadığı, muhafaza, denetim ve sorumluluğu altında bulunup bulunmadığı araştırılıp, sonucuna göre suçun niteliği belirlenmelidir." (Yargıtay 5. CD., E. 1994/452, K. 1994/827, 10.03.1994) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1994-452.htm> (01.09.2023) Mülga 765 sayılı TCK'da düzenlenen zimmet suçu bakımından, tevdiin failin ifa ettiği görevle ilgisi olmasının arandığı, ancak kabulün failin görev alanına girmesinin zorunlu olup olmadığının tartışıldığı, konuyla ilgili farklı kararların

nağının kanun, düzenleyici işlem veya iç talimat olabilmesi mümkün olup, hukuk kurallarına uygun bir görevlendirme yeterlidir.⁵⁸ Bu itibarla görevi nedeniyle zilyedi olmadığı bir şeyi mal edinen banka mensubu bankacılık zimmeti suçundan değil, koşulları varsa güveni kötüye kullanma veya dolandırıcılık gibi başka suçlardan sorumlu tutulacaktır.⁵⁹

Malın zilyetliği bir ya da birden fazla banka mensubuna ait olabilir.⁶⁰ Örneğin, bölge müdürlüğünden şubelere para taşıyan ekipteki kişiler, paranın zilyetliğine birlikte sahiptir.⁶¹ Kişinin malın zilyetliğine sahip olup olmadığı veya malı korumak ve gözetmekle yükümlü olup olmadığı, bankadaki unvanı, konumu ve görev alanına bakılarak belirlenir.⁶²

Zilyetliğin devri, devre yetkili kişinin serbest iradesi ile gerçekleşmelidir. Bu itibarla banka mensubunun malın zilyetliğini, devre yetkili kişinin iradesini fesada uğratmak suretiyle elde ettiği veya kendisinin hiçbir müdahalesi olmaksızın kişinin düştüğü hatadan kaynaklandığı durumlarda zilyetliğin görevden kaynaklanmadığı değerlendirilmektedir.⁶³

verildiği ancak TCK'nın tevdi kabul yetkisini aramaması dolayısıyla tevdi kabul eden failin bunu almaya yetkili olmaması, böyle bir kabulün kendi görev alanını aşması halinde de zimmetin oluşacağı ancak tevdiin failin görevine duyulan nedenden değil de şahsına beslenen itimattan kaynaklanması halinde zimmet suçunun oluşmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. Erman/Özek, s. 16 vd.

⁵⁸ Erman/Özek, s. 18. Fiilin işlendiği zaman içinde yetkilendirmenin bulunması kaydıyla, yetkilendirmenin daimî veya geçici olmasının suçun oluşumu bakımından bir etkisi olmadığına ilişkin bkz. Gökçen, s. 2679.

⁵⁹ Güngör, "Zimmet Suçu", s. 25. "Banka özel güvenlik görevlisi olan sanığa teslim edilmiş bir para bulunmadığı ve ATM makinasına para yerleştirmekle görevli teknisyen Ersin'e yardım ettiği sırada suça konu parayı gizleyerek mal edindiği anlaşılmasına göre eylemin TCK'nın 491/e maddesinde öngörülen hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden" (Yargıtay 11. CD., E. 1999/6819, K. 1999/8483, 06.12.1999) Bkz. Gürses, s. 55, dn. 18. "...Sanık ilgili banka şubesinde ticari krediler servisi şefi olarak görevlidir. Suça konu senetler faille görevi nedeniyle tevdi edilmediği gibi onun denetim ve sorumluluğu altında da bulunmamaktadır. Sanığın senet bedellerini tahsile yetkisi yoktur. O halde zimmet suçunun oluştuğu söylenemez. Sanığın zimmet suçunu oluşturmayan senet bedellerinin tahsili için yapılması gereken işlemleri yapmayıp bedellerini elden alarak mal edinmesi biçimindeki eylemi ... görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur." (Yargıtay CGK., 148/178, 21.06.1993) Bkz. Gökçen, s. 2679.

⁶⁰ Güngör, "Zimmet Suçu", s. 24.

⁶¹ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 159-160.

⁶² Güngör, "Zimmet Suçu", s. 24-25.

⁶³ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 161. Benzer yönde görüş için bkz. Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 973.

Zimmet suçunda da tartışıldığı şekliyle, bir kap içinde verilen malın zilyetliği, o mala yönelik tasarruf yetkisi söz konusu olmadıkça devredilmiş sayılamaz. Böyle bir durumda koşulları varsa, hırsızlık suçu gündeme gelebilir. Örneğin, görevli banka çalışanı, bankanın sadece kiralık kasalarının zilyetliğine sahip olduğundan; söz konusu kasaların içinde bulunan malların zilyetliğine sahip değildir. Zira banka mensubunun, bankanın kiralık kasalarının içindeki şey üzerinde hukuken veya fiilen tasarruf etme yetkisi yoktur. Dolayısıyla banka mensubunun söz konusu kasalar içinde bulunan şeyleri mal edinmesi bankacılık zimmetini değil, hırsızlık suçunu oluşturmaktadır.⁶⁴

Zilyetlik failin davranışından önce devredilmiş olmalıdır. Failin davranışının etkisiyle zilyetliği devredilen malın üzerinde tasarruflarda bulunulması, bankacılık zimmetini değil, koşulları varsa dolandırıcılık veya hırsızlık gibi suçları oluşturur.⁶⁵

Banka personelinin, zilyetliğindeki para ve diğer malları mal edinmesi veya ancak malikin yapabileceği tasarruflardan herhangi birini yapması zimmete geçirmedir.⁶⁶ Başka bir ifadeyle zimmete geçirme davranışıyla birlikte fail, zilyetliği fiilen mülkiyete dönüştürmektedir.⁶⁷ Bu bakımdan zimmete geçirme, doğrudan mal edinilmesi,⁶⁸

⁶⁴ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 161. Kap veya mahfazanın bunun içindekilere kolayca erişimi engelleyecek biçimde oluşturulması durumunda, kabın içindekinin tevdi edilmiş sayılamayacağı, buna karşılık kap veya mahfazanın sadece içindekinin görülmemesini sağlamaya yönelik olması durumunda, kapla birlikte içindekinin de tevdi edilmiş sayılması gerektiği yönünde bkz. Erman/Özek, s. 15.

⁶⁵ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 161. Görevin sona ermesiyle birlikte tevdiden doğmuş olsun veya olmasın, zilyetlik de son bulduğuna göre, görevin bir suretle sona ermesinden sonra zimmet suçunun işlenemeyeceği ve zilyetliğin elde edilmiş biçimine göre hırsızlık, dolandırıcılık ve yağma gibi suçların oluşacağı yönünde bkz. Erman/Özek, s. 29.

⁶⁶ Özgen, s. 45; Güngör, "Zimmet Suçu", s. 25; Koca/Üzülmez, s. 975; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2017, s. 1034; İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 139.

⁶⁷ Bkz. Özenbaş, s. 6. Zimmete geçirilen değerlerin her ne kadar hukuki mülkiyeti, zimmete geçirilene ait olmasa da bu kişi sanki mülkiyet kendisine aitmiş gibi bu değerler üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Bkz. Erman/Özek, s. 25; Donay, s. 107.

⁶⁸ "Sanıkların yönetim ve diğer görevlerde buldukları T Emlak Bankasından yüklenici firma yetkilileriyle birlikte banka aleyhine dengesiz ve birim fiyatların iki katına sözleşmeler yaptıkları, çok ağır cezai şartlar koydukları, verilen avansı işi

hesapları uygun olmayan kişilere ilişkin olumlu provizyon verilerek ödeme yapılmasının sağlanması,⁶⁹ aranan şartları sağlamamasına rağmen usulsüz kredi kullandırılması,⁷⁰ taşınmaz malın tescille mülkiyete geçirilmesi⁷¹ gibi yollarla gerçekleştirilebilir.⁷² Örneğin, kredi vermeye yetkili banka çalışanının, üçüncü kişinin kredi yeterliliği ile ilgili yaptığı araştırma olumsuz sonuçlanmasına rağmen, menfaat karşılığı söz konusu kişiye kredi vermesi veya durumu bilerek ortaya çıkmamasını

yapmadan kurulan paravan şirket aracılığıyla çektikleri böylece şirkete usulsüz para aktardıklarına göre, bankanın malları üzerinde denetim ve gözetim sorumluluğu bulunan sanıkların eylemleri zimmet suçunu oluşturur.” (Yargıtay 5. CD., E. 2002/1882, K. 2003/4337, 07.07.2003) Bkz. <https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2002-1882-k-2003-4337-t-07-07-2003/295036> (01.09.2023)

⁶⁹ “... Bankası ... Şubesinde mevduat servis şefi olarak çalışırken, dört banka mudisinin hesapları müsait olmadığı halde, değişik şubelerden para çekmelerini sağlayacak biçimde sorulan provizyonlara olumlu cevaplar vererek, mudilerin mal edinmelerine olanak sağlayan bankada provizyon vermeye yetkili sanığın eylemi, zincirleme biçimde basit zimmet suçunu oluşturur.” (Yargıtay 5. CD., 801/1277, 16.04.1996) Bkz. Gökçen, s. 2682.

⁷⁰ Kâğıt üzerinde kurulmuş bir şirketle teminat almadan ya da ekonomik açıdan değeri olmayan birtakım teminatlar alarak kredi sözleşmesinin yapılması ve banka kaynaklarının şirket yetkililerine aktarılması buna örnek gösterilmiştir. Bkz. Güngör, “Zimmet Suçu”, s. 25.

⁷¹ Gökçen, s. 2682.

⁷² 02.01.2017 tarihli 687 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ile eklenen ve 01.02.2018 tarihli 7076 sayılı Kanun ile aynen kabul edilen ek fıkra ile Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesine, “Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz” hükmü eklenmiştir. Söz konusu hüküm, bankacılık mevzuatı ile usul ve prensiplerine uygun olarak gerçekleştirilen bazı işlemler bakımından, bankacılık zimmeti suçunun oluşmayacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu hükme ilişkin hem genel gerekçe hem de madde gerekçesinde, madde aynen tekrar edilmiş olup, eklemenin gerekçesinin ne olduğu anlaşılamamıştır. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss468.pdf> (01.09.2023) Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve kurallarına uygun olarak gerçekleştirilen kredi kullandırma, kredi temdit etme, ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama veya yeniden yapılandırma işlemlerinin tek başına bankacılık zimmeti suçunu oluşturabilmesi zaten mümkün değildir. Nitekim banka çalışanının, bankacılık mevzuatına uygun olarak söz konusu bankacılık işlemlerini gerçekleştirdiği hallerde kanunun hükmü uyarınca bankacılık mesleğini icra ettiği tartışmasızdır. Nitekim banka çalışanının, maddede sayılan bankacılık işlemleriyle birlikte malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirdiği durumlarda da söz konusu fiilin bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve kurallarına uygun olarak gerçekleştiği kabul edilemeyecektir.

sağlamak için gerekli araştırmayı yapmadan kredi vermesi⁷³ bankacılık zimmeti suçunu oluşturur.

Kredinin hukuka uygun verilip verilmediği, açıldığı ve kullanıldığı andaki şartlar göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Kredinin verildiği tarihte özel veya tüzel kişinin kredi yeterliliğinin olması, yeterli güvencenin bulunması, bankanın öz kaynakla bağlantılı genel limitler içerisinde krediyi kullandırması, kredinin usule uygun olup olmadığının tespitinde önemlidir.⁷⁴

Banka çalışanının, kullanılan kredinin karşılığı olarak yeterli teminatı alması zimmet suçunun oluşumunu engellemez.⁷⁵ Zira bu durumda zimmete geçirilen varlığın teminatı, mal edinme unsurunu ortadan kaldırmayacaktır.⁷⁶ Zira zimmete geçirilen şeyin aynen iadesi veya zararın giderilmesi halinin yalnızca cezadan indirimini sağlayan etkin pişmanlık halleri düzenlenmesi bu durumun göstergesidir.⁷⁷

⁷³ “Eğer kredilerden yararlanan şirket sahip ve sorumluları, Bankanın kredileri karara bağlayan ve tahsis eden yetkililerini hile ve desiselerle kandırarak aldatmış, böylece bu kredilerin kendilerine sağlanmasını temin etmiş, kredi karşılığı teminat olarak verdikleri ipotekli taşınmazların değerlerini kandırıcı yöntemlerle yüksek göstermeyi başararak kredilerin teminatsız kalmalarını sağlamış ise, fiillerinin nitelikli dolandırıcılık türünü oluşturacağı; ortada hile ve desise bulunmadığı ve banka yetkililerinin bilerek ve isteyerek ya da yeter teminat almadan, almış gibi göstererek veya mevzuatın yüklediği sair denetim sorumluluklarını bilinçli tarzda yerine getirmeyerek kredi tahsis ettikleri anlaşıldığında eylemin zimmet niteliğine ulaşacağı açıktır” (Yargıtay CGK., E. 2004/11-158, K. 2005/58, 31.05.2005) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-11-158.htm> (01.09.2023).

⁷⁴ Gökçen, s. 2686.

⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1265; Koca/Üzülmez, s. 977; Soyaslan, s. 708. Aksi yön-deki görüş için bkz. Sözüer, s. 181. Yeterli teminatın alındığı hallerde, kullanılan kredi nedeniyle bankanın malvarlığında bir zarar tehlikesinin oluşmasının önlen-ceği ve bu nedenle de bankacılık zimmeti suçunun oluşmayacağı; öte yandan, yeterli veya hiç teminat alınmadan kullanılan kredinin vadesi geldiğinde öden-mesi halinde de suçun oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz. Güngör, “Zimmet Suçu”, s. 25.

⁷⁶ Özgen, s. 45.

⁷⁷ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 162; Gökçen, s. 2682. Yargıtay’ın, tesis edilmiş bulunan ipotegin verilen krediyi karşıladığı hallerde bankacılık zimmeti suçunun oluşmayacağına ilişkin kararları bu bakımdan eleştiriye açıktır. “...Bu belirleme-de, ipotekli taşınmazın kredi tahsis tarihindeki satış bedeli açıklıkla saptanmalı, aynı taşınmaza önceden ve farklı nedenlerle konulan ipoteklerin değerleri indirilmeli, arta kalan değer krediyi ne ölçüde karşıladığı ve depasmanlı kredi-

Bankacılık zimmeti suçu, zimmete geçirme fiilinin gerçekleştiği an ve yerde tamamlanan bir ani⁷⁸ suçtur. Suçun tamamlanabilmesi için bir zararın varlığı gerekli değildir.⁷⁹ Failin zimmete geçirme davranışının neticesinde bir sonuç doğması aranmadığından suç neticesiz bir suçtur.⁸⁰

Banka çalışanının zimmetine geçirdiği misli malı, kasa/hesap kapama tarihinden önce yerine koyması durumunda zimmet suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Banka mensubunun görevi gereği zilyedi bulunduğu malı şahsi amaçları doğrultusunda kullandığı anda suç da tamamlanacağından, malın kasa/hesap kapama tarihinden önce yerine konulmasının suçun tamamlanmasıyla ilgili olmadığı düşünülmektedir.⁸¹ Aksinin kabulü, hesap/kasa kapama tarihinden önce

lendirmelerin teminata bağlanıp bağlanmadığı belirlenmelidir. İpotegün krediyi karşılıyor olması durumunda zimmet suçunun oluşmayacağı kabul edilmeli, karşılamayan miktarın zimmet teşkil edeceğinden hareketle fiile vasıf verilmeli, haklarında kamu davası açılsın ya da açılmasın bu işlemin banka yönetiminin zimmet sorumluluğu kapsamında olduğu gerçeğinden hareketle eylemler yorumlanmalı ve yargılaması sürdürülen sanıkların her bir kredilendirmedeki sorumluluğu somutlaştırılmalı, konularına ve etkinliklerine göre zimmet suçunun asli faillerini azmettiren veya bu fiillere asli ya da fer'i düzeyde iştirak eden olduklarının kabulüyle değerlendirme yapılmalıdır. Soruşturma öncesinde kendiliğinden ve iyiniyetle yapılan ödemelerin zimmet suçu ödemesi olmadığı benimsenerek zarar hesabına dahil edilmemesi sağlanmalı, soruşturmadan sonra yapılan ve ipotekle karşılanmayan değerlere ilişkin bulunan ödemelerin ise zimmet suçu ödemesi olduğu kabul edilmelidir" (Yargıtay CGK., E. 2004/11-158, K. 2005/58, 31.05.2005) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-2004-11-158.htm> (01.09.2023)

⁷⁸ Özenbaş, s. 9. Gayri nakdi krediler yoluyla işlenen bankacılık zimmeti suçunun mütemadi suç olduğu görüşü için bkz. Özgenc, Zimmet, s. 86.

⁷⁹ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 163; Özenbaş, s. 6; Turabi, s. 186; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 1045; Özgenc, Ekonomik Çıkar, s. 145. Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. "Zimmet suçu; sanığın görevi gereği ve yasal olarak kendisine tevdi olunan malları haksız bir şekilde mal edinmesiyle oluşur. Bunun için maledinme sonucunda failin malvarlığındaki artış kadar, mağdur tarafın zarara uğraması veya zarar olasılığıyla karşı karşıya kalması koşuldur. Zarar doğurmayan veya zarar olasılığı bulunmayan eylemlerin zimmet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir." (Yargıtay 5. CD., 2862/3834, 21.10.1998) Bkz. Gökçen, s. 2683.

⁸⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 792.

⁸¹ Aynı yönde görüş için bkz. Güngör, "Zimmet Suçu", s. 26. "Sanığın çalıştığı bankanın mudilerinin hesaplarından çeşitli tarihlerde usulsüz çektiği paraları kullandıktan kısa süre sonra yatırmak suretiyle iade ettiği ve durumun daha sonra olağan denetim esnasında ortaya çıktığı anlaşıldığından sanık hakkında kul lanma zimmetinden hüküm kurulması gerekir" (Yargıtay 5. CD., E. 1999/84, K.

yerine koymak şartıyla, banka mensuplarının bankaya ait misli malları tevdi amacından farklı amaçlarla kullanılmasına olanak tanımak anlamına gelir. O halde bankanın parasını hesap/kasa kapatma tarihine göre kısa süreli repo yapan ve kazancını elde ettikten sonra anaparayı yerine koyan çalışan bu suçtan sorumlu olacaktır.⁸²

Yine TCK m. 247/3'ten farklı olarak, Bankacılık Kanunu'nda özel olarak kullanma zimmeti düzenlenmemiştir. Bu noktada malın devir amacının haricinde kalan kullanma fiillerinin Bankacılık Kanunu'nun 160/1. maddesi kapsamında⁸³ değerlendirilmesi gerektiği,⁸⁴ nihayet somut olayın özelliklerinin belirleyeceği olacaktır.⁸⁵

1999/1425, 14.04.1999) Bkz. Yiğit, s. 450, dn. 49.

⁸² Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 163.

⁸³ Bazı yazarlar, malın geçici kullanıma uygun olup olmadığına göre bir ayrıma gidilmesi gerektiği görüşündedirler. Buna göre, malın geçici kullanıma uygun olmayan para, para yerine geçen evrak veya senet olması durumunda failin bankacılık zimmetinden sorumlu tutulacağı; buna karşın malın geçici kullanıma uygun olan bankaya ait arabanın veya bilgisayarın geri getirilmek üzere kullanılması durumunda suçun oluşmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Gürses, s. 60-61.

⁸⁴ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 163-164; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1264. Geçici kullanmanın mal edinme sayılamayacağından hareketle, kullanma hırsızlığına paralel olarak kullanma zimmetinin gerçek zimmet sayılamayacağı, örneğin, kendisine tevdi edilmiş veya muhafazası altına ya da denetim ve sorumluluğu altına konmuş yazı makinasını veya bilgisayarı kişisel gereksiniminde kullanan personelin zimmet suçlusu sayılamayacağı hakkında bkz. Özgen, s. 45. Bankacılık Kanunu'nda kullanma zimmeti şeklinde özel bir hüküm düzenlenmemekle birlikte, zimmete geçirme fiilinin kullanma yoluyla da gerçekleştirilebileceği, Bankacılık Kanunu'nda TCK m. 249'daki indirim nedeninin düzenlenmemiş olmamasının fiilin cezalandırılmayacağı anlamına gelmediği failin başta mal edinme kastına sahip olmasına rağmen, sonradan fikir değiştirerek gerçekleştirilen iadenin, etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Yasemin Baba, "5411 sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 3, S. 9, Nisan 2012, s. 262-263.

⁸⁵ Özenbaş, s. 6. Mülga 765 sayılı TCK'da da özel olarak kullanma zimmetinin düzenlenmemiş olmasına rağmen, öğretilde kullanmanın geçici olmayıp devamlılık arz etmesi yani malın tahsis amacının değiştirildiği durumlarda zimmetin bulunduğu kabul edilmiştir. Örneğin, resmi otomobili tamamıyla özel işinde kullanan, yani resmi hizmet için tahsis edilmiş aracı hiç veya büyük kısmı itibarıyla yapamaz hale getiren kimsenin, akaryakıt parasını şahsen karşılarsa dahi, zimmet suçunu işlediği kabul edilmiştir. Bkz. Erman/Özek, s. 26.

B. Hukuka Aykırılık

TCK'da düzenlenen genel hukuka uygunluk nedenleri, bankacılık zimmeti suçu bakımından söz konusu olabilir. Bu bakımdan hukuka uygun bir emrin veya hakkın yerine getirildiği durumlarda, TCK m. 24 ve 26 uyarınca ortada bir zimmet suçu bulunmayacaktır.⁸⁶ Yine bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin de suçla bağdaşabileceği belirtilmiştir.⁸⁷ Örneğin, kişinin sele kapılan çocuğunu kurtarabilmek amacıyla görevi nedeniyle zilyet olduğu malı suya bırakması durumu böyledir.⁸⁸

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise, "müsamaha edilen zimmet" olarak adlandırılan ve ceza hukuku dışında bırakılan zimmete geçirme fiilleridir. Ekonomik bakımdan değersiz bir şeyin banka personeli tarafından kullanılması halinde zimmet suçunun oluşmayacağı hususunda genel kanaat olsa da, bu görüşün dayanağı farklılaşmaktadır.⁸⁹ Bir görüş, fiilin objektif gayrimeşruluğunun örf ve adetle ortadan kaldırıldığı yönündeyken; bir diğer görüş, idarenin bu tür fiiller konusunda peşin rızasının söz konusu olduğu yönündedir.⁹⁰ Yine bir başka görüş de, müsamaha edilen zimmet durumlarında fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası, cezaya müstahak ve cezayı gerektirici boyutta olmadığından söz konusu fiillerin cezalandırılmayacağı yönündedir.⁹¹ Bu tür durumlarda fiilin, korunan hukuki değer veya menfaate yönelik ihlal ediciliğinin bulunmadığı değerlendirilmektedir.

Son olarak, TCK m. 26/2'de düzenlenen rıza hukuka uygunluk nedeni kapsamında ayrıma gidildiği, malın özel kişiye ait olduğu halde, daha üstün bir hakkın bulunmaması kaydıyla, şeyin şahsi bir amaçla kullanılması bakımından hak sahibinin rızasının geçerli olacağı savunulmuştur.⁹²

⁸⁶ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 101. Bu noktada, kanun hükmünün yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için, söz konusu kanun hükmünün, kişinin zilyedi olduğu mala belli bir şekilde tasarruf etmesini emreden kanun hükmüne nazaran özel nitelikte olması ve kamu görevlisinin fiilinin yetki veren özel kanunun sınırları içerisinde kalması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 101.

⁸⁷ Erman/Özek, s. 33.

⁸⁸ Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 102.

⁸⁹ Gürses, s. 61.

⁹⁰ Erman/Özek, s. 33; Özgen, s. 45; Yiğit, s. 461.

⁹¹ Gökçen, s. 2683; Özgenç, Ekonomik Çıkar, s. 142; Turabi, s. 203; Koca/Üzülmez, s. 977.

⁹² Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 102; Gürses, s. 80.

C. Manevi Unsur

Bankacılık zimmeti suçunun oluşumu için genel kast yeterli olup;⁹³ suçun taksirli biçimine yer verilmemiştir.⁹⁴ Bu itibarla, failin dikkatsiz ve özensiz davranışları dolayısıyla sorumluluğu altındaki zimmete konu malın azalması ve hatta failerin bu azalmanın ortaya çıkmaması için bazı hileli hareketlerde bulunması, söz konusu fiilin ayrı bir suç oluşturması durumu saklı kalmak üzere, zimmet suçuna vücut vermez.⁹⁵ Failin, fiili gerçekleştirirken herhangi bir amaçla hareket etmesi gerekmediğinden özel kast⁹⁶ aranmamaktadır.

Bu suçta kast, failin görevi nedeniyle zilyet olduğu malı, kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmeyi bilmesi ve istemesidir. Failin, zilyedin tam olarak ne tür tasarruflarda bulunabileceğini bilmesi gerekmeyp; görevi nedeniyle zilyet olduğu şeyi yanlış yerde kullandığını ve zilyet olduğu şey üzerinde malik tarafından gerçekleştirilebilecek tasarruflarda bulunduğunu bilmesi yeterlidir.⁹⁷ Suçun oluşabilme-

⁹³ “Zimmet suçunun manevi unsuru umumi kاستtır. Bu suçta ayrıca özel kast aranmaz. Memur veya memura benzetilenin kendisine görevi sebebiyle tevdi edilmiş bulunan para veya para hükmündeki eşya ve emvali hesabına geçirmesi veya mal edinmesiyle zimmet suçu oluşur.” (Yargıtay 5. CD., 3190/3530, 28.10.1980) Bkz. Erman/Özek, s. 35, dn. 6.

⁹⁴ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 164; Özgen, s. 45; Güngör, “Zimmet Suçu”, s. 26. “...İçme suyu için alınan paraların hata sebebiyle kayıtsız olarak sanık üzerinde kaldığı anlaşıldığına göre kasti suçlardan olan zimmette kastın ne suretle teşekkül ettiği gösterilmelidir” (Yargıtay 5. CD., 3558/4186, 11.08.1959) Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 805, dn. 46.

⁹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 805.

⁹⁶ Madde metninde failin açıkça herhangi bir amaçla hareket etmesinin aranmadığı zimmet suçunda, Yargıtay’ın geçmişten beri verdiği kararlarında mal edinme, zimmete geçirme, temellük veya haksız çıkar sağlama kastını aranması öğretilmiş ve eleştirilmiştir. Bkz. Erman/Özek, s. 35. “2860 sayılı Yardım Toplama Kanununun 28. maddesinin “Yardım toplama faaliyetinden elde edilen mal ve paralar, devlet malı sayılır. Bunlara karşı suç işleyenler devlet memuru gibi cezalandırılır” hükmü karşısında, suça konu paranın kişisel ya da siyasal çıkar sağlamak için sarf ve istihlak edilmesi halinde, TCK’nın 202 ve sonraki maddelerinde düzenlenen zimmet suçunun oluşacağı, buna göre yargılama yapmak ve delilleri takdir etme görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekir.” (Yargıtay 11. CD., E. 1996/563, K. 1996/562, 13.05.1996) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11cd-1996-563.htm> (01.09.2023)

⁹⁷ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 105. Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 22/3 bakımından, kanunda bir açıklık bulunmamasına karşın Yargıtay’ın zimmet

si için malın zilyetliğinin ele geçirildiği anda değil, zimmete geçirme anında failin bu iradesi aranır.⁹⁸ Dolayısıyla maddi unsur kısmında da açıklandığı üzere, failin, kredi değerliliğinin düşük olduğunu ve bu nedenle geri ödemeyeceğini bildiği bir kişiye kredi tahsis etmesi halinde kastın varlığından söz edilebilir. Buna karşın, failin gerekli bütün araştırmaları yapmasına ve herhangi bir olumsuzluk tespit etmemesine karşın rağmen, geri ödeneceği inancıyla kredi tahsis etmesi ve kredinin geri ödenmemesi halinde zimmete geçirme bilinç ve iradesinden bahsedilmeyecektir.⁹⁹

Fiilin bilinmesi gereken unsurları, gerek maddi gerekse normatif nitelikte davranıştan önce gelen, davranışla eş zamanlı olan ya da davranıştan sonra gelen unsurlara ilişkin olabileceğine göre, bu unsurlar üzerindeki hata esaslı olup, kastı ortadan kaldırır.¹⁰⁰ Örneğin, kendi taşınabilir bilgisayarını zannederek, banka tarafından göreviyle ilgili olarak kullanması için verilen ve kendi bilgisayarını ile aynı marka, aynı model ve dış görünüş itibarıyla aynı olan bilgisayarını evinde götüren banka çalışanı, TCK m. 30/1 uyarınca zimmet suçundan sorumlu tutulamayacaktır.¹⁰¹

suçunda sahip olma kastının esas olduğu, mal edinme ve sahiplenme kastıyla hareket edildiğini gösteren kesin ve yeterli kanıtların bulunması, haksız çıkar sağlama kastının mevcudiyetinin arandığı ve failin zimmet kastıyla hareket ederek temellük kastını belirten kanıtlar gösterilmeksizin mahkûmiyet kararı verilemeyeceği yönündeki kararları bulunduğu ifade edilmiştir. Bkz. Alacakaptan, s. 36. "Tapulama başkatiibinin gelmemesi sebebiyle müstafi addedilmesi ve bu durumda dairedeki eşyaları toplarken İdare tarafından verilen para ve tebligatlar için aldığı posta pullarını koyduğu zarfı da yanlışlıkla eve götürdüğü sonradan eşi tarafından bulunup savcıya teslim edildiği şeklindeki savunmasının aksini gösteren delil bulunmadığı gibi bu pullardan başka biçimde faydalanamayacağına göre fiil zimmet suçu oluşturmaz" (Yargıtay 5. CD., 3295/4259, 09.12.1983) Bkz. Alacakaptan, s. 36-37.

⁹⁸ Güngör, "Zimmet Suçu", s. 26.

⁹⁹ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 164-165. Bu noktada bankaların ticari kuruluşlar olarak kar etmeyi amaçladıkları, banka yönetim kurulu üyelerinin koruma ve gözetim yükümlülükleri altındaki bankanın her durumda kar etmeyebileceği, zira bankacılığın risk mesleği olduğu, ancak bir kredi veren banka yönetiminin bu kredinin dönmemesi halinde her zaman sorumlu tutulamayacağı, eğer bankacı bu krediyi verirken kendisi veya üçüncü kişi için bir çıkar sağlamak amacı gütmemişse ve bankacılık mesleğinin objektif kurallarına uygun hareket etmişse, zarardan sorumlu tutulamayacağı da belirtilmiştir. Bkz. Donay, s. 113.

¹⁰⁰ Devrim Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 58.

¹⁰¹ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 110.

VI. SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER

A. Ağırlaştırıcı Neden

Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesinde, "Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükümlenir" şeklinde düzenlenen hüküm, ağırlaştırıcı bir özel nedendir.¹⁰² Söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için, zimmet fiilinin hileli davranışlarla¹⁰³ gerçekleştirilmesi şart olup; hile, malın zilyetliğini elde etmek ya da tamamlanmış zimmet fiilinin saklanması amacıyla yapılmamaktadır.¹⁰⁴

¹⁰² Söz konusu hükmün, bağımsız bir suç mu olduğu yoksa cezayı ağırlaştırıcı nedeni mi olduğu tartışılmıştır. Hem TCK m. 247/2'de hem de Bankacılık Kanunu m. 160/2'de fiil ayrıca tanımlanmadığı gibi suçun basit haline atıfla oluşturulduğu görülmektedir. Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 114-115. Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda düzenlenen bankacılık zimmeti suçu bakımından da aynı ağırlaştırıcı nedenin düzenlendiği, bunun "ihtilas" olarak adlandırıldığı, ihtilasin müstakil bir suç olmadığı ve zimmet suçunun nitelikli hali olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Özgen, s. 45. "Sanığın dört adet makbuzda, mükellefe verdiği nüshadaki miktar ile dairede kalan makbuza yazdığı miktar arasındaki fark olan 171.818.000 lirayı zimmetine geçirmesi eyleminin mütessesil nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu ancak, bir makbuzun miktarını irsaliyeye eksik beş makbuzu da irsaliyeye hiç kaydetmeyip, vezneye intikal ettirmeyerek, 109.675.000 lirayı zimmetine geçirdiği olayda, zimmetin kurum içi bilgi ve belgelerle ortaya çıkacağı sebebiyle basit zimmete niteliğinde olduğu ve TCK'nın 202. maddesinde belirtilen ağır para cezalarının basit ve nitelikli olarak zimmete geçirilen miktarlar üzerinden ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği gözetilmeden sanığa fazla para cezası tayini" (Yargıtay 5. CD., E. 2001/3907, K. 2002/1676, 18.03.2002) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2001-3907.htm> (02.09.2023)

¹⁰³ Maddede yer alan hilenin, TCK'nın diğer maddelerinde (m. 157, m. 235) kullanılan hile terimiyle aynı anlama sahip olduğu hususunda bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 798. Hileli davranışa, failin zimmet yaptığı hesaba ilişkin banka nezdinde bulunan yazılı ve sistemsel bilgileri değiştirmesi veya yok etmesi, çeşitli muhasebe hileleri kullanarak zimmet yaptığı paranın izini kaybettirmesi gibi davranışlar örnek gösterilmiştir. Bkz. Özenbaş, s. 7.

¹⁰⁴ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 111; Güngör, "Zimmet Suçu", s. 26. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan farklı olarak "daireni aldatacak" şeklinde bir ifade yer almadığından, suçun nitelikli halinin gerçekleşmesi için, failin hileli hareketlerde bulunmasının yeterli olacağı ifade

Zimmet fiilinin kredi ilişkisi çerçevesinde işlenmesinin, nitelikli halin gerçekleşmesi için yeterli olmadığı, kredi sözleşmesinin tek başına zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranış olarak kabul edilemeyeceği, zira sözleşmeye bakılarak kredi koşullarının sağlanıp sağlanmadığı ile zimmet suçunun işlenip işlenmediğinin anlaşılabilceği, öte yandan kredi ilişkisi çerçevesinde alınan teminatların değerinin bilerek fazla gösterilmesi ya da teminat alınmadan alınmış gibi gösterilmesi halinde ortada zimmeti gizlemeye yönelik hileli davranışın bulunduğu ve nitelikli zimmet suçunun oluştuğunu kabul etmenin gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁵

Aldatıcı olmak hilenin içkin özelliği olduğundan, hileli davranışın aldatıcı nitelikte olması da aranmalıdır.¹⁰⁶ Bu noktada Yargıtay'ın, hilenin aldatıcı nitelikte olduğu durumlarda dahi kurum içi araştırma ile ortaya çıkabilecek nitelikte bulunduğu durumlarda basit zimmet; fiilin basit ve normal bir incelemeyle ortaya çıkmasını engellemesi durumunda ise nitelikli zimmet suçunun oluştuğuna ilişkin bazı kararları hem 5237 sayılı TCK hem de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçları bakımından eleştiriye açıktır. Nitekim, belirtilen davranışların kurum içi basit bir araştırmayla ortaya çıkarılıp çıkarılmamasının, davranışlar hile teşkil ettiği müddetçe nitelikli zimmet sayılmaması için bir neden teşkil etmeyeceği haklı olarak belirtilmiştir.¹⁰⁷ Kaldı ki bazı durumlarda bankanın kendi denetim ve gö-

edilmiştir. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 799; Turabi, s. 172.

¹⁰⁵ Güngör, "Zimmet Suçu", s. 26-27. Söz konusu ağırlaştırıcı nedenin, TCK'da olduğu gibi Bankalar Kanunu'nda da düzenlenmesinin isabetli olmadığı, nitekim bu ağırlaştırıcı nedenin birtakım yapay ölçüler içinde ve sübjektif olarak tespit edilmesinin doğru olmadığı, mülga 765 sayılı TCK'da yer alan "dairesini aldatacak" ifadesinin objektif bir ölçüt olduğu ancak bu ölçütün ne Bankacılık Kanunu'na ne de 5237 sayılı TCK'ya dahil edilmediği belirtilmiştir. Bkz. Donay, s. 115.

¹⁰⁶ Özgen, s. 45.

¹⁰⁷ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 112-113. Kaldı ki Yargıtay'ın söz konusu kararlarına dayanak oluşturacak herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı da belirtilerek, söz konusu uygulama eleştirilmiştir. Bkz. Güngör, "Zimmet Suçu", s. 26. Basit zimmet ile nitelikli zimmet suçu arasındaki ayrımın yapıldığı Yargıtay kararlarının isabetli olduğu hakkında bkz. Donay, s. 114. "Havale paralarını zimmetine geçirip, hak sahiplerinin imzalarını alındı belgelerinde taklit eden PTT memurunun fiili, havale sahipleri müracaat etmedikçe fiilin Dairedeki kayıtlarla ortaya çıkarılmaması sebebiyle ihtilas teşkil eder." (Yargıtay 5. CD., 250/553, 22.02.1983) Bkz. Erman/Özek, s. 29, dn. 25. "...Zimmet suçunun mevsuf hali olan ihtilas suçunun oluşması için failin zimmetinin meydana çıkması maksadı ile

zetim yükümlülüğünü yerine getirememesi dolayısıyla eylemin tespit edilemediği durumlar da oluşabilmektedir.¹⁰⁸

Hileli davranışların belgede sahtecilik suçuna vücut verdiği hallerde hangi şekilde hüküm kurulacağı tartışmalıdır. Bir görüş, bu halde bileşik suç bulunmadığından, failin gerçek içtima kuralları uyarınca hem belgede sahtecilik suçundan hem de zimmet suçundan cezalandırılması gerektiği yönündedir.¹⁰⁹ Bir diğer görüş ise bu halde hem resmi belgede sahtecilik suçundan hem de nitelikli zimmet suçundan hüküm kurulmasının *ne bis in idem* ilkesine aykırı olduğu yönündedir.¹¹⁰ Zira ayrı bir suç olarak cezalandırmanın gerçekleştirildiği söz konusu durumda, ayrıca zimmet suçunun cezası dolayısıyla artırımı gidilmesi aynı nedenin iki defa kullanılması sonucunu doğuracaktır. Bir diğer çözüm olan basit zimmet ve belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması halinde faile verilecek ceza, davranışları hile olarak kabul edilen ancak belgede sahtecilik kapsamına girmeyen fail hakkında yalnızca nitelikli zimmet suçundan ceza verildiği durumdaki sonuç cezadan daha az olacağından bu durum çelişki yaratacaktır. Dolayısıyla, bu halde faile yalnızca nitelikli zimmet suçundan ceza verilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir. Bu noktada, TCK m. 212’de olduğu gibi bir içtima hükmünün

hile ve hüdü’ a yoluna başvurmuş olması ve bu hile ve hüdü’ aların da dairesini aldatacak nitelikte olması gerekmektedir. Şayet başvuru hileli yollar daireyi aldatacak nitelikte değilse, yani basit bir kontrolle meydana çıkacak durumda ise ihtilal suçu oluşmaz, fiil adı zimmet niteliğinde kalır” (Yargıtay CGK., 227/344, 17.10.1983) Bkz. Erman/Özek, s. 30, dn. 27.

¹⁰⁸ “Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında; sanığın yaptığı işlemlerin katılan Banka yetkililerince kontrol edilmediği, denetlenmediği, usulsüz işlemlerin banka kayıtlarında yapılacak olağan denetim ve karşılaştırma sonucunda ortaya çıkartılabileceği belirtildiği gibi, sanığın görev yaptığı banka şubesinde yürürlükte bulunan bankacılık mevzuatına aykırı olarak iç denetim ve gözetim görevinin yerine getirilmediği, bu durumun şubede usulsüzlüğe açık bir ortam yarattığı, bunun sonucunda, sanığın yeterli ve gerekli denetimin yapılmaması nedeniyle uzun süre ortaya çıkmayan ancak aldatıcı özelliğe de sahip olmayan ve yüklenen suçun ortaya çıkmasını engellemeye elverişli bulunmayan eylemlerinin hileli davranış niteliğinden yoksun olduğu ve basit zimmet suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” (Yargıtay CGK, E. 2019/396, K. 2022/734, 29.11.2022) Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2019-396-k-2022-734-t-29-11-2022> (02.09.2023)

¹⁰⁹ Erman/Özek, s. 38. Bu noktada TCK m. 212 dolayısıyla iki ayrı suçtan ceza verileceği de savunulmuştur. Bkz. Gökçen, s. 2690.

¹¹⁰ Güngör, “Zimmet Suçu”, s. 27.

de bulunmadığı¹¹¹ dikkate alındığında, fail hakkında yalnızca nitelikli zimmet suçundan hüküm kurulması uygun olacaktır.¹¹²

B. Hafifletici Neden

Bankacılık Kanunu m. 160/7'de, "Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir" şeklinde düzenlenen hüküm, TCK m. 249'da olduğu gibi, özel bir hafifletici nedendir.

Söz konusu cezadan indirim nedeninin nitelikli zimmet suçu bakımından da uygulanması gerektiği belirtilmiştir.¹¹³ Malın değerinin azlığı, suçun işlendiği zamana göre tayin ve tespit edilmelidir.¹¹⁴ Dolayısıyla

¹¹¹ TCK m. 212'nin ancak TCK'da düzenlenen suçlar bakımından uygulanabilir olması nedeniyle, bankacılık zimmeti suçu bakımından uygulanamayacağı hakkında bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 806.

¹¹² "Tediye fişine mudi yerine sahte imzalar atılmak suretiyle gerçekleştirilen işlemler ile ilgili olarak, fişler üzerindeki sahte imzaların ilk bakışta ve basit bir inceleme ile sahteliğinin anlaşılması halinde eylem basit zimmet, sahteciliğin aldatıcılık özelliğinin bulunması halinde ise eylem nitelikli zimmet suçunu oluşturacaktır." (Yargıtay 7. CD., E. 2021/1268, K. 2022/15786, 08.11.2022) Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-ceza-dairesi-e-2021-1268-k-2022-15786-t-8-11-2022> (02.09.2023)

¹¹³ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 128. Mülga 765 sayılı TCK'da malın değerinin az veya pek az olmasına göre değişen oranlarda cezadan indirim yapılması düzenlenmiştir. Ancak, malın değerinin pek az olması müsamaha edilen zimmet kapsamında değerlendirilebileceğinden, bu hükmün zimmet suçu düzenlemelerinde bulunmamasının isabetli olduğu belirtilmiştir. Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 128. "İhtilâsın zimmet suçlarında, zimmete geçirilen miktarın değerinin hafif veya pek hafif olması halinde cezanın TCK'nun 219/3. maddede öngörülen oranlarda indirilmesi gerekir." (Yargıtay 5. CD., E. 1990/5784, K. 1991/1019, 28.02.1991) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1990-5784.htm> (02.09.2023)

¹¹⁴ Güngör, "Zimmet Suçu", s. 26; Hafızoğulları/Özen, Devlete Karşı, s. 20; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1273; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 804; Özenbaş, s. 8. "Zararın hafif olup olmadığının takdiri, Mahkemenin yetkisi içerisinde ise de bu yetki kullanılırken, zimmete geçirilen paranın suç tarihindeki rayiç değerinin hak ve nasafet kuralları gözönünde bulundurulmak suretiyle tayini gerekir." (Yargıtay 5. CD., 412/604, 26.02.1980) Bkz. Erman/Özek, s. 41, dn. 2. Bununla birlikte, öğretilde malın değerinin ne zaman az olduğunun belirlenmesinin Yargıtay tarafından her yıl saptanmak suretiyle ortaya konulması ve bunun önceden objektif olarak belirlenerek takdirinin yargılamayı yapan mahkemeye bırakılmaması gerektiği de ifade edilmiştir. Bkz. Donay, s. 118-119.

sıyla suçun işlenmesinden sonra malın değerinde meydana gelen artış ve azalışların veya gecikme faizinin¹¹⁵ hafifletici nedenin uygulanması bakımından önemi olmamalıdır.¹¹⁶

Belirtilen hafifletici nedenin uygulanması bakımından önemli olan husus, maddi konunun değerinin azlığı olup, zimmetten doğan zararın azlığının ya da çokluğunun bir önemi yoktur. Dolayısıyla zimmete geçirilen şeyin değeri az olmasına rağmen zimmetten doğan zararın çok fazla olması halinde de bu hafifletici neden uygulanacaktır. Buna karşın, zimmete geçirilen malın değerinin çok fazla olmasına karşın uğranılan zararın az olması halinde bu neden uygulanmayacaktır.¹¹⁷

Farklı zamanlarda ve az miktarlarda zimmete geçirme durumunda şeyin değerinin azlığının her bir zimmete geçirme fiiline göre mi yoksa toplamda zimmete geçirilen şeyin değerine göre mi belirleneceği açık değildir. Bu durumda her bir suç birbirinden bağımsız olduğundan, koşulları bulunduğu zincirleme suçun söz konusu olacağı belirtilmelidir. Zincirleme suçta zamanaşımı, ceza miktarı ve yetkili mahkeme dışındaki hususlarda suçun teklifinden bahsedilemeyeceğinden, tek tek malın değerinin az olduğunun kabulüyle cezadan indirim yapılması isabetli olmayacaktır.¹¹⁸

¹¹⁵ “Hâkim her meselenin niteliğine ve özelliğine göre gereken incelemeyi yaparak zararın hafif veya ağır olduğunu takdir eder ve bu zararın hesaplanmasında gecikme faizi göz önüne alınmaz” (Yargıtay CGK., 5-335/494, 26.10.1987) Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 805, dn. 45.

¹¹⁶ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 129. “Sanığın zimmetine geçirdiği kabul edilen 369.316 000 liranın suç tarihindeki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücüne göre ‘hafif’ değerinde olduğu gözetilmeden TCK’nın 219/3. maddesi uyarınca indirim yapılmaması suretiyle fazla ceza tayini Yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 5. CD., E. 2002/3973, K. 2003/3749, 12.06.2003) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-2002-3973.htm> (01.09.2023) Yargıtay bazı kararlarında, malın değerinin azlığı söz konusu olmadığı halde, zararın tazmini sonucunda geri kalan zararın hafif veya pek hafif sayılması gerekiyorsa, yine zararın hafifliği nedeniyle cezadan indirim yapılmasına karar vermiştir. “Sanığın adli duruşma başladıktan sonra bankaya yatırdığı elektrik parasının haksız çıkar tutarından düşülmesi ve bunun sonucu geriye kalan miktarın hafif kabulüyle TCK 202/1 yerine 202/2 maddesiyle indirim yapılması gerekir.” (Yargıtay 5. CD., 1983/1880, 15.04.1986) Bkz. Erman/Özek, s. 42, dn. 7.

¹¹⁷ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 129.

¹¹⁸ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 129.

VII. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Zimmet suçu, neticesiz suçlardan olmasına rağmen, zimmete geçirme davranışının harekete bölünebildiği durumlarda teşebbüs mümkün olabilir.¹¹⁹ Örneğin, kendisine tevdi edilmiş senetleri başkasına ciro edip henüz devrini gerçekleştirmeden yakalanan banka çalışanınun eylemi teşebbüs kapsamında değerlendirilebilecektir.¹²⁰

Failin zimmet suçunun icra hareketlerine başladıktan sonra, bu hareketleri tamamlamaktan vazgeçmesi durumunda gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi mümkündür. Özel ceza kanunları bakımından da uygulama alanı bulan TCK m. 36'ya göre, failin zimmet suçuna ilişkin davranışı tamamlamaktan vazgeçmesi halinde, bu aşamaya kadar ki hareketleri başka bir suçu oluşturmadıkça cezalandırılmayacaktır.

B. İştirak

Bankacılık zimmeti suçu, yukarıda açıklandığı üzere bir özgü suç olduğundan, özgü suça ilişkin iştirak kuralları geçerli olacaktır. TCK m. 40/2'deki, "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmetiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur" hükmü uyarınca sorumluluk belirlenecektir.

Ancak belirtilmelidir ki, özgü suça ait tipik davranışın mutlaka gerekli nitelikleri taşıyan kimse tarafından gerçekleştirilmesinde mantıki bir zorunluluk yoktur. Gereken niteliklere sahip kimsenin, özgü suçun tipik davranışını şahsen gerçekleştirmesi, sadece "kendi eliyle gerçekle-

¹¹⁹ Erman/Özek, s. 28; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 806; Gökçen, s. 2690; Özenbaş, s. 6. Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda düzenlenen bankacılık zimmeti suçu bakımından, malın mülkiyete geçirilmesinden önceki aşama olan elde bulundurma suç teşkil etmediği için bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. Özgen, s. 46. "Depo memuru olan sanığın denetim ve sorumluluğundaki orman emvalini faydalanmak için usulsüz olarak depodan çıkarıp başkasına ait hızar atelyesine sevk ettiği sırada ihbar üzerine izlenip emval kamyondan indirilmeden yakalanması eylemi zimmete eksik teşebbüs suçunu oluşturur." (Yargıtay 5. CD., E. 1991/5125, K. 1992/405, 05.02.1992) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1991-5125.htm> (02.09.2023)

¹²⁰ Donay, s. 110.

tirilmesi gereken suçlar” veya “şahsen gerçekleştirilmesi gereken suçlar” denilen ve mahiyetleri gereği başkası aracılığıyla işlenemeyen suçlar yönünden zorunludur. Buna karşın üçüncü kişiler aracılığıyla da işlenebilen özgü suçlar bakımından, özgü suçun bölünmüş ve parçalara ayrılmış biçimde işlenebilmesi mümkün olabilir. Bu halde ortaklardan biri kanunun aradığı niteliklere katılmaktayken; diğerleri bu niteliğin yokluğunda cezai yönden önemli olmayacak veya başka bir suçu oluşturacak olan maddi bir davranışı gerçekleştirmektedir. Bu itibarla, TCK m. 40/2’deki, özgü suçlar bakımından tipik fiilin mutlaka gerekli niteliklere sahip kişi tarafından işleneceği yönündeki sınırlama isabetli değildir.¹²¹ Açıklanan nedenle, tipik davranışın özgü suç faili niteliği taşımayan kişiler tarafından gerçekleştirildiği özgü suçlarda, bu kişileri azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutmak isabetli bir çözüm değildir.¹²²

Dolayısıyla bankacılık zimmeti suçuna banka çalışanı olmayan ancak suçu işlemek için malın zilyetliğinin görevinden dolayı banka çalışanına devredilmiş olmasından yararlanan kişilerin de iştirak edebileceği kabul edilmelidir.¹²³ Burada özgü suça iştirak edenlerden birinin, mutlaka özgü suçu öngören norm tarafından aranan niteliklere sahip olması gerekir.¹²⁴

Suçun işlenmesinden sonra, denetimle görevli kişinin bu görevini yerine getirmeyerek zimmetin ortaya çıkmamasını sağlaması başka bir suçu oluşturabilse de bankacılık zimmeti suçuna iştirak ettiği anlamına gelmemelidir.¹²⁵

¹²¹ Toroslu/Toroslu, Genel Kısım, s. 355-356.

¹²² Güneş Okuyucu Ergün, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 82, Y. 2009, s. 5.

¹²³ “PTT memuru sanığın korumasındaki bir miktar parayı maledinmek kastıyla alıp diğer sanığa teslim ettiği halde anlaşma gereği diğer sanık tarafından ipe bağlanıp kapının dıştan kilitlenmek suretiyle fiilin açığa çıkmaması için hile ve huda kullanarak soygun süsü verdikleri olayda, memur sanığın ve asli olarak eyleme katılan diğer sanığın eylemleri nitelikli zimmet suçunu oluşturur.” (Yargıtay 5. CD., E. 1996/2268, K. 1996/2868, 17.09.1996) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1996-2268.htm> (02.09.2023)

¹²⁴ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 133. Örneğin, memur olmayan kişinin görevli kişiyi hataya düşürerek onun mal edinmesini sağlaması durumunda, memurun mal edinme kastı bulunmadığı için onu hataya düşüren kişi dolayısıyla fail addedilerek zilyet olan memurmuş gibi cezalandırılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Erman/Özek, s. 39.

¹²⁵ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 135.

C. İçtima

Yukarıda da açıklandığı üzere, bankacılık zimmeti suçunun sahte belge düzenlemek suretiyle işlenmesi durumunda, Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesi uygulama alanı bulmalıdır.

Banka çalışanının, bir suç işleme kararının icrası kapsamında malları farklı zamanlarda zimmetine geçirmesi halinde zincirleme suç söz konusu olacaktır.¹²⁶ Bu bakımdan farklı kişilere ait mallar tek davranışla zimmete geçirildiğinde, TCK m. 43/2 uygulama alanı bulacaktır.¹²⁷

Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde Yargıtay, KİT şeklinde örgütlü banka çalışanının işlediği zimmet suçu bakımından, fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği ve 765 sayılı TCK m. 202'den dolayı cezalandırmanın gerektiğine ilişkin kararlar vermiştir.¹²⁸ Ancak bu türden kararlar

¹²⁶ "TCDD. Yemekli Yataklı Vagonlar ve Turizm Dairesi Ankara Servis Müdürlüğü'nde sözleşmeli memur statüsünde bulunan sanığın, amirinin görevlendirilmesi fiilen mutemetlik görevini yapmakta bulunduğu sırada, çeşitli tarihlerde teslim aldığı paraları temellük etmek suretiyle oluşan fiili, müteselsil basit zimmet suçunu oluşturur" (Yargıtay 5. CD., E. 1996/2931, K. 1996/3483, 17.10.1996) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1996-2931.htm> (02.09.2023) "1- Sanığın; bankada bulunan hastaneye ait paradan çektiği 167.500 lira parayı 57 gün, 100.000.000 lira parayı da 27 gün süreyle üzerinde tuttuktan sonra henüz soruşturma başlamadan ve hiçbir uyarı olmadan kendiliğinden iade etmiş olduğu anlaşıl-mış bulunmasına göre eyleminin, kullanma zimmeti niteliğinde olduğu gözetilerek bu paraların sözkonusu süreler içindeki neması belirlenip buna göre uygulama yapılması gerektiğinin düşünülmemesi, 2- Oluş ve kabule göre; eylem, aynı kasıt altında ve kısa fasılalarla iki değişik zamanda vukubulduğu halde TCK'nun 80. maddesi ile cezanın arttırılmaması" (Yargıtay 5. CD., E. 1994/1880, K. 1994/2242, 30.06.1994) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1994-1880.htm> (02.09.2023)

¹²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 807.

¹²⁸ "4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 10. bendi bir fikri içtima düzenlemesi olup KİT şeklinde örgütlenmiş Ziraat Bankasında görevli iken atılı suçu işlediği anlaşılan sanık hakkında ağır para cezası, kamu bankalarına karşı işlenen suçlarda artırım ve memuriyetten müebbeten mahrumiyet gibi daha ağır hükümler içermesi nedeniyle 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11/b maddesinin yollamasıyla TCK'nın 202 ve müteakip maddeleriyle uygulama yapılması gerekir" Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 169. Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 22/10'un, TCK içindeki suçlar bakımından değil, yasalar arasında fikri içtimaı kabul ettiği yönünde bir hüküm olduğu hususunda bkz. Özgen, s. 52. Bankacılık Kanunu'nun yürürlükteki 161. maddesinin de bir tür fikri içtima hükmü olduğu hususunda bkz. Donay, s. 120; Özenbaş, s. 6-7.

öğretide eleştirilmiş ve fikri içtimain değil, 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile 399 sayılı KHK arasında genellik-özellik ilişkisinin bulunduğu, dolayısıyla buna göre uygulama yapılması gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁹ 5411 sayılı Bankalar Kanunu m. 160'ta düzenlenen bankacılık zimmeti suçuna vücut veren fiillerin başka kanunlarda da suç sayılması durumunda ortaya çıkan içtima sorununun, Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesindeki, "Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluğu gerektiren hükümleri¹³⁰ saklıdır" hükmüyle çözümlenmesi gerekmektedir.¹³¹

VIII. SUÇUN MUHAKEMESİ VE YAPTIRIM

Bankacılık zimmeti re'sen takip edilen bir suçtur. Bankacılık Kanunu m. 160/1'de suçun basit şekli için yaptırım altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile bankanın uğradığı zararın tazmini olarak belirlenmiştir. Suçun nitelikli hali bakımından ise Bankacılık Kanunu m. 160/2 uyarınca, on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve bankanın uğradığı zararın üç katından az olmamak şartıyla¹³² yirmi bin güne kadar adli para cezası ile birlikte meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen zararın ödettirilmesine hükmolunacaktır.¹³³ Bankanın

¹²⁹ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 169.

¹³⁰ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğuna ilişkin hükmün, bankaya zarar verenlerin objektif sorumluluğunun bu kanuna göre düzenleneceğini belirtmek için getirildiği, ancak kanun yapma sistematigi bakımından burada yer almasının uygun olmadığı, zira Türk Ticaret Kanunu'nun banka yönetici ve mensuplarının verdikleri maddi zararları karşılamak için uygulandığı yönündeki görüş için bkz. Donay, s. 120.

¹³¹ Aynı yönde görüş için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1278.

¹³² Adli para cezasının, adeta nisbi ceza haline dönüştürülmesi ve bunun miktarının bankanın uğradığı zararla orantılı hale getirilmesinin isabetli olmadığı, para cezasının bu şekilde hesaplanmasının gün para cezası sistemiyle çeliştiği ifade edilmiştir. Bkz. Donay, s. 115. TCK'nun genel hükümlerinde düzenlenen gün para sistemiyle çelişse dahi, Bankacılık Kanunu'nun TCK'dan sonra yürürlüğe girmesi nedeniyle, söz konusu düzenlemenin belirtilen şekilde uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Baba, s. 270.

¹³³ TCK m. 55'te kazanç müsaderesinin düzenlendiği, buna göre suçun işlenmesiyle

uğradığı zarar, malın fiilin gerçekleştirildiği tarihteki değerine göre belirlenecektir.¹³⁴

Bankacılık Kanunu m. 160/5, “Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir” şeklinde; m. 160/6, “Kovuşturma başlamadan önce,¹³⁵ gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir” şeklinde düzenlenmiştir.¹³⁶ Görüldüğü üzere, bankacılık zimmetiyle ilgili yürütülen ceza muhakemesinin evresine göre etkin pişmanlık nedeniyle cezadan indirim oranı değişmektedir.¹³⁷

elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verileceği, müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi gerektiği, bu açıdan Bankacılık Kanunu’nun 160. maddesinde düzenlenen zararın ödenmesinin müsadere niteliğinde olmadığı ifade edilmiştir. Zararın mahkemece ödettirilmesi durumunda kazanç müsaderesine karar verilemeyeceği de belirtilmiştir. Bkz. Donay, s. 110-111; Özenbaş, s. 8.

¹³⁴ “Sanıkların bir kısım müşterilere ait döviz hesaplarından zimmetlerine geçirdikleri miktarların mal edinme tarihlerindeki Merkez Bankası efektif döviz satış kurlarına göre zimmetin Türk Lirası karşılığının hesaplanması gerektiğinin gözetilmemesi” (Yargıtay 7. CD., E. 2004/3661, K. 2005/10299, 30.06.2005) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/7cd-2004-3661.htm> (01.09.2023)

¹³⁵ Soruşturma evresindeki etkin pişmanlığın bir üst fıkrada düzenlendiğinden hareketle, anılan fıkranın kovuşturma evresinde uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Donay, s. 117.

¹³⁶ Soruşturma başlamadan önce zararın nasıl hesaplanacağı hususu belirsizdir. Aynı durum soruşturmanın başlamasından sonra, zararın hesaplanmasının Cumhuriyet savcısına mı yoksa sulh ceza hakimine mi ait olduğu noktasında da ortaya çıkmaktadır. Belirtilen durum öğretilde eleştirilmiştir. Bkz. Donay, s. 117.

¹³⁷ Bankacılık zimmeti suçunda gerçek zarar miktarının ortaya çıkartılmasının uzun zaman aldığı, bu gibi olaylarda banka sahipleri ile TMSF arasında yapılan görüşmelerin uzun sürmesi sebebiyle, ödeme iradesinin ortaya çıkmasından çok uzun süre sonra uzlaşmanın sağlanabildiği, bu arada da muhakeme sürecinde aşama kaydedilerek soruşturma evresinde kovuşturma evresine geçilebileceği dikkate alındığında, etkin pişmanlık hükümlerini uygularken indirimin hangi evreye göre tayin edilmesi gerektiği tartışılmıştır. Başka bir ifadeyle bu gibi hallerde ödeme iradesinin ilk ortaya konulduğu tarihin mi yoksa uzlaşmanın sağlandığı tarihin mi dikkate alınması gerektiği tartışmalıdır. Burada, ödeme iradesinin ilk ortaya çıktığı

Etkin pişmanlığa vücut verecek olan ödeme veya iadenin¹³⁸ tam¹³⁹ ve fiilen gerçekleştirilmesi gerekir. Suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda ortakların kendi paylarına düşen miktarı ödeyerek etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi mümkün değildir. Yine kısmi ödeme,¹⁴⁰ iade, ödeme taahhüdü veya teminat gösterme ceza indiriminin uygulanmasında yeterli değildir.¹⁴¹

Ödeme veya iadenin rızaya dayalı¹⁴² ve kendiliğinden olması¹⁴³ gerekir. Dolayısıyla, cebri ödeme¹⁴⁴ veya iade bu hafifletici nedenin uygulanmasını sağlamaz. Örneğin, malın suçüstü halinde zorla alınması veya failin alacaklarına ihtiyati tedbir konulması halinde söz konusu hafifletici neden uygulanmayacaktır.¹⁴⁵

Aksi bir hüküm bulunmadığından, ödeme veya iadenin bizzat fail tarafından yapılması şart değildir.¹⁴⁶ Etkin pişmanlığın açıklanan di-

anun esas alınmasının uygun olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Baba, s. 270.
¹³⁸ İade veya tazmin şartına bağlı etkin pişmanlık düzenlemelerinde, asıl olarak zararın iade yoluyla giderilmesi olduğu, tazmin yoluyla giderimin ancak aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda kabul edileceği, aynen iadenin suç konusu malın üzerinde herhangi bir değişiklik yapılmadan, ele geçirildiği andaki vasfı, şekli ve miktarı itibarıyla geri verilmesini ifade edeceği, suç konusu, para gibi bir misli eşyaysa, o şeyden aynı cins ve miktarda geri verilmesi ile kanunun aradığı anlamda iadenin gerçekleşmiş olacağı belirtilmiştir. Bkz. Baba, s. 264.

¹³⁹ Özgen, s. 46.

¹⁴⁰ Donay, s. 117.

¹⁴¹ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 167; Erman/Özek, s. 42; Artuk/Gökçen/Yeni-dünya, s. 808.

¹⁴² Özenbaş, s. 7.

¹⁴³ Bankacılık Kanunu m. 160/6'da kovuşturma başlamadan önceki etkin pişmanlık için gönüllü olmanın açıkça arandığı; ancak m. 160/5'te böyle bir ifadenin bulunmadığından hareketle, soruşturma başlamadan önceki etkin pişmanlığın uygulanması için gönüllü olmanın aranmadığı şeklinde yorum yapılmamalıdır. Bu yönüyle gönüllülüğün, etkin pişmanlığın tamamı için eşit olarak uygulanması gerektiği kabul olunmalıdır. Bkz. Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 126; Baba, s. 276.

¹⁴⁴ "Bozma sonrasında banka zararının Beypazarı İcra Müdürlüğü'nün 2012/1323 Esas sayılı icra takip dosyasına 11.03.2021 tarihli dekontla yapılan ödeme ile ödenerek kapatıldığı, Dairemiz yerleşik uygulamalarına göre icra takibine istinaden yapılan ödemelerin etkin pişmanlık kapsamında yapılan bir ödeme olarak kabul edilemeyeceği cihetle sanığın cezasında 5411 sayılı Kanun'un beşinci fıkrası gereğince indirim yapılması suretiyle eksik ceza tayini" (Yargıtay 7. CD., E. 2023/5976, K. 2023/4905, 18.05.2023) Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-ceza-dairesi-e-2023-5976-k-2023-4905-t-18-5-2023> (02.09.2023)

¹⁴⁵ Erman/Özek, s. 42.

¹⁴⁶ Okuyucu Ergün, *Zimmet Suçu*, s. 128. Bununla birlikte, ödemenin faal nedamete

ğer koşullarının bulunması şartıyla, başka bir kimse tarafından yapılan ödeme veya iade halinde de failin bu hükümden yararlanabilmesi mümkündür.

Etkin pişmanlık olarak yukarıda açıklandığı üzere, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya tamamen tazmin edilmesi halinde, bu durum soruşturma başlamadan gerçekleşirse faile cezanın 2/3'ü; kovuşturma başlamadan önce gerçekleşirse cezanın yarısı, hükümden önce¹⁴⁷ gerçekleşmesi halinde ise cezanın 1/3'ü indirilecektir. Malın değerinin azlığı halinde ise, verilecek ceza 1/3'ünden yarısına kadar indirilecektir.¹⁴⁸

Bankacılık Kanunu m. 160/1'de, "bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler" hükmü ile m. 160/2'de, "Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükmolunur" hükmü düzenlenmiştir. 5271 sayılı CMK uyarınca şahsi hak davalarının ceza mahkemelerinde görülmesi mümkün olmamakla birlikte, Bankacılık Kanunu, CMK'ya göre özel nitelikte bir kanun olduğundan, bu ilkenin bir istisnası olarak görülmelidir. Buradaki za-

dayanması, failin arzusu ve bilgisi dışında yapılan ödemenin varlığı halinde söz konusu hafifletici nedenin uygulanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Erman/Özek, s. 43. Failin bizzat ödemede bulunmasını engelleyici sebeplerin bulunması halinde (tutukluluk, hastalık vb.), onun bilgisi ve iradesi dahilinde başka kimse tarafından gerçekleştirilen iadenin de yeterli kabul edilmesi gerektiği görüşü için bkz. Baba, s. 266.

¹⁴⁷ Maddede yer alan "hükümden önce" ifadesinden, hükmün tefhiminden önce şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Zira maddede, hükmün kesinleşmesi gibi bir ifadeye yer verilmediğinden, hükmün hukuken hüküm ve sonuç doğurduğu bu anın esas alınması gerekmektedir. Bkz. Erman/Özek, s. 43; Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 127; Hafizoğulları/Özen, Devlete Karşı, s. 19. "Hükümden evvel ibaresi hükmün tefhiminden öncesinde anlamına gelir." (Yargıtay 5. CD., 5532/5610, 27.12.1985) Bkz. Erman/Özek, s. 43, dn. 14. "Hükümden önce" ifadesinden anlaşılması gerekenin, suçsuzluk karinesi gerekçesiyle kesin hükümden önce şeklinde anlaşılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Özgen, s. 46. Bir diğer görüş ise, maddede yer alan "hükümden önce" ifadesiyle, yerel mahkemenin vereceği ilk hükmün anlaşılması gerektiği ve ilk derece mahkemesi kararının bozulmasının ardından yeniden yapılan yargılama sırasında etkin pişmanlıktan yararlanılmasının mümkün olmadığı yönündedir. Bkz. Baba, s. 275.

¹⁴⁸ İndirim yapılacak cezanın hangi ceza olduğu hususunda öğretide, cezanın aşağı ve yukarı hadleri belirtilmişse, aşağı haddinin yarısının indirileceği; sabit bir ceza öngörülmüşse somut olarak o cezanın yarısının indirileceği ifade edilmiştir. Bkz. Donay, s. 118.

rarın tazmini cezai bir müeyyide niteliğinde olmadığından, ceza mahkemesi tarafından tazminine hükmedilen zarar, ayrıca hukuk mahkemesinde açılacak bir tazminat davasıyla talep edilemeyecektir.¹⁴⁹ Buradaki zararı ödeme, bir çeşit şahsi hakkın yerine getirilmesidir.¹⁵⁰ Bankacılık zimmeti suçuna iştirak edenler, iştirak dereceleri ne olursa olsun meydana gelen zarardan müteselsilen sorumlu tutulacaklardır. Dolayısıyla, meydana gelen zarar suça iştirak edenlerin birinden tahsil edilecek, zararı tahsil eden bu kişinin diğer şeriklere rücu hakkının bulunup bulunmadığı ve diğer hukuki ihtilaflar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre çözümlenecektir.¹⁵¹

¹⁴⁹ Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 170-171; Donay, s. 110. Özel hukuk davalarında hâkimin, tarafların istemleriyle bağlı oldukları göz önünde bulundurulduğunda, maddelere, "istem üzerine zararın tazmini" yönündeki bir hükmün ilave edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak Bankacılık Kanunu'nun belirtilen hükümleri karşısında istem koşulunun aranmadığı görülmektedir. Bkz. Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 171. Mülga 765 sayılı TCK'nın zimmete ilişkin hükümlerinde de benzer bir hükmün düzenlendiği, ancak zarara uğrayan kişinin, şahsi haklarını hukuk mahkemesinden talep edeceğini açıkça bildirmesi durumunda, ceza mahkemesinin zararın ödetirilmesine karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Erman/Özek, s. 45.

¹⁵⁰ Donay, s. 110. Söz konusu tazminatın, İcra ve İflas Kanunu'na göre tahsil edilecek bir borç niteliğinde olduğu görüşü için bkz. Baba, s. 269.

¹⁵¹ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 172. Bu bakımdan Yargıtay'ın verdiği bazı kararların yerinde olmadığı ifade edilmiştir. "Sanıkların fiilleri sonucu oluşan banka zararının her bir sanık bakımından ayrı ayrı olmak üzere kesin olarak belirlenip, hangi sanığın oluşan bu zararı ne miktarda tazmin ettiği ve tazmin edilmeyen banka alacağından hangi sanığın ne miktarda sorumlu olacağı hususlarının konunun uzmanı bilirkişi marifetiyle tespit edilerek tespit edilerek sonucuna göre hüküm tesisi" (Yargıtay 7. CD., E. 2004/3661, K. 2005/10299, 30.06.2005) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/7cd-2004-3661.htm> (02.09.2023) "Sanık Kutlu'nun zimmetine geçirdiği miktar üzerinden sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, zimmetin tümünün tahsilinden müteselsilen sorumlu tutulması yolsuzdur." (Yargıtay 5. CD., 273/69773, 03.12.1987) Bkz. Erman/Özek, s. 45, dn. 7. Bu noktada, TMSF tarafından el konulan bankalarla yapılan anlaşmaların, mahkeme tarafından hükmedilecek tazminata engel teşkil edip etmeyeceği de tartışılmıştır. Örneğin, (x) miktarda zarara neden olan bir bankanın yapılan anlaşma gereği anlaşmada öngörülen zararı ödemeye başlaması ve bunun (y) kısmını ödemesi halinde mahkemenin (x-y) miktarda tazminata hükmetmesinin mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Konuyla ilgili olarak, böyle bir anlaşma yapılması durumunda meydana gelen zararın belirli vadelerde ödenmesi sağlanacağından tazminata hükmedilmemesi gerektiği, böyle bir ödeme planı yapan tarafların bu anlaşmalarına ceza mahkemesinin de uyması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Donay, s. 111. Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. "Balkaner grubu ile TMSF ara-

Bankacılık zimmeti suçu, Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen bir suç olduğundan bu suçun soruşturma ve kovuşturması da özel birtakım usullere bağlanmıştır. Bankacılık Kanunu'nun 162/1. maddesindeki,¹⁵² "Bu Kanun'da belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Ancak, 160'ıncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirim üzerine veya gecikilmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurum ve Fon haberdar edilir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurumun veya Fonun başvuruda bulunması halinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar. İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır" hükmü uyarınca, bankacılık zimmeti suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı tutulmuş;¹⁵³ söz konusu bildirim bir muhakeme

sında 12.6.2006 tarihinde yapılan protokolün grup tarafından gerekli edimlerin yerine getirilmemiş olması nedeniyle yürürlüğe girmediği de gözetildiğinde, 3.9.2007 tarihli Balkaner grubunun Fon'a olan borçlarının tasfiyesine ilişkin ileriye yönelik taahhütler niteliği taşıyan protokolün, içeriği ve şartları, nakit olarak anlaşmada belirtilen miktar itibarıyla yargılama konusu edilen zimmet suçu bakımından Zimmete geçirilen bankaya ait paraların aynen iade edilmesi veya bankanın uğradığı zararın tamamen tazmini mahiyetinde kabul edilemeyeceği düşünülmeyen anılan protokol ile zararın tamamen tazmin ve iade olduğu kabul edilerek 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160/5. maddesinin uygulanması sonucu cezadan 1/3 oranında indirim yapılarak eksik ceza tayini ve meydana gelen zararın ödetirilmesine karar verilmemesi, yasaya aykırıdır." (Yargıtay 7. CD., 7443/16811, 23.07.2008) Bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (02.09.2023)

¹⁵² Bankacılık Kanunu m. 162 vd. maddelerinin düzenlendiği üçüncü bölümün başlığının "kovuşturma usulü" olduğu, ancak düzenlenen maddelerin içeriği dikkate alındığında bölüm başlığının "soruşturma ve kovuşturma usulü" şeklinde düzenlenmesinin isabetli olacağı yönündeki görüş için bkz. Donay, s. 121.

¹⁵³ BDDK ve TMSF'nin ayrı ayrı yazılı başvuru hakkına sahip olup olmadığı ile BDDK veya TMSF'den birinin yazılı bildirimde bulunması ancak diğerinin soruşturma yapılmasına gerek olmadığı kanaatiyle bildirimde bulunmaması halinde nasıl hareket edileceği tartışılmıştır. Öğretide bu durumda, kuruluşlardan birisi

şartı olduğu açıkça belirtilmiştir. Bunun mahiyeti gereği “müracaat”¹⁵⁴ ya da “başvuru” olarak adlandırılan muhakeme şartı olduğu değerlendirilmektedir.

Bankacılık Kanunu m. 162/2’de, “İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır” denilerek, bankacılık zimmeti bakımından, TMSF veya BDDK haricinde ilgililere de dava hakkı tanınmıştır. Maddede yer alan “dava hakkı” esas itibariyle şikâyet hakkı olup,¹⁵⁵ “ilgili” de suçtan doğrudan zarar gören bankayı ifade etmelidir.¹⁵⁶ Bu açıdan, BDDK veya TMSF yazılı başvuruda bulunmasa dahi, suçtan zarar gören bankanın şikâyeti üzerine soruşturma ve kovuşturma başlatılabilir.¹⁵⁷

Ceza davasına katılma hakkı bakımından da Bankacılık Kanunu’nun 162. maddesi incelendiğinde, BDDK ve TMSF’nin katılan sıfatını alabilmek için kamu davası açıldıktan sonra başvuruda bulunmalarının zorunlu olduğu, hakime katılma isteğini reddetme yönünde bir takdir yetkisinin tanınmadığı, hem BDDK’nın hem de TMSF’nin birbirlerinden ayrı olarak katılma hakkına sahip oldukları anlaşılmaktadır. Buna karşın, suçtan zarar gören bankalar bakımından bu tür-

dahi soruşturma için bildirimde bulunduğu soruşturmanın sürdürülmesi gerektiği ve dava açıldığında yazılı müracaatta bulunan kuruluşun müdahil sıfatını taşıyacağı belirtilmiştir. Bkz. Donay, s. 122-123.

¹⁵⁴ Tanımı itibariyle müracaat, belli suçlarda Devletin mahsus makamlarıyla, dava açmayı zorunlu kılmayacak şekilde yaptığı şikâyettir. Müracaat süreye bağlı olmayıp, geri alınamamaktadır. Bkz. Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2020, s. 62.

¹⁵⁵ Güngör, “Zimmet Suçu”, s. 29.

¹⁵⁶ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 174-175. İlgili kavramının, zimmetten zarar gören banka dışındaki kişileri ifade ettiği yönündeki görüş için bkz. Donay, s. 124. Ceza muhakemesi sülhelerinin haklarının neler olduğu 5271 sayılı CMK’da düzenlendiğinden, CMK hükümlerinin saklı tutulması yönündeki hükmün gereksiz olduğu yönünde bkz. Donay, s. 123.

¹⁵⁷ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 175. Şikâyet hakkı bulunan bankanın şikâyet hakkını kullanmak zorunda olmadığı, 5237 sayılı TCK m. 278’de suçu bildirmeme suçunun ancak re’sen takip edilen suçlar bakımından suçu öğrenen kişilere bildirim yükümlülüğü getirdiği, bu durumda şikâyet hakkını kullanmayan bankanın yöneticileri veya çalışanları bakımından suçu bildirmeme suçunun oluşmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. Güngör, “Zimmet Suçu”, s. 29. Mülga TCK bakımından damemur sayılmayan çalışanlara sahip özel bankaların suçu ihbar yükümlülüklerinin olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Özgen, s. 54.

den açık bir hüküm getirilmemekle birlikte, CMK'daki şartları taşımak kaydıyla bankaların da katılan olarak muhakemeye dahil olabilmeleri mümkündür.¹⁵⁸

Madde ve yer yönünden yetkili mahkeme, Bankacılık Kanunu m. 164'te, "Bu Kanunda tanımlanan düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak, işlemlerin kayıt dışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme ve zimmet suçları ile sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, bankacılık ve müşteri sırlarının açıklanması, bankacılık faaliyeti çerçevesinde işlenen nitelikli dolandırıcılık, bu suçların işlenmesi amacına yönelik olarak örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak veya bu suçlarla bağlantılı olup da ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalar, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülür. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer ağır ceza mahkemeleri de görevlendirilebilir veya yeni ağır ceza mahkemesi de kurulabilir" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, bankacılık zimmeti suçunun yargılanması fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ildeki (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde yapılacaktır.

Son olarak 5271 sayılı CMK'da düzenlenen bazı koruma tedbirleri bakımından, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında düzenlenen suçların sayıldığı görüldüğü, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndaki atıfların 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 169'a göre Bankacılık Kanunu'nun ilgili maddelerine ve bu sayede de bankacılık zimmeti suçuna yapıldığı dikkate alınmalıdır. Bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi dolayısıyla, tutuklama, taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma, şirket yönetimi için kayyım tayini, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ve zorlama amaçlı el koyma tedbirlerine hükmedilebilmesi mümkündür.

SONUÇ

Önemine istinaden 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen bankacılık zimmeti suçuyla dolaylı olarak farklı değer ve menfaatler ko-

¹⁵⁸ Okuyucu Ergün, Zimmet Suçu, s. 175.

runsa da suçun hukuki konusu, bankanın malvarlığına ilişkin menfaati- dir. Bu durum dolayısıyla suçun mağduru banka tüzel kişiliği olup, bu suçun muhakemesi bakımından Bankacılık Kanunu m. 162/2’de “ilgili” olarak ifade edilen bankanın şikâyet hakkı da mevcuttur. Suçun mad- di konusu, para veya para yerine geçen evrak veya senetler veya diğer mallar olarak sayılmıştır. Taşınır veya taşınmaz mallar suçun kapsamın- da olmakla birlikte, “hizmet” niteliğinde olan “insan emeğinin” bu su- çun maddi konusunu oluşturamayacağı değerlendirilmiştir. Bankacılık Kanunu’nda bu suçun failinin banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları olabileceği ifade edilmiş olduğundan, suç özgü bir suçtur. Sayılan sıfatları taşımayan kimselerin usulsüz bir biçimde banka mensubu gibi davranması durumunda bankacılık zimmeti suçundan değil, somut olayın koşullarına göre dolandırıcılık veya başka bir suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkündür.

Suçun maddi konusunun görev nedeniyle zilyetliğinin devredil- mesi veya failin bunları koruma ve gözetimle yükümlü olması dav- ranışın ön şartıdır. Zilyetlik doğrudan zilyetlik biçiminde olabileceği gibi dolaylı zilyetlik biçiminde de olabilir. Zilyetlik ile failin görevi arasında bir bağ bulunması gerekli olup, bunun kanun, düzenleyici işlem veya banka iç düzenlemelerinden kaynaklanabilmesi mümkün- dür. Zilyetliğin devrinde, devre yetkili kişinin iradesinin herhangi bir surette fesada uğramamış olması gerekir. Failin, zilyetliğindeki para ve diğer malları mal edinmesi veya ancak malikin yapabileceği tasar- ruflardan herhangi birini yapması zimmete geçirmedir. Failin, kulları- rılan kredinin karşılığı olarak yeterli teminatı alması veya para, se- net veya malı sonradan iade etmesi suçun varlığını ortadan kaldırmaz. Bu yönüyle bankacılık zimmeti suçu; ani, neticesiz bir tehlike suçudur. TCK m. 247/3’tekine benzer bir hüküm, bankacılık zimmeti suçunda düzenlenmemiş olsa da malın devir amacının haricinde kalan kullan- ma fiilleri somut olayın özelliklerine göre aynı suç kapsamında değer- lendirilecektir. Mahiyetiyle uygun düştüğü ölçüde, bu suçla hukuka uygunluk nedenlerinin bağdaşabilmesi mümkündür.

Bankacılık zimmeti suçunun oluşabilmesi için genel kast yeterli olup, taksirli davranışla maddi konunun azalması, değer kaybetmesi ya da zayi olması gibi durumlarda suçun oluştuğundan bahsedilemez. Tıpkı diğer esaslı unsurlar gibi davranışın ön şartı üzerindeki hata, fa- ilin kastını ortadan kaldırır.

Neticesiz bir suç olmasına karşın, zimmete geçirme davranışının harekete bölünebildiği durumlarda suça teşebbüs mümkündür. Özel faillik niteliğini taşımayan; ancak suçu işlemek için malın zilyetliğinin görevinden dolayı bir banka çalışanına devredilmiş olmasından yararlanan kişilerin de bu suça iştirak edebileceği kabul edilmelidir. Bankacılık zimmeti suçunun sahte belge düzenlemek suretiyle işlenmesi durumunda, Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesi uygulama alanı bulmalıdır. Yine TCK m. 43/1 ve m. 43/2'deki zincirleme suç hükümlerinin bu suç yönünden uygulanabilmesi mümkündür.

Bankacılık Kanunu'nun 160/5. maddesindeki etkin pişmanlık hükmü uyarınca, yürütülen ceza muhakemesinin evresine göre gösterilen etkin pişmanlık dolayısıyla cezadan indirim oranı farklılık gösterebilmektedir. Etkin pişmanlığa konu iade veya ödeme, tam ve kendiliğinden olmalıdır. Bankacılık zimmeti suçuna mahkumiyete bağlı olarak ceza mahkemesince zararın tazminine ilişkin verilecek hüküm, 5271 sayılı CMK'ya istisna teşkil eden şahsi hakların yerine getirilmesi niteliğindedir. Bankacılık zimmeti suçunun soruşturulması ve kovuşturulması için bir muhakeme şartı öngörülmüş olup, BDDK veya TMSF tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı müracaatta bulunulması aranmıştır. Son olarak CMK'daki bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasında mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3 ve 4. fıkralarına yapılan atıfların, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 169'a göre bankacılık zimmeti suçuna olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- Antolisei Francesco, Manuale di Diritto Penale Parte Generale, Undicessima Edizione, Milano 1989.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2011.
- Bettiol Giuseppe/Mantovani Luciano Pettoello, Diritto Penale Parte Generale, Dodicesima Edizione, Padova 1986.
- Cadoppi Alberto/Veneziani Paolo, Elementi di Diritto Penale Parte Generale, Settima Edizione, Milano 2018.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, İstanbul 2017.
- Donay Süheyl, Bankacılık Ceza Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2007.

- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Cilt, 8. Baskı, İstanbul 1983.
- Erem Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, 1. Cilt, 9. Baskı, Ankara 1971.
- Erman Sahir/Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 1992.
- Fiandaca Giovanni/Musco Enzo, Diritto Penale Parte Generale, Seconda Edizione, Bologna 1989.
- Gianniti Francesco, L'Oggetto Materiale del Reato, Milano 1966.
- Güngör Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, 1. Baskı, Ankara 2007. (Fiil Üzerinde Hata)
- Güngör Devrim, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, 1. Baskı, Ankara 2009. (Şikâyet)
- Gürses Davut, Bankacılık Kanunu'na Göre Zimmet Suçu, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019. (Genel Hükümler)
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 8. Baskı, Ankara 2022. (Kişilere Karşı)
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2016. (Devlete Karşı)
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2016. (Topluma Karşı)
- İçel Kayıhan/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih Selami/Ünver Yener, İçel Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler Suçun Yapısal Unsurları Suçun Özel Oluşum Biçimleri 2. Kitap, 1. Baskı, İstanbul 1999.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2020.
- Manna Adelmo, Corso di Diritto Penale Parte Generale, Quarta Edizione, Milano 2017.
- Mantovani Ferrando, Diritto Penale Parte Generale, Seconda Edizione, Padova 1988.
- Okuyucu Ergün Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, 1. Baskı, Ankara 2008. (Zimmet Suçu)
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul 1992.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017.
- Özgenç İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2002. (Ekonomik Çıkar)
- Özgenç İzzet, Zimmet Suçu, 1. Baskı, Ankara 2009. (Zimmet)
- Ramacci Fabrizio, Corso di Diritto Penale, Quarta Edizione, Torino 2007.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2021.

- Toroslu Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, 1. Baskı, Ankara 1970.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. Baskı, Ankara 2020.
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 26. Baskı, Ankara 2021. (Genel Kısım)
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 11. Baskı, Ankara 2021. (Özel Kısım)
- Turabi Selami, *Zimmet Suçları*, 1. Baskı, Ankara 2012.
- Yiğit Uğur, *Bankacılık Suçları*, 1. Baskı, İstanbul 2006.

Makaleler ve Kitap Bölümleri

- Alacakaptan Uğur, "Genel Olarak ve Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, 1. Baskı, İstanbul 2004, ss. 25-44.
- Baba Yasemin, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 3, S. 9, Nisan 2012, ss. 253-280.
- Dönmezer Sulhi, "Ekonomik Suçlar", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 7, Y. 1985, ss. 19-30.
- Erman Sahir, "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. 2, S. 1-2, Y. 1947, ss. 235-276.
- Gökçen Ahmet, "Bankalar Kanunu'nda Düzenlenen Zimmet Suçu (4389 s.lı K. m. 22/3-4)", *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Ekim 2005, ss. 2665-2693.
- Güngör Devrim, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 67, S. 4, Güz 2009, ss. 23-29. (Zimmet Suçu)
- Hafizoğulları Zeki/Güngör Devrim, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 69, Y. 2007, ss. 21-50.
- İtişgen Rezzan, "Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, Y. 2013, ss. 639-672.
- Karakeya Hakan, "İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXVI, S. 1, Y. 2008, ss. 63-86.
- Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 2, Y. 2012, ss. 657-693.
- Okuyucu Ergün Güneş, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 82, Y. 2009, ss. 1-31. (Görevi Kötüye Kullanma)
- Okuyucu Ergün Güneş, "Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi", *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, C. 3, B. 1, İstanbul 2010, ss. 527-542. (Kamu Görevlisi)
- Özenbaş Nazmiye, "Türk Hukukunda Bankacılık Zimmeti Suçu", *International Conference on Eurasian Economies (1-3 July 2014, Skopje-Macedonia)*, Y. 2014, ss. 1-9.
- Özgen Eralp, "Bankalar Yasasında Yer Alan Adli Suç ve Cezalar", *Bankacılık Dergisi*, S. 39, Y. 2001, ss. 42-56.

Sözüer Adem, "Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 5, Y. 2005, ss. 166-191.

Sutherland Edwin H., "White-Collar Criminality", *American Sociological Review*, Vol. 5, No. 1, 1940, ss. 1-12.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E. 2010/116, K. 2011/118, 07.07.2011

Anayasa Mahkemesi, E. 2014/103, K. 2014/199, 25.12.2014

Yargıtay 5. CD., 3558/4186, 11.08.1959

Yargıtay 5. CD., E. 1975/320, K. 1975/407, 18.02.1975

Yargıtay 5. CD., 412/604, 26.02.1980

Yargıtay 5. CD., 3190/3530, 28.10.1980

Yargıtay 5. CD., 485/791, 16.03.1982

Yargıtay 5. CD., 250/553, 22.02.1983

Yargıtay 5. CD., 3295/4259, 09.12.1983

Yargıtay 5. CD., 5532/5610, 27.12.1985

Yargıtay 5. CD., 1983/1880, 15.04.1986

Yargıtay 5. CD., 273/69773, 03.12.1987

Yargıtay 5. CD., E. 1991/5125, K. 1992/405, 05.02.1992

Yargıtay 5. CD., E. 1990/5784, K. 1991/1019, 28.02.1991

Yargıtay 5. CD., E. 1994/452, K. 1994/827, 10.03.1994

Yargıtay 5. CD., E. 1996/801, K. 1996/1277, 16.04.1996

Yargıtay 5. CD., E. 1994/1880, K. 1994/2242, 30.06.1994

Yargıtay 5. CD., E. 1996/2268, K. 1996/2868, 17.09.1996

Yargıtay 5. CD., E. 1996/2931, K. 1996/3483, 17.10.1996

Yargıtay 5. CD., 2862/3834, 21.10.1998

Yargıtay 5. CD., E. 1999/84, K. 1999/1425, 14.04.1999

Yargıtay 5. CD., E. 2001/3907, K. 2002/1676, 18.03.2002

Yargıtay 5. CD., E. 2002/3973, K. 2003/3749, 12.06.2003

Yargıtay 5. CD., E. 2003/512, K. 2003/4045, 25.06.2003

Yargıtay 5. CD., E. 2002/1882, K. 2003/4337, 07.07.2003

Yargıtay 7. CD., E. 2004/3661, K. 2005/10299, 30.06.2005

Yargıtay 7. CD., 2005/5612/13846, 22.07.2005

Yargıtay 7. CD., 7443/16811, 23.07.2008

Yargıtay 7. CD., E. 2021/1268, K. 2022/15786, 08.11.2022

Yargıtay 7. CD., E. 2023/5976, K. 2023/4905, 18.05.2023

Yargıtay 11. CD., E. 1996/563, K. 1996/562, 13.05.1996

Yargıtay 11. CD., E. 1999/6819, K. 1999/8483, 06.12.1999

Yargıtay CGK., 227/344, 17.10.1983

Yargıtay CGK., 5-335/494, 26.10.1987

Yargıtay CGK., 5/27-82, 07.03.1988

Yargıtay CGK., 148/178, 21.06.1993

Yargıtay CGK., 5-146/7, 08.02.2005

Yargıtay CGK., E. 2004/11-158, K. 2005/58, 31.05.2005

Yargıtay CGK., E. 2019/396, K. 2022/734, 29.11.2022

İnternet Kaynakları

<http://www.kazanci.com>

<https://legalbank.net>

<https://www.lexpera.com.tr>

<http://www.tbmm.gov.tr>

**CEZA HUKUKUNDA YÖNTEM SORUNU
OLARAK “SUÇLARIN İÇTİMAI” TEŞEBBÜS
AŞAMASINDA KALMIŞ LEX SPECIALIS
İLE TAMAMLANMIŞ LEX GENERALISİN
BİRLEŞMESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME**
CONCURRENT CRIMES AS A METHODOLOGICAL ISSUE IN
CRIMINAL LAW AN EVALUATION ON THE CONCURRENCE OF
ATTEMPTED LEX SPECIALIS AND COMPLETED LEX GENERALIS

Bedirhan Erdem*

*Bu makale, 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş depreminde yitirdiğimiz
2017 Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mezunu Ege Okant'ın
aziz anısına armağan edilmiştir.*

Özet: Hukuk yöntembilimi, iki temel sorun üzerine kuruludur: Hukukun bulunması ve hukukun uygulanması. Ceza hukukunda “suçların içtimal”, bu ikinci sorun alanı içerisinde yer almaktadır. Bu kavram, aynı ceza uyumsuzluğunun çözümüne uygulanacak birden fazla ceza normunun nasıl birlikte uygulanacağına ilişkin sorunun da çözümünün de ifadesidir. Birden çok ceza normunun bir araya gelmesi sorununun, kusur ilkesi ve yasallık ilkesi çözecektir. Ayrıca hukuk yöntembilimine dair bu tartışmada, TMK'nın başlangıç hükümleri de dikkate alınacaktır. Bu yöntembilimsel tartışma, sınırlandırılmadığı zaman makale niteliğini kaybetme tehlikesini barındırır. Bu nedenle ceza hukukunda yöntem sorunu olarak “suçların içtimal” tartışması, *lex specialis* tanımladığı suçun teşebbüs aşamasında kalması ve aynı anda *lex generalis* tanımladığı suçun tamamlanması durumuna özgülenmiştir. Bu özgüleme, ceza hukukunda “görünüşte içtima” ve “fikri içtima” başlıkları altında çözümlenirken, beraberinde iki yeni sorun getirir. Bunlar, “tüketen-tüketilen norm ilişkisi”nin sahiden normlar arasında dışlama ilişkisini tesis edip etmediği ve TCK m. 43/1 c. 3'ün TCK m. 44'ün uygulanmasına engel oluşturup oluşturmadığıdır. Bu iki soru işaretini açığa kavuşturan yine yöntembilimsel ilkeler olacaktır.

Anahtar Kelimeler: İçtima, *lex specialis*, *lex generalis*, *lex consumens*, Kusur ilkesi, Yasallık ilkesi, Teşebbüs

* Doktora Öğrencisi, Berlin Humboldt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bedirhan.erdem@hu-berlin.de, ORCID: 0000-0002-8833-1757, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.06.2023, Kabul Tarihi: 30.10.2023

Abstract: The legal methodology is constructed upon two fundamental issues: finding the law and applying the law. The concurrence of crimes in criminal law pertains to the second issue. This term stands not only for the question “how the accumulating criminal norms can be applied for the solution of the legal problem at hand” but also stands for the answer to this question. It will be demonstrated within this article that the principles “*nulla poena extra culpam*” and “*nulla poena sine lege certa*” resolve the issue of applicability of concurrent criminal norms. In addition, the introductory provisions of the Turkish Civil Code, which shed light on the topic, will also be examined within this discussion concerning legal methodology. On a separate note, this methodological discussion has been limited not to exceed the scope of an article. Therefore, the discussion on the concurrence of crimes as a methodological issue in criminal law has been narrowed down to the issues of attempted *lex specialis* and completed *lex generalis*. These issues will be addressed under “pseudo-concurrence” and “ideal concurrence” titles. Consequently, these evaluations will introduce two new discussions: whether “*lex consumens derogat legi consumptae*” actually causes the relationship of exclusion between the norms and whether Art. 43/l s. 3 Turkish Penal Code constitutes an obstacle to the application of Art. 44 Turkish Penal Code. These discussions will be examined in light of methodological principles.

Keywords: Concurrence, *lex specialis*, *lex generalis*, *lex consumens*, The Guilt Principle, *Nulla Poena Sine Lege*, Attempt

GİRİŞ

Bu çalışmanın temel sorusu şudur: Özel ceza normunda (*lex specialis*) tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda (*lex generalis*) tanımlanan suçun tamamlandığı bir olayda ceza hukuku nasıl uygulanacaktır? Bu temel soru şu iki alt soruyla bağlantılı olarak sorulmaktadır: (i) Özel ceza normunun uygulanma alanı, teşebbüs normu ile genişletildiğinde de söz konusu iki ceza normu arasında özel-genel norm ilişkisi devam etmekte midir? (ii) Eğer bu iki norm arasında özel-genel norm ilişkisi devam etmiyorsa, bu iki ceza normu somut olaya nasıl uygulanacaktır? Bu sorular, özellikle iki olay grubu üzerinden tartışmaya açılacaktır: (i) Failin aynı mağdura karşı hem öldürme suçuna teşebbüs etmesi hem kasten yaralama suçunu işlemesi, (ii) Failin aynı mağdura karşı hem nitelikli cinsel saldırı¹ suçuna teşebbüs etmesi hem de cinsel saldırı suçunun temel biçimini işlemesi. İlk olay grubu, iki ayrı suç tipi arasındaki; ikinci olay grubu, temel suç

¹ Çalışma boyunca “nitelikli cinsel saldırı suçu”, yalnızca TCK m. 102/II’de düzenleme bulan “vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle” cinsel saldırı suçunu ifade etmektedir.

ile nitelikli suç tipi arasındaki ilişkinin incelenmesini gerektirmektedir. Aslında Türk ceza hukuku öğretisinde ikinci olay grubu “nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs olanaklı mıdır?” sorusu üzerinden tartışılmaktadır. Bu çalışma, öncelikle Türk ceza hukuku öğretisinin ikinci olay grubu yönünden yaptığı tartışmayı “teşebbüs” düzleminden “içtima” düzlemine taşımayı hedeflemektedir. Böylelikle bir yandan Türk ceza hukukunun uygulanması sırasında, hukuksal sorunun nitelendirilmesinde ortaya çıkan güncel sorunlar saptanırken diğer yandan ceza hukukunda suç tanımı öngören ceza normlarının bir araya gelmesinin çözümü (*suçların birleşmesi*) hukuk yöntembilimi içerisinde açığa kavuşturulacaktır.

Çalışma boyunca Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) yer alan “içtima” sözcüğünden kaçınılarak “birleşme” terimi kullanılacaktır. Bunun nedeni Arapça sözcüğü Türkçeleştirmek değildir. Nitekim “içtima”nın Türkçesi “toplanma”dır. Bu terim seçiminin nedeni, Türk ceza yasa koyucusunun, “*suçların içtimai*” başlığının altında salt olarak zincirleme suç ve fikri içtimayı kabul etmesidir. Yasa koyucuya göre, normların dışlayıcı yarışması, “görünüşte” bir içtimadır ve suçların içtiması başlığına ait değildir. Yine yasa koyucuya göre, suç öngören ceza normlarının birbirinden serbest ve bağımsız biçimde olaya uygulanmasını ifade eden “gerçek içtima” kuraldır ve suçların içtiması ondan ayrılır. Nitekim, Türk ceza hukuku öğretisinde çoğunluk görüşü, “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” (*quot crimina, tot poena*) ifadesinin ceza hukukunun temel ilkesi olduğunu ve suçların içtimasının bu ilkedan ayrıldığını savunmaktadır.²

² Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Adalet Yayınevi, s. 859; Büşra Sevdü Çubukçu, “Türk Ceza Hukuku’nda Görünüşte İçtima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, C. 14, S. 154, s. 1182; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017, Adalet Yayınevi, s. 604, 636 vd; Mahmut Koca, “Fikri İçtima”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2007, C. 2, S. 4, s. 197; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, s. 516; İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, s. 666; “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimai”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)*, 2014, C. 2, S. 1-2, s. 31; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, § 6 kn. 672, 675; Ali Rıza Töngür ve Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, Adalet Yayınevi, s. 336; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, s. 572. “Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” ifadesinin dilbilim ve yasama tekniği yönünden eleştirisi için bkz. Metin Feyzioğlu ve Devrim Güngör, Feyzioğlu Metin ve Devrim Güngör. “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142/4”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2007, C. 56, S. 1, s. 142. Fikri içtimanın, “kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç

Oysa içtima, yargıcın, yargılanacak uyuşmazlığa dair maddi sorunu net biçimde saptayıp ardından hukuki sorunun çözümüne geldiğinde, uygulayacağı birden çok suç tanımı öngören ceza normunu somut olaya nasıl uygulanacağına ilişkin bir yöntem sorunudur. Suç öngören ceza normlarının içtması, yargılanacak uyuşmazlıkta hukuksal sorunun çözümüne gelindiğinde normların bir araya gelmesi, toplanması sorunun yöntemsel ifadesidir.³ Bu yönden, normların dışlayıcı yarışmasında, “zaten uygulanacak ceza normu tekti” ya da “bir araya gelen birden çok norm yoktu; aksine tek norm söz konusuydu” demek veya “gerçek içtima” da “normlar birbirinden bağımsızca uygulandığı için bir toplama söz konusu değildi” demek, ceza hukukunun uygulanmasına ilişkin yöntem sorununu, hüküm sonrası, *ex-post* bakış açısıyla kavramak anlamına gelir. Oysa başlı başına bir yöntem ve yorum sorunu olan “içtima” yargıcın hukuku uygulayacağı ana gitmeyi, *ex-ante* bakış açısını şart koşar. Türk ceza yasa koyucusu, “içtima” terimini, *ex-post* değerlendirmeye kavramsallaştırmıştır. Yasa koyucunun düştüğü yöntemsel yanılğı nedeniyle bu çalışmada, üst başlık olarak “içtima” teriminden kaçınılmıştır. “İçtima”nın doğrudan çevirisi olan “toplanma” yerine “birleşme” teriminin kullanılmasının nedeni, “birleşmek” yüklemine semantik yönden zengin olmasıdır. Hem yöntemsel sorunu hem de sorunun çözüm yöntemini en net ifade eden ve bunları ortaklaştıran Türkçe sözcük “birleşme”dir.⁴

Yöntem sorunu olarak suçların birleşmesi, ceza uyuşmazlığının çözümü için suç tanımı öngören birden çok ceza normunun bir araya gelmesini ifade eder. Bu sorununun çözüm yöntemi olarak suçların birleşmesi, üç ayrı yöntemi ifade eder: (i) Bir araya gelen ceza normlarından birisinin diğerini dışladığı kabul edilerek uygulanacak normun “bir” (tek) duruma gelmesi (*normların dışlayıcı yarışması*),⁵ (ii) bir araya gelen

tane suç varsa o kadar ceza vardır” söylemine istisna olduğu yönündeki görüşün değerlendirilmesi için aşağıda bkz. dn. 14.

³ Tristian Barczak, “Normenkonkurrenz und Normenkollision”, Juristische Schulung (JuS), 2015 H. 11, s. 970.

⁴ “Birleşme” sözcüğü, sorun ile çözüm (soru ile yanıt) arasındaki hermeneutik dönüğün gösterilebilmesi için daha uygundur. Soru ile yanıt arasındaki hermeneutik dönüşüme ilişkin bkz. Hans-Georg Gadamer, *Gesammelte Werke 1, Hermeneutik I*, Tübingen 1990, Mohr Siebeck, s. 379 vd.

⁵ Adlandırmaya yönelik tartışma için bkz. Ruth Rissing-van Saan, “Vor § 52” un “§ 52 StGB” in Leipziger Kommentar StGB Online (LK-StGB) (De Gruyter Online-Datenbank), Vor § 52 Rn. 89; Detlev Sternberg-Lieben und Nikalous Bosch,

ceza normların cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında ortaklaştırılarak “birlik” durumuna gelmesi (*fikri içtima*), (iii) bir araya gelen normların birbirlerinden bağımsız ve serbest biçimde ayrı ayrı uygulanması için “toplam bütün” durumuna gelmesi (*gerçek içtima*). Bu üç yöntemden hangisinin yargıç tarafından seçilmesi gerektiği, suçların birleşmesinin temel, ilkesel dayanakları tarafından belirlenmektedir.⁶ Bu nedenle bu çalışmada, ilk önce suçların birleşmesinin temel dayanakları netleştirilecektir. Bu netlik, Türk ceza hukuku öğretisinde egemen olan görüşün aksine, suçların birleşmesinin temel dayanağının *ne bis in idem* ya da tek başına davranış birliği (*Handlungseinheit*) olmadığı; birleşmenin, çifte değerlendirme yasağından ve yasallık ilkesinin alt ilkesi olan belirlilik ilkesinden kaynaklandığı ortaya koyularak sağlanacaktır.

Suçların birleşmesinin temel dayanakları açıklandıktan sonra, çalışmanın başlangıç sorusu, önce normların dışlayıcı yarışması, sonra fikri içtima yönünden tartışmaya açılacaktır. Bu kapsam içerisinde, özellikle “normların dışlayıcı yarışması” başlığı altında, niçin “tüken-tüketilen norm ilişkisi”nin yerinin olmadığı açıklanacaktır. Buna ek olarak fikri içtimanın uygulanmasına TCK m. 43/I c. 3’te düzenlenen “aynı suç” varsayımının engel oluşturmayacağı, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1/I uyarınca ve Türk ceza hukukuna egemen yasallık ilkesi yönünden gerekçelendirilecektir.

I. SUÇLARIN BİRLEŞMESİNİN İKİ TEMEL DAYANAĞI

Suçların birleşmesi, aynı türden tipikliğin ya da farklı türden tipikliklerin birden çok kez gerçekleştirilmesi durumunda, gerçekleştirilen tüm tipikliklerin hukuk düzeninde ifade ettiği ihlal edicilik ve failin bu ihlal ediciliğin bütününe konu edinen kusuru ölçüsünde cezanın be-

“§§ 52-55 StGB (Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen)” in Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB), (München: Verlag C. H. Beck, 2019), Vor §52 Rn. 102; Ralf Eschelbach, “§ 52 (Tateinheit),” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021), Rn. 1; Mohamad El-Ghazi, El-Ghazi Mohamad, Revision der Konkurrenzlehre- Unrechts- und Schulddivergenzen zwischen Ideal- und Real-konkurrenz, Tübingen 2020, Mohr Siebeck, s. 142; Kayıhan İçel, Suçların İçtima, İstanbul 1972, İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 167; Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, C. 14, s. 36 dn. 1.

⁶ Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (AT), 2023, Nomos, § 33 Rn. 4.

lirlenmesi ve bireyselleştirilmesine hizmet eden hukuksal kurumdur⁷. Bu kurum, aynı fail tarafından gerçekleştirilen birden çok tipin varlığı halinde, kusur ve yasallık ilkesine uygun olarak ceza hukukunun uygulanmasını sağlar.⁸ Bu nedenle, suçların birleşmesine ilişkin kurallar, aynı TMK'nin başlangıç hükümlerinde öngörülen kurallar gibi yargıca yönelik yöntem normlarıdır. Fakat yöntem normları olmaları, “birleşme”nin salt yargılama hukukuna ait bir hukuksal kurum olduğu yanılığısına yol açmamalıdır. Türk ceza yasa koyucusu, bu yanılığa kapılarak, gerekçede, -fikri içtima için- “*ne bis in idem*” ilkesine göndermede bulunmuştur. Oysa, suçların birleşmesi en temelde çifte değerlendirme yasağına ve yargıçların kusur ve yasallık ilkesinden kaynaklanan, ceza normlarını belirlilik ilkesine uygun olarak uygulamak (tüketmek) yükümlülüğüne dayanır.⁹

Yargıç, cezayı belirlerken ve bireyselleştirirken, suça ilişkin bir olguyu, birden çok kez dikkate alamaz.¹⁰ Bu kusur ilkesinin gereği-

⁷ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 96, 115-116; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 2; Puppe, AT, § 33 Rn. 1; Ingeborg Puppe, “Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen-Eine Konkurrenzlehre 2.0”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 2020, H. 132, N. 1, s. 20.

⁸ El-Ghazi, Konkurrenz, 96; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 15. Ingeborg Puppe, “Vor § 52 StGB (Die allgemeinen Prinzipien der Konkurrenzlehre), und §52 StGB (Tateinheit),” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB) (Nomos, 2017), Vor § 52 Rn. 2 vd; Thomas Rönnau und Killian Wegner, “Grundwissen - Strafrecht: Konkurrenzen”, Juristische Schulung (JuS), 2021, N. 17, s. 18. Karş. Barczak, s. 971.

⁹ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 73; Bernd v. Heintschel-Heinegg, Beck'sche Online-Kommentar StGB (BeckOK-StGB) (München: C. H. Beck, 2022), §52 Rn. 4; Bernd v. Heintschel-Heinegg, “§§ 52-55 StGB (Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen),” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Vor §52 Rn. 15; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 2. Türk ceza hukukunda bu görüşün temsili için bkz. Fikri İctima (Suçların İctimai), Ankara 2013, Adalet Yayınevi, s. 66 vd. Rönnau/Wegner, çifte değerlendirme yasağı ve tüketme yükümlülüğüne ek olarak üçüncü dayanak olarak “fiil ceza hukuku sistemi”ni işaret etmektedir. Yazarlara göre, suçların birleşmesine ilişkin kurallar bütünü, yasa koyucunun ilkesel olarak kabul ettiği fiil esasına dayanan kusur ilkesinden sapamaz. Suçların birleşmesini konu edinen bir kuram, her bir fiil arasındaki sınırını net biçimde çizilmeli ve bu sınırlara göre her bir fiile denk düşen kusur ölçüsünde faili cezalandırma olanağı sunabilmelidir. Rönnau/Wegner, s. 18. Ayrıca aşağıda bkz. dn. 97. Yazarların görüşü isabetli olmakla birlikte, fiil ceza hukuku çifte değerlendirme yasağı ve tüketme yükümlülüğünden bağımsız bir dayanak oluşturmaz. Fiil ceza hukuku sistemi, çifte değerlendirme yasağına ve tüketme yükümlülüğüne hukukun geçerlilik kazandıran kusur ilkesine içkindir.

¹⁰ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 4, 5; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 16; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 2, 3; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102.

dir.¹¹ Diğer yandan yargıç, başkaca suç oluşturan, kusuru etkileyen ya da cezayı ağır kılacak olguları, sanık salt bundan başka daha ağır bir suç işledi diye keyfi biçimde göz ardı edemez.¹² Bu yasallık ilkesinin gereğidir.¹³ Bu yönden suçların birleşmesi, doğrudan doğruya, ne *von Liszt*'in sloganlaşmış “suç, fiil demektir; tek fiil varsa, aynı biçimde tek suç vardır”¹⁴ cümlesine ne de kesin hükmün yargı otoritesini anlatan “*ne bis in idem factum*” a dayanır.

¹¹ Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 3. Alman ceza hukuku öğretisinde, v. Heintschel-Heinegg, kusur ilkesinin, fiilin ihlal ediciliğini, kusuru oluşturan alan içerisinde sınırladığını ileri sürmektedir. Bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 6; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 17. Ölçülülük ilkesi yönünden değerlendirme için bkz. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102.

¹² v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 4, 6; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 17; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 2.

¹³ Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4.

¹⁴ Bu ifadenin tarihsel kökeni için bkz. Ingeborg Puppe, “Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz- Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatmehrheit i.S. der h.L.”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2007, N. 6, s. 254 dn. 3. Tarihsel olarak, aynı türden tipikliğin ya da farklı türden tipikliklerin birden çok kez gerçekleştirilmesi durumunda, hangi tipikliğe göre ceza verileceği sorunu iki uç anlayışı beraberinde getirmiştir. Karş. Rönnau/Wegner, s. 17. İlki -Türk öğretisindeki çoğunluk görüşün “temel prensip” olarak değerlendirildiği- “ne kadar suç o kadar ceza” ifadesinde kendini bulan yığılma (Kumulation) anlayışıdır. İkincisi, -Türk öğretisinin bu “temel prensip” olarak değerlendirdiği yaklaşıma istisna olarak kabul ettiği- “en ağır suçtan cezalandırılır” ifadesinde kendini bulan erime (Absorption) anlayışıdır. Türk öğretisi ilk yaklaşımı genel kural; ikinci yaklaşımı fikri içtimanın temelinde yatan ayrıksı kural olarak değerlendirmektedir. Yukarıda bkz. dn. 2. Oysa fikri içtimanın varlık koşulunu egeyen öğretinin “fiil tekliği”, daha doğru kavram seçimiyle davranış birliği (“davranış” sözcüğü için herkesten önce bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2021, Savaş Yayınevi, s. 133 vd) üzerinden aramasının altında yatan neden tam olarak “ne kadar suç, o kadar ceza” ifadesinin kendisidir. Karş. Nurullah Tekin, “Fikri İçtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansımaları”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2010, C. 5, S. 13, s. 169. Davranışın tek olmasından yola çıkan Türk öğretisi görüşü, fikri içtimayı, birden çok suç gerçekleştiren tek bir “fiil”le saptamaya çalışmakta ve tek bir suç tanımı öngören ceza normundan yaptırımı kabul etmektedir. Bu sayede, tam olarak tek davranış ile tek ceza arasındaki bağlantıyı kurabilme çabası içine girmektedir. Öğreti “istisna” olarak fikri içtimayı gösterse de aslında, “temel prensip” olarak adlandırıldığı, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve 20. yüzyıl Alman öğretisi görüşü uyarınca fikri içtima kurumunu anlamlandırmaktadır. İÇK gerekçesinde ve Türk öğretisinde çoğunluk görüşünün aksine von Liszt ve Mezger’de (bkz. Puppe, ZIS 2007, 254 dn. 3) ifadesini bulan bu “temel prensip” suçların birleşmesine egeyen genel-geçer bir ilke değildir. Bu, yalnızca yöntemsel bir yaklaşım türüdür. Bu nedenle suçların birleşmesinin başkaca yöntemlerle yorumlanmasının önünde hiçbir engel yoktur. Başkaca ceza hukukunun uygulanmasının sınırlarını çizen yasallık ilkesine ve kapsamını belirleyen kusur ilkesine aykırı “prensip”ler türetmek de anayasaya aykırı olacaktır.

Çifte Değerlendirme Yasağı: Suçların Birleşmesinin Temel Dayanağının *ne bis in idem* İlkesi Olduğu Görüşünün İsabetsizliği

Çifte değerlendirme yasağını, *ne bis in idem*in minyatür biçimi (*Miniaturform*) olarak değerlendiren¹⁵ ya da çifte değerlendirme yasağının *ne bis in idem*in maddi ceza hukukundaki uzantısı olduğunu savunan¹⁶ görüşler, suçların birleşmesi ile *ne bis in idem* arasında dolaylı bir ilişki kurmaktadır. Ancak *ne bis in idem*e başvuran Alman ve Türk ceza hukuku öğretisindeki bu görüşler isabetsizdir.¹⁷ Bu isabetsizlik üç ayrı şekilde gerekçelendirilebilir.

Birinci olarak, *ne bis in idem* yargılama makamının verdiği hükmün kesinleşmesine, o hükmün yargı otoritesine ilişkin sorunlara yönelik geliştirilen ve yalnızca normatif, değer odaklı gerekçelendirilebilen bir ilkedir.¹⁸ Çifte değerlendirme yasağının temeliyse, *ne bis in idem* ilkesindeki gibi, normatif ya da değer odaklı değildir. Bu yasağın, oldukça basit bir mantık kuralına dayanır.¹⁹ Bir varlığın koşul nedeni, o varlığın var ya da yok olarak nitelendirilmesine yarar; bu koşul nedenin kendisi o varlığı nicelemez. Çünkü bu koşul neden, o varlık var olduğu sürece o varlığın her bir zerresinde zaten var olmayı sürdürecektir. Bu zorunluluk nedeniyle, bu koşul neden, varlığın niceliğini saptayamaz, niceliğin saptanmasında yardımcı da olamaz. Bunu cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi yönünden değerlendirirsek, bir ceza aralığına başvurmak için koşul olan bir öge aynı anda o ceza aralığının içerisinde somut bir cezayı belirleyemez.²⁰ Çünkü

¹⁵ v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 16. Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 74.

¹⁶ Ne bis in ideme başvuran öğreti görüşlerin detaylı incelemesi için bkz. Christian Fahl, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, Berlin 1996, Duncker & Humblot, s. 20.

¹⁷ Alman ve Türk öğretilerindeki bu görüşün saptanması ve eleştirisi için Alman hukukunda herkesten önce bkz. Fahl, s. 20, Türk ceza hukukunda herkesten önce bkz. Göktürk, s. 70.

¹⁸ Luis Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft- Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015, Duncker & Humblot, s. 117 vd; Fahl, s. 21.

¹⁹ Stefan Maier, "§ 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung)," in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Rn. 530.

²⁰ Fahl, s. 27 vd. Karş. Ralf Eschelbach, "§ 46 (Grundsätze der Strafzumessung)," in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021), Rn. 205; Franz Streng, "§ 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung)," in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB) (Nomos, 2017), Rn. 125; Maier, MüKo-StGB §46 Rn. 530.

somut cezanın belirlenmesini sağlayan çerçeve, varlıksal olarak suçun o koşul unsuruna ilişkin ögeye bağlıdır ve somut ceza saptandığı anda, bu öge de kendiliğinden o saptamanın içerisinde bulunmak zorundadır.²¹

İkinci olarak, *ne bis in idem* sınırlarını çizen, kapsamını belirleyen *ubi non accusator, ibi non iudex* ilkesi gereği iddianamenin konusudur.²² Çifte değerlendirme yasağının kapsamını çizen, konusunu belirleyen ise suç tanımını öngören ceza normunun uygulanması için gereken koşul öğeleri dış dünyada gerçekleştiren en az (minimum) içeriğe sahip fiildir.²³ İlki, savcı tarafından bireyselleştirilmiş (ferdileştirilmiş) fiil iken; ikincisi, o suçu işleyecek herkes yönünden geçerli olan, yasa koyucunun belirlediği soyut fiil kalıbıdır.

Üçüncü olarak, *ne bis in idem* ilkesinin hukuken geçerliliği üç ayrı biçimde gerekçelendirilir: (i) (mahkûm edilenler yönünden) kusurluluğun devletin yargılama erkinin kurduğu hüküm ile tüketilmesi/söndürülmesi (itfa),²⁴ (ii) (aklananlar yönünden) yargılamaya katlanma yükümlülüğünün yerine getirilmesi sonucu kuşkunun tamamen sona erdirilip, o kimsenin eski durumuna getirilerek bir daha aynı kuşkuyla muhatap edilmemesi,²⁵ (iii) yargılama adaletinin sağlanması gereği olarak artık yargılananın bu kesin hükmün “isabetliliğine (doğruluğuna)” olur verdiğinin kabulü.²⁶ Temelini basit bir mantık kurulumunda bulan çifte değerlendirme yasağı, normatif olarak geçerliliğinin kaynağını ise doğrudan doğruya “kusur ilkesi”nde bulur.²⁷ *Ne bis in idem* geçerlilik nedenlerinden ilki, yani kusurluluğun hüküm ile söndürülmesi de esasen kusur ilkesine ilişkindir. Ancak *ne bis in idem* ile çifte değerlendirme yasağı, kusur ilkesinin iki ayrı işleviyle²⁸ geçerlilik kazanır. Devlete yönelik *ne bis in idem*le getirilen yasak, kusurun ceza

²¹ Streng, NK-StGB § 46, Rn. 125; Maier, MüKo-StGB §46 Rn. 530.

²² Greco, s. 407-408.

²³ Detaylı bilgi için aşağıda bkz. Başlık II. a.

²⁴ Greco, s. 371.

²⁵ Greco, s. 312 vd, 372.

²⁶ Greco, s. 251, 372.

²⁷ Mohamad El-Ghazi, “Der Anwendungsbereich des Doppelverwertungsverbot”, *JuristenZeitung (JZ)*, 2014, H. 69, N. 4, s. 182; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §46 Rn. 137.

²⁸ El-Ghazi, *JZ* 2014, s. 83; Michael Hettinger, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen*, Berlin 2015, Duncker & Humblot, s. 72-73.

"kurucu" işlevinden²⁹ (*nulla poena sine culpa*) türetilirken, çifte değerlendirme yasağı, kusurun cezayı "belirleyici ve sınırlayıcı işlevi"nden (*nulla poena extra culpam*) türetilir.³⁰ İlkinde, devlete "sanığı çoktan yargıladın ve hükmü verdin, artık onun kusuru yok!" denirken; ikincisinde, "sanık hakkında cezaya hükmederken suçun unsurlarına ilişkin onun lehine ve aleyhine olan ögeyi bir daha değerlendirip cezayı kusur ölçüsünden saptırma!" denilmektedir.

Bu üç gerekçe karşısında *ne bis in idem* ile çifte değerlendirme yasağı arasında bağlantı kurarak, suçların birleşmesinin temelini, dolaylı olarak *ne bis in idem* ilkesi olduğunu savunmak olanaklı değildir. Bir olasılık, Türk ceza hukuku öğretisindeki çoğunluk görüşü ve Türk ceza yasa koyucusu, *ne bis in idem*i Türkçe karşılığı olan "çifte yargılama ve cezalandırma yasağı" üzerinden değerlendirmiş ve "çifte değerlendirme yasağı"na adlandırma olarak benzediğini düşünmüş olabilir. Yalnızca bu konuda egemen öğreti görüşü ve Türk ceza yasa koyucusu kısmen de olsa haklıdır: Bu iki yasak arasındaki tek ama yalnızca tek benzerlik, adlandırmaların içerisinde "çifte" ve "yasak" sözcüklerinin bulunuyor olmasıdır.³¹

Çifte değerlendirme yasağı ile kusur ilkesinin bağlantısına detaylı bakıldığında, cezanın belirlenmesinde bir kez göz önüne alınıp değerlendirilen bir ögenin, ilk seferdeki bu değerlendirme sonucunda failin kusuruyla olan bağlantısını yitirdiği görülür.³² Hukuka aykırı ve kusurlu biçimde tipikliğin gerçekleştirilmesi, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde başvurulacak kusurluluğun özünü oluşturur.³³

²⁹ Kusur ilkesini anayasa hukuku yönünden detaylı biçimde tartışan Almanya Federal Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. BVerfGE 20, 323 (331); BVerfGE 25, 269 (285); BVerfGE 45, 228; BVerfGE 90, 173; BVerfGE 120, 241; BVerfGE 123, 413.

³⁰ *nulla poena sine culpa*, kusurun cezayı kurucu işlevine yönelikken, *nulla poena extra culpam*, kusurun cezayı belirleyen ve sınırlayan işlevine yöneliktir. El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 81, 86; Hettinger, s. 72-73.

³¹ Türkçe adlandırmalarında sözcüklerin kısmen aynı olmasından yola çıkarak, *ne bis in idem* ile çifte değerlendirme yasağının "aynı mantığın ürünü" ya da "benzer nitelikte" oldukları hakkındaki görüş için bkz. Erdal Yerdelen, "Çifte Değerlendirme Yasağı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 20, S. 2, s. 114-115; Irmak Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi, s. 160.

³² El-Ghazi, *JZ* 2014, s. 182; El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 91.

³³ El-Ghazi, *JZ* 2014, s. 182; El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 92; v. Heintschel-Heinegg, *BeckOK-StGB* §46 Rn. 137; Hettinger, s. 83. Özellikle yasa koyucu tarafından suçun yasal tanımının yapıldıktan sonra, yine yasa koyucu tarafından bir ceza ara-

İkinci seferde yeniden ele alınan bu öge, failin kusuruna uygun cezada eksikliğe ya da fazlalığa yola açar; çünkü o ögeye ikinci kez failin aleyhine ya da lehine bir etki tanınmış olur.³⁴ Bu da kusur ilkesinin apaçık ihlali olacaktır.

Tüketme Yükümlülüğü

Suçların birleşmesinin çifte değerlendirme yasağından sonraki temel dayanağı, kusur ilkesinden³⁵ ve yasallık ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesinden³⁶ kaynaklanan tüketme yükümlülüğü ya da kuralıdır.³⁷ Devletin yargılama erkine yönelen bu yükümlülük, yasa-

lığının belirlendiği düşünülürse bu ceza aralığının yasal tanıma denk düşen ihlal ediciliğin ve kusurluluğun soyut karşılığı olduğu anlaşılacaktır. Yasa koyucunun bu ön çalışması, sadece yasallık ilkesine değil; ayrıca kusur ilkesine de dayanır. Çünkü yasa koyucu tipik bir fiilin, farklı ihlal edicilik ve farklı kusur derecelerinde gerçekleştirilebileceğini gözeterek mutlak bir ceza öngörmekten kaçınmış ve bir aralık belirlemiştir. Bu konuda detaylı tartışma için bkz. Hettinger, s. 77 vd, 121. Yasa koyucunun belirlediği bu ceza aralığının, kusur ilkesine dayandığı savı, Türk ceza hukuku öğretisinde Toroslu tarafından şu iki saptamayla ileri sürülmüştür: (i) “(Cezanın) bireyselleştir(il)me(si) faaliyeti yasama aşamasından itibaren başlamakta, hatta bu durum ‘yasama bireyselleştirmesi’ olarak isimlendirilmektedir” (s. 148). (ii) “Cezaların bireyselleştirilmesi ilkesinin ortaya çıkışında iki önemli durum etkili olmuştur. Bunlar(dan ilki) sabit cezalardan belli sınırlar arasında belirlenmiş olan cezalara geçilmesi(dir)” (s. 149). Bkz. Haluk Toroslu, Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, Savaş Yayınevi. Çifte değerlendirme yasağının yargılama-yasama erkleri arasındaki iş bölümüne dayandığı yolundaki görüş ve bu görüşün değerlendirilmesi için bkz. Fahl, s. 22; El-Ghazi, JZ 2014, s. 180; Hettinger, s. 46 vd.

³⁴ El-Ghazi, JZ 2014, s. 182; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 92; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §46 Rn. 137.

³⁵ Tüketme yükümlülüğünü münhasıran kusur ilkesi temelinde gerekçelendiren görüş için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 80 vd.

³⁶ Tüketme yükümlülüğünü münhasıran yasallık ilkesi temelinde gerekçelendiren görüş için bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4-5. Puppe’nin görüşünün de kusur ilkesi temelinde kurulduğu yönündeki karşı görüş için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 98.

³⁷ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 4; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 17; Karl Lackner, Kristian Kühl und Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl/Heger-StGB) (München: Verlag C. H. Beck, 2023), Vor § 52 Rn. 28; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4. Tüketme yükümlülüğünün kaynağını ceza yargılamasına ilişkin ilkelerde bulan görüş için bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 4. Türk ceza hukuku öğretisinde Göktürk, “Ausschöpfungsgesbot” kavramını “haksızlık muhtevasının tüketilmesi” olarak Türkçeleştirmiştir. Bkz. Göktürk, s. 71. İlgili Türkçeleştirme, kavradığı normatif fenomeni tam olarak karşılayamamaktadır. Tüketmeye ilişkin yükümlülük, hem anayasal olarak ifadesini bulmuş yasallık ilkesinin hem kusur ilkesinin sonucudur. Tüketmenin konusunu fiilin salt ihlal edici içeriği (“haksızlık muhtevası”) değil, en geniş

manın cezalandırılmasını emrettiği fiillerin, yargılamanın keyfilğine ya da merhametine bırakılmasını önleyerek ceza adaletinin kusur ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlar.³⁸ Belirlilik ilkesi, sadece yasamadan açık ve seçik biçimde suç yaratmasını değil; yargılamadan da açık ve seçik biçimde yasanın hukukunu uygulamasını talep eder. Nitekim yasallık ilkesi özünde devletin tüm erklerine yönelen keyfiliğe yasağıdır (*Willkürverbot*).³⁹ Yargılama yönünden bu yükümlülüğün

ifadesiyle fiilin hukuk düzeninde bir bütün olarak ifade ettiği ihlal ediciliği ve failin, gerçekleştirdiği tipiklikler yönünden ifade ettiği ihlal edicilik ölçütündeki kusuru oluşturur. Sonuç olarak bu çalışmada, ikinci dayanak olarak Göktürk tarafından yapılan “haksızlık muhtevasının tüketilmesi” çevirisini kullanmak yerine, “belirlilik ilkesinin kaynak oluşturduğu tüketme yükümlülüğü” adlandırması kabul edilmektedir. Karş. Ingeborg Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen- Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung (Idealkonkurrenz), Berlin 1979, Duncker & Humblot, s. 318.

³⁸ Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 74.

³⁹ Giovanni Biaggini, Verfassung und Richterrecht-verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel 1991, Helbing und Lichtenhahn Verlag, s. 287. Karş. Bernd Schünemann, Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, Berlin 1978, De Gruyter, s. 3; Walter Kargl, Strafrecht, Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzmäßigkeit, Frankfurt am Main 2018, Nomos Verlag, Rn. 337; Roland Schmitz, “§ 1 StGB (Keine Strafe Ohne Gesetz),” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band I, (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Rn. 5. Ayrıca bkz. Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik”, *Kadir Has Hukuk Fakültesi Dergisi (KHASHFD)*, 2022, C. 10, S. 1, s. 137. “Yasallık” fikri, aydınlanmayla birlikte kamu yararını ön plana koyan düşüncenin genel sonucudur. Bu düşünce “sözleşmecilik kuramı” olarak da bilinir. Bu düşünceye göre devletin ortak iyiyi (allgemeine Beste) hedeflemesi yasayla olanaklıdır. Çünkü ortak iyiyi belirleyen genel iradenin biçim kazanmış hali, yasanın ta kendisidir. Yurttaşların barış ve güven ortamında haklarından yararlanması yasalar aracılığıyla sağlanabilir. Tekin Akıllıoğlu Akıllıoğlu Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1991, C. 24, S. 2, s. 16. Bu düşünce doğru dan doğruya ceza hukukuna etki ederek, yasallık tartışmasını suçlar ve cezalar yönünden başlatması tesadüf değildir. Çünkü 17. ve 18. yüzyılda bünyesinde fazlaca eksiklik barındıran ceza yasaları, keyfi suç ve cezalandırmaların önünü açmış ve bu keyfiliğe, kişilerin yargıçtan yargıca değişen değer yargılarıyla cezalandırılmasına neden olmuştur. Tikel (salt yargıca ait) değer yargısının tümel (yasayla ortaya konmuş) değer yargısıyla yer değiştirmesi (ikamesi) ancak yasallık ilkesiyle gerçekleşmiştir. Öyle ki, suçların ve cezaların yasallığına ilişkin ilk görüşler, (Montesquie, Beccaria, Grolman, Feuerbach) en katı biçimiyle, yani yargıcın “yorum yapma yasağı”nı da kapsayarak, doğmuştur. Bu katı görüş ancak doğumundan tam yüz yıl sonra yargıcı salt atılma otomati (düzeneği) (Subsumtionsautomat) olarak gördüğü gerekçesiyle eleştirilebilmiştir. Regina Ogorek, Richterkönig oder Sumbsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986, Vittorio Klostermann, s. 38, 41, 47-49. Karş. Benjamin Vogel, “Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*,

pozitif dayanağı, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 230/I-c ve TCK m. 61/I, X'dur.

Alman öğretisinde bir görüş, isabetli biçimde, bu kavrama hukukun genel ilkesi olan "kimse kendi kusurunda yararlanamaz" özdeyişinin de kaynaklık ettiğini ileri sürmektedir.⁴⁰ En nihayetinde, tüketme yükümlülüğü kavramı, yargıcın tüketici biçimde somut olayda suç oluşturan fiillerin tümünü inceleyip hüküm fıkrasında ve hükmün gerekçesinde göstermesi gereğine işaret eder.⁴¹ Böylece suçun işlenişinde faile yüklenebilen her bir kusur bütünüyle göz önüne alınmış olacaktır.⁴² Alman ceza hukukunda egemen görüş, tüketme yükümlülüğünü, "fikri içtimanın açıklığa kavuşturma işlevi" (*Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz*) olarak da dile getirmektedir.⁴³

Belirlilik ilkesinin kaynaklık ettiği tüketme yükümlülüğü uyarınca, yargıç, mahkûmiyet hükmü aracılığıyla, birden çok yasa hükmünün koşullarını yerine getiren, yani birden çok tipe uygun fiilin, hukuk düzenindeki ihlal ediciliğini⁴⁴ ve failin kusurunu tüketici biçimde or-

2016, H. 128, N. 1, s. 140. Çağdaş Kara Avrupası hukukunda suç ve cezada yasallık ilkesi, olağanüstü dönemlerde dahi sınırlandırılmayacağı için insan onurunun korunmasına ilişkin temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Kargl, W.: *Strafrecht, Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, Nomos, Frankfurt am Main* 2018, Rn. 288, 335. Suç ve cezada yasallık ilkesinin bu nedenle temel hak benzeri olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Schmitz, MüKo-StGB, §1 Rn. 2.

⁴⁰ Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 4; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4.

⁴¹ Puppe, *Idealkonkurrenz*, s. 356.

⁴² El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 97, 116; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 17; Puppe, *Idealkonkurrenz*, s. 19-20.

⁴³ Çünkü hukuksal soruna fikri içtima uygulandığı zaman, normların yarışmasına kıyasla, hükmün gerekçesinde, yargılamanın konusunu oluşturan olayın hukuk düzeninde ifade ettiği ihlal eksiksiz biçimde açıklığa kavuşabilmektedir. Aynı biçimde failin kusuru, fikri içtimayla, yasa koyucunun iradesi uyarınca tüketici biçimde ortaya koyulabilmektedir. El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 74, Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 1; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 27; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 28; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 4; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 6; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 90, § 52 Rn. 3. Aksi yönde karşı. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102, § 52 Rn. 2. Karşı. Göktürk, s. 75. Puppe, bu adlandırmanın Alman ceza hukuku öğretisinde ilkin Schröder tarafından yapıldığını ileri sürmüştür. Puppe, *Idealkonkurrenz*, 356, dn. 2. Açıklığa kavuşturma işlevinin, adil yargılanma hakkı ile ilişkisi için bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 7; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 6.

⁴⁴ Ceza kanununa göre failin gerçekleştirdiği tipiklik sonucunda ceza normuyla korunan hukuksal varlığa yapılan hukuka aykırı saldırının hukuk düzenindeki ifa-

taya koymalıdır.⁴⁵ "Soyut ifade etmek gerekirse, ceza hukuku uyarınca yapılan bir değerlendirmede, A-ihlal ediciliği, bunu gerçekleştiren fail aynı anda A-ihlal ediciliğinden daha ağır B-ihlal ediciliğini de gerçekleştirdiği için göz ardı edilemez. A+B ihlal ediciliği tek başına, B ihlal ediciliği A'dan büyüktür

desi, Türk ceza hukuku öğretisinde, Almanca "Unrecht" adlandırmasının doğru-
dan çevirisi olan "haksızlık" adlandırması kullanılarak kavramsallaştırılmaktadır
(bkz. Akbulut, s. 528; Hakeri, 310; Koca/Üzülmez, s. 267; Özgenç, s. 174; Öztürk/
Erdem, § 6 kn. 242; Töngür/Çetintürk, s. 117; Demirbaş, 286; Veli Özer Özbek,
Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara
2022, Seçkin Yayınları, s. 282. Türkçe, "haklılık" ya da "haksızlık" sözcükleri, failin
gerçekleştirdiği fiile yapılan bir göndermeden daha çok, failin o fiili gerçekleştiren
bir hakka (Eingriffsrecht) sahip olup olmamasını çağrıştırmaktadır. Bu da me-
deni hukuktaki subjektif hukuka aykırılık kuramına benzer bir tanıma yol açarak
doğrudan doğruya faile göndermede bulunmaktadır. Faile göndermede bulunan
"haksızlık" adlandırması, "tipik fiilin, ceza normuyla korunan hukuksal varlığa
gerçekleştirdiği hukuka aykırı saldırının hukuk düzenindeki ifadesi"ni kavram-
sallaştırmak için yetersizdir. Çünkü bu tanım için bulunması gereken kavram, fiil
ceza hukukuna uygun olarak doğrudan doğruya fiile ve fiilin etkileşime girdiği
çevreye göndermede bulunmalıdır. Bu gerekçelerle, çalışmada, İtalyan ceza hu-
kuku öğretisinde, fiil ceza hukuku ve hukuksal varlık kuramı odağında geliştiri-
len, anayasal ilke "Il principio di offensività"dan yola çıkarak "ihlal edicilik"
kavramı kullanılmaktadır. İlkeye ilişkin detaylı açıklama için Donini, Massimo
Donini, "Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi euro-
pei," in Diritto Penale Contemporaneo Rivista trimestrale 4, (2013): 16. Massimo
Donini, "Das Offensivitätsprinzip. Von der italienischen Strafrechtswissenschaft
zu europäischen Programmen." in Beiträge zur italienischen Strafrechts- und Krimi-
nalpolitik, herausgegeben von Thomas Vormbaum, LIT Verlag, 2015; Vittorio
Manes, Manes Vittorio, "Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur
Rechtsgutlehre", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 2002,
H. 114, N. 3, s. 720-34. Türk ceza hukuku öğretisinde "ihlal edicilik" kavramının
kullanımına ilişkin herkesten önce bkz. Katoğlu, KHASHFD, 140 vd.

⁴⁵ BGHSt 39, 100 (108). v. Heintschel-Heinegg, "tüketme"nin yargıç tarafından değil,
mahkûmiyet hükmü tarafından sağlandığını ileri sürmektedir. Buna göre, tüket-
me, yargıcın faaliyetinden ziyade yargıcın kurduğu hükmün sonucudur. Bkz. v.
Heintschel-Heinegg BeckOK-StGB §52 Rn. 4; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB
Vor §52 Rn. 27. Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 76. Yazar burada, "kesin hükmün
yargı otoritesinden kaynaklanan suçu ve suçluluğu söndürme, tüketme işlevi"
(Schuldtilgungsfunktion der materiellen Rechtskraft) ile tüketme yükümlülüğünü
(Ausschöpfungsgebot) birbirine karıştırmaktadır. Kesin hükmün yargı otorite-
si, kamu davasının içerisindeki malzeme tam anlamıyla tüketilmiş olsun ya da
olmasın iddianamenin sınırları içerisinde bu işlevini yerine getirir. Greco, s. 371
vd., 700. Oysa tüketme yükümlülüğü, belirlilik ilkesinin yargıca yüklediği bir
görevdir ve erkler ayrılığı ile doğrudan bağlantı içerisinde. Yargıca yüklenen
yükümlülük yönünden ayrıca bkz. Puppe, Idealkonkurrenz, s. 318. v. Heintschel-
Heinegg'in savı şu şekilde anlaşılabilir: Ceza davasıyla yargılama makamının
huzuruna taşınan suç iddialarının tümü göz önüne alındığında, mahkûmiyet
hükmü, iddianameye konu olan fiilin hukuk düzeninde yarattığı ihlalin ve failin
kusurunun eksiksiz ifadesi olmalıdır. Benzer yorum için bkz. Rissing-van Saan,
LK-StGB § 52 Rn. 3.

diye, B ihlal ediciliğinin içerisinde erimez."⁴⁶ Sonuç olarak, belirlilik ilkesinin yargılama erkine getirdiği bu yükümlülüğün net olarak ifadesi şudur: "Keyfi yorum ilkeleriyle, işlenmiş olan suçu görmezden gelme! Başlangıçta sorduğumuz soruya dönersek, "öldürmeye teşebbüs, yaralamayı; tamamlanan temel suç, nitelikli suça teşebbüsü *dışlar, tüketir, içerir*" gibi genel geçer deyişlere dayanarak⁴⁷ somut olayda fiilin ihlal ediciliğinin kuvvetini arttıran,⁴⁸ failin kusurunu ağırlaştırıcı olguları, dahası başkaca işlenen suçları yok sayma! Aksi takdirde hem yasallık hem kusur ilkesini çiğnersin."⁴⁹

Ara Sonuç

Birleşme kurumunun temeli, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğüne dayanır. Çifte değerlendirme yasağı, yargılama erkine, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, tek ve aynı olgu ya da olayı birden çok kez değerlendirmemeyi emrederken; tüketme yükümlülüğü, yargılama erkine, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, gerçekleştirilen tipikliklerde aynı unsur bulunsa dahi, fail tarafından gerçekleştirilen ihlal ediciliğin ve bu ihlal ediciliği konu edinen kusurun eksiksiz biçimde ortaya koyulmasını emreder.⁵⁰ Yasa koyucu, Türk ceza yasasında "fikri içtima" kurumunu düzenlemiş (TCK m. 44) ve ancak normların dışlayıcı yarışmasına (görünüşte içtima), birleşik suç düzenlemesi (TCK m. 42) dışında, genel-geçer bir kural öngörmemiştir.⁵¹

Ceza hukukunda normların dışlayıcı yarışmasına başvurulduğu durumlarda, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü uyum içerisinde. Nitekim Alman ceza hukukundan Türk ceza hukukuna aktarılan "*görünüşte içtima söz konusuysa fikri içtima uygulan-*

⁴⁶ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 75.

⁴⁷ Başka türden bir yaklaşım örneği olarak, "öldürmeye teşebbüs, kasten yaralamayı tüketerek dışlar; nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs, tamamlanmış cinsel saldırıyı dışlar; çünkü ona göre özeldir" için bkz. Göktürk, s. 248 ve 252. Alman ceza hukuku öğretisinde, aynı yaklaşım örneklerinin saptanması için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 165-166. Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Başlık. III. B.

⁴⁸ İhlal ediciliğin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi yönünden derecelendirilebilir, "az" ya da "çok" biçiminde nicel kılınabilir olduğu konusundaki detaylı tartışma için bkz. Hettinger, s. 111-117.

⁴⁹ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 86, 115. Ayrıca bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 4.

⁵⁰ Puppe, AT, § 33 Rn. 4.

⁵¹ Eleştiri için aşağıda bkz. dn. 115.

maz” kuralının⁵² temelinde yatan da tam olarak bu uyumdur. Çünkü normların dışlayıcı yarışmasında, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü arasında ilkesel bir çekişme (ihtilaf) yaşanmaz. Yargılama erki bu durumda çifte değerlendirme yasağına uyduğu anda tüketme yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmaktadır. Bu uyum nedeniyle, dışlayıcı yarışmayı bir yasa kuralına bağlamak gerekmemiştir.

Bu iki ilke arasında çekişme olduğu durumlar için yasa koyucu fikri içtima hükmünü düzenlemiştir.⁵³ Ne zaman, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü çekişme durumuna geçer;⁵⁴ yani, yasağa uymak yükümlülüğü çiğnemek; yükümlülüğe uymak da yasağı çiğnemek anlamına gelirse, yargıç yasallık ve kusur ilkesine uygun olarak ceza hukukunu uygulayabilmek için “fikri içtima” kuralına başvuracaktır.⁵⁵ Bu yönden fikri içtima hem açıklığa kavuşturma hem uyumlaştırma/düzeltilme işlevine sahiptir.⁵⁶ Bu sonuçlar gereği, çalışmanın girişinde sorulan sorunun yanıtı, önce normların dışlayıcı yarışması sonra fikri içtima yönünden ele alınacaktır. Ancak hem dışlayıcı yarışma hem fikri içtima yönünden soru tektir.⁵⁷ Yargıç ceza hukukunu nasıl uygularsa kusur ve yasallık ilkesi uyarınca çifte değerlendirme yasağını ve/veya tüketme yükümlülüğünü çiğnememiş olur?⁵⁸

⁵² Alman hukuku: El-Ghazi, Konkurrenz, s. 74; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 21; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor § 52 Rn. 62 vd, 77 vd; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 24, 30; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 313 vd; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 8, 49 vd; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 2, 90; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 5, 102, 137 vd. Türk hukuku: Akbulut, s. 890-891; Çubukçu, Terazi HD 2019, s. 1183; Koca/Üzülmez, s. 562; Özgenç, s. 732 vd; Öztürk/Erdem, § 6 kn. 701; Töngür/Çetintürk, s. 355; Demirbaş, s. 572; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 591.

⁵³ Karş. Puppe, Idealkonkurrenz, s. 321.

⁵⁴ Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 76 vd; Puppe, AT, § 33 Rn. 6.

⁵⁵ Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 298, 305; Puppe, AT, § 33 Rn. 6; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 320; Puppe, NK-StGB Vor § 52, Rn. 6-8; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 5 vd.

⁵⁶ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 79, 96, 298, 305.

⁵⁷ Karş. Puppe, AT, § 33 Rn. 4.

⁵⁸ Gerçek içtimada, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü arasında bir çekişme olmamakta; yargıç doğrudan doğruya tüketme yükümlülüğüne uymaktadır. Çünkü her bir suçun her bir ögesi -hiçbiri birbiriyle kesişmeksizin- ihlal edicilik ve kusur yönünden dikkate alınmasını gerektirmektedir. Karş. Puppe, AT, § 33 Rn. 1. Türk ceza hukukunda, gerçek içtima yoluyla suçların birleşmesine yönelik detaylı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine 5275 sayılı İnfaz Kanunu’nda m. 99’da koşullu salıvermeyle bağlantılı olarak cezaların toplanmasına ilişkin düzenleme mevcuttur.

II. "GÖRÜNÜŞTE İÇTİMA": CEZA NORMLARI ARASINDAKİ DİŞLAMA İLİŞKİSİ

Ceza hukukunda "görünüşte içtima" dendiğinde anlaşılması gereken normların dışlayıcı yarışmadır.⁵⁹ Dışlayıcı işlev sonucu, dışlanan norm ne hükmün gerekçesinde ne cezanın belirlenmesinde ve bireyselleştirilmesinde karşımıza çıkar.⁶⁰ Bu mantığın gereğidir. Mantıktaki işlem-kaplam ilişkisi düşünüldüğünde, dışlanan norm, dışlayan normun işleminde bulunmaktadır.⁶¹ Normatif olarak bunun anlamı

⁵⁹ Ulrich Klug, "Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 1956, H. 68, N. 3, s. 399-400; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102. Türk ceza hukuku öğretisinde "sadece 'davranış birliği'nde, normların yarışmasının olanaklı olduğu, davranış çokluğunda kural olarak yarışmanın söz konusu olamayacağı ancak ayrık hallerde yarışmadan söz edilebileceği" görüşü ağırlıktadır. Bu görüşün detayları için bkz. Göktürk, 74, 132; Erkan Sarıtaş, "Cezalandırılmayan Önceki Hareketler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S. 2, dn. 10. Aksi yönde bkz. İçel, 62. Alman ceza hukuku öğretisinde ise aksi yöndeki görüş (davranış birliğinde de çokluğunda da dışlayıcı yarışmanın olanaklı olduğu görüşü) egemendir: Bu görüşün savunucuları için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 147 dn. 38. Bu görüş için ayrıca bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 89, 92; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 147-149; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102.

⁶⁰ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 7; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 355. Tamamen aksi yönde bkz. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 103, 137 vd. Kısmen aksi yönde bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 95.

⁶¹ Dışlanan normun, dışlayan normun işlemine olması, içerme ilişkisi (Einschlussverhältnis/Subordination) olarak da adlandırılabilir (Klug, ZStW 68 (1956), 400). Özel-genel norm ilişkisi yönünden bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 9; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 35. Klug'un yaklaşımının genel değerlendirmesi için bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 93. Türk ceza hukuku öğretisinde İçel, normların dışlayıcı yarışmasının şu durumu belirttiğini ifade etmektedir: "Fiille ilgili birden çok ceza normu bulunmasına rağmen, bunlardan sadece birinin fiilin hukuka aykırılığını kapsama yönünden yeterli olması durumu" (İçel, s. 167). Bu ifade, normların dışlayıcı yarışmasını mantık ve zorunluluk alanından, değer biçici keyfiliğe taşımaktadır. Bir fiilin hukuk düzenindeki ihlal ediciliğini kapsamak yönünden yeterli olan normu ceza yasasında saptamak, belirlilik ilkesi gereğince yargıcın arzusuna bırakılmış değildir. Belirlilik ilkesi gereği, sadece devletin yasama erkinin değil, yargılama erkinin de belirginleştirme ödevi vardır. Bu konuda ayrıca bkz. BVerfGE 126, 170 (198). Lothar Kuhlen, "Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot", FS Otto, 2007, Carl Heymann Verlag, s. 94, 100; Frank Saliger, "Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik," Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2011, H. 6, N. 11, s. 904. Bu nedenle ceza hukukunun uygulanmasında, normlar arasındaki dışlayıcılığın saptanmasında yargısal keyfiliğe yol açacak herhangi bir görüş, yasallık ilkesini görmezden gelmek olacaktır. Bu nedenle, İçel'in tanımı yerinde değildir. Bununla birlikte, normların birbirini dışlamasını sağlayan yorum faaliyeti olduğu ve bu yorum

şudur: Dışlayan normda tanımlanan suçun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan ihlal ve failin kusurluluğu yönünden, dışlanan normda ek olarak gözetilmesi gereken hiçbir öge yoktur.⁶² Bu mantık ilişkisi, bizi, dışlayıcı işleve; dışlayıcı işlev de bizi, yalnızca dışlayan normun somut olayda altlanacağı kabulüne götürür.⁶³ Dolayısıyla, ceza hukukunun uygulanması sırasında, çifte değerlendirme yasağına uymak tüketme yükümlülüğüne aykırılık oluşturmayacaktır.⁶⁴ Ceza hukukunun uygulanması sırasında normlar arasında kurulan dışlayıcı ilişkinin temelini çifte değerlendirme yasağı olduğu anlaşıldığında, yalnızca özel-genel norm arasında kurulan ilişkinin tam anlamıyla dışlama ilişkisi olduğu görülecektir.⁶⁵ Çünkü ögelerinin gerçekleşmesi, bir başka normun (N1) ögelerinin gerçekleşmesine tek yönlü biçimde zorunlu olarak bağlanan norm (N2), bu diğer normla (N1) kurduğu ilişkide tam olarak dışlanabilecektir.⁶⁶

İki normun ögelerinin gerçekleşmesi sırasında ortaya çıkan zorunlu bağlılık, çifte değerlendirme yasağının temelindeki mantıksal kuralın da işletilmesini sağlar ve bunun sonucunda dışlanan olarak

faaliyetinde normların koruma amacının (hukuksal varlık) dikkate alınabileceği kuşkusuzdur. Karş. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102, Klug, ZStW 68 (1956), s. 413. Fakat bunun sınırını TMK m. 1/1 ve ceza hukukuna egemen yasallık ilkesi çizer.

⁶² Puppe, Idealkonkurrenz, s. 355; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 288.

⁶³ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 2; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 8.

⁶⁴ v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8. Burada bir konuya da kısaca değinmekte yarar var. Dışlamadan anlaşılması gereken, bir normun hukuk düzeninden dışarı atılması ya da yürürlükten kaldırılması değildir. Normların yarışması, Honig’in çoktan belirttiği üzere “aynı yaşam olayı bu iki yasa kuralına altlanabiliyor olduğu zaman” söz konusudur. “Dışlama”, yürürlükte olan o normun gerçekleşmesinin, somut olayda altlanıp sonuca bağlanmasının engellenmesidir. Nitekim yöntemsel sorun olarak suçların birleşmesi, hukukun bulunması değil; hukukun uygulanmasına ilişkindir. Sonuç olarak, normların yarışması yönünden dışlama ilişkisi, her zaman dışlayan norm ile dışlanan norm arasında ve somut olay ölçütünde kurulur. Tek başına, ilgili normların hukuk düzenindeki yürürlüklerini ifade etmez. Ayrıca, dışlama ilişkisi, ilgili suçların tanımı öngören ceza normlarında saptadığımız tipiklikler arasında değil; bu tipikliklerin gerçekleştirilmeleri (Tatbestandsverwirklichungen) arasında kurulur. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 12; Ingeborg Puppe, “Was ist Gesetzeskonkurrenz?”, Juristische Schulung (JuS), 2016, N. 11, s. 963, 969.

⁶⁵ Puppe, Idealkonkurrenz, s. 355; Puppe, JuS 2016, s. 963.

⁶⁶ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 9. Aynı yönde El-Ghazi, Konkurrenz, s. 176-177, 180; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 8. Ayrıca bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 9; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 35.

adlandırdığımız genel norm, halihazırda dışlayan olarak adlandırdığımız özel normun içerisinde gerçekleşmiş olur.⁶⁷ Bununla birlikte Alman ve Türk ceza hukuku öğretisinde,⁶⁸ tüketen-tüketilen norm ilişkisinin de dışlayıcı bir ilişki olduğu yönündeki görüş egemendir. Ancak

⁶⁷ Bu çalışmada savunulan normların gerçekleştirilmelerinde zorunlu ya da gerekli bağlılık ölçütü yerine soyut olarak salt ögelerin tam örtüşmesi ve öge fazlalığı ölçütünü esas alan görüş, özel-genel normun saptanmasında egemen görüştür. Bkz. Alman hukuku: Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 25; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 98; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 105. Tanım hakkındaki detaylı tartışma için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 156 vd. Türk hukuku: Akbulut, s. 891; Çubukçu, *Terazi HD* 2019, s. 1184; Hakeri, s. 649; Koca/Üzülmez, s. 562; İçel, *Görünüşte İctima*, s. 37, 40; Özgenç, s. 732-733; Öztürk/Erdem, § 6 kn. 702; Töngür/Çetintürk, s. 356; Demirbaş, s. 573. Dışlayıcılığın, özel-genel norm ilişkisinde saptanması için münhasıran kavramsal özdeşlik arayan “öğelerin tam örtüşmesi ve ek bir öge gerekliliği” görüşüne katılmak olanaklı değildir. Çünkü bu görüş mantıksal işlem-kaplam ilişkisini, sadece ama sadece kavramsal aynılık, daha doğru ifadesiyle semantik özdeşlik üzerine kurmaktadır. Semantik özdeşlik, ilk basamakta, bir kuralın uygulanmasını sağlayan koşul ögelerin (a1, b1, c1), diğer kuralın uygulanmasını sağlayan koşul ögelerle (a2, b2, c2) özdeş olmasını (a1=a2=A, b1=b2=B, c1=c2=C), tam olarak çakışmasını arar. Bu arayış, hukuk yöntembiliminde genel geçer ilke olan *lex specialis derogat legi generali*yi, yalnızca ama yalnızca yasallık ilkesinin katı biçimde egemen olduğu ceza hukukunda bir anlam ifade etmesi sonucuna götürür. Böylesi bir arayış, daha doğrusu bu biçimsellik, hukukun diğer dallarında işlevsiz kalmaya mahkumdur. Çünkü hiçbir hukuk dalında, devletin yasama erkinin ceza hukukunda olduğu gibi somut yaşam olayına uygulanacak soyut kuralı her bir koşul ögesine kadar titizlikle tanımlama yükümlülüğü yoktur. Bir diğer yandan semantik özdeşlik arayışı, anlamsal olarak aynılığı tipikliğin unsurlarında özdeşlik üzerinden arayarak dilbilimsel olarak büyük bir yanılığa düşmektedir. Bir koşul ögenin (a1) diğer koşul öge (a2) ile anlamlarının aynı olabilmesi için mutlaka aynı isimde (A) birleşmeleri (a1=a2=A) gerekmez. Hiç kuşkusuz uygun bir bağlam içerisinde farklı isimler aynı anlamda birleşebilir. “Konya” ile “Kırşehir” isim olarak farklıdır; ancak “İç Anadolu Bölgesi” bağlamında “o bölgenin ili” olmalarında aynılışırlar. Bu gerekçelerle, mantıksal işlem-kaplam ilişkisini, biçimsel semantik özdeşliğe daraltarak özel-genel norm ilişkisini “dilin rastlantısallığı”na terk eden görüş benimsenemez. Aynı yönde detaylı eleştiri için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 169 vd; Puppe, *Idealkonkurrenz*, s. 178 vd; Puppe, *ZStW* 132 (2020), s. 5 vd. Karş. Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, München 2021, C. H. Beck, s. 32. Türk ceza hukuku öğretisinde “zorunlu bağlılık” ölçütüne yaklaşan görüşler için bkz. Özbeke/Doğan/Bacaksız, s. 591-592; Toroslu/Toroslu, s. 92-93.

⁶⁸ Alman hukuku: RGSt 59, 325; RGSt 60, 122; BGHSt 11, 15; BGHSt 28, 1; BGH JZ 1977, 23. Egemen görüş olduğu yönündeki saptamalar için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, 223; Eschelbach, *SSW-StGB*, § 52 Rn. 21; v. Heintschel-Heinegg, *BeckOK-StGB* §52 Rn. 14; v. Heintschel-Heinegg, *MüKo-StGB Vor* §52 Rn. 31 vd.; Sternberg-Lieben/Bosch, *Sch/Sch-StGB Vor* §52 Rn. 104; Rissing-van Saan, *LK-StGB Vor* § 52 Rn. 92 vd; Lackner/Kühl/Heger-StGB, *Vor* § 52 Rn. 27. Türk hukuku: Akbulut, s. 893 vd; Çubukçu, *Terazi HD* 2019, s. 1186; Hakeri, s. 653 vd; Koca/Üzülmez, s. 516; İçel, *Görünüşte İctima*, s. 38, 43; Özgenç, s. 666; Öztürk/Erdem, § 6 kn. 672, 675; Töngür/Çetintürk, s. 336; Demirbaş, s. 572.

çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen ve mantıksal dışlama sonucuna götüren özel-genel norm ilişkisini kuran zorunluluk bağı, “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” adı altında yeni bir dışlama ilişkisine genişletmeye çalışmak ceza hukuku dogmatiği açısından sorunludur.⁶⁹

Mantıksal Zorunluluk Bağı “Değer” Kavramı ile Genişletilebilir mi?: “Tüketen-Tüketilen Norm İlişkisi” Sorunu Üzerine Kısa Bir Değerlendirme

Tüketen-tüketilen norm ilişkisinin, özel-genel norm ilişkisi gibi dışlayıcı bir ilişki olduğu savı, Alman ceza hukuku öğretisinde son olarak v. Heintschel-Heinegg’in çalışmalarında, Türk ceza hukuku öğretisinde ise son olarak Sarıtaş’ın çalışmasında en net ve kesin ifadesini bulmuştur. v. Heintschel-Heinegg’e göre, “özel-genel ilişkisi mantıksal; tüketen-tüketilen ilişkisi değer biçici dışlama”dır.⁷⁰ Benzer yönde, Sarıtaş’a göre, tüketen-tüketilen norm ilişkisinde, dışlanan (tüketilen) norm, “normatif ve sosyal anlamda müştereken tek bir değersizlik yargısına konu olduğu diğer fil karşısında geri çekilme”ktedir.⁷¹ Her ne kadar iki yazar da tüketen-tüketilen ilişkisinin dışlayıcılığını “değer” kavramı üzerinden kabul etse de ikisinin bu dışlayıcılık ilişkisine bağladığı etkiler birbirine hiç benzememektedir. v. Heintschel-Heinegg, ancak ve ancak daha ağır suçun görüntüsüne uygun düştüğü sürece tam olarak bir normun diğerini tüketerek dışlayacağını; aksi takdirde tüketmeden söz edilemeyeceğini kabul etmektedir.⁷² Sarıtaş, “failin, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebeple, iddianamede sevk maddesi olarak gösterilen normlar nedeniyle cezalandırulamaması halinde, iddianamede yer verilen önceki hareketlerden dolayı cezalandırılması”nın söz konusu olabileceğini ileri

⁶⁹ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 8; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 355. Aksi yönde bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 7 vd.; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 31 vd.; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102 vd.; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 89 vd. Tartışmanın detaylı olarak değerlendirmesi için bkz. Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 28. Tek ilkenin (özel-genel) yeterliliği ile çok ilkenin (özel-genel, tüketen-tüketilen, asıl-ikincil) zorunluluğu arasındaki Türk ceza hukuku öğretisi tartışması için ayrıca bkz. İçel, s. 176-177.

⁷⁰ Bkz. Bernd v. Heintschel-Heinegg, “Zur Abgrenzung von Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit,” Juristische Arbeitsblätter (JA), 2009, N. 5, s. 392; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 49.

⁷¹ Bkz. Sarıtaş, s. 627.

⁷² v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, s. 392; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §8 Rn. 8, 14; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 50.

sürmektedir.⁷³ Aslında, Türk ceza hukukunda *Sarıtaş*'ın bu yaklaşımı, çok öncesinde, Yargıtay'ın, "görünüşte içtima durumunda fail(in), sadece daha ağır sonuç doğuran suçtan; suçlardan birisi için cezalandırma koşulu gerçekleşmediğinde ise diğer suçtan dolayı cezalandırılacağı(a)" karar vermesiyle kendini göstermiştir.⁷⁴ *Sarıtaş*'ın "ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep" ifadesinin genişliği⁷⁵ ve Yargıtay'ın normların dışlayıcı yarışmasının hukuk dogmatikindeki temelini açıkça yadsıması bir kenara, bu yaklaşım, beraberinde getirdiği çok temel bir soruya yanıt vermek zorundadır: Fail, fiilin hukuk düzenindeki ihlal ediciliğini tek başına tüketerek (dışlayarak) ifade ettiği kabul edilen ceza normundan cezalandırılmadığı için, nasıl tüketilen (dışlanan) ceza normu faili cezalandırmak için diriltilebilmektedir?⁷⁶ Fiil ceza hukukunun egemen olduğu herhangi bir ceza hukuku sisteminde, failin hangi normdan cezalandırılacağına *ex-ante* belirli olması zorunludur; bir fiilin suç tanımını öngören hangi ceza normundan cezalandırılabileceğini, sırf ceza yaptırımının uygulanabilirliği üzerinden *ex-post* değerlendirmeye tabi tutmak, fiil ceza hukuku sistemiyle bağdaşmaz.⁷⁷

⁷³ *Sarıtaş*, s. 650.

⁷⁴ Yargıtay 9. CD., E. 2015/8610 K. 2015/6770 T. 22.10.2015; Yargıtay 10. CD., E. 2014/10229 K. 2015/308 T. 23.1.2015; Yargıtay 10. CD., E. 2011/10006 K. 2015/37 T. 13.1.2015. Yargıtay'ın ilgili ifadesinin eleştirisi için aşağıda bkz. dn. 77.

⁷⁵ Yazara göre (*Sarıtaş*, s. 636), ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebepler, "kusur yeteneğini kaldıran bir sebebin var olması, kaçınılmaz haksızlık hatasına düşmüş olması, cezasızlık sonucunu doğuran bir mazeret sebebinin söz konusu olması, objektif cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmemesi- yahut şahsi cezasızlık sebebinin veya cezayı kaldıran şahsi sebebin söz konusu olması hallerinden biri"dir. Yazar, çalışmasında, yargılama koşullarına (muahakeme şartı) ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır. Ancak, sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmamasına neden olacak herhangi bir yargılama koşulu nedeniyle de dışlananın dirileceği görüşü, yazara başvurularak savunulabilir.

⁷⁶ "Dışlananın dirilmesi" (Wiederaufleben) konusunda bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 96. Dışlananın dirilmesinin "dışlayıcılık" sonucuna uygun olmayacağı konusunda bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 50 vd.

⁷⁷ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 144. Ayrıca yukarıda bkz. dn. 9. "Görünüşte içtima" kavramı ile "tüketilenin (dışlananın) dirilebilirliği" görüşü birbiriyle çelişir. Nitekim, *Sarıtaş*, çalışmasının giriş kısmında (Başlık B), "görünüşte içtima" üzerinden tüketen-tüketilen norm ilişkisini anlatırken, yalnızca "görünüşte" birden çok uygulanabilir normdan söz etmektedir (s. 627-628). Ancak çalışmasında, (sonraki davranışa dair) suç tanımını öngören ceza normunun kurala ilişkin koşul olgularını gerçekleştirmiş ancak normun yaptırım kısmının uygulanması için gereken koşul olgular gerçekleşmemişse; (önceki davranışa dair) suç tanımını öngören ceza normunun kurala ilişkin koşul olgularının gerçekleştiğini kabul etmektedir (s. 635-636, 650). Ceza mahkemelerinin kararlarının olgulara ilişkin tespitinin *ex-tunc* etkili olduğunu düşünersek, yazar, aslında birbirinden ayrı iki normun kurala

ilişkin koşul olgularının birbirinden bağımsız ve hiç de “görünüşte” olmaksızın gerçekleştiğini örtülü olarak kabul etmektedir. Buna ek olarak, bir yandan “haksızlığın diğer haksızlık içinde eridiği” savıyla “görünüşte ictima” savunulurken diğer yandan “dışlananın dirilebilirliği” savunulamaz. Bir fiil ihlal ediciyse ona karşılık gelen yaptırım uygulanmasa da hukuk düzeninde ihlal edici olmaya devam edecektir. Sarıtaş, tüketen-tüketilen norm ilişkisindeki dışlayıcılığı, hukuksal varlık kuramına başvurarak “değersizlik yargısının ‘tek’ olması (ve hukuksal değer ihlali bağlantısı)” gerekçesiyle açıklamaktadır (s. 625-626). Ancak bunun sonucu olarak, yazar, kendi savunduğunun aksine, dışlama sonucuna varmak için “cezalandırılabilirlik engeli olmaması”na dair koşulu aramamalıdır. Zira hukuk düzeninde, yazarın ifadesiyle “değersizlik” ya da “hukuksal değer ihlali bağlantısı”, tipik fiil hukuka aykırı olarak gerçekleştiği anda varlık kazanır. Eğer, yine de dışlayıcılık için “cezalandırılabilirlik engeli olmaması” koşulunda ısrar edilecekse, dışlayıcılık ilişkisine ulaşılması için hukuksal varlık kuramından yola çıkılamaz. Türk ceza hukukunda tüketen-tüketilen norm ilişkisinin bir görünümü olarak “cezalandırılmayan önceki ya da sonraki hareket” (die straflose Vor- bzw. Nachtat) görüşü yerinde değildir. Bu görüş, hukuk düzeninde gerçekleştirilen iki ayrı ihlal arasında tam bir örtüşme, özdeşlik (Identität) olmaksızın, sadece fiiller arasında, onların hukuksal anlamda sonuçları (aynı hukuksal varlığın çiğnenmesi) üzerinden kısmi (parçalı) benzerlik (Teilidentität) kurarak dışlama ilişkisini savunmaktadır. İlgili eleştirinin kaynağı için bkz. Puppe, ZIS 2007, s. 255. Örneğin, Sarıtaş, cezalandırılmayan önceki davranış örneği olarak, ilkin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu, sonrasında aynı mağdura karşı nitelikli cinsel istismar suçunu işlemeyi öne sürmekte (s. 634); cezalandırılmayan sonraki davranış örneği olarak, ilkin hırsızlık suçunu, ikincisinde mala zarar verme suçunu öne sürmektedir (s. 647). Yazara göre, ilk örnekte, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu; ikincisinde de mala zarar verme suçu dışlanandır. İlk örnekte, ilgili iki suç açısından tek benzerlik, mağdurun cinsel özgürlüğünün (özerkliğinin) çiğnenmesi; ikinci örnekte ise malvarlığına yönelik saldırının olmasıdır. Ancak aslında, bu benzerlikler de tam olarak özdeş değildir. Cinsel istismar suçunu tanımlayan ceza normu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu tanımlayan ceza normu, cinsel özgürlüğün (özerkliğinin) bambaşka cephelerden (negatif cinsel özerlik-pozitif cinsel özerlik) saldırıya uğramasının engellenmesine ve bu özerkliğe yüklenen bambaşka işlevlerin gerçekleştirilmesine yöneliktir. Aynı biçimde hırsızlık suçu ile mala zarar verme suçu yönünden de malvarlığına saldırı bambaşka yönlerden (zilyetlik-malın maddesel işlevselliği) bambaşka biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki dogmatik gerekçelendirme için aşağıda bkz. dn. 118. Tüketen-tüketilen norm ilişkisinin bir görünümü olarak “cezalandırılmayan önceki ya da sonraki hareket” (die straflose Vor- bzw. Nachtat) görüşü, salt fail öncesinde ya da sonrasında daha ağır ceza gerektiren bir suç işlediği için, suçlar arasında aynı hukuksal varlığı çiğnedikleri gerekçesiyle parçalı bir benzerlik kurarak, hukuk düzenindeki bir ihlali hiç gerçekleşmemiş saymaktadır. Bu tekniğin keyfiliğini bir kenara bırakırsak, ihlal ediciliğin varlığını failin alacağı ceza yönünden ya da ceza politikası yönünden değerlendirmek, (i) fiil ceza hukuku sistemi ile bağdaşmaz. Çünkü kusurun konusu, ihlal ediciliktir ve cezayı belirleyecek kusur, ex-ante ihlal edicilik üzerinden kurlur, tam tersi değil. Ayrıca bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 144; Puppe, ZIS 2007, s. 255; Puppe, ZStW 132 (2020), s. 19. (ii) Tüketme yükümlülüğüne aykırıdır. Hiç kimse daha fazla kusurlu olduğu için bu fazla kusurluluğuna dayanarak kendi lehine sonuç çıkaramaz. Aksi durumda farklı olanlara farklı muamele yapmamızı emreden eşitlik ilkesi çiğnenmiş olur. (iii) Yasallık ilkesine aykırıdır. Çünkü

Öncelikle “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” gerekçe gösterilerek varılmak istenen dışlama ilişkisi, çifte değerlendirme yasağının sonucu olarak ele aldığımız normların dışlayıcı yarışması içinde değerlendirilemez.⁷⁸ Örneğin bir kimsenin, konutta ya da salt hırsızlık suçunu işlerken ya da işledikten sonra mala zarar verme suçunu da işlediği olayda, bu hırsızlığın, mala zarar verme suçunu tüketerek, onun gerçekleşmesini engellediğini savunan görüş,⁷⁹ verdiği örneği çifte değerlendirme yasağı temelinde açıklayamaz. Öncelikle hırsızlık suçu ile mala zarar verme suçu öğelerinin gerçekleştirilmeleri arasında zorunluluk bağı bulunmamaktadır. “Hırsızlık suçunun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan ihlal ve failin kusurluluğu yönünden mala zarar verme suçunda ek olarak göze alınmasını gerektiren herhangi bir öğenin olmadığı” da ileri sürülemez. Dahası bu öğeleri gerçekleştiren fiillerin ifade ettiği ihlal edicilik ve failin her bir fiil yönünden kusuru, birbiriyle örtüşen, denkleşen yapıya da sahip değildir.⁸⁰ Bu iki norm yönünden ne işlem-kaplam ilişkisinden ne öğeler arasındaki zorunluluk bağundan söz edilebilir.⁸¹ Sonuç olarak, tüketen-tüketilen norm ilişkisi kavramı altında söz edilen “dışlayıcılığın”, çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen mantıksal dışlayıcılıkla uzaktan yakından ilgisi yoktur. Nitekim bu konuya *v. Heintschel-Heinegg*'in de katıldığı

yasa koyucu, ihlal edicilik yönünden parçalı bir benzerliğin kurulduğu anlarda kusur ilkesine uygun biçimde cezanın nasıl belirleneceğine yönelik politik değerlendirmesini TCK m. 44'te yapmıştır. Bu değerlendirmenin dışına çıkmak için yine yasaya başvurmak gerekir. Bir kuram, tek başına buna olanak tanıyamaz. Bu eleştirinin dayanağı için ayrıca bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 1, 7; Puppe, ZIS 2007, s. 256.

⁷⁸ Fahl, s. 326; karşı. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 21a.

⁷⁹ Alman hukuku yönünden bu görüşün savunucuları için bkz. Fahl, s. 287; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 125, Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 102 vd; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 233 dn. 512'de söz edilen yazarlar. Türk hukukunda bu görüşü savunanlar için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 593, Sarıtaş, s. 647 ve dn. 159'de saptanan yazarlar. Unutulmamalıdır ki, TCK m. 142/IV'te “hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla ... mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı ... kovuşturma yapılabilmesi” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, ilgili suçlar yönünden dışlayıcı yarışmaya başvurma olanağını ortadan kaldırmaktadır. TCK m. 142/IV hakkında Türk ceza hukuku öğretisindeki yorumlar için bkz. Begüm Datlı, Türk Ceza Kanunu'nda Hırsızlık Suçu, Ankara 2020, Adalet Yayınevi, s. 151 vd. TCK m. 142/IV'ün eleştirisi için bkz. Feyzioğlu/ Güngör, 142 vd.

⁸⁰ Karş. Puppe, ZStW 132 (2020), s. 7.

⁸¹ Tüketen-tüketilen norm ilişkisini anlamlandırmak için mantık ilkelerine başvurulamayacağının kesin olarak saptanması için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 224.

öğreti görüşü, Alman ceza hukukunda dikkat çekmektedir.⁸² Bu görüşe göre, tüketen-tüketilen norm arasındaki dışlama ilişkisi, kendi dayanağını, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde⁸³ geçerli olan “suçun olağan görüntüsünün engelleyici etkisi” (*Sperrwirkung des Regeltatbilds*) kuralında bulur.⁸⁴ Bu görüşe göre, bir suç işlenirken, o suçun suçbilimsel (kriminolojik) olarak normal, “olağan”, kural olarak nitelendirilebilecek yaygın görüntüsüne uygun gerçekleşen fiil sonucunda faile hak ettiğiinden daha fazla bir ceza verilmemelidir.⁸⁵ “Suçun olağan görüntüsü”, suçun gerçekleşmesi için zorunlu olan öğelerden başkaca istatistiksel olarak o suçun işlenişinde sıklıkla rastlanan ya da suç görüngübilimi (*kriminalphänomenologie*) uyarınca olağan olarak değerlendirilebilen olgu ya da olaylardır.⁸⁶ Yöntembilimsel olarak çifte değerlendirme yasağının örnekseme yoluyla (kıyasen) bu olay grubuna uygulandığı düşünülse de⁸⁷ Alman ceza hukuku öğretisinin savunduğu “suçun olağan görüntüsünün engelleyici etkisi” ile yasada düzenlenen “çifte değerlendirme yasağı” (§ 46 Abs. 3 StGB) arasında hiçbir benzerlik yoktur.⁸⁸ Çünkü ceza hukuku dogmatğinde, çifte değerlendirme yasağının kapsamını, suç tanımı öngören ceza normunun uygulanması için gereken öğeleri dış dünyada gerçekleştiren en az (minimum) içeriğe sahip fiil belirler. Bu en az içerik, fail tarafından suç tanımında öngörülmeven davranış ve sonuçlarla arttırılmış, fazlaştırılmışsa artık arttırılan, fazladan gerçekleştirilen kısım için çifte

⁸² Fahl, 299; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 25. Ayrıca bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 230.

⁸³ Bunun aksine, hukuksal varlık kuramı temelinde bu dışlayıcılık ilişkisinin açıklanmasının olanaksızlığına yönelik değerlendirmeler için yukarıda bkz. dn. 77.

⁸⁴ Fahl, s. 294; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 25; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 126. Bu görüş hakkında ayrıca bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 229; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 21, 28.

⁸⁵ Fahl, s. 303 vd.; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 25. Ayrıca bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 208.

⁸⁶ Fahl, s. 303. Karş. Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 208. Bu konuda Alman ceza hukukundaki temel tartışmaların detaylı incelenmesi için herkesten önce bkz. Emine Kabak Yüce, Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi, İzmir 2022, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 294 vd.

⁸⁷ Bu konudaki tartışma için bkz. Fahl, s. 77 vd. Alman Federal Mahkemesinin verdiği kararlarda bu konuyu kesin bir sonuca bağlayamadığı yönündeki saptama için bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 208.

⁸⁸ El-Ghazi, JZ 2014, s. 184; Fahl, s. 94. Ayrıca bkz. BGH NStZ 1991, 33 (349), ilgili karar için bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 21a.

değerlendirme yasağı uygulanma alanı bulmaz.⁸⁹ Çifte değerlendirme yasağının kapsamı, fail kim olursa olsun, o suçun oluşması için özdeş olarak gerçekleşecek fiil içeriğidir.⁹⁰ Bu fiil içeriğinin dışına taşan kısım için çifte değerlendirme yasağından söz edilemez. Oysa, suçun olağan görüntüsü, fiilin her fail tarafından gerçekleştirilen tipe uygun en az içeriğine ilişkin değildir; fiilin istatistiki olarak birçok fail tarafından gerçekleştirilen -ve bu nedenle olağan görüntü olarak nitelendirilen-aşkın (fazla, artık) kısma ilişkindir. Bu kısım çifte değerlendirme yasağının kapsamının dışındadır. Bu değerlendirmelerin tümü TCK m. 61/III yönünden de geçerlidir. Bu nedenle Türk hukukunda “suçun olağan görüntüsünün engelleyici etkisi” görüşüne başvurulamaz.

Çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen ve mantıksal dışlama sonucuna götüren özel-genel norm ilişkisi ile suçun olağan görüntüsünün engelleyici etkisiyle gerekçelendiren ve değer biçici dışlama sonucuna götüren tüketen-tüketilen norm ilişkisi ayrımı son derece yaratıcı bir ayırmadır. Ancak bu ayırım isabetli değildir. Çünkü “suçun olağan görüntüsü” görüşüne dayanarak tüketen-tüketilen norm arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışmak, hukuksal kesinlik ilkesine ve yasallık ilkesi gereği yargılama erkine yüklenen belirginleştirme yükümlülüğüne⁹¹ aykırıdır.⁹² Bu aykırılık konutta hırsızlık ve mala zarar verme suçu yönünden tüketen-tüketilen ilişkisini reddeden Alman Federal Mahkemesi kararının aşağıdaki gerekçesinde doğrudan doğruya tartışılmıştır:

Tüketme ilişkisine dayalı öğretinin uygulanabilmesi için suç tanımını öngören ceza normları arasında yapılacak “değer biçici karşılaştırma, nihai biçimde iki basamaklı bir incelemeyi gerektirir. Öncelikle ilk basamakta kendi somut biçiminde mala zarar verme suçunun konutta

⁸⁹ Fahl, s. 94, 96. Aksi yöndeki Alman Federal Mahkemesi kararlarının saptanması için bkz. Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 205. Federal Mahkemesinin aksi yöndeki kararlarının isabetli eleştirisi için bkz. El-Ghazi, JZ 2014, s. 184-185; Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 206. Örneğin nitelikli cinsel saldırının tamamlanması için mağdurun vücut boşluğuna organ ya da başka cismin girmesi yeterlidir. Ayrıca fail, mağdurun vücut boşluğuna boşalarak semenini bırakmışsa, çifte değerlendirme yasağı gerekçe gösterilerek, somut olaydaki “boşalma” olgusunun failin aleyhine değerlendirilemeyeceği savunulamaz. İlgili örnek için bkz. Fahl, s. 83.

⁹⁰ El-Ghazi, JZ 2014, s. 185; Eschelbach, SSW-StGB, § 46 Rn. 206.

⁹¹ Yukarıda bkz. dn. 61.

⁹² Bu görüşün yarattığı belirsizliğin temel gerekçesinin “suçun olağan görüntüsüne uygunluk” değerlendirmesinin herhangi bir ölçüte bağlanamaması olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 21a.

hırsızlık suçu için olağan olup olmadığı saptanacaktır. Eğer olağansa, ikinci basamakta, kendi özel ihlal edici içeriğinde somut olaydaki mala zarar verme suçunun, somut olaydaki konutta hırsızlık suçundan ayrı biçimde kendini gösterip göstermediği saptanacaktır. İkili değerlendirme gerektiren bu yaklaşım, hukuksal kesinlik ve hukuksal açıklık gereksinmelerini tam olarak karşılayamayacak bir belirsizliği beraberinde getirir. Bu da benzer olarak değerlendirilebilecek olay gruplarında, hukukun yeknesak ve öngörülebilir biçimde uygulanmasını zora sokar.”

Öncelikle, hangi kapsamda, genel olarak, mala zarar vermenin, konut dokunulmazlığının ihlali yönünden ‘olağan’ olduğunun saptanması gerektiği belirsizdir. Fail, cebren konuta girişi sağlamış ve cebir nedeniyle kapıyı ve pencereleri maddesel olarak kayba uğratmışsa, bu durumda tek başına mala zarar verme suçunun konut dokunulmazlığının ihlali suçu bakımından ‘olağan’ olarak gerçekleştiği sonucuna varılıp varılamayacağı sorunludur. (Eğer bu sonuca varılırsa) Konuta giriş engelini doğrudan doğruya ortadan kaldırma amacını taşımayan alarm sistemine, kameralara ya da başkaca güvenlik ekipmanlarına zarar vermek ve yok etmek veya konuta giriş yaptıktan sonra konut içerisinde hırsızlık için arayış sırasında mala zarar vermek de aynı biçimde, konutta hırsızlığa olağan olarak eşlik eden suç (görüntüleri) olarak değerlendirilebilir. İlk basamakta mala zarar verme suçunu, konutta hırsızlık suçunun olağan görüntüsüne uygun olduğu için konutta hırsızlık suçuna eşlik eden suç olarak belirlemek, herhangi bir somut olayda bu suçları tanımlayan normların muhataplarını öngöremeyecekleri derecede zor bir değer biçme sürecine tabi kılar. Bu belirsizlikler, somut olayda olağan olarak değerlendirilen mala zarar verme suçunun, somut olaydaki konutta hırsızlık suçunun ihlal edici içeriği tarafından kapsanıp kapsamadığının incelenmesine gelindiğinde daha da artar. Çünkü, (ikinci basamakta) tekrarlanan bu değerlendirmeyi yapmak için hangi (objektif) ölçütlere başvurulacağı da (ilk basamaktaki gibi) belirsizdir.”⁹³

Bu kararlar beraber, tüketen-tüketilen ilişkisinin “değer biçici” dışlama kavramı altında yorumcudan yorumcuya değişkenlik gösteren ve salt ceza yargıçlarına daha az emek harcatmayı hedefleyen bir teknik olduğunu itiraf etmek gerekir.⁹⁴ Zira bu tekniğe, ne mantık kurallarıyla bir temel bulunabilmekte ne hukuk kurallarıyla geçerlilik kazandırılabilmektedir.⁹⁵ Öyleyse, tüketen-tüketilen norm ilişkisine atfedilen dışla-

⁹³ BGH, v 27.11.2018 – 2 StR 481/17, para. 28, 29 ve 30.

⁹⁴ Karş. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 144 vd. Ceza hukuku dışındaki hukuk dallarında, “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” adı altında bir dışlayıcı yarışma olduğunu savunan egemen öğretiyi görüşüne rastlanmadığına yönelik değerlendirme için bkz. Barczak, s. 974.

⁹⁵ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 296; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 145.

yıcılık işlevinde, haklılık (meşruluk) açığı vardır.⁹⁶ Ceza hukukunda, yasal ilkesine ve ilgili tekniğin hukuk düzeninde yarattığı belirsizliklere rağmen, bu keyfiliği haklı kılmak için çifte değerlendirme yasağını genişletmeye veya yeni kuramlarla karmaşaya yol açmaya gerek yoktur. Puppe'nin ifadesiyle "... fail ceza hukukuna değil de fiil ceza hukukuna sahip olduğumuz sürece, yargıç(lar), suç teşkil eden fiilleri saymak ve fiil odaklı olarak cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi için değerlendirmede bütünlüğü sağlamak, yani, failin kaç suç işlediği ve işlediği suçların değerinin ne olduğu konusunu açığa kavuşturmak görevinden caydırılmaz."⁹⁷

Çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen ve mantıksal dışlama sonucuna götüren özel-genel norm ilişkisine başvurulmadığı durumlarda, Türk ceza yasası koyucusu çifte değerlendirme yasağı ve belirlilik ilkesinden doğan yargılama erkine yönelik tüketme yükümlülüğüne uygun hüküm kurulabilmesi için fikri içtimayı düzenlemiştir.⁹⁸ Bu yönden, fikri içtima kurumuna çoktan, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü arasında uzlaşmayı sağlama, düzeltme işlevi yüklenmiştir.⁹⁹ Aynı biçimde Alman ceza hukuku öğretisinde, yukarıda da incelendiği üzere,¹⁰⁰ "açıklığa kavuşturma işlevi"nin fikri içtimaya yönelik ifade edildiği de unutulmamalıdır. Tüm bu gerekçeler karşısında "değer biçici dışlama" ya da "normatif ve sosyal anlamda müştereken tek bir değersizlik yargısı" adı altında fiilin ihlal ediciliğinin ve failin kusurunun, *praeter legem* ve hatta *contra legem* toplama çıkarmaya tabi tutulamayacağı apaçıktır.¹⁰¹ Bu toplama ve çıkarmayı yasa koyucu, bu soruna yargıç ve öğreti el atmadan çok önce, "fikri içtima" kurumunu yasada düzenleyerek yapmıştır.¹⁰² Bu kural da uygulanmıyorsa, artık burada gerçek içtimaya başvurularak iki ayrı tipiklikten iki ayrı cezanın belirlenip, bireyselleştirilmesi yargılama erkinin ödevidir. Sonuç olarak, mantıksal zorunluluk bağı, "değer" kavramı ile yer değiştirerek ya da bu kavrama başvurup bağı genişleterek, "tüke-

⁹⁶ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 295; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 7; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 313 vd.

⁹⁷ Puppe, ZStW 132 (2020), s. 19.

⁹⁸ Yukarıda bkz. Başlık I. c.

⁹⁹ Yukarıda bkz. Başlık I. b. ve c.

¹⁰⁰ Yukarıda bkz. dn. 43.

¹⁰¹ *contra-legem* uygulama olacağı yönündeki değerlendirme için bkz. Klug, ZStW 1956, s. 408.

¹⁰² El-Ghazi, Konkurrenz, s. 299. Karş. Rönnau/Wegner, s. 22.

ten-tüketilen norm ilişkisi” adlandırmasıyla yeni bir normların yarışması türü yaratmak, yasallık ilkesi ve kusur ilkesini çiğnemektir ve bu nedenle hukuka aykırıdır.¹⁰³

Teşebbüs Normuyla Uygulanma Alanı Genişletilen Lex Specialisin Normların Yarışmasına Etkisi

Ceza hukukunda normların yarışması dendiği zaman, çifte değerlendirme yasağıyla gerekçelendirilen ve mantıksal dışlama sonucuna götüren özel-genel norm ilişkisi anlaşılır ve dışlama ilişkisi, kusur ilkesine de uygun düşecek biçimde “zorunlu bağlılık” ölçütüyle saptanır. Bu bilgiler çerçevesinde aynı yaşam olayına kasten öldürme ve kasten yaralamaya ilişkin ceza normlarının uygulanabilirliği sorulduğunda, “sağlığı bozma” ögesi, ölüm ögesine zorunlu olarak bağlandığı için kasten öldürme suçunun gerçekleşmesinin, kasten yaralama suçunun gerçekleşmesini dışladığı kabul edilecektir. Zorunlu bağlılık saptaması sonucunda, (dışlayan) öldürme suçunu tanımlayan ceza normunun, özel; (dışlanan) yaralama suçunu tanımlayan ceza normunun genel norm olduğu görülür.¹⁰⁴ Aynı biçimde, vücut dokunulmazlığının cinsel davranışla çiğnenmesi, vücuda organ ya da başka cisim sokularak cinsel davranışın gerçekleşmesine zorunlu olarak bağlandığından, nitelikli cinsel saldırı suçunun gerçekleşmesi, temel cinsel saldırı su-

¹⁰³ Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 300; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 1, 7; Klug, ZStW 1956, s. 413.

¹⁰⁴ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 11; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 287. Dışlayıcılığın özel-genel norm ilişkisinden kaynaklanamayacağını, tüketen-tüketilen ya da asıl-ikincil norm ilişkisinden kaynaklanabileceğini çünkü yaralama suçu ile öldürme suçunun birbirinden farklı ögeler barındırdığını savunan görüş (bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 16-18; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 52 vd.; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 105) yerinde değildir. Bu görüş sadece özel-genel norm ilişkisini kuran mantıksal işlem-kaplam ilişkisini semantik özdeşliğe indirmediği için değil (yukarıda bkz. dn. 67), ayrıca bu iki suçu düzenleyen normların koşullu öğelerinin semantik olarak özdeş olduğunu saptayamadığı için isabetsizdir. Çünkü isim olarak “ölüm” ya da yüklem olarak “öldürmek”, alt tanımlarında isim olarak “yaralama” ya da yüklem olarak “yaralamak” içerir. Yani “ölüm”e, “a1”; “sağlığı bozma” ögesine “b1” dersek, ölüm bir alt tanımında sağlığın bozulması (b1) ve beyin ölümünün gerçekleşmesi (c1) olarak (a1=b1+c1) ele alınabilir. Karş. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 176. Böylelikle “ölüm”ün (b1+c1), “yaralama”yı semantik olarak da içereceği kolayca görülür. Ölüm ile yaralama suçu arasındaki özel-genel norm ilişkisini, semantik özdeşlik ölçütüne başvurarak reddeden görüşün, esasında bu iki normun, semantik özdeşlik ölçütüne başvurulduğu zamanda da özel-genel norm ilişkisi içerisinde bulunduğunu görememesi talihsizdir.

çunun gerçekleşmesini dışlar. Zorunlu bağıllık saptaması sonucunda, dışlayan nitelikli cinsel saldırı suçunu tanımlayan ceza normunun, özel; dışlanan cinsel saldırı suçunun temel biçimini tanımlayan ceza normunun genel norm olduğu kabul edilecektir. Ancak bu iki örnekte de suçların tüm öğeleriyle birlikte gerçekleştiğine dikkat edilmelidir. Zira teşebbüs söz konusu olduğunda bu suç tiplerindeki öğeler arasında saptanan bağlantının “zorunluluğu”, teşebbüs kurumunun işlevi gereği ortadan kalkabilir.¹⁰⁵

Teşebbüs normu, ilgili ceza normunda tanımlanan fiilin uygulanma alanını, yani suçun tipikliğini genişletir. Suçun öğelerinin tümü gerçekleşme de teşebbüs normu, devlete cezalandırma yetkisi verir.¹⁰⁶ Fakat dışlama ilişkisi için somut olayda söz konusu ceza normlarının ikisinin de öğelerinin tümüyle gerçekleşmesi beklenir.¹⁰⁷ Zira ancak bu durumda zorunlu bağıllık kesin olarak saptanabilmektedir.¹⁰⁸ Nitekim örnekler üzerinden düşünüldüğünde, ne öldürmeye teşebbüs, yaralamanın tüm öğelerini ne nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs, cinsel saldırının temel biçiminin tüm öğelerini içermek zorundadır.¹⁰⁹ Eğer bu zorunluluğun teşebbüs örneklerinde de devam edeceği yorumu benimsenirse¹¹⁰ adil olmayan ve gerçeğe aykırı sonuçlar ortaya çıkacaktır.

¹⁰⁵ Klug, ZStW 1956, s. 400; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 164; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 9. Karş. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 100, 113.

¹⁰⁶ Ayrıca bkz. Haluk Toroslu, “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFED)*, Ankara 2023, C. 72, S. 1, s. 419 ve dn. 6.

¹⁰⁷ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 14; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 336; Puppe, JuS 2016, s. 963. Karş. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 52 vd.

¹⁰⁸ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 14; Puppe, Idealkonkurrenz, s. 336; Puppe, JuS 2016, s. 963. Bununla birlikte, iki norm yönünden teşebbüs söz konusu olduğunda dışlayıcılık elbette söz konusu olacaktır. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 165. Öldürme ve yaralama yönünden karş. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 52 vd.

¹⁰⁹ Bunu en net biçimde ortaya koyan Alman Federal Mahkemesi kararı ve Eyalet Mahkemesi kararları için bkz. BGH, v. 15.04.2008 – 5 StR 44/08; LG Saarbrücken, v. 29.09.2020 – 1 Ks 9/20; LG Bochum, v. 07.05.2021 – 7 Ks 30 Js 238/20 – 2/21; LG Leipzig, v. 08.06.2020 – 1 Ks 306 Js 37449/19; LG Mainz, v. 02.03.2021 – 1 Ks 3100 Js 30085/19; LG Hamburg, v. 30.10.2019 – 601 Ks 3/19. Ayrıca bkz. Maatz, Kurt Rüdiger, “Kann ein (nur) versuchtes schwereres Delikt den Tatbestand eines vollendeten mildereren Delikts verdrängen? - Die Konkurrenz-Rechtsprechung in Fällen versuchten Totschlags/Mordes, versuchter Vergewaltigung und versuchter Nötigung auf dem Prüfstand”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1995, H. 5, s. 211.

¹¹⁰ Ancak öldürme suçunun bazı nitelikli hallerine (özellikle eziyet çektirerek veya canavarca hisle öldürmeye) teşebbüs durumunda kurulan mahkûmiyet hükmü, tamamlanmış yaralama suçunun da gerçekleştiğini ifade edebilir. Zira burada, dışlama ilişkisinin kabul edilmesi, nitelikli tipin ifade ettiği ihlal ediciliğin kapsayıcılığı nedeniyle keyfi olmayacaktır. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 136.

Yargıç, ceza normunu somut olaya uygularken, eşitlik ilkesi gereği, yaralamanın öğelerini içermeyen öldürmeye teşebbüs ile yaralamanın öğelerini içeren öldürmeye teşebbüs arasında¹¹¹ ve aynı biçimde temel suç içermeyen nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs ile temel suç içeren nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs arasında “ihlal edicilik” yönünden fark gözetmekle yükümlüdür. Teşebbüsün zorunluluk bağı üzerindeki etkisi gözetilmeden, toptan bir yaklaşımla, “ağır olan suç tamamlanmış olsaydı, zaten diğer normu dışlayacaktı; bu nedenle teşebbüs durumunda da aynı biçimde diğer normu dışlar” demek, örtülü olarak, ceza hukukunu, eşitlik ve yasallık ilkesine aykırı olarak uygulamak demektir. Bu durumda, özel ceza normunda (*lex specialis*) tanımlanan suç ile genel ceza normunda (*lex generalis*) tanımlanan suçun ikisi de tamamlandığı sürece dışlama ilişkisinden ve zorunlu olarak bağlanan suç tanımlayan ceza normunun, genel ceza normu olduğundan söz edilebilecektir. Özel ceza normunun uygulanma alanı teşebbüs normu ile genişletildiğinde, yani genel ceza normunda tanımlanan suç tamamlanmış ama özel ceza normundaki suç tamamlanmamışsa, dışlama ilişkisi söz konusu olamaz. Nitekim failin özel ceza normundaki suça teşebbüs edebilmesi için genel ceza normunda tanımlanan suç tamamlaması da gerekmez. Ayrıca ceza hukuku dogmatığı yönünden düşünüldüğünde, tamamlanan genel ceza normu, teşebbüs aşamasında kalmış özel ceza normuna göre, fiilin ihlal ediciliği yönünden fazladan tamamlanma olgusunu içermektedir; aynı anda, teşebbüs aşamasında kalmış özel ceza normu da tamamlanan genel ceza normuna göre, hukuki varlığın taşıyıcısı veya sahibinin uğradığı saldırı yönünden, daha fazla tehlike içermektedir.¹¹² Sonuç olarak, özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı

¹¹¹ Öldürmeye teşebbüs ve kasten yaralama suçu yönünden bkz. Albin Eser und Detlev Sternberg-Lieben. “§ 212 StGB (Totschlag)” in Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB), (München: Verlag C. H. Beck, 2019), Rn. 23; Ulfrid Neumann und Frank Saliger, “§ 212 StGB (Totschlag)” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB) (Nomos, 2017), Rn. 37; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 135; Hartmut Schneider, “§ 212 StGB (Totschlag),” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, (München: Verlag C. H. Beck, 2021), Rn. 120. Carsten Momsen, “§ 212 (Totschlag),” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021); Rn. 29.

¹¹² Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 14.

olayda, bu iki ceza normu, normların dışlayıcı yarışmasına başvurularak birleştirilemez.¹¹³

Türk ceza hukuku öğretisinde bu saptama, cinsel saldırı suçunda Demirtaş'ın "... bütün nitelikli hallerde olduğu gibi bu nitelikli hale de teşebbüs kural olarak mümkündür" savında kendini bulmuştur.¹¹⁴ Daha sonra-

¹¹³ Puppe, Idealkonkurrenz, s. 140, dn. 23; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 9; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 100. Bu yönden Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (YCGK) bir kararında (E. 2016/194 K. 2020/260 T. 4.6.2020) 86/III-e'ye teşebbüs eden ve ancak 86/II'de tanımlanan suç işlemiş olan fail yönünden, teşebbüs normuyla genişletilen 86/III-e'nin, 86/II'ye göre özel norm olduğundan söz etmesi kabul edilemez. Olayda, sanık katılana önce yumrukla vurmuş daha sonra marketten aldığı bira şişesini kırıp katılanı silahla yaralamaya teşebbüs etmiştir. YCGK, "“özel normun önceliği” ilkesi uyarınca olaya genel norm değil özel normun uygulanması gerektiğinden, somut olayda sanığın silahla kasten yaralama suçuna teşebbüsten sorumlu tutulması gerekmektedir" yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Ancak sonrasında, "ortada basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif nitelikte tamamlanmış bir yaralamanın var olduğu da göz önüne alındığında, işlenen fiille orantılılık ve hakkaniyet ilkeleri gözetilerek teşebbüs hükmünün düzenlendiği TCK'nın 35. maddesi uyarınca cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilmek suretiyle belirlenecek ceza, tamamlanmış basit yaralama suçu için öngörülen cezanın altına düşmeyecek şekilde belirlenmelidir" kararını vermiştir. Yargıtay'ın bu kararı iki yönden hukuka, bir yönden de mantığa aykırıdır. Hukuka aykırıdır. Çünkü, (i) eğer iki normun öğelerinin gerçekleşmesi yönünden özel-genel norm ilişkisinden söz ediliyorsa, yalnızca özel norm somut olaya atlanır. Genel norm, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde - "ortada ... tamamlanmış bir yaralamanın var olduğu da göz önüne alındığında" denilerek- dikkate alındığı anda, "çifte değerlendirme yasağı" -doğrusıyla kusur ilkesi- çiğnenmiş olur. (ii) Yasa koyucu, failin birden çok tipiklik gerçekleştirdiği ve bu tipikliklerin barındırdığı unsurların hukuka aykırı olarak gerçekleşerek oluşturdukları ihlal ediciliklerin kısmen (parçalı) kesiştiği durumlarda, bu tipiklikler yönünden ortaklaşa cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin nasıl yapılacağını TCK m. 44'te düzenlemiştir. TCK m. 44, hafif ceza öngören normun engelleyici etkisini (Sperrwirkung des milderer Gesetzes) (bu kavram için bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 144; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 8, 21-22, 60, 83.1; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 25, 29; Maatz, s. 211; Puppe, NK-StGB § 52, Rn. 54; Rissing-van Saan, LK-StGB § 52 Rn. 50; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 103, 106 134. Bu kavramı, normların dışlayıcı yarışması ile bağlantısı yönünden eleştiren görüş için bkz. Puppe, Idealkonkurrenz, s. 314. Karş. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor § 52 Rn. 77 vd.) tanımamış ve doğrudan "erime sistemi"ni kabul etmiştir. Bu ceza politikası karşısında, -belirlenecek ceza, tamamlanmış basit yaralama suçu için öngörülen cezanın altına düşmeyecek şekilde belirlenmeli denilerek- yasadaki öngörülmemiş bir alt sınır belirlemek yasallık ilkesine aykırıdır. Ayrıca YCGK'nın kararı, mantığa aykırıdır. Çünkü suçun tamamlanmış temel biçiminin, YCGK'nın ifadesiyle, "özel normun önceliği" ilkesiyle nitelikli biçimi tarafından dışlanabilmesi için bu nitelikli biçimin tüm öğeleriyle gerçekleşmesi gerekir. Bu mantığın, mantıktaki işlem-kaplam ilişkisinin kurulmasının gereğidir. Aksini düşünmek akla aykırıdır.

¹¹⁴ Soner Demirtaş, "Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs." Ankara Hacı Bayram Veli

sında teşebbüsün özel-genel norm arasındaki ilişkiye etkisi Yavuz'un doktora tezinde net biçimde incelenmiştir. Yazara göre, "temel suçun tamamlandığı ancak cezayı artıran nitelikli unsurun sadece teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, nitelikli unsurlu suç ile temel suç arasında özel-genel norm ilişkisi kurulması mümkün olmaz. Zira ceza normları arasında özellik-genellik ilişkisi kurulabilmesi için daha özel olan normun bütünüyle gerçekleştirilmesi aranır. Cezayı artıran nitelikli unsurlu suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, peşinen bu suç tipinin üstünlüğünün bulunduğu ve temel suçun bunun gerisine çekileceği kabul olunmamaktadır."¹¹⁵ Yazarların ifadeleri yerindedir.¹¹⁶ Bununla birlikte, çalışmanın başlangıç sorusuna

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2021, C. 25, S. 3, s. 398. Ayrıca bkz. Alparslan Dereli, "Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 8, S. 16, s. 560-561; Efser Erden Tütüncü, "Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 24, S. 2, s. 628 vd.

¹¹⁵ Yağız Yavuz, *Suçun Nitelikli Unsurları*, İstanbul 2022, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 373.

¹¹⁶ Bu yazarlara ek olarak, Türk ceza yasası koyucusunun, mantıksal ilişki gereği kurulan özel-genel norm arasındaki dışlama ilişkisini yasada düzenlemesi (TCK m. 42/I c. 2) gerekçe gösterilerek "peşinen (nitelikli) suç tipinin (temel biçime göre) üstünlüğünün bulunduğu" iddiasında ve eleştirisinde de bulunulamaz. TCK m. 42/I uyarınca, "biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç" a fikri içtimaya dair kurallar uygulanamaz. Türk ceza yasa koyucusu söz konusu düzenlemede, tek fiilin, iki suç tipini oluşturduğu ve ancak bu suç tiplerinden birinin diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu durumda, yalnızca bu öge fazlalığı olan tipin gerçekleştirildiğini kabul etmektedir. Bu kabulün temeli yukarıda açıklama bulan normların dışlayıcı yarışmasıdır. Burada bizi fiilin tek tip ifade ettiği yorumuna götüren, dışlama ilişkisi sonucu yasal tanıma uygun tek fiilin varlığı olmaktadır. Alman ceza hukuku öğretisinde bu "birleşik" için özel-genel ilişkisine dayandığı yönünde bkz. Eschelbach, *SSW-StGB*, § 52 Rn. 10; Rissing-van Saan, *LK-StGB Vor § 52 Rn. 102*; v. Heintschel-Heinegg, *MüKo-StGB Vor § 52 Rn. 39*; Sternberg-Lieben/Bosch, *Sch/Sch-StGB Vor § 52 Rn. 105*. Türk ceza hukuku öğretisinde, TCK m. 42'nin özel-genel değil, tüketen-tüketilen ilişkisini konu edindiğinden bahseden çoğunluk görüşüne (Çubukçu, *Terazi HD 2019*, s. 1186; Hakeri, s. 654; İçel, s. 181, dn. 64; İçel, *Görünüşte İctima*, s. 44; Göktürk, s. 132; Koca/Üzülmez, s. 553; Demirbaş, s. 575.) katılmak olanaksızdır. Çünkü yasa koyucunun önceden öngörebildiği bu dışlama, soyut olarak öngörülemez ve her somut olayda yalnızca değer biçici bakış açısıyla ihlal edicilik üzerinden yapılan praeter legem ve hatta contra legem hesaplamaya dayanan tüketen-tüketilen ilişkisiyle (yukarıda bkz. Başlık II. A. ve dn. 77) uzaktan yakından bir bağlantı içinde değildir. Alman ceza hukuku öğretisindeki egemen görüşün aksini savunan Türk ceza hukuku öğretisindeki çoğunluk görüşü yerinde değildir. Türk ceza hukuku öğretisinde, birleşik suçun temelini, haklı olarak özel-genel norm ilişkisinde bulan güçlü azınlık görüşü için bkz. Toroslu/Toroslu, s. 366.

^Yasa koyucunun ilgili düzenlemesi gereksiz ve özensizdir. Bu konuda ayrıca bkz. Koca,

normların dışlayıcı yarışması yönünden (yazarlarla aynı yönde) verilen olumsuz yanıt karşılık beş ayrı olası eleştiri getirilebilir.

İlk olası eleştiri, söz konusu ceza normlarının amaçladığı korumanın benzer ya da aynı hukuksal varlıklara yönelik olduğunu ve yargıcın hukuk düzeninde fiilin ihlal ediciliğini değerlendirirken bunu bir birlik, bir bütünlük içerisinde değerlendirmesi gerektiğine yöneliktir.¹¹⁷ Bu olası eleştiriye “değerlendirmede suçların birleş(tiril)mesi” savı denilebilir. “Değerlendirmede suçların birleş(tiril)mesi” savı yerinde değildir; belirlilik ilkesine aykırıdır. Bu sav, yargıca yüklenen tüketme yükümlülüğünü göz ardı etmektedir. Çünkü, sadece ağır olan suça teşebbüsün gerçekleştiğinden söz ederek ceza hükmü kurmak,

CHD 2007, s. 198; Özgenç, s. 671; Sarıtaş, s. 621 dn. 9. Gereksizdir; çünkü TCK m. 42/1 kendiliğinden anlaşılabilir mantıksal dışlama ilişkisine (özel-genel norm ilişkisi) dayanır. Bunu ayrıca yasada ifade etmeye gerek yoktur. Özensizdir; çünkü normlar arasındaki mantıksal ve kendiliğinden anlaşılabilir dışlama ilişkisi, bu iki normun de tüm öğeleriyle gerçekleşip gerçekleşmemesine bakmaksızın gerçekleşen somut olayın koşullarından ve o olayın ölçüğünden kopartılmış bir soyutluğa dayandırılmıştır. Oysa dışlama, hukukun uygulanacağı anda bir normun tüm öğeleriyle gerçekleşmesinin, bir başka normun tüm öğeleriyle gerçekleşmesini dışlamasıdır. Bu özensizlik, maalesef, şu genel geçer kabulü doğurma riskini barındırır: Temel suç tipi ile bu suçun nitelikli tipi arasında her durum ve koşulda normların yarışmasına başvurulur ve nitelikli suç tipinin üzerinden fiil değerlendirilir. Bu kabul ancak ve ancak TMK m.1/I uyarınca TCK m. 42'nin özüne uygun düştüğü ölçüde geçerlidir. TCK m. 42'nin özü olan özel-genel ilişkisinde “bileşik” suç yorumlandığı zaman, özel olarak değerlendirilen normun teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletildiğinde TCK m. 42'nin uygulanamayacağı açıktır. Örneğin, yağma suçuna teşebbüs ile tamamlanmış hırsızlık suçu ele alındığı zaman, tamamlanmış “bulunduğu yerden alma” davranışı, salt yağma için teşebbüs edilen “bulunduğu yerden alma” davranışına göre daha fazla öge barındıracak ve bu nedenle yağma suçu tarafından kapsanarak bir bileşik suça vücut vermeyecektir. Herkesten önce bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 102. Aksi yönde bkz. Hakeri, s. 610; “bileşik suçun bölünmezliği” savına başvuran aksi yöndeki görüş için bkz. Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükmümler, Ankara 2021, US-A Yayıncılık, s. 357; Toroslu/Toroslu, s. 367. Bu nedenle sözel anlama dayanarak en başından “Her durumda yağma suçunu tanımlayan ceza normu, hırsızlık suçunu tanımlayan ceza normunun gerçekleşmesini dışlar” demek, TCK m. 42'yi özüne ilişkin anlamından tamamen sıyrarak uygulamak olacaktır. Bu da TMK 1/I'e aykırıdır. Bu konuda aşağıda bkz. Başlık. III.

¹¹⁷ Bu görüş için herkesten önce bkz. Sarıtaş, s. 626. Çalışmada, Türk ceza hukuku öğretisinde kullanımı daha egemen olan “hukuksal değer” kavramı yerine bilinçli olarak “hukuksal varlık” kavramı kullanılmaktadır. Bu seçimin gerekçesi için bkz. Katoğlu, *KHASHFD*, s. 139; M. Emir Göka ve Bedirhan Erdem, “Gölge Yazarlık Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Akademik Gölge Yazarlığın Cezalandırılabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2022, C. 28, S. 1, s. 557-59. “Hukuksal varlık” kavramının anlamı için herkesten önce bkz. Toroslu/Toroslu, s. 110.

diğer suçun tamamlandığını ve başkaca bir ihlalin gerçekleştiğini tek başına ifade etmez.¹¹⁸ Ayrıca benzer ya da aynı hukuksal varlık olsun olmasın, suç tanımı öngören her ceza normu, kendine ait ihlal edici öze ve karaktere sahiptir.¹¹⁹ Yukarıda da açıkça ifade ettiğimiz üzere, fiilin

¹¹⁸ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 14; Puppe, JuS 2016, s. 963. Özellikle Türk ceza hukuku öğretisinde teşebbüs yönünden a priori “ağır olan sonraki, hafif olan öncekini tüketir” yaklaşımını benimseyen Sarıtaş’a katılmak olanaklı değildir. Yazara göre, “sonraki hareket suça teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile faile tamamlanmış önceki hareketinden dolayı değil yalnızca sonraki hareketinden dolayı ceza verilecektir”. Sarıtaş, s. 648. Bu görüşün detaylı eleştirisi için yukarıda bkz. Başlık II. A. ve dn. 77. Bu kabul ancak ve ancak somut olayda gerçekleşen ihlal ediciliğin özdeşliğine bakıldıktan sonra, diğer suçta gözetilmesi gereken hiçbir ögenin bulunmadığı saptaması yapılarak varılması gereken bir yargıdır. Bu yargıya ise mantıksal zorunluluk bağı ölçütüne başvurularak ulaşılabilir. bkz. Başlık III. Teşebbüs aşamasında kalmış ağır suçun, tamamlanmış hafif suçu “tüketerek” dışlayacağı kabul etmek ise aralarında zorunlu bağlantı saptanmadan olanaksızdır. Bu yaklaşımın eleştirisi için ayrıca bkz. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 115.

¹¹⁹ El-Ghazi, Konkurrenz, s. 166-67; Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 11. Aynı suçun farklı nitelikleri söz konusu olduğunda, aynı hukuksal varlığın farklı yönlerinin koruma altına alındığı unutulmamalıdır. Zira her tipiklik ona bağlanan bir ihlal ediciliğin soyut ifadesidir. Bu nedenle nasıl olsa aynı ya da benzer hukuksal varlıklar ihlal edilmiş denilerek, kestirme biçimde, çığnenen normlar arasında dışlayıcı yarışma kabul etmek tipiklik ve ihlal edicilik arasındaki bağı görmezden gelmek olacaktır. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 112. Alman ceza hukukunda aynı yönde görüşü benimseyen Federal Mahkeme kararı için bkz. BGHSt 39, 100; 41, 13. Türk ceza hukukunda aynı yönde görüşü benimseyen Yargıtay kararı için bkz. YCGK., E. 2016/833 K. 2017/115 T. 28.2.2017.

Örneğin failin, eşi olan mağdurun saçlarına, yüz-boyun bölgesine ve üzerindeki giysilerine mangal jeli döküp sonrasında mağduru yaktığı olayda, mağdur bir ay boyunca yoğun bakımda kalmıştır. Taburcu olan mağdurun yüzü, tıbben onarılması olanaksız izler nedeniyle tamamen değişikliğe uğramıştır. Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan ilgili olayın değerlendirilmesi için bkz. v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 391 vd. Bu olayda, Türk ceza hukukuna göre çığnenen ceza normları, TCK m. 86/I, m. 86/III-a, m. 86/III-e, m. 86/III-f, TCK m. 87/I-c, m. 87/I-d ve TCK m. 87/II-d’dir. TCK m. 86/I dışında, hiçbir norm diğerleriyle ögeler yönünden zorunlu bir bağlantı içerisinde değildir. Belirlilik ilkesi gereği tüketme yükümlülüğünün sonucunda, aynı temel suçun birden çok nitelikli halinin aynı olay içerisinde gerçekleşmesi durumunda, ögeler arasında zorunlu bağlantı kurulmadığı sürece, dışlama ilişkisinden söz edilemez. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 15, Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 110, Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 122. Bu nedenle tüm normlar fiilin ihlal ediciliğinin ve failin kusurunun saptanmasında gerekçede belirtilmek zorundadır. Örneğin yargıç, m. 86/III-f’nin ceza artırımı oranı, m. 86/III-a ve m. 86/III-e göre daha fazla olduğundan bahsederek bu normların gerçekleşmediğinden, dışlandığından bahsedemez. TCK m. 87 uyarınca arttırım yapılarak ulaşılacak ceza için TCK m. 86’ya göre öncelikle tespit edilecek ceza, m. 86/III-f dikkate alınarak hesaplanır. Fakat bunun nedeni a ve e bentlerinin dışlanması değil; aksine, bu üç bende uygulanan yaralama suçunun cezasının hesaplanmasında, yasa koyucunun cezanın belirlen-

ihlal ediciliği ve failin kusuru, *praeter legem* ve hatta *contra legem* toplama çıkarmaya tabi tutulamaz.¹²⁰ Bunun için yasa koyucu hâlihazırda fikri içtimaya ilişkin kuralı düzenlemiştir.

İkinci bir olası eleştiri, cinsel saldırı suçu özelinde getirilebilir. Bu olası eleştiriye göre, aynı suçun temel tipi tamamlanır ve ancak nitelikli tipi tamamlanmazsa burada suçun tamamlanmış tipinin gerçekleştiği kabul edilmelidir.¹²¹ Teşebbüs edilen tip, tamamlanmış tipin arkasına çekilir; tamamlanmış olan, teşebbüsü dışlar. Bu olası eleştiriye “teşebbüsün ikincilliği” savı denilebilir. Teşebbüsün ikincilliği savı, yerinde değildir. Teşebbüsün, tamamlamanın arkasına çekilebilmesi¹²² için teşebbüs ile uygulanma alanı genişletilen ceza normunun (örn. nitelikli cinsel saldırı), tamamlanan norma (örn. cinsel saldırının temel biçimi) zorunlu olarak bağlanabiliyor, ona suç yolunda ön aşama sunuyor olması gerekir.¹²³ Oysa temel cinsel saldırı suçunu işlemesi için failin ayrıca nitelikli cinsel saldırı suçuna da teşebbüs etmesi gerekmez. Çünkü

mesi ve bireyselleştirilmesini ortaklaştırmak için özel olarak öngördüğü 87/I ve 87/II kurallarıdır. Aynı uygulama, TCK m. 87/I-c, m. 87/I-d ve TCK m. 87/II-d için de söz konusu olacaktır.

¹²⁰ Alman Federal Mahkemesi'nin aksi yöndeki tutumu ve bu kararların değerlendirilmesi için bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 90.

¹²¹ Bu görüş için herkesten önce bkz. Toroslu, AÜHFD, s. 435 vd. Türk ceza hukuku öğretisinde, tamamlanmış olan temel cinsel saldırı suçunun karşısında nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün olanaklı olmadığı yönündeki görüşün savunucularının saptanması için bkz. Dereli, s. 560.

¹²² Arkasına çekilmesinden ya da ikincil olmasından anlaşılması gereken, bir suçun tamamlandığında ona zorunlu olarak bağlanan teşebbüs aşamasıdır. Bu nedenle, teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilen ceza normu, uygulanma alanı genişletilmemiş temel ceza normuna göre geneldir ve bu ilişki içerisinde dışlanan normdur. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 10; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 287; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 19. Teşebbüs ve tamamlama arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmadığı, ikincillik söz konusu olduğu yönünde bkz. Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 26; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 132; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 110; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 11-13; Teşebbüs yönünden ikincillik ile tüketen-tüketilen ilişkisi arasında net bir çizginin çizilemeyeceği yönünde aynı yazarın bir başka görüşü için bkz. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 31-33. Teşebbüs ve tamamlama arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmadığını reddeden görüşlerin detaylı eleştirisi için herkesten önce bkz. El-Ghazi, Konkurrenz, s. 180 vd.

¹²³ Eschelbach, SSW-StGB, § 52 Rn. 9; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 132. Ayrıca bkz. Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 10; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 13; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 33.; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 110; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 26.

uygulanma alanı teşebbüs normu ile genişletilen nitelikli cinsel saldırı suçunu tanımlayan ceza normu, temel cinsel saldırı suçunun öğelerinin tümünün gerçekleştirilmesi yolunda (suç yolunda) bir ön aşama, uğrak değildir. Nitekim temel cinsel saldırı tipi ile nitelikli cinsel saldırı tipi, aynı normun farklı görünüşleri değildir, yani aynı fiili, aynı öğelerle, aynı yönde tanımlayan tek bir normun yaşam olayına göre uygulanmasından elde edilen ve zamansal (kronolojik) olarak art arda dizilen bağlantılı sonuçlar (*Schlussfolgerungen*) söz konusu değildir.¹²⁴ Bu nedenle de cinsel davranışla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden fiil nedeniyle kurulan mahkûmiyet hükmü, vücuda organ ya da başka cisim sokularak cinsel davranışta bulunmaya teşebbüsün ihlal ediciliğini ne karşılar ne ifade eder.¹²⁵ Bu yönden teşebbüsün ikincilliği savı, belirlilik ilkesinden kaynaklı tüketme yükümlülüğüne aykırıdır.

Ek olarak teşebbüsün ikincilliği savının, yasanın sistematığına ve kusur ilkesine aykırılık oluşturduğunun da açıklanması gerekir. Faili, mağdurun vücuduna organ ya da başka bir cisim sokmadığı için yani suç işleme kararını yerine getirmediği için ödüllendirecek tek kurum, gönüllü vazgeçmedir. Yalnızca bu durumda sanık nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs etmemiş, yani bu ihlal hukuk düzeninde doğmamış kabul edilebilecektir.¹²⁶ Gönüllü vazgeçmenin koşulları olmadan, ilgili teşebbüs fiilini sanki hiç gerçekleşmemiş gibi göz ardı etmek, dışlamak yasallık ilkesine aykırıdır. Bu görüşün kusur ilkesini görmezden geldiği şu varsayımsal örnekte kendini daha açık göstermektedir: Birbirin-

¹²⁴ TCK m. 43/I c. 3'ün getirdiği varsayım, zincirleme suçla ilişkin kuralların uygulanmasında geçerlidir. Bu varsayımın örneksime yoluyla genişletilerek başkaca olay gruplarına uygulanabilmesi için (i) yasa koyucunun bu düzenlemeyi öngörmesinde gözettiği yarar ile bu düzenlemeyi genişleterek uygulamadaki yararın benzer olması ve (ii) bu yorumla birlikte hukukun uygulanmasında eşitlik ilkesinin gözetildiğinin kabul edilmesi gerekir. Normların yarışması için bu genişletici yorumu kabul etmek hem yasallık ilkesine aykırı düşeceği hem farklı durumda olanlara benzer uygulama yapılması sonucu eşitliğe aykırı olacağı için hukuka aykırıdır. TCK m. 43/I c. 3 hakkında detaylı inceleme için bkz. Başlık. III. B.

¹²⁵ Maatz, s. 212. Nitelikli suçta teşebbüs her koşul ve durumda temel suç tipinin gerçekleşmesine vücut verebilecekse artık burada "zorunlu bağlılık"tan bahsedilir. Bu durumda, nitelikli suçta teşebbüsten mahkûmiyet hükmü kurulması belirlilik ilkesinden kaynaklı tüketme yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaz. Karş. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 106.

¹²⁶ Aynı yönde bkz. v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor §52 Rn. 67 vd.; Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 122.

den bağımsız iki ayrı olaydan birinde fail, mağdurun vücuduna temas ederek, onu öperek, okşayarak kendisini mağdurun vücut boşluğuna organını sokmak için icra davranışlarına hazırlanmış ve icraya başladığı anda bir engel nedeniyle suçu tamamlayamamıştır. Diğer olaydaki fail ise mağdura herhangi bir temasta bulunmaksızın mağdurun vücut boşluğuna organını sokmak için icra davranışlarına hazırlanmış ve icraya başladığı anda kendisinden kaynaklanmayan bir engelle suçu tamamlayamamıştır. Teşebbüsün ikinciliği savına göre, yargıç, ilk olaydaki faili, cinsel saldırının tamamlanmış biçiminden cezalandırıp, teşebbüs fiilini hiç gerçekleşmemiş gibi düşünüp, -adaletsizliği ortadan kaldırmak için- cezayı alt sınırdan uzaklaşarak vermeli; ikinci fail yönünden ise nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsten hüküm kurmalıdır. Birinci soru, ilk fail, ikinci faile göre daha fazla ihlal edicilik oluşturan bir fiil işlemişken neden hukuk düzeni, birinci failin işlediği fiili, ikinci faile göre daha az ihlal edicilik oluşturan nitelikli cinsel saldırı altında değerlendirmeli ya da bu ihlali daha az cezayla karşılamalıdır? İkinci soru, yasa koyucunun açıkça suç saydığı bir fiile teşebbüs olgusu, neden birinci fail yönünden sadece cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınmakta ve ancak -olgusal olarak da- daha az ihlal edici içerikteki fiili işleyen ikinci fail yönünden açıkça mahkûmiyet hükmünün konusu olmaktadır? Bu soru(n)lar karşısında, teşebbüsün ikincilliği savının, kusur ilkesine uygun düştüğü kabul edilemez.

Cinsel saldırı özelinde ve ancak ikinci olası eleştirinin tam aksi yönündeki bir üçüncü eleştiriye göre ise, bazı hallerde, cinsel saldırı suçunun temel biçimi, nitelikli cinsel saldırı suçunun icra başlangıcı için hazırlık davranışlarını oluşturabilir. Bu durumda, normların dışlayıcı yarışması gereği, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs, cinsel saldırı suçunun tamamlanan temel biçimini dışlayacaktır.¹²⁷ Bu üçüncü olası eleştiri, ondan önceki olası eleştiriler gibi yasallık ilkesine aykırıdır. Nitelikli cinsel saldırıya hazırlık davranışlarıyla cinsel saldırının temel biçimini gerçekleştiren davranışların kesişip kesişmediği, belirlilik ilkesi gereği normatif-soyut ölçütlerle ortaya koyulabilir.¹²⁸ Yargıçlar, kendi cinsellik ve cinsel ilişki algısına göre kişilerin cinsel özerkliklerine yönelik ölçüt getiremez. Aksi durumda, aynı davranış modeli, bir

¹²⁷ Federal Alman Mahkemesi'nin 20. yüzyılda benimsediği 21. yüzyılda terk ettiği aynı yöndeki ölçüt için bkz. BGHSt 1, 152.

¹²⁸ Maatz, s. 212.

yargıcın cinsellik algısına göre, bağımsız biçimde ihlal edici karaktere ulaşmışken, başka bir yargıca göre, çoktan başka suçun içinde erimiştir.¹²⁹ Ayrıca olası üçüncü eleştiri tüketme yükümlülüğüne ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Çünkü nasıl teşebbüsün, tamamlamanın arkasına çekilebilmesi için teşebbüs ile uygulanma alanı genişletilen ceza normunun, tamamlanan norm ile tam olarak örtüşmesi gerekiyorsa; hazırlık davranışları suç kılınan bir fiilin de icra davranışının gerçekleştirilmesiyle dışlanabilmesi için bu örtüşmenin tipiklik yönünden var olması aranır.¹³⁰ Burada sorulması gereken soru, yasa koyucunun ilgili suça yönelik tüm hazırlık davranışlarını mı yoksa ilgili suçun belirli, tehlikeli ya da ağır ihlal oluşturacak hazırlık davranışlarını mı ceza normuyla suç olarak tanımladığıdır.¹³¹ İlk durumda, hazırlık davranışlarını düzenleyen ceza normunun gerçekleştirilmesi, suç oluşturan fiili tamamlamaya yönelik icra davranışlarının gerçekleştirilmesiyle dışlanır.¹³² Ancak ikinci durumda, yani fail, suç oluşturan belirli, tehlikeli ya da ağır ihlal oluşturan hazırlık davranışlarıyla suçu tamamladığında, artık burada özel-genel norm ilişkisinden söz edilemez. Aksi durumda, suç olarak düzenlenen hazırlık davranışlarını gerçekleştirerek suçun icrasına başlamak davranışı ile suç olarak düzenlenmeyen hazırlık davranışlarını gerçekleştirerek suçun icrasına başlamak davranışının ihlal ediciliği tüketme yükümlülüğüne ve eşitlik ilkesine aykırı biçimde özdeş kılınmış olacaktır.¹³³

¹²⁹ “Nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs edebilmek için muhakkak cinsel saldırının temel biçiminin gerçekleştirilmesi gerekir” yönündeki görüşün mağdurbilim (viktimoloji) açısından isabetsizliği için bkz. Maatz, s. 212.

¹³⁰ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 36.

¹³¹ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 36-37.

¹³² Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 36.

¹³³ Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 37; Puppe, JuS 2016, s. 965. Yargıtay, bu yanılıya, 1072 sayılı Rulet, Tilt ve Benzeri Oyun Aletleri ve Makineleri Hakkında Kanun’un 2. maddesini, TCK 228/I yönünden özel norm olarak değerlendirerek düşmüştür. Yargıtay 8. CD., E. 2018/9355 K. 2020/15081 T. 7.7.2020. İki yönden karar hukuka aykırıdır: (i) 1072 sayılı Yasa m. 2, TCK 228/I’de tanımlanan suça tüm hazırlık davranışlarını değil, yalnızca belirli ve ağır hazırlık davranışlarını suç olarak tanımlar. Hazırlık davranışlarının gerçekleşmesi, tamamlama davranışını düzenleyen normun gerçekleşmesini dışlayamaz. Eğer dışladığı kabul edilirse, yasallık ve kusur ilkesine aykırı olarak ceza hukuku uygulanmış olur. (ii) Burada çifte değerlendirme yasağına uymak tüketme yükümlülüğüne aykırılık oluşturur. Bu ilkesel çekişme durumunda başvurulacak hüküm, TCK m. 44’ tür. Yukarıda bkz. Başlık. I. c. Aksi durumda, ceza hukuku yasallık ilkesine aykırı olarak uygulanmış olacaktır. Nitekim ilgili karara karşı oy yazan üyeler de aynı noktaları vurgulamışlardır. Yargıtay 8. CD., E. 2018/9355 K. 2020/15081 T. 7.7.2020.

Dördüncü eleştiri, failin en ağır sonuca yönelik kasta göre ceza almasının kusur ilkesine uygun düşeceği görüşünden kaynaklanabilir.¹³⁴ Esasında bu görüşün kökeni, Alman İmparatorluk Mahkemesinin, öldürme kastı ile yaralama kastının bir arada bulunamayacağı ve bu nedenle öldürmeye kastın ve yaralamaya kastın kavramsal olarak aynı olayda düşünülmesinin olanak dışı olduğu yönündeki yerleşik kararıdır.¹³⁵ Bu yerleşik görüş, sonrasında Alman Federal Mahkemesi tarafından haklı olarak reddedilmiştir. Zira sonuçta gerçekleştirilmeyi arzuladığı (örn. öldürme) suça yönelik kasıt, üzerinden geçilecek olan suça (örn. yaralama) yönelik kastı dışlamaz; aksine içerir.¹³⁶ Bu olası eleştirinin kaynaklanabileceği öğretici görüşünün gözden kaçırıldığı nokta,¹³⁷ eğer ölüm sonucu gerçekleşmiş olsaydı, faili, öldürme suçundan mahkûm etmek, zorunlu olarak da ona bağlanan mağdurun sağlığını bozmasına ilişkin kusurunu da içerecekti. Fakat gerçekleşmeyen ölüm sonucunda teşebbüs normu uyarınca kurulacak mahkûmiyet, dış dünyada gerçekleşen yaralama sonucuna yönelik failin kusurunu görmezden gelmek anlamına gelecektir. Ayrıca fikri içtimanın yaralama kastının çifte değerlendirilmesine yol açacağına yönelik endişe temelsizdir. Çünkü fikri içtima, tam olarak, çifte değerlendirmenin olmaması için iki norm yönünden cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini aşamalarını ortaklaştırmaktadır.¹³⁸

Beşinci ve son olası eleştiri, özel-genel norm ilişkisinin yanında “geçit suçu” kavramına başvurarak tüketen-tüketilen norm ilişkisini¹³⁹ kabul eden görüşten gelebilir. Türk ceza hukuku öğretisinde *Göktürk* tarafından savunulan bu görüş uyarınca, her durum ve koşulda, teşebbüs normu ile uygulanma alanı genişletilmiş olan öldürme normu, ona geçit suç olan kasten yaralamaya göre tüketen norm; teşebbüs normu ile uygulanma alanı genişletilmiş nitelikli cinsel saldırı normu da temel suç tipine göre özel normdur.¹⁴⁰ Bu suç tiplerinin arasında dışlama ilişkisinin her durum ve koşulda var olduğunu savunan bu görüş,

¹³⁴ Karş. İçel, s. 237-238.

¹³⁵ RGSt 28, 200, 212; 44, 321, 323.

¹³⁶ BGH, v. 28. 6. 1961- 2 StR 136/61; v. 24.09.1998 - 4 StR 272/98.

¹³⁷ Karş. İçel, s. 219-220.

¹³⁸ Yaralama kastının çifte değerlendirilmiş olacağı yönündeki eleştirinin isabetsizliği için ayrıca bkz. Maatz, s. 211.

¹³⁹ Yukarıda bkz. Başlık II. A. ve dn. 77.

¹⁴⁰ İlgili görüş için bkz. Göktürk, s. 247 vd.

yerinde değildir. Eğer bir görüş, yöntemsel olarak tüketen-tüketilen ve özel-genel arasında ayırım olduğunu kabul ederek yola çıkacaksa, tüketen-tüketilen ilişkisine dayalı dışlamanın olay sonrası somut düzlemde “değer biçici” biçimde gerçekleştirildiğini, özel-genel ilişkisine dayalı dışlamanın olay öncesi soyut düzlemde mantık gereği “kendiliğinden” gerçekleşeceğini kabul etmelidir.¹⁴¹ Bu durumda ilgili görüş, (i) teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş olan öldürme normunun her durum ve koşulda değil ancak ve ancak yaşam olayına göre ve “değer biçici” toplama-çıkarma işlemiyle bir dışlama ilişkisine gireceğini ifade etmesi gerekirken, tam aksi yönde ilişkiyi mutlak kılarak genelleştirmiştir. (ii) Teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş olan nitelikli cinsel saldırı suçunu düzenleyen norm ile cinsel saldırı suçunun temel biçimini düzenleyen norm arasında öğeler yönünden zorunlu bir bağlantı olmamasına ve hatta semantik görüş uyarınca¹⁴² dahi özel-genel norm ilişkisi kurulamamasına rağmen, görüş tam aksini savunmaktadır. Tüm bunlara ek olarak beşinci olası eleştirinin dayanağını oluşturabilecek öğreti görüşünün doğrudan başvurduğu “geçit suçu” kavramına da ayrıca değinilmesi gerekir.

“Geçit suçu” suçların birleşmesi kurumunun temel dayanaklarının üstüne kuruludur. Bu kavramsallaştırma, istisnasız, normların dışlayıcı yarışması yönünden ele alınmakla birlikte kimi görüşler dışlama yönünden normlar arasında “tüketen-tüketilen” norm ilişkisine, kimi görüşler “asıl-ikincil” norm arasındaki ilişkiye göndermede bulunmaktadır. Alt başlıklar değişse de söz konusu geçit suçu olduğunda, üst başlık, muhakkak, normların dışlayıcı yarışmasıdır.¹⁴³ “Geçit suçu” kavramı, geniş başlıkta suçların birleşmesi kurumunun temellerine bağımlı olup dar başlıkta da normların dışlayıcı yarışmasına yönelik tartışmadan koparılamaz. Geçit suçu kavramıyla anlatılmaya çalışılan, basamaklara bölümlenebilen bir fiilde, sonraki basamaktaki fiilin, önceki basamaktaki fiili kendi başına suç oluşturmayacak biçimde dışlamasıdır. Öyle ki, geçit suçu kavramında, bir olayın bütününe

¹⁴¹ Bu kabul hakkında detaylı bilgi için bkz. Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 93, 144; Puppe, NK-StGB Vor § 52 Rn. 12; v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB §52 Rn. 7.1, 14; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB Vor § 52 Rn. 20, 31-32; Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 104; Lackner/Kühl/Heger-StGB, Vor § 52 Rn. 27-28.

¹⁴² Yukarıda bkz. dn. 67 ve 104.

¹⁴³ Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 131.

bakıldığına, tek bir fiil kendi içerisinde birden çok basamağa, ayrı davranış ve ayrı sonuç olarak bölümlenebilmekte ve bu basamaklar, farklı tipiklikler içerisinde anlamlandırılabilir. Bu bölümlerde, önceki basamağa yerleşen davranış ve sonuç kendi başına bir suç oluşturabilecekken, sonraki basamakta bulunan davranış ve sonuç, ön basamağın kendi başınlığını, yani kendi başına suç oluşturma olanağını sona erdirmektedir.¹⁴⁴ Kısacası, son basamak, ondan önceki basamakta yer alan suç tipinden de failin sorumlu tutulmasını anlamsız duruma getirmektedir. Fakat bu anlamsızlaşmanın gerçekleşebilmesi için geçilecek olan suç için başka bir suçtan geçmenin zorunlu olması gerekir. Ancak geçilecek olan suç teşebbüs aşamasında kaldığında, geçit suçunun zorunluluğu ortadan kalkar. Geçit suçu (birinci basamaktaki suç), geçilecek olan suçun (ikinci basamaktaki suç) tamamlanması için zorunlu olabilir ancak geçilecek olan suça teşebbüs için geçit suçundan geçmek zorunlu değildir. Sonuç olarak, suçların birleşmesinin temellerinden bağımsız biçimde ve normların dışlayıcı yarışmasına ilişkin tartışmaya girmeksizin, sadece geçit suçuna başvurarak “dışlama” sonucuna varmak isabetsizdir.¹⁴⁵ En nihayetinde, beşinci olası eleştirinin

¹⁴⁴ Rissing-van Saan, LK-StGB Vor § 52 Rn. 131. Sternberg-Lieben/Bosch’a göre bu anlamsızlaşma, failin üst basamağa çıkmak için alt basamağa basmak zorunda olmasından ve bu basamaklarda yer alan suçları tanımlayan ceza normlarının koruma amaçlarının özdeş ya da aynı yönde olmasından kaynaklanır. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 111. Ayrıca bkz. v. Heintschel-Heinegg, BeckOK-StGB, §52 Rn. 13; v. Heintschel-Heinegg, MüKo-StGB, Vor §52 Rn. 15; İçel, s. 229 vd.

¹⁴⁵ “Geçit suçu” kavramının suçların birleşmesi kurumunun temellerinden ayrılarak kendi başına bir kuram durumuna getirilmesi yasallık ilkesi ve kusur ilkesine aykırı sonuçlara yol açabilir. Suçların birleşmesi kurumundan koparılan “geçit suçu” kavramının bünyesinde barındırdığı bu ihlal riski, Türk ceza hukukunda, özellikle son dönemde YCGK’nın TCK m. 245/II’de tanımlanan fiili, a priori TCK m. 245/III’te düzenlenen suça “geçit suç” ilan etmesiyle kendini göstermiştir. Sıklıkla karşı oy ile karşılaşan YCGK’nın kabulüne göre, “TCK’nın 245/3. maddesindeki sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlama suçunu işlemeyi kasteden failin öncelikle sahte oluşturulmuş veya üzerinde sahtecilik yapılmış bir banka veya kredi kartına ihtiyacı vardır. Bunun için de sahte banka veya kredi kartını ya kendisi oluşturup üretmek, ya satın almak ya da kabul etmek suretiyle TCK’nın 245/2. maddesinde düzenlenen sahte banka veya kredi kartı üretme, satın alma veya kabul etme suçlarından birini işlemesi zorunludur. Bu nedenle TCK’nın 245/2 maddesi... aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki suçu işlemeye kastı bakımından geçit suçu niteliğindedir”. YCGK., E. 2017/1151 K. 2021/90 T. 9.3.2021; YCGK., E. 2020/176 K. 2022/324 T. 10.5.2022; YCGK., E. 2020/36 K. 2022/323 T. 10.5.2022. YCGK’nın kararı üç gerekçeyle yerinde değildir: (i) TCK 245/III’de ifadesini bulan “kartın kullanımı” davranışı, muhakkak kartın fiziksel

dayanağı olan öğreti görüşünün ısrarlı biçimde normların dışlayıcı yarışmasına her durum ve koşulda başvurması, eşitlik ilkesine ve ceza hukukuna egemen yasallık ilkesine aykırı biçimde hukukun uygulanması sonucunu doğuracaktır.¹⁴⁶

Sonuç olarak, normların dışlayıcı yarışmasına başvurularak teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş özel ceza normu, tamamlanmış genel ceza normunu dışlayamayacağı gibi tamamlanmış genel ceza normu da teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş özel ceza normunu dışlayamaz. Bir sonraki başlıkta uyumsuzluğun çözümü için bir araya gelen bu iki normun fikri içtimayla birleştirilerek somut olaya uygulanabileceği tartışılacaktır. Bu tartışmada asıl odak noktası, Türk ceza hukuku öğretisinde kimi suçlar arasındaki fikri içtimayı engellediği düşünülen TCK m. 43/I c. 3’tür.

III. “FİKRİ İÇTİMA”: TCK M. 44’ÜN UYGULANMASINA TCK M. 43/I C. 3 ENGEL OLUŞTURUR MU?

Suçların birleşmesinin temel dayanağı yasallık ve kusur ilkesine uygun biçimde ceza hukukunun uygulanmasıdır.¹⁴⁷ Fikri içtimanın işleviyse, birden çok gerçekleştirilen tipikliklerin, kendi ihlal edici içeriklerinin bir yandan kısmen (parçalı olarak) kesişmesi, iç içe geçmesi

olarak bulundurulmasını gerektirmez. Karta ait verilerin kullanımı yoluyla da bu suç işlenebilir. (ii) II. fıkradaki “üretim” fiilini gerçekleştirip sonra III. fıkradaki suçu fail ile sadece karta ait verileri kullanarak III. fıkradaki suçu işleyen failin gerçekleştirdiği fiillerin hukuk düzenindeki ihlal ediciliği ve failin kusurluluğu YCGK tarafından aynı ve hatta özdeş olarak değerlendirilmektedir. (iii) Sahte olarak üretilen bir banka ya da kredi kartı, nakit para olmadığı için doğası gereği taşıyıcısı tarafından birden çok kez kullanılmak için üretilir. III. fıkra kapsamında, daha ne zaman, hangi biçimde ve ne kapsamda gerçekleştirileceği somutlaştırılmayan fiil yönünden kasıt, birden çok kez kullanımda, nasıl daha en başta o kartın üretilmesindeki kasta dahil olabilir? Doğası gereği, III. fıkra yönünden kasıt, somut olaydan somut olaya değişkenlik gösterecektir. YCGK’nın TCK m. 245/III’ün a priori geçit suçu olarak TCK m. 245/II’yi kabul etmesi, somut olayda düşünsel birleşme ya da gerçek birleşme kurumu uygulanarak yasallık ve kusur ilkesine uygun karar verilmesinin önündeki en büyük engeldir.

¹⁴⁶ Ayrıca bu görüş, öldürmeye teşebbüs ve yaralama arasındaki tüketen-tüketilen ilişkisini Alman Federal Mahkemesi kararlarına gönderme yaparak ortaya koymuştur. Göktürk, s. 247-48, dn. 767. Talihsizdir ki, bu görüş, daha bu kararlara atıf yaptığı zaman, ilgili kararlardaki yaklaşım, Mahkeme tarafından tutarsız ve isabetsiz bulunarak çoktan değişikliğe uğramıştı. İlgili kararlar için bkz. BGH v. 17.12.2014 4 StR 556/14, BGH 10.5.2011 4 StR 659/10; BGHSt 44, 196 (198); BGH, v. 24.09.1998 – 4 StR 272/98.

¹⁴⁷ Yukarıda bkz. Başlık. I.

diğer yandan birbirinden ayrılması durumunda, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin ortaklaştırılmasıdır. Aynı yasal unsurların birden çok tipiklik tarafından kapsanıyor olduğu durumda, sorun, davranış tekliğinin sağlanıp sağlanmadığından daha çok kusur ilkesine uygun biçimde, gerçekleştirilen tüm tipiklikler yönünden cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinin ortak kılınmasıdır.¹⁴⁸ Türk ceza yasa koyucusu, bu durumda birden çok gerçekleştirilen tipiklikleri “temel prensip” olarak adlandırdığı tek davranış-tek suç-tek ceza eşitliğine uydurmak için “erime sistemi” görüşünü savunarak -ve böylelikle birbirleriyle kesişmeyen öğeleri cezanın belirlenmesinde göz ardı ederek- kusur ilkesine aykırı biçimde “en ağır suçtan” cezalandırma yoluna gitmiştir. Ancak bu anayasaya aykırılığı düzeltmek ne öğretinin görevidir ne de yargılama erkinin yetkisinin içindedir. Anayasaya m. 38/I’in “...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” ve TCK m. 61/X’un “kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir” ifadesi karşısında aksini savunmak yasallık ilkesi çiğnemek olacaktır.¹⁴⁹

Yargıç, teşebbüs normuyla uygulanma alanı genişletilmiş özel ceza normu ve tamamlanmış genel ceza normunu, somut olaya altlarken çifte değerlendirme yasağı ve tüketme yükümlülüğü gereği, fikri içtimaya başvurmalıdır. Fikri içtima hükmüne başvurmak tamamlanmış kasten yaralama suçu ile öldürme suçuna teşebbüs yönünden sorun oluşturmamaktadır.¹⁵⁰ Ancak tamamlanmış cinsel saldırı ile nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs yönünden TCK m. 43/I c. 3 tartışılmak zorundadır. Çünkü Türk ceza hukuku öğretisinde yazarlar, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs ile tamamlanmış cinsel saldırı suçunun arasında normların dışlayıcı yarışmasının olamayacağını ifade etmekle birlikte, bu suçlar arasındaki ilişkiyi anlamlandırmakta TCK m. 43/I

¹⁴⁸ Puppe, AT, § 33 Rn. 2; Puppe, NK-StGB vor § 52 Rn. 6.

¹⁴⁹ Devam eden değerlendirme için bkz. dn. 177.

¹⁵⁰ Alman ceza hukuku için bkz. BGHSt 44, 196; El-Ghazi, Konkurrenz, s. 99; Eschelbach, BeckOK-StGB § 212 Rn. 48; Eser/Sternberg-Lieben, Sch/Sch-StGB § 212 Rn. 23; Lackner/Kühl/Heger-StGB, § 212 Rn. 9; Neumann/Saliger, NK-StGB § 212 Rn. 37; Ruth Rissing-van Saan und Till Zimmermann, “§ 212 StGB.” in Leipziger Kommentar StGB Online (LK-StGB) (De Gruyter Online-Datenbank), Rn. 82; Schneider, MüKo-StGB § 212 Rn. 120; Momsen, SSW-StGB § 212 Rn. 29.

c. 3 engeline takılmaktadır¹⁵¹. Bu tartışmadaki esaslı sorun, cinsel saldırının nitelikli biçimi ile temel biçiminin TCK m. 43/I c. 3 anlamında “aynı suç” olarak değerlendirilerek, “aynı zamanda, aynı mağdura karşı işlenen aynı suç” bulunduğu savıyla fikri içtimanın uygulanmasının reddedilip reddedilemeyeceğidir. Bu tartışma, hukuk yöntembilimine ilişkindir. Bu nedenle TMK’nin “Başlangıç Hükümleri”¹⁵² ve ceza hukukuna egemen yasallık ilkesi uyarınca bir değerlendirme yapılmasını gerektirir.

Hukuk Yöntembiliminde TMK m. 1/I’in Anlamı ve İşlevi

Hukuk yöntembilimi, yalnızca özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk kurallarının yorumu sorununa yanıt arayan ve medeni hukuka özgülenmiş bir bilgi alanı olmaktan ötedir. Hukuk yöntembilimi, özellikle ve öncelikle anayasa hukukuna ilişkindir. Bir yandan yargılama makamı ile yasama makamı arasındaki erkler ayrılığına dayalı sınırın korunmasına (*sınır koruma işlevi*) diğer yandan yargılamanın demokratik olarak haklı kılınmasına¹⁵³ (*demokratik haklılaştırma işlevi*) hizmet eder.¹⁵⁴ Yöntembilim, sınır koruma işlevini, yasama makamının yasadığı soyut ve genel normu, huzuruna taşınan olgular ölçütünde somutlaştırma, bireyselleştirme yetkisine sahip olan yargılama makamının bu yetkisini sınırları içinde kullanması için kurallar öngörerek yerine getirir.¹⁵⁵ Buna bağlı olarak, hukuk yöntembiliminde

¹⁵¹ Demirtaş, s. 422 vd; Yavuz, s. 374.

¹⁵² MK’nin başlangıç hükümlerinin ceza hukukuna egemen biçimsel yasallık ilkesine ve ceza muhakemesine egemen temel ilkelere uygun düştüğü ölçütü uygulanabilir olduğu konusunda bkz. David Dürr, “Vor Art. 1-4” und “Art. 1.” in Zürcher Kommentar-Art. 1-7 ZGB (ZK-ZGB). Einleitung (Zürich: Schultess Verlag, 1998), Vor Art. 1-4 Rn. 118; Susan Emmenegger und Axel Tschentscher, “Art. 1.” in Berner Kommentar- Art. 1-9 ZGB (BK-ZGB), Band I, Einleitung und Personenrecht (Bern: Stämpfli Verlag, 2012), Art. 1 Rn. 92 vd, 109, 116-119.

¹⁵³ Thomas M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, München 2020, C.H. Beck, § 1 Rn. 45.

¹⁵⁴ Ayrıca adil karar verilmesine yönelik işlev için bkz. Möllers, § 1 Rn. 111; Franz Reimer, Gerechtigkeit als Methodenfrage, Tübingen 2020, Mohr Siebeck, s. 9.

¹⁵⁵ Möllers, § 1 Rn. 46. Ancak unutulmamalıdır ki, hukuk yöntembilimi, katı/ mutlak erkler ayrılığı düşüncesinin mimarları olan aydınlanma düşünürlerinden ve anayasa kuramını, norm kuramı üzerinden kuran hukukçulardan çok önce var olmuş kökleşik bir bilgi alanıdır. Bkz. Ekkehard Schumann, “Das Rechtsverweigerungsverbot: Historische und methodische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden”, Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP), 1968, H. 81, 1-2, dn. 27-30. Fakat çağımız Kara Avrupası hukukunda, yön-

hukukun bulunması için izlenilmesi öngörülen yöntemsel sıra düzenleri (hiyerarşi), hukuk kuralının anlamlandırılmasında doğrudan sözel anlamdan yola çıkılmasına ilişkin getirilen ilkeler ve yasanın getirdiği kuralı olabildiğince geçerli kılmak için başvuru anlamlandırma kuralları, demokratik haklılaştırma işlevini yerine getirme çabasının sonucudur.

Pozitif ifadesini “hukukun uygulanması ve kaynakları” başlıklı TMK m. 1’de bulan yasanın önceliği ilkesi (*Grundsatz des Gesetzesvorrangs*), erkler ayrılığına dayanan hukuk devletinin bir sonucudur. Erkler ayrılığının sonucu olarak, hukuku uygulayacak olan yargıcın vereceği kararın içeriği; yasa koyucunun soyut biçimde verdiği ön karar ile belirlenmekte, daha doğru ifadeyle çerçevelenmektedir.¹⁵⁶ Yasanın önceliği ilkesi, hukuku uygulayacak olan yargıcın, yasa koyucunun bu ön kararına uygun davranmasını sağlamaya yönelir.¹⁵⁷ Bu ön karar, hukuk dogmatikliğinde sıklıkla “yasa koyucunun iradesi” olarak adlandırılmaktadır ve genellikle yasa kuralının tarihsel yorumu içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁵⁸

“Yasa koyucunun iradesi”, geçmişte yasayı yapan seçkinlerin ya da belirli bir toplumsal kümenin aklından geçirdikleri veya ilgili yasanın gerekçesine yazdıkları değildir.¹⁵⁹ Nitekim “yasa, onu yapandan

tembilimin tartışmalarını, tamamen anayasadan soyutlamak olanaksızdır. Hukuk yöntembiliminin üzerine yoğunlaştığı soru(n)ların iki nirengi noktası, hukukun kaynağı ve hukukun uygulanmasıdır. Hukukun uygulanması ve kimi zaman yaratılması, anayasanın koyduğu esaslara uygun olarak ve anayasanın yetkiledirdiği organlar tarafından gerçekleştirilebilir. Bu yönden yöntembiliminin içerisinde barındırdığı kuramlar, kurallar ve kavramlar, erkler ayrılığına dayalı yetki paylaşımının temel tartışmalarından ayrılamaz.

¹⁵⁶ Biaggini, s. 293; Christian Hillgruber, “Art. 97 GG (Unabhängigkeit der Richter),” in Dürig/Herzog/Scholz- Grundgesetz-Kommentar (GG) (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Rn. 27.

¹⁵⁷ Biaggini, s. 296; Bernd Grzeszick, “Art. 20 GG (Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht),” in Dürig/Herzog/Scholz- Grundgesetz-Kommentar (GG) (München: Verlag C. H. Beck, 2020), Rn. 90.

¹⁵⁸ Biaggini, s. 294.

¹⁵⁹ Karş. Biaggini, s. 295. Burada “yasa koyucu”dan ne anlaşıldığı da oldukça önemlidir. Sıklıkla başvuru bir kavram olan yasa koyucudan ne anlaşılması gerektiği sorusu, Polonya hukuk felsefesi çevresinde isabetli olarak iki ayrı başlık altında incelenir: Somut ve soyut yasa koyucu. Somut yasa koyucu da kendi içinde ikiye ayrılır: Öze ilişkin (maddi) yasa koyucu ve biçimsel (şekli) yasa koyucu. Öze ilişkin yasa koyucu, (i) bir kuralın hem biçiminde hem içeriğinde doğrudan doğruya etkide bulunan kimseleri (gerçek yasa koyucu) ve (ii) gerçek yasa koyuculardan oluşmuş ve yasama organı tarafından tanınmış ya da yasama organı içerisinde

akıllıdır".¹⁶⁰ Çünkü hermeneutik gereği, yasamayla birlikte yasa, kaçınılmaz olarak, onu yapanların iradesinden bağımsız bir varlık kazana-
caktır.¹⁶¹ Yasa metni, daha kesin bir ifadeyle, yasa kuralının sözü, yasa
koyucunun ilgili hukuksal sorun karşısındaki ön kararının ne olduğun-
u anlamak, idrak etmek için yargıcın elindeki ilk araçtır.¹⁶² Kural ola-
rak yasa koyucunun ön kararını açık ve seçik biçimde kuralın sözünde
ifade ettiği kabul edilir. Bu nedenle yasanın sözel anlamı, hukukun
bulunması ve sonrasında uygulanmasında kaçınılmaz ön koşuldur.¹⁶³
Yasa koyucunun yasanın sözünde ön kararını açık ve seçik biçimde

kurulmuş komisyon ya da kurulları (örgütlü yasa koyucu) kapsar. Biçimsel yasa
koyucu, anayasa ya da yasanın yasa tasarısını yasaya dönüştürme yetkisiyle do-
natıldığı kimselerdir. Soyut yasa koyucu ise insanların arzularında yaşayan ideal
yasa koyucu tipidir. Tüm akıl yasalarına ve değer sistemlerine uygun olarak yasa
koyan kimseyi anlatır. Bu nedenle soyut yasa koyucu için akılcı (ussal, rasyonel)
yasa koyucu da denmektedir. Slawomira Wronkowska, "The Rational Legislator
As A Model For The Real Lawmaker", Polish Contributions To The Theory And
Philosophy Of Law, Amsterdam 1987, Rodopi s. 148 vd. Michał Krotoszynski,
"Legislative History, Ratio Legis, and The Concept of the Rational Legislator", Ra-
tio Legis, SpringerLink 2018, s. 58. Yasa koyucunun somut ve soyut yasa koyucu
başlıklarına ayrılması yerindedir. Ancak soyut yasa koyucunun, varsayımsal bir
yasa koyucu olduğu unutulmamalıdır. Bu varsayımsal yasa koyucu, günümüze
ait bir çıkarımın sonucu değildir. Aksine uzun süre inanılmış "hükümdarın yasa-
dığı akla aykırı olamaz; çünkü hükümdar asla ama asla akla aykırı olanı istemez"
dogmasının ürünüdür. Ogorek, R.: Richterkönig oder Sumssumtionsautomat?
Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main
1986, s. 117. Nitekim, TCK m. 44'ün gerekçesinde, "Bir suçun temel ve nitelikli şe-
killeri dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilme-
lidir." ifadesi yer almaktadır. İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel
Hükümler, Ankara 2005, Seçkin Yayınevi, s. 575. Gerekçede yer alan ifadenin aksi
yönünde bkz. Hakeri, s. 638; yukarıda bkz. dn. 118. Gerekçeye yazılan bu ifadeye,
TCK m. 44'te herhangi bir yasal düzenleme olmaksızın tek başına etki tanınmaz.
Aynı suç varsayımına ilişkin tek normatif dayanak, TCK m. 43/1 c. 3'tür. Yargıç,
ilgili düzenlemenin amacının ayrıca fikri içtimayı de kapsayıp kapsamadığı konu-
sunda hukuk yöntembilimi kuralları uyarınca değerlendirme yapmak konusunda
gerekçede yazan ifadeye bağlı kılınmaz.

¹⁶⁰ Alman hukuk öğretilerinde "yasa, yasa koyucudan akıllıdır" özdeyişi, (özdeyişi ilk
kullananın kim olduğu tartışmalı olmakla birlikte)1885 yılında von Bülow tarafın-
dan "Gesetz und Richteramt" isimli eserde (37), 1886 yılında Kohler tarafından
"Ueber die Interpretation von Gesetzen" başlıklı makalede dile getirilmiştir. Bu
saptama için bkz. Möllers, §6 Rn. 70, dn. 134.

¹⁶¹ Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 174. Karş. Gadamer, s. 332.

¹⁶² Biaggini, s. 300; Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 206. Yasa kura-
lının sözü, yargıcın hukuku "anlama süreci"ne attığı ilk adımdır. Dürr, ZK-ZGB,
Vor Art. 1-4 Rn. 227.

¹⁶³ Heinz Hausheer und Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB- Art. 1-10 ZGB,
Stämpflis Handkommentar (SHK-ZGB) (Bern: Stämpfli Verlag, 2003), Art. 1 Rn.
232. Karş. Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 222.

ifade etmediği yönünde inandırıcı bir neden olmadığı¹⁶⁴ sürece yargıç yasanın sözüne karşın hukuku uygulayamaz.¹⁶⁵ Nitekim TMK m. 1/I'de de medeni yasa koyucu, ilgili kuralın öze ilişkin anlamıyla sözel anlamı arasındaki tutarsızlığın ortadan kaldırılmasına yönelik olarak, yasa kuralının sözüne karşın hukukun uygulanması olanağını tanımıştır.¹⁶⁶ TMK m. 1/I, yasa kuralının düzeltilmesi ya da örtülü bir boşluğun doldurulmasını ifade etmez; bu madde, yasa koyucunun ön kararının kuralın sözünde açık ve seçik olarak belirlenememesi ve ancak öze ilişkin anlamda en net biçimde saptanabildiği durumda, yasanın hukukunun uygulanmasıdır.¹⁶⁷ Yoksa yargıç TMK m.1/I uyarınca kuralın sözüne karşın öze ilişkin anlamını uyguladığında hukuk yaratmamaktadır.¹⁶⁸ Bu yönüyle TMK m. 1/I, hukuk yöntembiliminde yargıcın TMK m. 2/II'ye başvurarak örtülü boşluğu doldurması ile karıştırılmamalıdır.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Nitekim inandırıcı bir neden olmaksızın yasanın sözünden sapmak devlete yönelik keyfilik yasağının açıkça ihlali olacaktır. Biaggini, s. 422-423. Karş. Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 237.

¹⁶⁵ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 233; Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 231. Yasanın sözel anlamı ile öze ilişkin anlamının arasında bir alt üst ilişkisinin kurulamayacağı ve hem söze hem öze ilişkin anlamın "hukukun bulunması" (Rechtsfindung) için aynı anda, aralarında fark gözetilmeksizin, ortak biçimde dikkate alındığı konusunda bkz. Dürr, ZK-ZGB, Art. 1 Rn. 62, 71. Yasa koyucunun yasanın sözünde ön kararını açık ve seçik biçimde ifade etmediği yönünde inandırıcı bir neden olmadığı sürece yargıcın yasanın sözünden sapamayacağına ilişkin görüşün, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenmesi ve egemen görüş durumuna getirilmesi hakkındaki saptama için bkz. Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 231.

¹⁶⁶ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 233. İnandırıcı nedenlerin ayrık ve somut olayın koşullarına bağlı olduğu konusunda bkz. Emmenegger/Tschentscher, BK-ZGB, Art. 1 Rn. 243.

¹⁶⁷ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 233. Hausheer/Jaun ile aynı yöntem-bilimsel paradigmayı paylaşmasa da İsviçre hukuk öğretisinde, Dürr, yasanın anlamının, söze ve öze ilişkin anlam yönünden bir bütün olduğunu savunarak, kuralın özüne ilişkin anlamına uygun biçimde hukukun uygulanmasının, yine yasanın uygulanması anlamına geleceğini savunmaktadır. Dürr, ZK-ZGB, Art. 1 Rn. 105 vd.

¹⁶⁸ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 234.

¹⁶⁹ Türk hukuk yöntembiliminde, TMK m. 1/II kuralından amaca uygun sınırlandırma (teleolojik redüksiyon) türeten görüş, TMK m. 1/I uyarınca söze karşın öze ilişkin anlamın öncelenmesi ile TMK m. 2/II uyarınca normun düzeltilerek uygulanmasını bir başlık altında ele alarak, her ikisini TMK m. 1/II anlamında yargıcın hukuk yaratması içerisinde değerlendirdiği için isabetsizdir. Bu konuda bkz. Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 263 vd. Aksi yönde bkz. Dürr, ZK-ZGB, Art. 1 Rn. 104.

Bu açıklamalar sonrasında Türk hukukunda, hukuk yöntembili-
mi içerisinde TCK m. 43/I c. 3’ün nasıl yorumlanması gerektiği tartış-
maya açılacaktır. Bu tartışma kapsamında ilgili yasa kuralının sözüne
karşın (*contra verba legis*) özüne uygun olarak yorumlanması gereksi-
nimini değerlendirecektir. Bu gereksinim ceza yasa koyucusunun,
getirdiği “aynı suç” varsayımının (*Fiktion*)¹⁷⁰ her soyut olayda, genel
geçer biçimde¹⁷¹ mi yoksa yalnızca belirli bir olay grubu, yani salt zin-
cirlenme suç yönünden mi dikkate alınacağına saptanması gereğinden
doğmaktadır.

TMK m. 1/I Uyarınca Kuralın Sözüne Karşın (*contra verba legis*) Hukukun Uygulanması: TCK m. 43/I c. 3’teki Aynı Suç Varsayımının Uygulanma Alanının Sınırı Üzerine

Hukuk yöntembiliminde geçerli olan yöntem karinesine göre,
yasa kuralının sözü, yasa koyucunun o olay ölçütündeki ön kararının
ne olduğunu açıkça ifade eder.¹⁷² Bunun aksi ancak sözel anlamın, yasa
koyucunun ön kararının bu biçimde belirleme yapmasındaki amacını,
yani o kuralın varlık nedenini karşılamadığı yolunda inandırıcı bir nen-
den ile kanıtlanabilir.¹⁷³ TMK m. 1/I deki belirleme uyarınca, inandırıcı
olarak nitelendirilebilecek ilk neden, kuralın sözünün doğrudan uygula-
ndığı zaman, kuralı özünden saptırma olasılığıdır.¹⁷⁴ Bu olasılıkta, o
kural hem taşıdığı işleve hem yasa koyucunun o olay ölçütünde aldığı

¹⁷⁰ TCK m. 43/I c. 3 yasa koyucunun, yargılama makamının ceza hukukunu uygula-
ması sırasında başvurması için getirdiği yardımcı normdur. Yardımcı normlar,
yasal tanım veya varsayım ya da karine düzenleyen kurallardır. Kesin karine
olabilmesi için yasa koyucunun “var” kabul ettiği, kurguladığı olguların (eşit-
lik, aynılık, babalık, irade özgürlüğü vb.), yasa koyucunun kabulünden bağımsız
olarak fiilen var olma olanağına sahip olması gerekir. Hukuken tanımlanışı dahi
özdeş olmayan iki ayrı fiil, doğadaki değişim ve devinim gereğince birbirinin ay-
nısı olamaz. Bu nedenle Yasa’daki “... aynı suç sayılır” ifadesi, kesin karineden
öte bir varsayımdır. Kesin karine ve varsayım arasındaki farkın açıklanması için
bkz. Zippelius, s. 29-30.

¹⁷¹ Bu yönde bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukuku-
na Giriş, İstanbul 2020, Beta Yayınevi, s. 523.

¹⁷² Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 234. Hermeneutik açıdan bunun ola-
naksız olduğu, yargıç ile yasa koyucu arasında bir sıra düzen (hiyerarşi) yerine
iş bölümü ilişkisi bulunduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Dürr, ZK-ZGB, Vor
Art. 1- 4 Rn. 231 vd, 243 vd.

¹⁷³ Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 237.

¹⁷⁴ Karş. Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 240.

ön karara yabancı kalmaktadır.¹⁷⁵ Hukuk yöntembilimi uyarınca TCK m. 43/I c. 3'teki aynı suç varsayımı, salt sözel anlamına göre, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs ve tamamlanmış temel cinsel saldırı suçu yönünden fikri içtima hükümlerini uygulanamaz kılmaktadır.

Ancak bu iki gerekçeyle isabetsizdir. TCK m. 43/I c. 3'ün, bu iki suç tipi arasındaki fikri içtimayı engellemesi, birincil olarak aynı suç varsayımının amacını ve kuralın öze ilişkin anlamını boşa çıkarmakta; ikincil olarak bu iki suç tipi arasındaki suçların birleşmesi ilişkisini hukuken belirsiz kılmaktadır.

Aynı suç varsayımının işlevi, "bir suç işleme kararı" içerisinde ardışık işlenen suçlar yönünden cezanın nasıl kusur ilkesine uygun olarak belirleneceğine yardımcı olmaktır. Buna ek olarak, bu varsayımın dayandığı değerlendirme değişik zamanlarda işlenen fiiller ve fiil sayısınca ortaya çıkan suç tiplerine yöneliktir.¹⁷⁶ Aynı suç varsayımının işlevi ve temelinde yatan bu değerlendirme, özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı duruma yabancıdır. Çünkü bu iki tipi aynı suç saymak, bu olay grubunda kusur ilkesine uygun cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesini sağlamaz. Nitekim zincirleme suçta olduğunun aksine burada, birden çok fiil de söz konusu değildir. Aynı suç varsayımı, münhasıran zincirleme suç kurumuna yönelik düzenlenmiştir. Bu yabancılık karşısında, TCK m. 43/I c.3'ün "bir suçun temel şekli ile ... nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır" sözüne karşın TMK m. 1/I uyarınca özüne ilişkin anlamının uygulanması gerekir. Bu uygulama sonucunda, üzerinden temel cinsel saldırı suçu tamamlandığı ve nitelikli cinsel saldırı suçu teşebbüs aşamasında kaldığında, bu iki suç tipi suçların birleşmesi yönünden "aynı suç" olarak değerlendirilmeyecektir.

Ayrıca, TCK m. 43/I c.3'e başvurmak pratik yönden kestirme olmakla birlikte hukuk dogmatikliği yönünden tehlikelidir. Yargıç, *iuro*

¹⁷⁵ Karş. Hausheer/Jaun, SHK-ZGB, ZGB Art. 1 Rn. 242-243.

¹⁷⁶ Gerçekten de zincirleme suç söz konusu olduğunda, doğalcı anlamda, her bir fiil kendi başına bir suç oluşturur. Bir suç işleme kararı esasında her bir fiilde birbirinden bağımsızca somutlaşmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Sternberg-Lieben/Bosch, Sch/Sch-StGB Vor §52 Rn. 31. Türk ceza hukuku öğretisinde zincirleme suç ile fikri içtima arasındaki fark için herkesten önce bkz. Yalçın-Sancar, s. 34 vd.

novit curia gereği, herhangi bir hukuksal sorunu belirsiz bırakamaz (*Rechtsverweigerungsverbot*).¹⁷⁷ Peki bu iki suç, aynı suç olarak kabul edilirse hukuksal soruna dair “belirlilik” sağlanacak mıdır? Hayır! Özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda, TCK m. 43/I uyarınca zincirleme suç söz konusu olamaz; çünkü değişik zamanlarda birden çok fiile bağlı gerçekleşen birden çok tipiklikten söz edilemez. Buna ek olarak, burada TCK m. 43/II de söz konusu olamaz; çünkü mağdur birden çok değildir, tektir, aynıdır. Aynı suç varsayımını kabul etmenin tek sonucu, bu hukuksal sorunu belirsiz bırakmak ve çözümü hukuksal sonuç yani yaptırım üzerinden aramak olacaktır: Keyfi bir artış yapmak ya da bir ceza alt sınır koymak. Ceza belirlenirken ve bireyselleştirilirken keyfi artışa ya da yasada öngörülme-yen bir sınıra başvurarak varılan çözüm, sadece

¹⁷⁷ Kara Avrupası’nda Fransız hukukunda Code civil’in 4. maddesinde (“Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”), Belçika hukukunda Code judiciaire’in 5. maddesinde (“Il y a déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi”) düzenleme bulan hukuku uygulamaktan kaçınma yasağı şu şekilde ifade edilebilir: “Yargıç, yasanın olay karşısında sustuğunu, olayı aydınlatmadığını ya da eksik (yetersiz) kaldığını gerekçe göstererek karar vermekten kaçınmaz”. Bu yasağın konusu, yargılama makamının huzuruna taşınmış uyuşmazlığa dair herhangi bir hukuksal sorundur. Yasak uyarınca hiçbir hukuksal sorun, yasa karşısında “belirsiz” ya da “kapalı” (non-liquet) olarak değerlendirilerek çözümsüz bırakılamaz. Bu çözümsüzlüğün önüne geçen, yani yargıcın hukuksal sorunu belirsiz bırakarak hüküm kurmasını engellemeyi hedefleyen hukuku uygulamaktan kaçınma yasağı, Kara Avrupası hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır. Hukuku uygulamaktan kaçınma yasağı, bir yandan yargıca belirli türde karar vermeyi yasaklarken diğer yandan yargıca uyuşmazlığı, o uyuşmazlıktan doğan hukuksal sorunların tümünü açıklığa kavuşturarak çözmesini emretmektedir. Bu nedenle hukuku uygulamaktan kaçınma yasağının, aslında yargılanan uyuşmazlığa dair ortaya çıkan “hukuksal sorunu belirsiz ya da yanıtız bırakma yasağı” olduğu da söylenebilir. Schumann, ZZP, s. 80; Dürr, ZK-ZGB, Vor Art. 1-4 Rn. 47. Fransa ve Belçika’nın aksine Kara Avrupası hukuk sistemi içerisinde yer alan Avusturya, İsviçre ve Türk hukuklarında, bu yasak, yasa kuralının açık sözünden değil, kuralın özünden çıkarılmaktadır. ABGB § 7, ZGB Art. 1 Abs. 2 ve TMK m. 1/II’nin özü, hukuku uygulamaktan kaçınma yani hukuksal sorunu belirsiz bırakma yasağıdır. Bunun yanı sıra Alman hukukunda hukuku uygulamaktan kaçınma yasağının kaynağı olarak gelenek-görenek hukuku gösterilmektedir. Schumann, ZZP, s. 80. Hukuki sorunu belirsiz ya da yanıtız bırakma yasağı, yargıcın keyfi bir çözüm getirmesi anlamına gelmez. Ceza hukukuna egemen biçimsel yasallık ilkesi ve TMK m. 4 düşünüldüğünde, yargıç, ceza yasasının koyucusunun ön kararı ve ceza yasasının sistematigi içerisinde, hukuki sorunu çözüme kavuşturmakla yükümlüdür. Karş. Dürr, ZK-ZGB, Vor Art. 1-4 Rn. 42.

hukuksal sorunu belirsiz bırakmaya yol açmaz, iki soruyu da beraberinde getirir. Birincisi, “tek” fiille “aynı” mağdura “aynı” suçu “aynı” zamanda işleyen fail için nasıl ceza artışına gidilmektedir ya da nasıl bu failin cezasına yasa da öngörülme-yen bir alt sınır getirilmektedir?¹⁷⁸ İkincisi, yasa koyucu birbirini dışlamayan iki normun gerçekleşmesi durumunda, en ağır olan yaptırıma göre cezanın belirleneceğini düzenlemişken (TCK m. 44), nasıl “aynı” ve “tek” suçu gerçekleştiren fail daha ağır bir sonuçla karşı karşıya kalmaktadır? Bu soru(n)lara rağmen, yine de “aynı suç” varsayımı uygulanarak çözümü yaptırımda aramak konusunda diretilecekse yasallık ilkesine aykırı biçimde ceza hukukunun uygulandığının ve yasa içerisinde bir değer çatışkısı yaratıldığının da kabul edilmesi gerekecektir. Sonuç olarak, “aynı suç” varsayımını, özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı duruma uygulamak, devlete yönelik keyfilik yasağının ve yargılama erkine yönelik hukuksal sorunu belirsiz bırakma yasağının açıkça ihlalidir. Bu nedenle, TCK m. 43/II c. 3 tamamlanmış cinsel saldırı suçu ile teşebbüs aşamasında kalmış nitelikli cinsel saldırı suçu arasında fikri içtimanın uygulanmasına engel oluşturacak biçimde yorumlanamaz.

¹⁷⁸ Gerçekten de Türk ceza hukukunda Yargıtay ve öğreti, Anayasa m. 38/I'e ve TCK m. 61/X'a aykırı biçimde yasa koyucunun öngörmediği bir alt sınır getirerek ceza hukukunu “anayasaya aykırı ama adil (!)” uygulamaya çalışmaktadır. Alman ceza hukuku öğretisindeki benzer yaklaşım ve bu yaklaşımın eleştirisi için herkesten önce bkz. Puppe, *Idealkonkurrenz*, s. 314 dn. 4 ve 315 vd. Bu çabayı doğuran ceza adaleti ya da “hakkaniyet” düşüncesini anlamakla birlikte, Yargıtay'ın bu çözümünün ceza hukukunun *contra legem* uygulanması olduğu apaçiktir. Yargıtay kararları ve ilgili öğreti görüşleri için bkz. Demirtaş, s. 398; Yavuz, s. 374 vd. Esasen Yargıtay'ın *contra legem* çözümü, Türk ceza yasası koyucusunun fikri içtima düzenlemesinde kusur ilkesine uygun bir düzenleme getirememesinden kaynaklanır. Erime sistemi adı altında düzenlenen TCK m. 44, kavramsal belirsizlikleri bir yana, failin gerçekleştirdiği fiilin bir bütün olarak hukuk düzenindeki ihlal ediciliğine ve failin kusurluluğuna oranla faile daha az ceza verilmesine yol açmaktadır. Maddenin eleştirisi için herkesten önce bkz. Toroslu/Toroslu, s. 373 vd. Türk ceza yasası koyucusunun benimsediği ceza politikası, anayasal ilke olan kusur ilkesinin ihlalidir ve anayasaya aykırıdır. Ayrıca bkz. El-Ghazi, *Konkurrenz*, s. 114. Ancak Yargıtay, yasama erkinin “erime sistemi” ismi altında failin yararına benimsediği ceza politikası karşısında (TCK m. 44), Anayasa Mahkemesi iptal kararı olmaksızın, yargı erkiyle *contra legem* biçimde hukuku düzeltemez. Çünkü yargıçların, yasa koyucunun politik değerlendirmelerine el atması, en sonunda, erkler ayrılığı ilkesinin çiğnenmesidir.

SONUÇ

Bu çalışmada, özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda normların dışlayıcı yarışmasına başvurulamayacağı, burada TCK m. 44’te düzenleme bulan fikri içtimanın uygulanma alanı bulacağı sonucuna varılmıştır. Bu sonuca varılırken ulaşılan ara sonuçlar aşağıdaki gibi sıralanabilir:

Suçların birleşmesi, birden çok kere aynı türden ya da başka türden tipiklik gerçekleştirilmesi durumunda, faile verilecek olan cezanın, tipikliklerin hukuk düzeninde ifade ettiği ihlal edicilik ve failin kusuru ölçüsünde belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin yöntem kurallarını ifade eder. Temeli, çifte değerlendirme yasağı ve yargıçların kusur ve yasallık ilkesinden kaynaklanan ceza normlarını belirlilik ilkesine uygun olarak uygulamak yükümlülüğüne (tüketme yükümlülüğü) dayanır.

Ceza hukukunda normların dışlayıcı yarışmasına başvurulduğu durumlarda, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü uyum içerisindedir. Bu iki ilke arasındaki çekişme halleri için yasa koyucu “fikri içtima” hükmünü düzenlemiştir. Ne zaman, çifte değerlendirme yasağı ile tüketme yükümlülüğü çekişme durumuna geçer; yani, yasağa uymak yükümlülüğü çiğnemek; yükümlülüğe uymak, yasağı çiğnemek anlamına gelirse, yargıç yasallık ve kusur ilkesine uygun olarak ceza hukukunu uygulayabilmek için “fikri içtima” kurumuna başvuracaktır.

Ceza hukukunda görünüşte birleşme, normların dışlayıcı yarışmadır. Dışlayan normda tanımlanan suçun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan ihlal ve failin kusurluluğu yönünden, dışlanan normda ek olarak gözetilmesi gereken hiçbir öge yoktur. Dolayısıyla, hukukun uygulanmasında çifte değerlendirme yasağına da tüketme yükümlülüğüne de aykırılık söz konusu olmaz. Ceza hukukunun uygulanması sırasında normlar arasında kurulan dışlayıcı ilişkinin temelini çifte değerlendirme yasağı olduğu anlaşıldığında yalnızca özel-genel norm arasındaki ilişkinin tam anlamıyla dışlama ilişkisi olduğu görülecektir.

Özel-genel norm ilişkisi, mantıksal zorunluluk bağı ölçütünde saptanır. Bu ölçüt, “değer” kavramına başvurularak “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” ve “değer biçici” dışlama adı altında genişletilemez.

Bu genişletme, tüketme yükümlülüğüne, kusur ilkesine, yasallık ilkesine aykırıdır. Ayrıca fiil ceza hukuku sistemiyle bağdaşmaz.

Özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda, normların dışlayıcı yarışmasına başvurulamaz. Teşebbüs, ilgili ceza normunda tanımlanan fiilin uygulanma alanını, yani suçun tipikliğini genişletir. Suçun öğelerinin tümü gerçekleşirse de teşebbüs normu, devlete cezalandırma yetkisi verir. Fakat dışlama ilişkisi için somut olayda söz konusu ceza normlarının ikisinin de öğelerinin tümüyle gerçekleşmesi beklenir. Ne öldürmeye teşebbüs, yaralamanın tüm öğelerini ne nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs, cinsel saldırının temel suç öğelerini tamamıyla içermek zorundadır.

Özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda, TCK m. 43/I c. 3'te düzenlenen "aynı suç" varsayımının, özellikle nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs ve tamamlanmış cinsel saldırı suçu yönünden, fikri içtimanın uygulanmasını engellemez. TCK m. 43/I c. 3'ün, bu iki suç tipi arasındaki fikri içtimayı engellemesi, öncelikle TMK m. 1/I uyarınca aynı suç varsayımını amacını, öze ilişkin anlamını boşa çıkarmakta; ikincil olarak da bu iki suç tipi arasındaki suçların birleşmesi ilişkisini belirsiz kılmaktadır. TCK m. 43/I c.3'e başvurulduğu veya hukuksal sorunun çözümüne yaptırım ile ulaşılmaya çalışıldığı durumda, yargıç, *iuro novit curia* gereği, herhangi bir hukuksal sorunu belirsiz bırakmama ödevini çiğnemiş olacaktır.

Özel ceza normunda tanımlanan suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı anda genel ceza normunda tanımlanan suçun tamamlandığı durumda, fikri içtimanın uygulanması, ceza hukukunun çifte değerlendirme yasağı ve tüketme yükümlülüğüne uygun biçimde uygulanması anlamına gelecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022, Adalet Yayınevi.
Biaggini Giovanni, Verfassung und Richterrecht-verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Basel 1991, Helbing und Lichtenhahn Verlag.

- Centel Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2020, Beta Yayınevi.
- Datlı Begüm, Türk Ceza Kanunu’nda Hırsızlık Suçu, Ankara 2020, Adalet Yayınevi.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Dürr David, “Vor Art. 1-4” und “Art. 1.” in Zürcher Kommentar-Art. 1-7 ZGB (ZK-ZGB). Einleitung, Zürich: Schulthess Verlag, 1998.
- El-Ghazi Mohamad, Revision der Konkurrenzlehre- Unrechts- und Schulddivergenzen zwischen Ideal- und Realkonkurrenz, Tübingen 2020, Mohr Siebeck.
- Emmenegger Susan und Axel Tschentscher. “Art. 1.” in Berner Kommentar- Art. 1-9 ZGB (BK-ZGB), Band I, Einleitung und Personenrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2012.
- Eschelbach Ralf, “§ 46 (Grundsätze der Strafzumessung)” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021).
- Eschelbach Ralf, “§ 52 (Tateinheit)” in Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB) (Carl Heymanns Verlag, 2021).
- Eser Albin und Detlev Sternberg-Lieben, “§ 212 StGB (Totschlag)” in Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB), München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- Fahl Christian, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, Berlin 1996, Duncker & Humblot.
- Gadamer Hans-Georg, Gesammelte Werke 1, Hermeneutik I, Tübingen 1990, Mohr Siebeck.
- Göktürk Neslihan, Fikri İctima (Suçların İctimai), Ankara 2013, Adalet Yayınevi.
- Greco Luis, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft- Grundlagen und Dogmatik des Tatbegriffs, des Strafklageverbrauchs und der Wiederaufnahme im Strafverfahrensrecht, Berlin 2015, Duncker & Humblot.
- Grzeszick Bernd, “Art. 20 GG (Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht).” in Dürig/Herzog/Scholz- Grundgesetz-Kommentar, (München: Verlag C. H. Beck, 2020).
- Hafizoğulları Zeki ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, US-A Yayıncılık.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, Adalet Yayınevi.
- Hausheer Heinz und Manuel Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB- Art. 1-10 ZGB, Stämpfli Handkommentar (SHK-ZGB). Bern: Stämpfli Verlag, 2003.
- Hettinger Michael, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, Berlin 2015, Duncker & Humblot.
- Hillgruber Christian, “Art. 97 GG (Unabhängigkeit der Richter)” in Dürig/Herzog/Scholz- Grundgesetz-Kommentar, (München: Verlag C. H. Beck, 2020).
- İçel Kayıhan, Suçların İctimai, İstanbul 1972, İstanbul Üniversitesi Yayını.
- Kabak Yüce Emine, Kusur Esasına Dayalı Olarak Cezanın Belirlenmesi, İzmir 2022, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Kargl Walter, Strafrecht, Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, Frankfurt am Main 2018, Nomos Verlag.

- Koca Mahmut ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Koruculu Irmak, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Lackner Karl, Kristian Kühl und Martin Heger. *Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl/Heger-StGB)*. München: Verlag C. H. Beck, 2023.
- Maier Stefan, “§ 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung)” in *Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB)*, Band II, München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- Momsen Carsten, “§ 212 (Totschlag)” in *Satzger/Schluckebier/Widmaier-Strafgesetzbuch-Kommentar (SSW-StGB)* (Carl Heymanns Verlag, 2021).
- Möllers Thomas M. J., *Juristische Methodenlehre*, München 2020, C.H. Beck.
- Neumann, Ulfrid und Frank Saliger. “§ 212 StGB (Totschlag).” in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB)*. Nomos, 2017.
- Ogorek Regina, *Richterkönig oder Sumbsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, Vittorio Klostermann.
- Özbek Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler*, Ankara 2005, Seçkin Yayınevi.
- Öztürk Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2022, Seçkin Yayınevi.
- Puppe Ingeborg, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen- Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung (Idealkonkurrenz)*, Berlin 1979, Duncker & Humblot.
- Puppe Ingeborg. “Vor § 52 StGB (Die allgemeinen Prinzipien der Konkurrenzlehre), und §52 StGB (Tateinheit).” in *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB)*. Nomos, 2017.
- Puppe Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung (AT)*, 2023, Nomos.
- Reimer Franz, *Gerechtigkeit als Methodenfrage*, Tübingen 2020, Mohr Siebeck.
- Rissing-van Saan Ruth und Till Zimmermann, “§ 212 StGB” in *Leipziger Kommentar StGB Online (LK-StGB)*, De Gruyter Online-Datenbank.
- Rissing-van Saan Ruth, “Vor § 52” un “§ 52 StGB.” in *Leipziger Kommentar StGB Online (LK-StGB)*, De Gruyter Online-Datenbank.
- Schmitz Roland, “§ 1 StGB (Keine Strafe Ohne Gesetz)” in *Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB)*, Band I, München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- Schneider Hartmut, “§ 212 StGB (Totschlag)” in *Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB)*, Band II, München: Verlag C. H. Beck, 2021.
- Schünemann Bernd, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin 1978, De Gruyter.

- Sternberg-Lieben, Detlev und Nikalous Bosch. “§§ 52-55 StGB (Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen).” in Schönke/Schröder-Strafgesetzbuch Kommentar (Sch/Sch-StGB), München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- Streng, Franz. “§ 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung).” in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (NK-StGB). Nomos, 2017.
- Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, Savaş Yayınevi.
- Toroslu Nevzat ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2021, Savaş Yayınevi.
- Töngür Ali Rıza ve Ekrem Çetintürk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, Adalet Yayınevi.
- v. Heintschel-Heinegg Bernd, “§§ 52-55 StGB (Strafbemessung bei mehreren Gesetzesverletzungen)” in Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Band II, München: Verlag C. H. Beck, 2020.
- v. Heintschel-Heinegg, Bernd. Beck’sche Online-Kommentar StGB (BeckOK-StGB). München: C. H. Beck, 2022.
- Yavuz Yağız, Suçun Nitelikli Unsurları, İstanbul 2022, Yayımlanmamış Doktora Tezi.
- Zippelius Reinhold, Juristische Methodenlehre, München 2021, C. H. Beck.

Makaleler

- Akılhoğlu Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara 1991, C. 24, S. 2, s.11-21.
- Barczak Tristian, “Normenkonkurrenz und Normenkollision”, *Juristische Schulung (JuS)*, 2015 H. 11, s. 969-76.
- Çubukçu Büşra Sevede, “Türk Ceza Hukuku’nda Görünüşte İctima”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, C. 14, S. 154, s. 1181-1190.
- Demirtaş Soner, “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2021, C. 25, S. 3, s. 381-429.
- Dereli Alparlan, “Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 8, S. 16, s. 543-568.
- Donini Massimo, “Das Offensivitätsprinzip. Von der italienischen Strafrechtswissenschaft zu europäischen Programmen” in Beiträge zur italienischen Strafrechts- und Kriminalpolitik, herausgegeben von Thomas Vormbaum, LIT Verlag, 2015.
- Donini Massimo, “Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei.” in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista trimestrale* 4, (2013): 4-43.
- El-Ghazi Mohamad, “Der Anwendungsbereich des Doppelverwertungsverbotes”, *JuristenZeitung (JZ)*, 2014, H. 69, N. 4, s. 180-185.
- Erden Tütüncü Efser, “Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 24, S. 2, s. 619-672.
- Fezyoğlu Metin ve Devrim Güngör. “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md. 142/4”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2007, C. 56, S. 1, s. 139-143.

- Göka M. Emir ve Bedirhan Erdem, "Gölge Yazarlık Sözleşmelerinin Geçerliliği ve Akademik Gölge Yazarlığın Cezalandırılabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2022, C. 28, S. 1, s. 489-574.
- Göktürk Neslihan, "Türk Hukuku'nda Suçların İctimai", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)*, 2014, C. 2, S. 1-2, s. 31-59.
- İçel Kayıhan, "Görünüşte Birleşme (İctima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, C. 14, s. 1181-1190.
- Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukukunda Biçim ve İçerik", *Kadir Has Hukuk Fakültesi Dergisi (KHASHFD)*, 2022, C. 10, S. 1, s. 135-145.
- Klug Ulrich, "Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1956, H. 68, N. 3, s. 399-416.
- Koca Mahmut, "Fikri İctima", *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2007, C. 2, S. 4, s. 197-221.
- Krotoszynski Michał, "Legislative History, Ratio Legis, and The Concept of the Rational Legislator", *Ratio Legis*, SpringerLink 2018, s. 57-73.
- Kuhlen Lothar, "Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot", *FS Otto*, 2007, Carl Heymann Verlag, s. 89-105.
- Maatz Kurt Rüdiger, "Kann ein (nur) versuchtes schwereres Delikt den Tatbestand eines vollendeten mildereren Delikts verdrängen?- Die Konkurrenz-Rechtsprechung in Fällen versuchten Totschlags/Mordes, versuchter Vergewaltigung und versuchter Nötigung auf dem Prüfstand", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1995, H. 5, s. 209-213.
- Manes Vittorio, "Der Beitrag der italienischen Strafrechtswissenschaft zur Rechtsgutlehre", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2002, H. 114, N. 3, s. 720-734.
- Puppe Ingeborg, "Abschied vom naturalistischen Verbrechensbegriff in der Lehre von den Konkurrenzen-Eine Konkurrenzlehre 2.0", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2020, H. 132, N. 1, s. 1-23.
- Puppe Ingeborg, "Die Erfolgseinheit, eine verkappte Form der Idealkonkurrenz- Das Problem der Erfolgsidentität bei Tatmehrheit i.S. der h.L.", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2007, N. 6, s. 254-59.
- Puppe Ingeborg, "Was ist Gesetzeskonkurrenz?", *Juristische Schulung (JuS)*, 2016, N. 11, s. 961-966.
- Rönnau Thomas und Killian Wegner, "Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen", *Juristische Schulung (JuS)*, 2021, N. 17, s. 17-23.
- Saliger Frank, "Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik," *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2011, H. 6, N. 11, s. 902-918.
- Sarıtaş Erkan, "Cezalandırılmayan Önceki Hareketler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, S. 2, s. 615-654.
- Schumann Ekkehard, "Das Rechtsverweigerungsverbot: Historische und methodische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden", *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)*, 1968, H. 81, 1-2, s. 79-102.

- Tekin Nurullah, “Fikri İctima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansımaları”, *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, 2010, C. 5, S. 13, s. 167-188.
- Toroslu Haluk, “Nitelikli Suça Teşebbüs Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)*, Ankara 2023, C. 72, S. 1, s. 417-446.
- v. Heintschel-Heinegg Bernd, “Zur Abgrenzung von Gesetzeskonkurrenz und Tateinheit”, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2009, N. 5, s. 391-392.
- Vogel Benjamin, “Zur Bedeutung des Rechtsguts für das Gebot strafgesetzlicher Bestimmtheit”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2016, H. 128, N. 1, s. 138-172.
- Wronkowska, Sławomira, “The Rational Legislator As A Model For The Real Lawmaker”, *Polish Contributions To The Theory And Philosophy Of Law*, Amsterdam 1987, Rodopi s. 147-163.
- Yerdelen Erdal, “Çifte Değerlendirme Yasası”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 20, S. 2, s. 105-136.

İKLİM KRİZİ BAĞLAMINDA ÇED UYGULAMALARI VE ÇED YÖNETMELİĞİ'NDEKİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

(EIA IMPLEMENTATIONS IN THE CONTEXT OF THE CLIMATE
CRISIS; EVALUATION OF THE EIA BY LAW'S AMENDMENT)

Süheyla Suzan GÖKALP*

Özet: Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED), esas olarak, bir projenin yapılıp yapılmayacağına karar verenlere projenin gerçekleştirilmesi durumunda etkileri hakkında bilgi sağlayan bir çevre yönetim aracıdır. Ülkemizde ilk ÇED Yönetmeliği, 7 Şubat 1993 tarihinde, Çevre Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden 10 yıl sonra çıkarılabilmektedir. Bu tarihten beri en çok değişikliğe uğrayan çevre yönetmeliğidir. Ayrıca bu süre içerisinde kamuoyunda en çok tartışılan ve uyuşmazlık konusu olan çevre yönetmeliği olma özelliğini de taşımaktadır. Bu kadar çok değişikliğe uğrayan ÇED Yönetmeliklerini, hangisinin daha etkili olduğu konusunda değerlendirerek birbiri ile karşılaştırmak oldukça güç olup, yönetmeliklerden birini seçerek uygulamada en iyi olduğunu söylemek de olanaklı değildir. Çünkü her yönetmelik daha mükemmel olması amacıyla çıkarılmış, ancak her defasında daha fazla yargı önüne götürülen düzenleme olmuştur. Bu uyuşmazlıklar sonucunda verilen yargı kararlarının çevre hukukunun gelişimine katkısı büyüktür.

Pek çok sektörü, kamu kurum, kuruluşunu ve kişiyi ilgilendiren ÇED sisteminde başarılı olunup olunmadığının tespitini yapmak çok güçtür. Bu kadar çok paydaşı olan ve entegre bir yaklaşım sergilenmesi gereken bu süreci doğru yönetmenin önemi ve zorluğu ortadadır. Bu açıdan ÇED sürecini amacına uygun yürütebilecek kamu idaresinin yönetimi ve kurumsallaşabilmesinin önündeki engellerin kaldırılması gereklidir. Çalışmamızda 29 Temmuz 2022 tarihinde yürürlüğe giren son ÇED Yönetmeliği kapsamındaki değişiklikler ve konuya ilişkin Danıştay kararları incelenmiştir. Bu çerçevede, ÇED

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Çevre Hukuku, salica2015@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6487-9868, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.11.2023, Kabul Tarihi: 15.12.2023

Yönetmeliği ile getirilen yeni tanımlar ve yeni hükümler üzerinde durularak, halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı için hazırlanması zorunlu hale getirilen paydaş katılım planı gibi yeni düzenlemelerin değerlendirilmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: ÇED Yönetmeliği, Paydaş Katılım Planı, ÇED Süreci, Kümülatif Etki Değerlendirmesi

Abstract: Environmental Impact Assessment (EIA) is essentially an environmental management tool that provides information about the impacts of a project if it is realized to those who decide whether to undertake it or not. The first EIA By-Law in our country was issued on February 7, 1993, 10 years after the Environmental Law came into force. It is the environmental by-law that has undergone the most changes since this date. In addition, it has the feature of being the most discussed and the most controversial environmental by-law in the public opinion during this period. It is very difficult to compare the EIA By-Laws, which have undergone so many changes, by evaluating which one is more effective, and it is not possible to choose one of the by-lawss and say that it is the best in practice. Because each by-law was issued with the aim of being more perfect, but each time more by-laws were brought to the court.

The judicial decisions made as a result of these disputes have a great contribution to the development of environmental law. It is very difficult to determine whether the EIA system, which concerns many sectors, public institutions and organizations, and individuals, has been successful or not. The importance and difficulty of managing a process that has so many stakeholders and requires an integrated approach is obvious. In this respect, it is necessary to remove the obstacles to the management and institutionalization of the public administration that can carry out the EIA process in accordance with its purpos. In our study, the changes within the scope of the new EIA By-Law which entered into force on July 29, 2022 and Council of State decisions on this subject, were examined. In this framework, new articles such as the stakeholder participation plan, which has been made compulsory to inform the public and participate in the process, have been evaluated by emphasizing the new definitions and new provisions introduced by the EIA By-Law.

Keywords: EIA By-Law, Stakeholder Engagement Plan, EIA Process, Cumulative Impact Assessment

GİRİŞ

Sürdürülebilir kalkınma amacının gerçekleştirilmesi yolunda, çevre yönetiminde üretilen en önemli araç hiç kuşkusuz Çevresel Etki Değerlendirmesidir. Bu araç ile korunmaya çalışılan unsurlar ise çevre ve kapsadığı varlıklardır. ÇED'in projelere uygulanan, sayısal ve genelde yerel ölçekle sınırlı kalan bir etki değerlendirmesi olduğu kabul edilmekle birlikte, tüm gelişmiş ülkelerde uygulanan bir yöntem ve

çevre hukuku ilkelerinin hayata geçirilebildiği bir araçtır.¹ Söz konusu ilkelerden en temel olanları; önleme ilkesi, katılım ilkesi, işbirliği ve eşgüdüm ilkesi, uyum (entegrasyon) ilkesi, kirleten öder ilkesi ve ihtiyat ilkesidir. Söz konusu ilkeler Çevresel Etki Değerlendirmesi süreci ile ilişkisi içerisinde olup, ÇED kararlarının iptali talebiyle açılan davalarda verilen yargı kararlarında da özellikle vurgulanmaktadır. ÇED'in çevre kirliliğinin henüz doğmadan önlenmesi hususu Önleme İlkesiyle, pek çok kamu kurum ve kuruluşun süreçte etkin rol oynaması dolayısıyla İşbirliği ve Eşgüdüm İlkesiyle, halkın katılımının sürecin en önemli aşamalarından biri olması dolayısıyla *Katılım İlkesiyle*, ÇED raporundaki taahhütlere uyulmaması ve çevre kirliliğinin oluşması sonucu yaptırımların uygulanması dolayısıyla *Kirleten Öder İlkesiyle*, ÇED Raporunda taahhüt edilen ve alınması gereken tüm ayrıntılı tedbirler nedeniyle İhtiyat İlkesiyle bağlantısı bulunmaktadır.

Ulusal ve uluslararası yasa koyucular, mahkemeler, kamu yöneticileri ve özel şirketler üzerinde önemli bir etkiye sahip olan çevre hukuku ilkeleri, çevre mevzuatının yapımında, uygulanmasında ve yorumlanmasında önemli rol oynamaktadır.

Çevresel etki değerlendirmesi (ÇED), iklim değişikliğinin potansiyel olarak ele alınabileceği çevre korumaya yönelik planlama, karar verme ve yönetim araçlarından biridir. ÇED aracılığıyla iklim değişikliği sorununu ele almanın en iyi yöntemini bulmak kaçınılmazdır. ÇED sürecinin her adımında uygulanacak iklim değişikliği ile ilgili özel düzenlemelere ihtiyaç olduğu açıktır. Bununla birlikte, iklim değişikliğini ele almak için ÇED uygulamasının stratejik çevresel değerlendirme gibi diğer araçlarla ve sürdürülebilirlik gibi daha geniş ekonomik modellerle ve diğer siyasi taahhütlerle uyumlaştırılması da gerekmektedir. Bu nedenle, küresel bir çevre sorunu olan iklim değişikliğini göz önüne alan özel ÇED düzenlemelerine ve rehber dokümanlara yönelik çalışmalar, mücadele için önemli bir adımdır. Mevcut ve öngörülen iklim değişikliğinden kaynaklanan şiddetli ve potansiyel olarak yıkıcı iklim etkilerinden kaçınmak için sera gazı (GHG) emisyonlarının radikal bir şekilde azaltılması ve enerji, ulaşım ve sanayi gibi ana sek-

¹ Süheyla Suzan Gökalp Alica, İdari Yargı Kararları Kapsamında Çevresel Etki Değerlendirmesi, (Mevzuat ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar ile Çözüm Önerileri), Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, sh.23.

törlerde iklime dayanıklı altyapının geliştirilmesi gerekmektedir. Adil ve dayanıklı topluluklar inşa etme arayışında, dünya genelinde bu tür eylemlerin emisyon azaltmaya ilişkin önleme politikalarının ötesine geçmesi ve uyum politikalarını gerçekleştirmeye katkıda bulunması önem arz etmektedir.²

Çevresel etki değerlendirmesini gerektiren, kalkınmayla ilgili pek çok faaliyetin iklim değişikliğine katkıda bulunması muhtemeldir. Bu nedenle, çevresel karar vermeye ilişkin yasal düzenlemeler ve araçlar, ÇED sürecinde çok yaygın olarak kullanıldığından, iklim değişikliğinin önlenmesine yönelik çevresel yönetim ve iklim eylemlerinde önemli bir rol oynayacaktır.³ Esasen ÇED, çeşitli projeler için iklime karşı korumayı kolaylaştırırken, iklim değişikliğini hafifletme ve iklim değişikliğine uyum sağlama yolları da dahil olmak üzere, bir projenin iklimle ilgili etkileri veya hassasiyetlerini tahmin etme potansiyeline sahiptir. ÇED aynı zamanda uygulayıcılara, yasa ve yönetmeliklerde mevcut olan daha genel koşulların ötesinde, bir bölgenin spesifik iklim risklerini ve kırılma noktalarını dikkate alması zorunluluğundan dolayı, projeye özgü iklim gerekliliklerini yerine getirmeye de fırsat tanımaktadır. Zira uygulamada bu durum, iklim değişikliğine ilişkin veri ve görüşlerin, ÇED karar verme sürecinde sistematik ve somut bir etkiye sahip olmasını gerektirmektedir. Ayrıca, iklim değişikliğini açıkça Çevresel Etki Değerlendirmesine bağlayan hükümleri içeren çevresel düzenlemeler etkinleştirilmelidir.

Uluslararası iklim değişikliği anlaşmalarının da belirttiği gibi, ÇED'in iklim değişikliğiyle mücadelede rol oynayabileceği ve oynaması gerektiği açıktır.

Bu hususta Çevresel Etki Değerlendirmesine yönelik ilk tavsiyeler Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nde (UNFCCC) ve 1997 Kyoto Protokolü'nde yer almıştır. Her iki uluslararası sözleşmede taraf ülkelere, sera gazı (GHG) emisyonlarını azaltarak ve iklim değişikliğinin ÇED projeleri, ekonomi, insan sağlığı ve çevre

² UNEP, Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review (DEL/2333/NA). Nairobi [Online]. Available at: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³ UNEP, Assessing Environmental Impacts - A Global Review of Legislation. UNEP, 2018, Nairobi, Kenya.

üzerindeki etkilerine uyum tepkilerini teşvik ederek, iklim değişikliğinin olumsuz etkilerini hesaba katma ve en aza indirme zorunluluğu getirmekte ve böylece ÇED'in önemli bir rol oynaması gerektiği ima edilmektedir. Ancak, özellikle bireysel proje düzeyinde, ÇED'in iklim değişikliğini tam olarak nasıl açıklayabileceğinin veya açıklaması gerektiğinin ayrıntıları bu uluslararası anlaşmalarda belirtilmemiştir.

İklim değişikliğinin doğa ve insan yaşamı üzerindeki olumsuz etkileri çok açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Zira, sera gazı miktarındaki artış tarihteki en yüksek seviyesindedir ve bu konuda ivedilikle önlem alınması gerektiği bilimsel olarak kanıtlanmıştır. Sera gazı miktarındaki artış, atmosferdeki CO₂, metan ve azot miktarlarının da artmasına yol açmıştır. Sonuç olarak, iklim değişikliği, doğal sistem ve insanlar için mevcut riskleri önemli ölçüde arttırmaktadır. Bu çerçevede, özellikle termik santral projeleri gibi iklim değişikliğine neden olabilecek tesislere ilişkin ÇED olumlu kararlarının iptali için öne sürülen en önemli iddialardan biri, bu tür tesislerin iklim değişikliğine olumsuz etkisinin ÇED Raporlarda yeterince değerlendirmedir.

Uluslararası uygulamalarda, ÇED raporlarında yatırımların biyoçeşitlilik üzerine etkileri ve iklim değişikliğine katkılarına yönelik detaylı bir inceleme talep edilmektedir. Bu amaçla AB'nin 2013 yılında çıkarmış olduğu Çevresel Etki Değerlendirmeye İklim Değişikliği ve Biyoçeşitliliğin Entegrasyonu Kılavuzu (Guidance on Integrating Climate Change and Biodiversity into Environmental Impact Assessment)⁴ üye ülkeler tarafından takip edilmektedir. Ülkemizde yürütülen yurt dışı finansman kaynaklı projelerde de bu unsurlar değerlendirilmektedir. Biyolojik çeşitlilik kaybı, 21. yüzyılın en büyük çevresel endişelerinden biridir. Bu çerçevede, tüm ÇED'lerin birincil hedefi, biyolojik çeşitliliği muhafaza etmek ve korumak için daha geniş bir görev üstlenmek olmalıdır.

Biyolojik çeşitlilik ve iklim değişikliği arasındaki bağlantı açıktır. Flora ve fauna farklı şekilde uyum sağladığından ve çevreye farklı hizmetler sunduğundan, daha fazla sayıda tür, çevrenin hava değişikliklerine daha iyi uyum sağlamasına yardımcı olabilmektedir. Bi-

⁴ European Union, 2013, Guidance on Integrating Climate Change and Biodiversity into Environmental Impact Assessment, ISBN 978-92-79-28969-9 doi: 10.2779/11735

yolojik çeşitlilik ayrıca yağmur suyu emilimini artırmaya, erozyonu kontrol etmeye ve doğal afet meydana gelmesi durumunda bölgenin daha hızlı iyileşmesini sağlayarak, bir alandaki doğal afetlerin etkisini azaltmaya yardımcı olmaktadır.⁵ İklim değişikliği ve biyoçeşitlilik bir neden-sonuç geri bildirim döngüsü içinde birbirine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bir faktördeki olumsuz etki her ikisinde de sürekli bir olumsuz eğilim yaratmaktadır. Tüm projeler, çevresel etkileri nedeniyle çevre üzerinde potansiyel olumsuz etkilere sahip olsa da, doğru bir şekilde uygulandığında bu olumsuz etkiyi yavaşlatabilecek veya durdurabilecektir. Ayrıca, küresel iklim değişikliği karşısında ekosistemdeki dengenin korunmasına yardımcı olabilecek uygulamalar da gerçekleştirilebilir. Sonuç olarak, iklim değişikliği konularını ve biyo- lojik çeşitlilik faktörlerini belirleyip bir ÇED Raporuna entegre etmek, iklim değişikliğinin neden olduğu herhangi bir aşırı olay durumunda finansal, insani ve doğal kaynakları korumayı öngören daha dirençli bir projeye sonuçlanmasını sağlayacaktır.

I. ÇEVRESEL ETKİ DEĞERLENDİRMESİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Çevresel etki değerlendirmesi (ÇED), bir proje için izin verilip verilmeyeceği konusunda, projelerinin olası etkileri hakkında bilgi sağlayan ve karar vericilere yol gösteren bir karar destek aracıdır. Ayrıca, önerilen bir faaliyetin çevre üzerindeki etkilerini değerlendirmek amacıyla projelerin planlama ve onay aşamaları sırasında, sosyo-ekonomik ve çevresel faktörleri hesaba katan bilinçli ve gerçeğe dayalı kararları desteklemek için karar vericilere doğru bilgi sağlamayı da amaçlayan, projenin gerçekleştirilmesi durumunda etkileri hakkında bilgi veren bir çevre yönetim aracıdır.⁶ Çevresel riskleri belirleyerek projeden etkilenecek halkın katılımını teşvik eden ve böylece çatışmayı azaltan, olumsuz çevresel etkileri en aza indiren, karar vericileri bilgilendirerek çevresel açıdan duyarlı projeler için temel oluşturmasına

⁵ International Institute for Sustainable Development (IISD) Climate Change Adaptation and EIA, <https://www.iisd.org/learning/eia/wp-content/uploads/2016/05/CCA.pdf> (erişim tarihi 12.11.2023)

⁶ Alexandre Charles Kiss ve Dinah Shleton, Guide to International Environmental Law, Martinus Nijhoff Publishers, Lieden, 2007, sh. 113.

yardımcı olan ÇED uygulaması ideal bir yöntemdir.⁷ Ancak bu durum, ÇED'lerin amacının, çevreye olumsuz etkileri olabilecek projeleri veya onların kullanımını durdurmak olduğu anlamına gelmemekte; bunun yerine, bu değerlendirmelerin çevrenin, ekonominin ve toplumun yarışan çıkarlarını dengelemek için kullanılmasını⁸ ve aynı zamanda kalkınmanın çevre üzerinde zararlı etkilerini hafifletmek için yollar bulunmasını öngörmektedir.⁹ Bu nedenle yer seçimi de dahil çeşitli alternatiflerin sunulduğu, fayda-maliyet analizinin yapıldığı, şeffaf ve katılımcı bir süreç olması gerekmektedir.

1.1. Bir Düzenleyici İşlem Olarak ÇED Yönetmeliği ve Değişiklikleri

Ülkemizde ilk ÇED Yönetmeliği, 7 Şubat 1993 tarihinde, Çevre Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden 10 yıl sonra çıkarılabilmıştır.¹⁰ ÇED Yönetmeliği, otuz yıldır yürürlükte ve bu süre içerisinde kamuoyunda en çok tartışılan, en çok uyuşmazlık konusu olan düzenleme olmuştur. Çok sayıda paydaşı olan ve entegre bir yaklaşım sergilenmesi gereken bir süreç olması nedeniyle, yönetilmesi oldukça güçtür.

Kalkınma çabalarının sürdürüldüğü ülkemizde, yatırım kararının alınmasının arkasındaki kamu yararının gerçekçi bir şekilde ortaya konulması önemlidir. ÇED kararının çevresel, ekonomik ve sosyal açıdan yerindeliğinin ve hukukiliğinin bütün yönleriyle tartışılması ve değerlendirilmesi zorunludur. Diğer bir ifade ile yatırım projelerine ilişkin kararlar alınırken bunların arkasında "kamu yararının" bulunması ve bu nedenle olası ve önemli etkilerinin çevreyi ve yerel halkı nasıl ve ne kadar etkileyeceği sorusunun yanıtının açık olması gerekmektedir. Bu kararlar alınırken, bir etki değerlendirme mekanizmasının nasıl sağlıklı işleyebileceğinin tartışılması ve söz konusu projelerin temel amacının toplumsal refahı, yani toplumda bireylerin yaşam kalitesini artırmak olduğu hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Toplumsal refahın ve

⁷ Gökalp Alica, sh. 14.

⁸ Christina Voigt, Sustainable Development as a Principle of International Law, Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law, Martinus Nijhoff Publishers, Linden, 2009, sh. 4.

⁹ Neil Craik, The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, sh.4.

¹⁰ RG. 07.02.1993 tarih ve 21489 sayı.

bu refahın dağılımının, ekonomik, sosyal ve ekolojik olmak üzere üç boyutu olduğunu ve bu boyutların her birinin yerinin farklı olduğunu ve birbirlerinin yerine geçemeyeceğini söylemek olasıdır.¹¹ Bu bağlamda, idare tarafından verilen ÇED kararlarının, toplumun refahını sağlamaya yönelik olup olmadığının ve kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğinin tartışılması en önemli konudur. Mevzuatımızda da yer verilen ve yargı kararlarında sıkça başvurulmuş kamu yararı kavramının yorumlanması ve ÇED kararları ile bağlantısının kurulması gerekmektedir. Kamu yararı kavramı yerine kullanılan “toplum yararı”, “toplumsal esenlik”, “ortak iyilik” ve “genel yarar” gibi kavramların ortak yönü, hepsinin de kişisel menfaatten farklı ve onun üstünde veya dışında bir yarar ya da menfaati ifade etmeleridir.¹²

ÇED'in hangi faaliyet ve projeler için gerekli olduğu ve çevre üzerinde belli bir etkisi olabilecek bütün projelerin ÇED kapsamına alınmasının gerekip gerekmediği sorunu her dönemde tartışma konusu olmuştur. ÇED; termik santraller, nükleer santraller, çimento fabrikaları, otoyollar, demiryolları, atık su arıtım tesisleri, havaalanları ve madenler gibi pek çok faaliyet ve proje için gereklidir. Çevre üzerinde olabilecek etkiler, bütün tarafların hak ve menfaatleri çerçevesinde ve bölgenin olumlu yanları da dâhil olmak üzere, mülkiyet durumu ve kültürel değerlerini içeren çevrenin doğal dengesi göz önünde tutularak incelenmelidir. Bu çerçevede ÇED'in ne olması ve nasıl uygulanması değerlendirmesiyle kapsamını belirlemek, tüm tarafların hak ve menfaatleri açısından önemlidir.

Çevre Kanunu'nun 10. maddesinin son fıkrası, hangi faaliyetlerin ÇED'e tabi olacağını Yönetmelik ile belirleneceğini düzenlemiştir. Yönetmeliğin eklerinde ÇED'e tabi projeler belirlenmiş, Ek-1'de “Çevresel Etki Değerlendirmesi Uygulanacak Projeler Listesi”, Ek-2'de ise “Çevresel Etkileri Ön İncelemeye ve Değerlendirmeye Tabi Projeler” (Önceki Yönetmelikte Seçme-Eleme Kriterine Tabi Projeler olarak adlandırılıyordu) düzenlenmiştir. Ek-I kapsamındaki projeler, ÇED Ra-

¹¹ Begüm Özkaynak, “Etki Değerlendirme: Neden ve Nasıl?”, Avrupa Birliği'ne Uyum ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Çalıştayı, Sonuç Bildirgesi, İstanbul, Aralık 2015, sh. 22.

¹² Özcan Sezer, “Kamu Hizmetlerinde Müşteri (Vatandaş) Odaklılık: Türkiye Kamu Hizmeti Anlayışı Açısından Bir Değerlendirme”, *ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 8, 2008, sh. 157

poru hazırlanması gereken projelerdir. Proje sahibi, Yönetmeliğin Ek-3'ünde verilen Genel Format kapsamında başvuru yapmak zorundadır. Ek-2 kapsamındaki projeler ise Ek-1 kapsamı dışında bırakılan veya kapsam dışı değerlendirilen veya kanunen muafiyeti bulunan projelere ilişkin kapasite artırımı ve/veya genişletilmesinin planlanması halinde, mevcut proje kapasitesi ve kapasite artışları toplamı ile birlikte projenin yeni kapasitesi Ek-2'deki listede belirtilen projelerdir. Bunlar için, ÇED Raporu hazırlanmasının gerekip gerekmediğine karar vermek üzere ön inceleme ve değerlendirme yapılması gerekir.

1.2.Çevresel Etki Değerlendirmesi Süreci Sonunda Verilen Kararlar

ÇED, kapsamında belli aşamaları içeren idari bir süreç olup, ÇED Komisyonu'nda faaliyetin konusuna göre değişik kurum ve kuruluşlardan gelen temsilcilerin görüşleri doğrultusunda faaliyetin çevresel etkileri değerlendirilmekte ve bir karara varılmaktadır. Neticede ÇED, faaliyet sahibine ve sorumlu idarelere faaliyetin "çevre üzerindeki etkilerinin" ne olacağını belirleyen ve yol gösterici olma iddiasındaki bir planlama aracı, ÇED Raporu ise, önerilen faaliyetin çevresel sonuçlarının değerlendirilmesini içeren bir belge olarak kabul edilmektedir. Yürürlükteki yasal düzenleme uyarınca da ÇED, yatırıma başlanabilmesi için Bakanlık dışındaki diğer kamu kurumları tarafından verilecek izin niteliğindeki idari işlemler öncesinde aranması gereken bir ön koşul (izin) olarak görülmektedir. Bu nedenle, ÇED Raporlarının bir kalkınma planının tasarımı ve geliştirilmesinde iklim direncinin uygun şekilde dikkate alınıp alınmadığına açıklık getirmesi önemlidir.

Çevre Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen "*Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez*" hükmü de ÇED kararlarının tüm kamu kurumlarınca verilecek onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatlarına bile yön veren bir ön koşul olduğunu göstermektedir. Bu hüküm, ÇED Kararlarını çok önemli bir konuma yerleştirmiştir ve bu husus yargı kararlarında da açıkça vurgulanmıştır. Yönetmeliğe tabi projeler hakkında "ÇED Olumlu", "ÇED Olumsuz", "ÇED Gereklidir" veya "ÇED Gerekli Değildir" kararlarını verme yetkisi, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakan-

lığına aittir ve bu kararlar daha önce de belirtildiği üzere, bir ön izin niteliğindedir. Çevresel etki değerlendirmesi olumlu kararı: Çevresel etki değerlendirmesi raporu hakkında Komisyon¹³ tarafından yapılan değerlendirmeler dikkate alınarak, projenin çevre üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerinin, alınacak önlemler sonucu ilgili mevzuat ve bilimsel esaslara göre kabul edilebilir düzeylerde olduğunun belirlenmesi üzerine projenin gerçekleşmesinde çevre açısından sakınca görülmediğini belirten Bakanlık kararını, Çevresel etki değerlendirmesi olumsuz kararı: Çevresel etki değerlendirmesi raporu hakkında Komisyonca yapılan değerlendirmeler dikkate alınarak, projenin çevre üzerindeki muhtemel olumsuz etkileri nedeniyle gerçekleştirilmesinde çevre açısından sakınca görüldüğünü belirten Bakanlık kararını ifade etmektedir.

ÇED Yönetmeliği'nde Ek-2'deki listede yer alan çevresel etkileri ön inceleme ve değerlendirmeye tabi projelerin, çevre üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerinin, alınacak önlemler sonucunda ilgili mevzuat ve bilimsel esaslara göre kabul edilebilir düzeyde olduğunun belirlenmesi üzerine, projenin gerçekleşmesinde çevre açısından sakınca görülmediğini belirten idari işlem "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararıdır. Ek-2'deki listede yer alan, çevresel etkileri ön inceleme ve değerlendirmeye tabi projelerin, incelenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda çevresel etki değerlendirmesi raporu hazırlanmasının gerektiğini belirten Bakanlık kararı ise, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gereklidir" kararıdır. Söz konusu kararlar, ÇED süreci sonucunda tesis edilen nihai işlemler olup, hukuki bir sonuç doğurmaya yöneliktir. Bu nedenle ÇED kararlarının iptali talebiyle idari yargıda dava açılmaktadır.¹⁴

1.3. İdari İşlem Olarak ÇED

ÇED aşamaları idare tarafından yürütülen ve birçok kamu kurumunun dahil olduğu bir süreçtir. Sürecin başlatılmasına ve sona erdi-

¹³ Komisyon: Proje için verilecek özel formatın kapsamını belirlemek ve hazırlanan ÇED raporunu inceleyip değerlendirmek üzere Bakanlık tarafından kurulan Komisyonudur.

¹⁴ Geniş bilgi için bkz. Süheyla Suzan Gökalp Alica, İdari Yargı Kararları Kapsamında Çevresel Etki Değerlendirmesi, (Mevzuat ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar İle Çözüm Önerileri), Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

rilmesine ilişkin idari işlemler, çerçevesi ÇED yönetmeliği ile belirlenmek üzere, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yerine getirilmektedir. ÇED, belirli ve nihai bir sonucu doğurmak amacıyla birbirini takip eden ve tamamlayıcı bir dizi işlemden oluşmaktadır. Buna “Zincir İşlem” denilmektedir. İki özelliği vardır. Birincisi, zinciri oluşturan halkaların (aşamaların), hedeflenen nihai işlem ortaya çıkıncaya kadar (nihai ÇED Kararı), belirli bir süreklilik, devamlılık içinde birbirini izlemesi koşuludur. Nihai işlemi oluşturan diğer halka işlemlere karşı iptal davası açılması mümkün değildir. Ancak zincirin parçası durumundaki halka işlemler ile (ÇED sürecinin aşamaları), nihai işlem (nihai ÇED Kararı) arasındaki hukuki bağın zayıf ve çözülebilir nitelikte olması halinde, bu işlemlerin zincirden koparılarak bağımsız şekilde “ayrılabilir işlem” kuramı uyarınca iptal davasının konusu olması mümkündür.¹⁵ Ancak yargı mercileri, ÇED sürecindeki aşamalardaki işlemlerin ayrı iptal davasına konu olamayacağına karar vermiştir. Sonuç olarak; faaliyet konusu ile ilgili, inceleme değerlendirme yapan komisyon üyesi kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanları kapsamında görüş bildirerek ÇED sürecinde önemli sorumluluklar üstlenseler bile, nihai karar Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından verilmekte ve hukuki sonuç doğurmaktadır.

II. 2022 TARİHLİ ÇED YÖNETMELİĞİ İLE GETİRİLEN YENİ HÜKÜMLER

29 Temmuz 2022 tarihinde¹⁶ yürürlüğe giren en son ÇED Yönetmeliği, geniş katılımlı bir proje¹⁷ kapsamında hazırlanmıştır. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ve Hacettepe Üniversitesi iş birliği ile “ÇED Yönetmeliği'nin Geliştirilmesi Projesi” yapılmıştır. Proje kapsamında akademisyenler, kamu kurum ve sivil toplum kuruluşlarının da

¹⁵ Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, (Ed. Zehreddin Aslan) Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, sh. 41.

¹⁶ 29.07.2022 tarih ve 31907 sayılı Resmi Gazete.

¹⁷ 2014 tarihli Çevresel Etki Değerlendirilmesi Yönetmeliği'nin ülkemiz şartları, dünyadaki mevcut iyi uygulamaları ve uygulamada ortaya çıkan gereksinimler doğrultusunda, bilimsel ve teknik dayanaklar ile desteklenerek revize taslağın hazırlanması amacıyla; 11 Şubat 2019 tarihinde T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevresel Etki Değerlendirmesi İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü'nün destekleyicisi Hacettepe Teknokent Teknoloji Transferi Ar-Ge Danışmanlık Enerji Sağlık Çevre İletişim Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında imzalanan “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin Geliştirilmesi Projesi” gerçekleştirilmiştir.

yer aldığı çalışma grupları oluşturulmuştur. Ayrıca bugüne kadar yürürlüğe girmiş olan tüm ÇED yönetmelikleri ve yönetmelik revizyonları, izin-lisans ve denetim yönetmelikleri, AB ülkeleri ve diğer ülkelerdeki uygulamalar, yargı kararları da dikkate alınarak 'ÇED Yönetmeliği Değerlendirme Raporu' hazırlanmıştır.¹⁸ Proje kapsamında; seminer, çalıştay, çalışma toplantıları ve farklı paydaşlarla yüz yüze görüşmelerin yanı sıra saha çalışmaları da gerçekleştirilmiştir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı resmi sitesinde yapılan açıklamada, Türkiye'de yatırımların çeşitlenmesi, iklim değişikliği ile mücadele ve sıfır atık çalışmaları, bilimsel ve teknik gelişmelerin takip edilmesi, zaman içerisinde karşılaşılan yargı kararları, diğer mevzuatlarda yapılan değişiklikler gibi sebeplerle ÇED Yönetmeliği'nin revize edilmesi gerekliliğinin ortaya çıktığı belirtilmiştir. ÇED Yönetmeliği'nin; Türkiye'nin "yeşil kalkınma hedefleri"¹⁹ kapsamında ayrı bir önem taşıdığı vurgulanmıştır.²⁰

2022 tarihli ÇED Yönetmeliği ile getirilen yeni hükümler, çevre koruma açısından olumlu ve çevre yönetimi açısından önemli görülmektedir. Uygulama ile hayat bulacak olan bu yeni yükümlülükler üzerinde durulmayı gerektirmektedir. Bunlardan en önemlileri aşağıda belirtilmiştir;

- Mevcut tanımlarda revizyonlar gerçekleştirilmiştir, uygulamaya esas yeni tanımlar eklenmiştir.
- Halkın bilgilendirilmesinin etkinleştirilmesine yönelik düzenlemeler gerçekleştirilmiş, yürürlüğe alınan Paydaş Katılım Planı ile katılımcılıkta iletişim yollarının sayısı arttırılmıştır.

¹⁸ TC. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, (2019), Çevresel Etki Değerlendirmesi, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü, ÇED Yönetmeliğinin Geliştirilmesi Projesi, ÇED Yönetmeliği Değerlendirme Raporu, Ankara, 2019.

¹⁹ UNEP, OECD gibi uluslararası örgütler "yeşil ekonomi" ya da "yeşil büyüme" kavramlarını çevresel iyileştirmelere katkı sağlayan bir anlayış olarak tanımlamaktadır. Bu anlayış ile çevresel sürdürülebilirliğe katkı sağlanırken gelir artışı, ekonomik gelişme, istihdam ve fakirliğin azaltılmasının sağlanması da amaçlanmaktadır.

²⁰ Ayrıca, katılımcı ve şeffaf bir anlayışla yürütülen ÇED sürecinde; ilgili kamu kurumları arasında koordinasyon sağlanması, projelerin fiili olarak uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek olası çevresel ve sosyal problemlerin, tasarım aşamalarında değerlendirilerek önlemlerin ortaya konulması, yapılması planlanan faaliyetlerden etkilenmesi muhtemel, yöre insanı ve sahip olunan değerli ekosistem bileşenlerinin sürece dâhil edilmesi sayesinde, sürdürülebilir kalkınmanın sağlanmasının aşikar olacağına dikkat çekilmiştir.

- ÇED sürecinde idarenin yapacağı işlemlerin daha etkin uygulanmasına yönelik düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.
- Faaliyetlerin/Projelerin çevreye olan etkileri göz önüne alınarak Ek-1 ve EK-2 Listelerinde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. ÇED Raporu hazırlanması zorunlu olan faaliyetlerin sayısı artırılmış, eşik değerler konusunda değişiklikler yapılmıştır.
- ÇED Başvuru Dosyasının ve Proje Tanıtım Dosyasının hazırlanması sırasında esas alınacak formatlarda değişiklikler yapılmıştır.
- Ek-2 Listesi'nde yer alan faaliyetlerin/projelerin de çevresel etkilerinin daha kapsamlı ve detaylı incelenmesi için Ek-1 Listesi'nde yer alan faaliyetlerde/projelerde olduğu gibi kümülatif etki değerlendirme yapılması, çevresel ve sosyal eylem planı²¹ hazırlanması, sürdürülebilirlik ve çevre izleme planı hazırlanması zorunlu hâle getirilmiştir. Sıfır Atık Planı, Sera Gazı Azaltımı Planı, İklim Değişikliğine Etkiler, Çevre İzleme Planı,²² Çevresel ve Sosyal Yönetim Planı²³ vb. birçok planın "Sürdürülebilirlik Planı"²⁴ altında ÇED Raporları'nda yer alması zorunlu hâle getirilmiştir.

²¹ Gerçekleştirilmesi planlanan projeden kaynaklanabilecek potansiyel çevresel ve sosyal risklerin yerel mevzuat ve/veya uluslararası standartlar ve iyi uygulamalar göz önünde bulundurularak sistematik bir şekilde belirlendiği, ölçüldüğü ve değerlendirildiği bir Çevresel ve Sosyal Eylem Planı hazırlanmalıdır. Bu planda, ulusal ve uluslararası çevresel ve sosyal gerekliliklere uyum sağlanması için proje sahipleri ve Bakanlıkça yeterli verilmiş kurum/kuruluşlar tarafından belirlenmiş olan gerekli tedbirler ve bu tedbirlerin ayrıntıları yer almalıdır.

²² Bu planda, projenin inşaat ve işletme faaliyetlerinin Ulusal mevzuata ve diğer ilgili norm ve standartlara uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamak üzere izlenecek olan kilit parametrelerin bir açıklaması yer almalıdır. (izlenecek parametreler, izlem ekipmanları, izleme yerleri, izleme sıklığı vb. izleme programları ve sorumlu kurumlar gibi). İzleme Planı aşağıdaki bilgilerden oluşmalıdır; - Çevresel ve Sosyal Etki, - İzleme Yapılacak Parametre/Faaliyetler İçin Dayanak Yasal çerçeve, - İnşaat/İşletme Döneminde Alınacak Önlemlerin detayları, - Sorumlu uygulayıcı (Proje Sahibi, Yerel/Ulusal Otorite, Danışman Firma vb), - İzleme sıklığı ve metodu, - Hedef ve değerlendirme kriteri,

²³ Bu plan projenin arazi hazırlama, inşaat ve işletme aşamaları için hazırlanmalı ve aşağıda verilen bileşenler üzerinde oluşabilecek potansiyel etkiler ile bu etkilere karşı alınacak önlemleri içermelidir. 1. Sosyoekonomik yapı, 2. Toplum sağlığı ve güvenliği, 3. İş sağlığı ve güvenliği, 4. Kültürel Değerler ve Miras, 5. Arazi kullanımı, 6. Hava kalitesi, 7. Su kaynakları ve su kalitesi, 8. Yeraltı suyu kalitesi, 9. Gürültü, 10. Tesisten Kaynaklanacak Atıklar (İnşaat ve İşletme Dönemi) 11. Ormanlar ve biyolojik çeşitlilik, 12. Görsel etki, 13. Alınacak önlemler, gereklilikler ve tavsiyeler

²⁴ Bu bölümde; - Sıfır Atık Planı, - Trafik Yönetim Planı, - Sera Gazı Azaltım Planı, - Çevresel ve Sosyal Yönetim Planı gibi istenen planlar, projenin arazi hazırlama, inşaat ve işletme aşamaları için geliştirilmeli, projenin değişen ihtiyaçları ve koşullarına göre güncellenmeli ve iyileştirilmelidir.

ÇED Yönetmeliği Ek-3 Kapsamında ÇED Başvuru Dosyalarında Yer alması İstenilen Format Başlıkları ve Çalışmaların İçeriği Belgesinde; Kümülatif Çevresel Etki Değerlendirme, Çevresel ve Sosyal Eylem Planı, Çevre İzleme Planı; Sürdürülebilirlik Planı, Sıfır Atık Planı, Trafik Yönetim Planı, Sera Gazı Azaltım Planı, Çevresel ve Sosyal Yönetim Planının neleri içermesi gerektiği belirtilmektedir.²⁵

- Çevre izleme planı öngörülmüştür.
- Sürdürülebilirlik planlarının (sıfır atık planı, trafik yönetim planı,²⁶ sera gazı azaltım planı,²⁷ çevresel ve sosyal yönetim planları vb. planlar) ÇED Raporlarına ek olarak verilmesi zorunlu olmuştur.
- Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı için Paydaş katılım planı hazırlanması zorunlu olmuştur. ÇED süreci boyunca bu planın uygulanması ve güncellenmesi ile ilgili yükümlülükler getirilmiştir.
- Projenin iklim üzerine etkileri (sera gazı miktarı vb.) ve iklim değişikliğine bağlı projelerle ilgili afet ve kaza riski değerlendirmeleri yapılması hükmü getirilmiştir.
- İl Müdürlüğü açıkça ifade edilmiştir. Bir önceki yönetmelikte geçen Valilik ifadesi kaldırılmıştır.
- ÇED Komisyonuna kişi ekleme, çıkarma açıkça belirtilmiştir.

²⁵ ÇED Yönetmeliği Ek-3 Kapsamında ÇED Başvuru Dosyalarında Yer alması İstenilen Format Başlıkları ve Çalışmaların İçeriği Belgesi, <https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/haberler/ced-yonetmel-g-ek-3-genel-formati-revzyonu-20220804175455.pdf>

²⁶ Trafik yükü çeken (Havalimanları, limanlar, otogarlar, alışveriş merkezleri, lojistik merkezleri, yapı yoğunluğu olan konut alanları, ticari tesisler, sanayi tesisleri, turizm tesisleri, fabrikalar, hafriyat döküm sahaları, şehir hastaneleri, maden sahaları, OSB alanları, oteller ve/veya) tüm fonksiyon yapıları ve tesisler için tesis girişi çıkışları ile tesis içi trafik akışının sorunsuz bir şekilde yürütülmesi, taşıt ve yaya trafiğine bağlı iş kazalarının önlenmesi, tesis içi operasyonların başarıyla yürütülmesi, trafik yoğunluğu ve kazaları sonucu ortaya çıkabilecek iş gücü, zaman ve para kayıplarının azaltılması amacıyla, gerçekleştirilmesi planlanan projenin inşaat ve işletme aşaması için hazırlanan bir yönetim planıdır.

²⁷ - Projenin inşaat ve işletme aşamalarında yenilenebilir enerji kullanımına ilişkin çalışmalar, - Yakıt Tüketimini Azaltmaya yönelik çalışmalar, - Alternatif ve çevre dostu malzeme seçimi, bakım-onarım-iyileştirme çalışmaları, stratejik yol tasarımı çalışmaları, - Proje kapsamında açığa çıkacak atık ısının değerlendirilmesi, geri kazanımı ile ilgili çalışmalar - Proje kapsamında önerilen ağaçlandırma, peyzaj vb. (karbon yutak alanları) konularda yapılacak çalışmalardır.

- “Komisyon toplantıları online olarak yapılabilir” ifadesi yer almıştır.
- ÇED sürecini durdurmaya ilgili ayrıntılı bilgilere yer verilmiştir.
- ÇED olumlu kararı alınan ve yatırıma başlanmayan projelerin 7 yıl olan geçerlilik süresi 5 yıla düşürülmüştür.
- Eksiklik bildirimleri Bakanlık tarafından en çok 3 kez yapılabilir ifadesi yer almıştır.
- ÇED uygulanacak projeler listesi EK-1’de gemi geri dönüşüm ifadesine açıkça yer verilmiştir (EK-1 Madde-10, d).
- Çevresel etki değerlendirmesi inceleme alanı, kümülatif etki değerlendirme, entegre proje, mücbir sebep, paydaş katılım planı gibi bazı yeni tanımlar ve bunlara ilişkin hükümler getirilmiştir.

2.1. Yatırım Süreci İzleme ve ÇED’in Denetimi

Önceki ÇED yönetmeliklerinde yer alan “İzleme ve Kontrol” aşaması, yeni ÇED Yönetmeliğinde “Denetim” aşaması adı altında düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre Denetim: Gerçekleştirilmesi planlanan projeye dair “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir” veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu” kararı alındıktan sonra, inşaat öncesi, inşaat, işletme ve işletme sonrası dönemine ilişkin, kararın verilmesine esas teşkil eden şartlar doğrultusunda yürütülüp yürütülmediğinin tespit edilmesine yönelik çalışmaların bütünü olarak tanımlanmıştır. Ayrıca “Yatırımın izlenmesi ve denetimi” başlıklı maddeye göre, Bakanlık, “ÇED Olumlu” kararı veya “ÇED Gerekli Değildir” kararı verilen projelerle ilgili olarak, “ÇED Olumlu” kararına esas nihai ÇED raporunda veya “ÇED Gerekli Değildir” kararına esas proje tanıtım dosyasında taahhüt edilen hususların yerine getirilip getirilmediğini izlemekle, kontrol etmek ve denetlemekle yükümlüdür. Bakanlık, proje ilerleme raporlarında belirtilen iş ve işlemlerin doğruluğunu kontrol eder ve yukarıda belirtilen görevleri yerine getirirken gerekli görmesi durumunda ilgili kurum/kuruluşlarla işbirliği yapar.

Yönetmeliğe göre proje sahibi, “ÇED Olumlu” veya “ÇED Gerekli Değildir” kararını aldıktan sonra, projede planlanan bu Yönetmeliğe tabi değişiklikleri Bakanlığa veya ilgili il müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. “ÇED Olumlu” kararı verilen projelerin proje sahibi;

komisyonca belirlenen periyotlarda yatırımda kaydedilen gelişmeleri içeren proje ilerleme raporunu, Bakanlıkça yeterlik verilen ve söz konusu projenin ÇED raporunun hazırlanmasında görev almayan kurum/kuruluşlara hazırlatarak elektronik sisteme yüklemek ve Bakanlık denetimlerinde sunmakla yükümlüdür. Yükümlülüğün yerine getirilmesine yönelik yöntem Bakanlıkça belirlenir.

ÇED sürecinin en önemli aşaması, denetim aşaması olup, en öncelikli hedefi; proje için verilen taahhütlere uyulup uyulmadığının denetlenmesi, uyulmuyor ise yaptırımların uygulanması, eksiklik ve aksaklıkların tespiti ile ÇED'in daha iyi bir yöne evrilmesidir. ÇED'den beklenen amaca da ancak bu şekilde ulaşılabilir. Ancak denetimin nasıl yapılacağı, ÇED Raporunu hazırlayan firmanın bu görevi yerine getirip getiremeyeceği veya mutlaka Bakanlık (kamu idaresi) tarafından yapılması gerektiği ile ilgili tartışmalar bulunmaktadır. Bu hususta denetim aşamasına ilişkin, idari yargıya yol gösteren bir Anayasa Mahkemesi Kararı önem arz etmektedir. Söz konusu kararda; "*idarenin kanuniliği*" ilkesinin, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde yasayla düzenlenmesini gerekli kılacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre; Çevre Kanunu'nun 12'nci maddesinde kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Çevre ve Orman Bakanlığına verilmiştir. Bakanlığın gerektiğinde bu yetkiyi devredebileceği kamu kurum ve kuruluşları tek tek sayıldıktan sonra, iptal konusu hükümde, Kanunda belirtilen kurum ve kuruluşlar dışında Bakanlığın uygun göreceği diğer kurum ve kuruluşlara da denetleme yetkisinin devredilebileceği öngörülmüştür. Ancak denetleme yetkisinin hangi kurum ve kuruluşla devredileceği hususunun Kanun'da açıkça belirtilmeksizin Bakanlığın takdirine bırakılması, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.²⁸

Esasen ÇED'in denetimine ilişkin kimi uyuşmazlıklar sonucunda verilen önemli yargı kararları bulunmaktadır. 2013 tarihli ÇED Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinin iptali talebiyle açılan davada Danıştay; 2009 tarihli Anayasa Mahkemesi'nin kararına atıfta bulunarak denetleme yetkisinin ancak yasayla, açıkça han-

²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 15.01.2009 tarih ve E.2006/99, K. 2009/9 sayılı kararı, RG. 08.07.2009 tarih ve 27282 sayı.

gi kurum ve kuruluşa devredileceğinin belirtilmesi halinde devrinin mümkün olacağını, Bakanlıkça yasal dayanağı bulunmaksızın yetki devrinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Danıştay, Yeterlik Tebliği Ek 4’de yer alan formdan; söz konusu firmalarca yapılan izleme ve kontrolün denetim niteliği taşıdığını, bu nedenle; idarenin kanuniliği ilkesi gereğince, idare adına denetim yaparak rapor hazırlayan söz konusu kuruluşların da yasal dayanağı bulunmaksızın 3. kişilerin denetimine yönelik yetki kullanmalarına olanak bulunmadığını, ayrıca izleme ve kontrol raporlama çalışması yapan kuruluşların, söz konusu projeye ilişkin daha önceden ÇED raporu hazırlama yetkisi verilen bu firmalar olduğu hususu dikkate alınınca, projelerin inşaat dönemine ilişkin izleme, kontrol ve raporlama çalışmalarını yapmalarının kendi kendini denetleme anlamına geleceğini ifade etmiştir. Danıştay’a göre, bu durum dolaylı denetimsizlik ortamını yaratacaktır. Bu nedenle denetim mekanizmasının, ÇED Raporu hazırlayan firmadan bağımsız kuruluşlarca yapılması gerektiği, aksi halde kamu eliyle denetimin zayıflatılmasının söz konusu olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, yapılan yönetmelik değişikliğinde hukuki isabet görülmemiş ve söz konusu düzenlemenin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.²⁹ Bu karara yapılan itiraz ise reddedilmiştir³⁰.

Söz konusu Danıştay kararı sonrasında, yeni bir düzenleme ile Yönetmelikte yer alan “yetkilendirilmiş” kelimesi “yeterlik” olarak, “izleme ve kontrolü raporlama çalışmalarını yapabilmek” ifadesi ise “izleme ve kontrol çalışmalarına yardımcı olacak raporlamaları yapmak” olarak değiştirilmiştir.

Bu düzenlemeye karşı açılan iptal davası sonucunda Yüksek Mahkeme, daha önce kendisinin vermiş olduğu, yürütmeyi durdurma kararında yer verilen gerekçelerden hareketle, dava konusu düzenleme ile söz konusu kuruluşlarca yapılacak olan faaliyetin “izleme ve kontrol çalışmalarına yardımcı olacak raporlamaları yapmak” şeklinde değiştirilmesinin, izleme ve kontrolün denetim niteliğini ortadan kaldırmadığını, yasal dayanak bulunmaksızın, idare adına denetim yaparak rapor hazırlama niteliğinin devam ettiğini, izleme ve kont-

²⁹ Danıştay On Dördüncü Dairesi’nin 19.06.2014 günlü, E:2013/10649 sayılı Yürütmeyi Durdurma kararı.

³⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 10.11.2014 günlü YD İtiraz No: 2014/820 sayılı kararı.

rol raporlama çalışması yapan kuruluşların, söz konusu projeye ilişkin daha önceden ÇED Raporu hazırlama yetkisi verilen bu kuruluşlar olduğu hususu dikkate alınınca, projelerin inşaat dönemine ilişkin izleme, kontrol ve raporlama çalışmalarına yardımcı olacak raporlamaları yapmalarının kendi kendini denetleme anlamına geleceğini, bunun dolaylı denetimsizlik ortamı oluşturacağını, denetim mekanizmasının ÇED Raporunu hazırlayan kurum/kuruluştan bağımsız kuruluşlarca yapılması gerektiğini, aksi halde kamu eliyle denetimin zayıflatılmasının söz konusu olacağını belirtmiştir. Danıştay³¹ bu nedenle, önceki yürütmeyi durdurma kararında yer verilen gerekçelere ve mevzuata aykırı olan söz konusu düzenlemeyi hukuka uygun görmemiştir.

İdare bu yürütmeyi durdurma (YD) kararında yer verilen gerekçelere dayanarak; söz konusu firmalarca yapılacak olan söz konusu faaliyetini; "projelerin başlangıç ve inşaat dönemine ilişkin süreçte komisyonca belirlenecek periyotlarda yatırım sürecinde kaydedilen gelişmelere ilişkin bilgilendirmeyi yapmak" şeklinde değiştirmiş, bunun üzerine Danıştay, daha önce yürütmesinin durdurulmasına karar verilen "izleme ve kontrol çalışmalarına yardımcı olacak raporlamaları yapmak" şeklindeki düzenlemesiyle aynı sonucu doğuracağını, "projelerin başlangıç ve inşaat dönemine ilişkin süreçte komisyonca belirlenecek periyotlarda yatırım sürecinde kaydedilen gelişmelere ilişkin bilgilendirmeyi yapmak" faaliyetinin denetim aşamasının başlangıç kısmını ve denetime esas altyapıyı oluşturduğuna karar vermiştir.

2022 tarihli yeni ÇED Yönetmeliği'nde "Yatırım Süreci İzleme" olarak bir başka tanım getirilmiştir. Bu tanıma göre: yatırım süreci izleme, gerçekleştirilmesi planlanan projeye dair "Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu" kararı alındıktan sonra, proje ilerleme raporuna göre yapılan değerlendirmeleri ifade etmektedir. Proje ilerleme raporu ise; ÇED Olumlu kararı alındıktan sonra, komisyonca belirlenen periyotlarda yatırımın inşaat öncesine ve inşaat dönemine ilişkin kaydedilen gelişmeleri içeren raporu ifade etmektedir.³² ÇED Olumlu kararı

³¹ Danıştay On Dördüncü Dairesi'nin 02.02.2016 günlü, E:2015/592 sayılı YD kararı.

³² 2022 tarihli ÇED Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ff) bendinde yer alan Proje İlerleme Raporu tanımında mülga 2014 tarihli ÇED Yönetmeliği'nde yer alan "işletme sonrası" ifadesine yer verilmemesine yönelik düzenlemenin yürütmesinin durdurulması nedeniyle; Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca madde hakkında yeni bir düzenleme yapılmaya veya Mahkeme tarafın-

verilen projelerin proje sahibi; komisyonca belirlenen periyotlarda yatırımda kaydedilen gelişmeleri içeren proje ilerleme raporunu, Bakanlıkça yeterlik verilen ve söz konusu projenin ÇED raporunun hazırlanmasında görev almayan kurum/kuruluşlara hazırlatarak elektronik sisteme yüklemek ve Bakanlık denetimlerinde sunmakla yükümlüdür. Söz konusu düzenlemenin, uygulamada ÇED Raporunda verilen taahhütlerin yerine getirilmesinin kontrolünde önemli bir adım olduğu açıktır.

2.2. Yatırım Sahibinin Değişmesi

Proje sahibinin değişmesi ve projenin devri ile ilgili maddede değişiklik yapılmıştır. Buna göre; Proje sahibinin herhangi bir nedenle değişmesi durumunda; projenin yeni sahibi, projenin devrine konu bilgi ve belgeleri (noter onaylı devir sözleşmesi, tapu senedi, ilgili idaresince onaylı icra/ihale sonuç belgeleri ve benzeri), nihai ÇED raporu/proje tanıtım dosyası ve eklerinin proje sahibinin taahhüdü altında olduğunu belirten taahhütnamesini ve taahhüdü imzalayan yetkilinin noter onaylı imza sirküleri ile ticari sicil gazetesini 6 ay içerisinde ilgili il müdürlüğüne sunmakla yükümlüdür. Devir tarihinden itibaren projenin önceki sahibinin taahhüt ve yükümlülükleri başka bir işleme gerek kalmaksızın projenin yeni sahibi tarafından üstlenilmiş sayılır. Proje sahibi değişikliklerinde, ilgili il müdürlüğü tarafından proje yerinde inceleme yapılması gerekmektedir

2.3. Yeni Kavram ve Tanımlar

2.3.1. Kümülatif Etki Değerlendirme

2022 tarihli ÇED Yönetmeliği'nde yeni bir kavram olarak tanımlanan *Kümülatif Etki Değerlendirmesine* ilişkin hüküm, "*Kapasite Artışları*" başlıklı 20. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; "*ÇED Olumlu*" veya "*ÇED Gerekli Değildir*" kararı bulunan projelerde kapasite artışı ve/veya genişletilmesinin planlanması halinde, planlanan proje-

dan yeni bir karar verilinceye kadar söz konusu tanımın Mülga 2014 tarihli ÇED Yönetmeliği'nde yer aldığı "Proje İlerleme Raporu: ÇED Olumlu Kararı alındıktan sonra, komisyonca belirlenen periyotlarda yatırımın başlangıç, inşaat ve işletme sonrasına ilişkin kaydedilen gelişmeleri içeren raporu," şeklinde uygulanmasına karar vermiş ve bunu kamuoyuna duyurmuştur.

nin etkileri, mevcut karara esas çevresel etkiler ile birlikte kümülatif olarak değerlendirilir". Ayrıca Yönetmeliğin "Çevresel Etki Değerlendirmesi Genel Formatı" başlıklı Ek-3' de "Bölüm IV- Kümülatif Etki Değerlendirmesi" olarak yer almıştır. Söz konusu kavramın tanımına da Yönetmelikte yer verilmiştir. Bu tanıma göre "Kümülatif Etki Değerlendirme: Yapılması planlanan projenin, planlandığı alan ile projeden doğrudan etkilenecek alanlar veya kaynaklar üzerinde oluşturabileceği çevresel risk ve etkilerinin; mevcut, planlanan veya proje ile doğrudan ilgisi olabilecek diğer faaliyetlerle birlikte belirlenmesi ve analiz edilmesini" ifade etmektedir.

ÇED konusunda dünyada yaşanan gelişmeler ve birden fazla projenin çevre üzerindeki etkilerinin dikkate alınmasının gerekliliği sonucunda "Kümülatif ÇED" uygulamaları gündeme gelmiş ve yargı kararlarında da vurgulanmıştır. "Kümülatif etkiler", bir faaliyetin mevcut, geçmişteki veya gelecekteki başka insan faaliyetleri ile birlikte çevrede yol açtığı değişiklikler, "Kümülatif ÇED" ise, bu etkilerin değerlendirilmesidir.³³

Kümülatif etkiler, bir proje veya faaliyetin geçmişteki, mevcut ve gelecekteki başka insan faaliyetleri ile birlikte çevrede yol açtığı değişikliklerdir. Kümülatif etkiler, faaliyetler arasında, faaliyetler ile çevre ve çevre bileşenleri arasındaki etkileşimler şeklinde olabilir ve bu şekilde oluşan bileşik etkilerin büyüklüğü, bireysel etkilerin toplamına eşit olabileceği gibi artan etki ile de sonuçlanabilir.³⁴

Tek bir projenin çevreye olan etkileri kabul edilebilir olarak değerlendirilebilir, ancak bu projenin etkilerinin diğer faaliyetlerin neden olduğu etkilerle karşılıklı etkileşime girerek "kümülatif etkiler" yaratma olasılığının da dikkate alınması gerektiği açıktır. Uluslararası Finans Kurumu (IFC) tarafından yayınlanan Performans Standardına³⁵ göre kümülatif etki; "Risklerin ve etkilerin tanımlanması sırasında mevcut, planlanmakta veya makul olarak tanımlanmış olan diğer faaliyetlerin, proje

³³ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Türkiye'deki Hidroelektrik Santralleri İçin Örnek, Kümülatif Çevresel Etki Değerlendirmesi Kılavuzu, Ankara, 2012, sh. 8.

³⁴ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Çevresel Etki Değerlendirmesi Çalıştayı Raporu, Ankara, 2019, sh. 5.

³⁵ IFC, 2012. Performance Standard 1- Assessment and Management of Environmental and Social Risks and Impacts (Performans Standardı 1- Çevresel ve Sosyal Risklerin ve Etkilerin Değerlendirilmesi ve Yönetimi. http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/3be1a68049a78dc8b7e4f7a8c6a8312a/PSI_English_2012.pdf?MOD=AJPERES

tarafından kullanılan veya projeden doğrudan etkilenen alanlar veya kaynaklar üzerinde eklenerek artan değişimlerden kaynaklanan etkilerdir." IFC PS1: Çevresel ve Sosyal Risklerin ve Etkilerin Değerlendirilmesi ve Yönetimi başlıklı (PS) 1'de, proje geliştirenlerin bazı durumlarda, çevresel ve sosyal etki ve risk belirleme ve yönetim süreçlerinde kümülatif etkileri göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmektedir.

Kümülatif etkiler çeşitli yollarla gerçekleşebilir. Bunlara fiziksel-kimyasal taşınım;³⁶ arazi ve habitatın kademeli olarak bozulması veya kaybolması; mekânsal ve zamansal yoğunlaşma;³⁷ büyümeyi teşvik edici potansiyel örnek olarak verilebilir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2013 yılında verdiği kararlarda, özellikle Mersin, Adana ve İskenderun-Hatay'da kurulması planlanan termik santrallere ilişkin olarak yeni bir yaklaşım çerçevesinde ve kümülatif etkilerin değerlendirilmesi yönünde hüküm kurduğu anlaşılmaktadır. Bu davalarda davacılar; Çevre ve Tüketiciyi Koruma Dernekleri, bazı meslek odaları ve Sulama Kooperatifleridir. Anılan davalar, bu bölgelerde çok sayıda elektrik üretim santrali kurulduğu, bunların çevreye ciddi olumsuz etkilerinin olduğu, bu tesislere ÇED Olumlu Raporu verilmiş olmasının çevreye yönelik zararlarını ortadan kaldırmadığı iddialarına dayanılarak, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından bazı şirketlere verilen üretim lisansının iptali ve yürütmenin durdurulması talebiyle açılmıştır. Söz konusu davalarda, Danıştay 13. Dairesince "Yürütmenin Durdurulması İsteminin Reddine" karar verilmiş, ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından Danıştay 13. Dairesinin kararları kaldırılarak davacıların talepleri kabul edilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararlarında;³⁸ Anayasa'nın 56. maddesi ile 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2, 3 ve 8. maddelerine atıfta bulunulmuştur. Söz konusu kararların hepsinde; "... Dairesince itiraza konu yürütmeyi durdurma isteminin reddine karar

³⁶ Emisyona yol açan eylemden uzaklaşan ve başka bir eylem ile etkileşim içine girebilecek hava emisyonları fiziksel-kimyasal taşınımın örneğidir.

³⁷ Mekânsal ve zamansal yoğunlaşmanın örneği, bir nehir boyunca yer alan yerleşim, sanayi ve dolayısıyla bir Değerli Ekosistem Bileşeni olan nehir üzerinde bu etkilerin mekân ve zaman içinde sıkışmasıdır.

³⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21.01.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2012/941 sayılı, 24.06.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2013/380 sayılı, 23.05.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2013/40 sayılı, 25.03.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2013/20 sayılı, 21.01.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2013/233 sayılı kararları.

verilmeden önce, ara kararları ile davalı idareden ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığından, ÇED Raporlarının hazırlanması, sonuçlandırılması ve ÇED kararlarının verilmesi aşamasında, aynı şehir veya coğrafi bölgede kurulan ya da kurulacak olan termik santrallerin yer ve konumu ile yakıt türleri, daha önce verilen ÇED kararları ve raporları dikkate alınarak santrallerin ve bölgenin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle, santrallerin bölgesel bazda çevreye olan etkilerinin neler olacağı konusunda bir değerlendirme yapılıp yapılmadığının ve bu konuda alınan bir kararın bulunup bulunmadığının sorularak, bu hususlara ilişkin bilgi ve belgelerin istenildiği; Bakanlıkça verilen cevapta, ÇED olumlu kararı verilen santrallerin belirtildiği, ÇED Raporunun incelenmesiyle ilgili olarak yapılan çalışmaların, inceleme ve değerlendirmelerin açıklandığı, başvurusu yapılan projeler hakkında kümülatif etki çalışmasının da istenildiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

Davacıların en önemli iddialardan birinin, Adana, Mersin ve Hatay'da çok sayıda elektrik üretim santrali kurulduğu ve kurulacağı, bu durumun çevreye yönelik ciddi olumsuz etkilerinin olduğu ve yukarıda değinilen Anayasa ve Yasa hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, bu santrallerin kurulmasına izin veren idari işlemlerin yargısal denetiminde, salt idarelerin açıklamalarıyla sınırlı kalınması halinde, yeterli yargısal denetimin yapılamayacağı, santrallerin çevreye yönelik olası olumsuz etkileri konusundaki endişelerin giderilemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla, ara kararlarına verilen cevaplarda belirtilen belgelerin, projeye ilgili kümülatif etki çalışmasının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile davalı idareden istenilerek ve bu konularla ilgili, gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırıldıktan sonra, inceleme ve değerlendirme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekmektedir" sonucuna varılmıştır.

Söz konusu davalar, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nca tesis edilen ÇED kararlarına karşı açılan davalar olmayıp, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun üretim lisansı verilmesine ilişkin işlemlerine karşı açılmıştır. Buna rağmen, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu verdiği kararlarda, çevre kirliliği yaratılıp yaratılmayacağına ilişkin bir değerlendirme yapmakta ve ÇED sürecinde projeye ilgili kümülatif etki çalışmasının yapılmasının gerektiğine ilişkin görüşlerini ifade etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; kümülatif etkilerin değerlendirilebilmesi ÇED'de kullanılan geleneksel yaklaşımlardan farklı bazı baş-

ka değerlendirme kavramlarının dikkate alınmasını gerektirir. Bunun yanı sıra:

- Geçmiş ve gelecekteki daha uzun bir dönem içerisindeki etkilerin değerlendirilmesi,
- Hem ilgili proje hem de geçmişteki, mevcut ve makul olarak öngörülebilir gelecekteki başka faaliyetler ile etkileşimler sebebiyle Değerli Ekosistem Bileşenleri (DEB) üzerindeki etkilerin dikkate alınması,
- Sadece yerel ve doğrudan etkilerin dışındaki etkiler (yani dolaylı etkiler, kümülatif etkiler ve etkilerin etkileşimleri) de göz önünde bulundurularak önem derecesinin değerlendirilmesi,
- Bölgesel olarak daha geniş bir alandaki etkilerin değerlendirilmesi,
- Entegre tesislerde her bir tesis için müstakil ÇED sürecinin işletilmesi ve mevcut bir tesise ek tesis yapılırken de mevcut ve ek tesisin, ekosistem üzerindeki kümülatif etkisinin ÇED sürecinde değerlendirilmesi,

gerekir.

Kümülatif değerlendirme yapılırken sınırın nasıl tespit edileceği önemli bir sorundur. Havza bazlı olarak veya başka bir korunan alan dikkate alınarak bu etkilerin izlenmesi için çalışmalar yapılmalıdır. Bunun yanı sıra, kümülatif etkilerin değerlendirmesinde, sadece entegre tesisler değil, o mikro havzadaki çalışma konuları farklı dahi olsa diğer bütün tesislerin ekosistem üzerindeki etkileri dikkate alınmalıdır. Her bir tesisin ÇED Raporundaki sonuçlar olumlu iken, toplam etkilerin göz önüne alındığı kümülatif bir hesaplamada sonuç çok farklı çıkabilecektir.

Bu çerçevede; Kümülatif Etki Değerlendirmesi kavramına ÇED Yönetmeliğinde yer verilmesi ve projelerde kapasite artışı ve/veya genişletilmesinin planlanması halinde, planlanan projenin etkilerinin, mevcut karara esas çevresel etkiler ile birlikte kümülatif olarak değerlendirileceğine ilişkin hükmün düzenlenmesi kanaatimizce önemli bir gelişmedir.

2.3.2. Mücbir Sebep

Yönetmeliğe yeni eklenen kavramlardan birisi “*mücbir sebep*” kavramıdır. Yönetmeliğe göre mücbir sebep; ÇED Olumlu/ÇED Gerekli Değildir kararı verilmiş olan projeler için bu Yönetmelikte tanımlanmış olan karar geçerlik süresi içerisinde yatırıma başlanılmasına doğrudan engel teşkil edecek; doğal afet, olağanüstü hal, idari yargı kararları (projenin tamamının yapılmasını etkileyecek şekilde yürütmenin durdurulması/iptal kararı varsa) gibi dıştan gelen fiili bir durumdur.

Söz konusu tanımda belirtilen karar geçerlik süreleri, ÇED Olumlu ve ÇED Gerekli Değildir kararları için farklı maddelerde belirtilmiştir. Yönetmeliğin 14/5 maddesi uyarınca; “ÇED Olumlu” kararı verilen proje için 5 yıl içinde mücbir sebep bulunmaksızın yatırıma başlanmaması durumunda “ÇED Olumlu” kararının, madde 17/2 uyarınca da “ÇED Gerekli Değildir” kararı verilen proje için 5 yıl içinde mücbir sebep bulunmaksızın yatırıma başlanmaması durumunda “ÇED Gerekli Değildir” kararının geçersiz sayılacağı düzenlenmiştir.

2.3.3. Paydaş Katılım Planı

ÇED Yönetmeliğine yeni eklenen Paydaş Katılım Planı,³⁹ planlanan projenin tüm aşamalarında, projeden etkilenebilecek veya projeyi etkileyebilecek ya da proje ile ilgisi olabilecek tüzel/gerçek kişilerle (paydaşlarla) ne şekilde, hangi yöntemler ve araçlar kullanılarak iletişim kurulacağı ve bilgilendirme yapılacağı açıklanmıştır. Halkın bilgilendirilmesi ve sürece katılımı ise: ÇED sürecinin başlangıcından sonuna kadar, halkı proje hakkında bilgilendirmek, projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere paydaş katılım planında detayları belirlenen her türlü etkinliği, (broşür, tanıtıcı film, resmi duyuru, toplantı, bilgilendirme ofisi ve benzeri) ifade etmektedir. Yönetmeliğin 9/5 maddesi uyarınca, halkı, proje ve etkileri hakkında bilgilendirmek, halkın projeye ilişkin görüş ve önerilerini almak üzere

³⁹ “ÇED Yönetmeliği'nin Geliştirilmesi Projesi” kapsamında hazırlanan “ÇED Yönetmeliği Değerlendirme Raporu”nda “Paydaş Katılım Planı”nın yapılmamasının boşluklardan biri olarak kabul edilebileceği vurgulanmış ve projeden etkilenecek ya da proje ile ilgili olabilecek kişi, kurumlar ve kuruluşlar (paydaşlar) ile ne şekilde iletişim kurulacağı ve bilgilerin nasıl sağlanacağı açıklanması gerektiği belirtilmiştir.

re, Bakanlıkça yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlar tarafından paydaş katılım planı (PKP) hazırlanır. Hazırlanan paydaş katılım planı, ÇED başvuru dosyası ekinde sunulur. Bakanlık gerekli gördüğü durumlarda, yeterlik verilmiş kurum/kuruluşlardan halkın bilgilendirilmesine yönelik olarak ÇED süreci boyunca; bilgilendirici broşür dağıtılması, anket, seminer gibi çalışmalar yapılması veya proje ile ilgili internet sitesi hazırlanarak bilgi paylaşılması gibi ilave çalışmalar yapmasını da isteyebilir. Ayrıca Bakanlık tarafından talep edilmesi halinde ÇED süreci içerisinde bu plan güncellenir.

2.3.4. Entegre Proje

Önceki ÇED Yönetmeliklerinde de yer verilmiş ancak tanımı yapılmamış olan entegre projelere ilişkin hüküm, yeni ÇED Yönetmeliği'nde yer bulmuştur. Yönetmeliğin 25. maddesine göre; *“Bu Yönetmeliğe tabi birden fazla projeyi kapsayan entegre bir projenin planlanması halinde, Bakanlıkça entegre proje için tek bir ÇED başvuru dosyası/proje tanıtım dosyası hazırlanması istenir.”*

Yönetmeliğe göre *“Entegre Proje”*, ÇED Yönetmeliğine tabi olan, faaliyet konuları veya işlevleri açısından birbirine bağlı ve tamamlayıcı nitelikteki birden fazla faaliyeti kapsayan projelerdir.

İdari yargı mercileri pek çok projeye ilişkin uyuşmazlıkta *“entegre projelerde tüm etkilerinin bir bütün olarak en başta değerlendirilmesi ve alınacak tedbirlerin de ona göre belirlenmesi”* yönünde karar vermiştir.

Örneğin Bartın ili, Amasra ilçesi, Gömü Köyü'nde yapılması planlanan *“Kömür Hazırlama Tesisi”* projesi için verilen *“Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir”* kararının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açılan davalarda iptal kararı verilmiş⁴⁰ ve kararın temyizi sonucunda; termik santralde kullanılacak yakıtın (taşkömürün) dava konusu tesisten elde edileceği anlaşıldığından *“Kömür Hazırlama Tesisi (Lavuar) Projesi ile Termik Santral, Kalker Ocakları ve Kül Depolama Sahası Projesinin Entegre Tesis niteliğinde olduğu, dolayısıyla, her iki projenin çevresel etkilerinin kümülatif olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek; “Kömür Hazırlama Tesisi (Lavuar) Projesi ile*

⁴⁰ Zonguldak İdare Mahkemesi'nin 26.11.2015 tarih, E.2015/672 ve K.2015/1306 sayılı kararı ile E.2015/187 K.2015/1218 sayılı kararı.

Termik Santral, Kalker Ocakları ve Kül Depolama Sahası Projesinin tek ÇED sürecine tutulması gerektiği, entegre tesisin ünitelerini kapsayan bu iki projenin tek ÇED Raporu içerisinde birlikte değerlendirilmesi gerektiği, Termik Santralin kümülatif etki değerlendirilmesinin ancak bu şekilde mümkün olabileceği" kararına varılmıştır⁴¹. Aynı şekilde, Amasra'da kurulması planlanan termik santral için verilen 'Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) olumlu' kararının iptali için Bartın Platformunca açılan davada, Zonguldak İdare Mahkemesi tarafından verilen red kararı Danıştay On dördüncü Dairesi'nce bozulmuştur. Bozma kararının gerekçesi; "Kömür Hazırlama Tesisi Projesi ile Termik Santral, Kalker Ocakları ve Kül Depolama Sahası Projesi'nin ve Liman projesinin entegre proje niteliğinde olduğu, dolayısıyla bu projelerin çevresel etkilerinin kümülatif olarak ve aynı ÇED sürecinde değerlendirilmesi gerekirken, entegre bir projenin tüm etkilerinin bir bütün olarak en başta değerlendirilmesi ve alınacak tedbirlerin de ona göre belirlenmesi olanağının ortadan kaldırılmasına sebebiyet verecek şekilde, projenin parçalara ayrıldığı dikkate alındığında Kömür Hazırlama Tesisi ve Liman projesinden ayrı olarak verilen dava konusu Elektrik Santrali, Kalker Ocakları ve Kül Depolama Sahası Projesiyle ilgili ÇED Olumlu kararında hukuka uyarlık bulunmadığı" şeklindedir. Yargı kararlarında önemle üzerinde durulan entegre projelere ilişkin tanıma, 2022 tarihli yeni ÇED Yönetmeliğinde yer verilmesi ve kavramın açıklığa kavuşturulması önemli bir gelişmedir.

2.3.5. Kapsam Dışı

Yeni eklenen tanımlardan bir diğeri de kapsam dışı tanımıdır. Niteliği, prosesi, türü, üretim yöntemi vb. itibarıyla, bu Yönetmelikte yer almayan veya bu Yönetmelikte yer almasına rağmen Ek-1 ve Ek-2'deki listelerde belirlenen eşik değerlerin altında planlanan projeler "kapsam dışı" dır. Yönetmeliğin 7/c hükmüne göre, kapsam dışı değerlendirilen veya kanunen muafiyeti bulunan projelere ilişkin kapasite artırımını ve/veya alan genişletilmesinin planlanması halinde, mevcut proje kapasitesi ve kapasite artışları toplamı ile birlikte projenin yeni kapasitesinin Ek-1'deki listede yer aldığı projelere ÇED raporu hazırlanması zorunludur. Madde 15/b gereğince de, kapsam dışı değerlendirilen veya kanunen muafiyeti bulunan projelere ilişkin kapasite

⁴¹ Danıştay On Dördüncü Dairesi'nin E.2016/1389, K.2016/3809 sayılı kararı.

artırımı ve/veya genişletilmesinin planlanması halinde, mevcut proje kapasitesi ve kapasite artışları toplamı ile birlikte projenin yeni kapasitesi Ek-2'deki listede belirtilen projeler için proje tanıtım dosyası hazırlanması zorunludur.

2.3.6. Yatırıma Başlama

Yatırıma başlama: Yapılması planlanan proje için alınmış olan ÇED Olumlu/ÇED Gerekli Değildir kararı sonrasında, karara konu projede yer alan ana veya yardımcı ünitelerinin, mer'î mevzuat kapsamında gerekli izinleri alındıktan sonra inşa faaliyetlerine başlanılması veya üretime geçilmesini ifade edecek biçimde yeni yönetmelikte tanımlanmıştır. Bu tanımın getirilmesi önemlidir. Zira, yatırıma başlanmamasının ağır yaptırımı bulunmaktadır.

Madde 6/3 gereğince, Yönetmeliğe tabi projeler için "Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu" kararı veya "Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir" kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili teşvik, onay, izin, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez, proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez. Ancak bu durum söz konusu teşvik, onay, izin ve ruhsat süreçlerine başvurulmasına engel teşkil etmez.

Madde 14/5 gereğince, "ÇED Olumlu" kararı verilen proje için 5 yıl içinde mücbir sebep bulunmaksızın yatırıma başlanmaması durumunda "ÇED Olumlu" kararı geçersiz sayılır.

Madde 14/6 uyarınca, yatırıma başlanılmamış olan projeler için verilen ÇED Olumlu kararları, proje sahibinin talebi ve talebin Bakanlık tarafından uygun görülmesi halinde geçersiz sayılır. Bu şekilde geçersiz sayılan kararlar Bakanlık ve il müdürlüğü tarafından internet sayfasında ilan edilir.

Madde 17 gereğince de "ÇED Gerekli Değildir" kararı verilen proje için 5 yıl içinde mücbir sebep bulunmaksızın yatırıma başlanmaması durumunda "ÇED Gerekli Değildir" kararı geçersiz sayılır. Yatırıma başlanılmamış olan projeler için verilen "ÇED Gerekli Değildir" kararları, proje sahibinin talebi ve talebin Bakanlık tarafından uygun görülmesi halinde geçersiz sayılır. Bu şekilde geçersiz sayılan kararlar Bakanlık ve il müdürlüğü tarafından internet sayfasında ilan edilir.

2.3.7. Proje Bedeli, Başvuru Bedeli, Özel Format Bedeli

Proje bedeli: Proje kapsamında, fiili olarak sahada yapılacak ünitelerin/tesislerin asgari yatırım tutarıdır (Arazi edinimi, saha düzenlemesi, bina-inşaat giderleri, makine-ekipman ile teçhizat giderleri, kurulum maliyetleri ve benzeri). 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 20/e maddesi uyarınca, Çevresel Etki Değerlendirmesi süreci tamamlamadan inşaata başlayan ya da faaliyete geçene proje bedelinin yüzde ikisi oranında idarî para cezası verilir.

Başvuru bedeli: Ek-2'deki listede yer alan projelerin proje bedeline göre, Bakanlıkça belirlenmiş olan ve başvuru sırasında proje sahibi veya yetkilisi tarafından ödendiğine dair ibrazı gereken tutardır. Yönetmeliğin 16'ncı maddesi gereğince, hazırlanan proje tanıtım dosyası, proje tanıtım dosyasında ve eklerinde yer alan bilgi ve belgelerin doğru olduğunu belirtir proje sahibince onaylı taahhüt yazısı ile başvuru bedelinin ödendiğine dair dekontla birlikte Bakanlığa sunulur.

Özel format bedeli: Ek-1'deki listede yer alan projelerin proje bedeline göre, Bakanlıkça belirlenmiş olan ve ÇED raporu özel formatı verilebilmesi için proje sahibi veya yetkilisi tarafından ödendiğine dair ibrazı gereken tutardır. Yönetmeliğin 10'ncü maddesi gereğince ÇED raporu özel formatı, özel format bedelinin ödenmesi mukabilinde verilir. Özel format bedeli, format için Bakanlık tarafından komisyon üyelerine yazılı olarak bildirilen son görüş verme tarihinden itibaren 1 ay içerisinde yatırılmaz ise ÇED süreci sonlandırılır.

III. 2022 TARİHLİ YENİ ÇED YÖNETMELİĞİ'NE KARŞI AÇILAN İPTAL DAVASI

“Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin yürütülmesinin durdurulması ve iptali talebiyle açılan davada, Yönetmeliğin kimi maddelerinin hukuka aykırı olduğundan bahisle yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.⁴² Ancak bu kararda çok sayıda karşı oy bulunmaktadır. Bu nedenle temyiz sürecinde daha farklı maddelerin iptaline de karar verilenebileceği düşünülmektedir. Aşağıda bazı önemli maddelerin yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin Danıştay kararı açıklanmıştır.

⁴² Danıştay Altıncı Dairesi'nin 16.02.2023 tarih ve E.2022/7584 sayılı kararı.

- Mülga 25.11.2014 tarih ve 29186 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nin “Tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 4. maddesinde; “Bu Yönetmelikte geçen; ... Askıda ilan: Gerçekleştirilmesi planlanan projenin ÇED süreci hakkında, projeden etkilenecek veya etkilenmesi muhtemel halkın yaşadığı yer/yerlerde, valilik, kaymakamlık ve muhtarlık binasında veya köy odasında bulunan askı ilan yerlerinde yapılan yazılı duyuruyu,... ifade eder” olarak belirtilmiştir. Dava konusu Yönetmeliğin anılan maddesinde ise askıda ilan, gerçekleştirilmesi planlanan projenin ÇED süreci hakkında, projeden etkilenecek veya etkilenmesi muhtemel halkın yaşadığı yer/yerlerde, il müdürlüğü, kaymakamlık veya muhtarlık binasında bulunan askı ilan yerlerinde yapılan yazılı duyuru olarak tanımlanmıştır. Davalı idare tarafından, tüm köylerde köy odası bulunmadığından bu ibarenin çıkarıldığı belirtilmiştir. Ancak dava konusu düzenlemede sadece köy odası ibaresinin çıkartılmadığı, aynı zamanda (ikinci) “veya” ibaresinin kullanım yeri değiştirilerek idareye kaymakamlık ile muhtarlık binası arasında askıda ilan hususunda takdir hakkı tanındığı anlaşılmaktadır. Danıştay; “... Oysaki projelerin özellikle kırsal bölgelerde yapıldığı dikkate alındığında, burada yaşayanların yaşam koşulları itibarıyla sadece internette ve il müdürlüğünde yapılan bir ilanla projeden haberdar olmasını beklemenin gerçekçi olmadığı, dolayısıyla halkın ÇED sürecine etkin bir şekilde katılımının sağlanması amacıyla askıda ilanların hem valilik, kaymakamlık hem de muhtarlık binasında yapılması gerektiği, dava konusu düzenlemenin ise bu haliyle çevrenin korunması, sürdürülebilir çevre ve katılım ilkeleri ile kamu yararı ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır” kararını vermiştir. Esasen ÇED sürecinin halka duyurulması ve dava açma süresinin tespiti konusunda çok sayıda uyuşmazlık bulunduğundan, Danıştay’ın katılım ilkesini vurguladığı gerekçesi önem arz etmektedir.
- Yine mülga ÇED Yönetmeliği’nin “Tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 4. maddesinde; “(1) Bu Yönetmelikte geçen; ... Proje İlerleme Raporu: ÇED Olumlu Kararı alındıktan sonra, komisyonca belirlenen periyotlarda yatırımın başlangıç, inşaat ve işletme sonrasına ilişkin kaydedilen gelişmeleri içeren raporu, ... ifade eder” olarak tanımlanmıştır. Dava konusu Yönetmeliğin anılan maddesinde ise proje ilerleme raporu, ÇED Olumlu kararı alındıktan sonra, komisyonca

belirlenen periyotlarda yatırımın inşaat öncesine ve inşaat dönemine ilişkin kaydedilen gelişmeleri içeren rapor, olarak tanımlanmıştır. Danıştay kararında; “Çevre Kanunu’nda; çevresel etki değerlendirmesi, gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalar olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolü idarenin gerekli denetimi yapmasıyla mümkün hale gelmektedir. Denetimin gerek ÇED Gerekli Değildir kararının dayanağı proje tanıtım dosyasında (PTD’de), gerekse (izleme neticesinde) ÇED Olumlu kararının dayanağı ÇED raporunda verilen taahhütlerin fiili durumda yerine getirilip getirilmediğine yönelik çalışmalar olduğu ve izlemenin ise proje ilerleme raporuna göre yapılacağı dikkate alındığında, davalı idare tarafından da belirtildiği gibi izlemeye dayanak teşkil eden proje ilerleme raporunun kapsamının sadece inşaat dönemine özgülenemeyeceği, projelerin, ÇED Olumlu kararının verilmesine esas teşkil eden şartlar doğrultusunda yürütülüp yürütülmediğinin denetlenebilmesi amacıyla mülga Yönetmelikteki tanımda yer aldığı gibi, proje ilerleme raporunun işletme sonrası dönemi de kapsamı gerektiği, dava konusu düzenlemenin ise bu haliyle çevrenin korunması, sürdürülebilir çevre ve kalkınma ilkeleri ile kamu yararı ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır” hükmüne varılmıştır. Esasen mülga ÇED Yönetmeliğinde “yatırımın başlangıç, inşaat ve işletme sonrasına” ilişkin kaydedilen gelişmeleri içerecek şekilde tanımlanan proje ilerleme raporunun iptali istemiyle açılan davada, proje ilerleme raporunun, projenin başlangıç aşamasından işletme sonrası aşamaya kadar yürütülmesine ilişkin veri toplama niteliğinde olduğu, izlemenin, proje ilerleme raporuna göre yapılan değerlendirmeleri ifade ettiği, denetimin ise gerek ÇED Gerekli Değildir kararının dayanağı proje tanıtım dosyasında (PTD’de), gerekse (izleme neticesinde) ÇED Olumlu kararının dayanağı ÇED raporunda verilen taahhütlerin fiili durumda yerine getirilip getirilmediğine yönelik çalışmaları kapsadığı vurgulanarak davanın reddine karar verilmiştir.⁴³ Bilindiği üzere, projelerin uygulanmasının izlenme-

⁴³ Danıştay Altıncı Dairesi’nin 20/10/2021 tarih ve E:2019/17671, K:2021/11627 sayılı kararı

si ve kontrolü idarenin gerekli denetimi yapmasıyla mümkündür. Denetimin hem ÇED Gerekli Değildir kararının dayanağı proje tanıtım dosyasında (PTD), hem de ÇED Olumlu kararının dayanağı ÇED raporunda verilen taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğine yönelik çalışmalar olduğu ve izlemenin ise proje ilerleme raporuna göre yapılacağı dikkate alındığında, izlemeye dayanak teşkil eden proje ilerleme raporunun kapsamının sadece inşaat dönemine özgülmesi yetersiz kalacaktır. Zira, projelerin, ÇED Olumlu kararının verilmesine esas teşkil eden şartlar doğrultusunda yürütülüp yürütülmediğinin denetlenebilmesi amacıyla mülga Yönetmelikteki tanıtım da yer aldığı gibi, proje ilerleme raporunun işletme sonrası dönemi de kapsamı gerekir.

- Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin iptali istenilen 3. fıkrasında inceleme sonucunda, başvuru dosyasının Ek-3'te yer alan genel formata uygun hazırlandığına karar verilmesi halinde, Bakanlık tarafından başvuru dosyasındaki bilgiler dikkate alınarak, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık yetkililerinden oluşan bir Komisyon kurulacağı, ÇED süreci içerisinde gerek görülmesi halinde komisyona üye eklenebileceği veya çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Danıştay; *"... İptali istenilen cümle, mülga ÇED Yönetmeliğinde olmayan ilk defa getirilen bir düzenlemedir. Her ne kadar davalı idare tarafından süreç içerisinde bazı kurumların görüşüne ihtiyaç kalmadığı, aksine görüşüne ihtiyaç duyulan bazı kurumların olduğu durumlarda komisyona üye eklenmesi veya çıkarılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı savunulmuş ise de, düzenleme ile komisyona üye eklenmesi veya çıkarılması hususunun ÇED süreci içerisinde "gerek görülmesi haline" bağlandığı anlaşılmış olup, bu kavramın belirsizlik içerdiği, sınırları veya koşullarının belirlenmemesi nedeniyle idareye çok geniş takdir hakkı tanındığı, bu haliyle, Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği gibi, hukuk devletinin unsurlarından olan ve hukuk normlarının öngörülebilir olmasını gerektiren "hukuki güvenlik" ilkesi ile maddi hukuk ve usul kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta olmasını ve kişilerin haklı beklentilerini bertarafetmeyecek düzenlemeler yapılmasını gerektiren "hukuki belirlilik" ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "ÇED süreci içerisinde gerek görülmesi halinde komisyona üye eklenebilir veya çıkarılabilir" cümlesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır"* sonucuna varmıştır.

- Dava konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin iptali istenilen 4. fıkrasında; proje ile ilgili olarak başvurunun yapıldığına, ÇED sürecinin başladığına, ÇED başvuru dosyasının halkın görüşüne açıldığına ve ÇED süreci tamamlanana kadar projeye ilişkin görüş ve önerilerin il müdürlüğüne veya Bakanlığa verilebileceğine dair duyurunun, Bakanlık ve il müdürlüğü internet sayfasında ilan edileceği, ayrıca askıda ilan, anons ve benzeri şekilde de halka duyurulabileceği (mülga yönetmelikte duyurulur denilmekte idi) düzenlenmiştir. Danıştay'a göre; *"Proje ile ilgili olarak başvurunun yapıldığına, ÇED sürecinin başladığına, ÇED başvuru dosyasının halkın görüşüne açıldığına, projeye ilişkin görüş ve önerilerin il müdürlüğüne veya Bakanlığa verilebileceğine dair duyurunun yöntemine bakıldığında, mülga Yönetmelikle dava konusu Yönetmelik arasında farklılık bulunmaktadır. Nitekim mülga Yönetmelikte söz konusu ilan anons, askıda ilan, internet vb. şekilde halka duyurulur iken, dava konusu Yönetmelikte internette duyurulması zorunlu tutulmakla birlikte, askıda ilan, anons gibi diğer yöntemler yönünden "duyurulabilir" ibaresi ile idareye bu konuda ihtiyari hareket etme imkânı tanınmıştır. Örneğin, Yönetmeliğin 11. maddesinin 3. fıkrasında; ÇED raporunun, halkın görüşüne açıldığına internette ilan edileceğinin ve ayrıca askıda ilan veya anons yoluyla da duyurulacağına düzenlenmesi ile her iki yöntem bakımından zorunluluk getirildiği, ancak iptali istenilen kuralda halkın katılımının sağlanmasını temin edecek bir düzenlemenin yer almadığı görülmüştür. Oysaki ÇED sürecinin şeffaf yürütülebilmesi ve çevre hukukunun temel ilkelere olan katılım ilkesinin tam olarak sağlanabilmesi amacıyla projeye ilgili başvuru yapılmasından itibaren tüm sürecin, Yönetmeliğin ilanla ilgili diğer maddelerinde olduğu gibi, hem internette hem de anons veya askıda ilan ile duyurulması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ilanın yöntemiyle ilgili idareye takdir yetkisi veren "duyurulabilir" ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır". Danıştay bu gerekçesinde de yine katılım ilkesine dikkat çekmekte ve ÇED sürecinin duyurulmasının önemini vurgulamaktadır.*
- Dava konusu Yönetmeliğin Ek-1 listesinin 42. maddesinde; *"Jeotermal enerji santralleri"* kuralına, Ek-2 listesinin 39. maddesinde; *"Jeotermal kaynağın aranması ve/veya çıkartılması,"* kuralına yer verilmiştir. Ancak mülga ÇED Yönetmeliği'nde, jeotermal kaynak

arama projeleri ile jeotermal kaynağın kullanımı ile ilgili projeler ayrı maddelerde düzenlenmiş olup, jeotermal kaynak arama projesi sadece Yönetmeliğin Ek-2 listesi kapsamında yer almış, jeotermal kaynağın kullanımı projesi bakımından ise “ısıl gücü” kriteri getirilmiş idi. Buna göre jeotermal kaynağın çıkartılması ve kullanılması projesi ısıl gücü 5 MWe ve üzerinde ise Yönetmeliğin Ek-2 listesi kapsamında; 20 MWe ve üzerinde ise Yönetmeliğin Ek-1 listesi kapsamında yer almakta idi. Dava konusu Yönetmelikte kriter olarak “ısıl gücü” yerine “projenin türüne” göre düzenleme yapılmıştır. Nitekim jeotermal enerji santralleri projesine sadece Yönetmeliğin Ek-1 listesinde yer verilmiş iken, jeotermal kaynağın aranması ve/veya çıkartılması projesine ise sadece EK-2 listesinde yer verilmiştir. Danıştay; jeotermal kaynağın kullanımında davalı idare tarafından, enerji üretiminin yani jeotermal kaynağın kullanımı ile ilgili projelerin tamamının Ek-1 listesinde yer aldığını ifade ettiğini belirtmiştir. Ancak, dava konusu EK-1 listesinde jeotermal kaynağın kullanımına yönelik yer verilen tek projenin, jeotermal enerji santralleri olduğunu, jeotermal enerji santralleri projesinin ise, elektrik üretimi amacıyla kurulan, jeotermal kaynak kullanımına yönelik projelerden sadece biri olduğunu belirtmektedir. Bunun dışında jeotermal kaynak; konutların ısınması, seracılık, termal amaçlı vb. gibi nedenlerle de kullanılmaktadır. Danıştay kararına göre; bunlara yönelik de projeler yapılmak istenildiğinde, mülga Yönetmeliğe göre “ısıl gücü” kriteri dikkate alınarak proje ile ilgili ÇED sürecinin mi işletileceği veya seçme eleme kriterlerinin mi uygulanacağına karar verilebiliyordu. Bu nedenle Danıştay; *“Her iki Yönetmelikteki terminolojiye bakılırsa mülga Yönetmelikte (arama faaliyetleri ayrı tutularak) jeotermal kaynağın “çıkartılması ve kullanılması” ibaresi kullanılırken, dava konusu Yönetmelikte (arama faaliyetleri ile bir arada düzenlenerek) jeotermal kaynağın “çıkartılması” ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla davalı idarece jeotermal kaynak kullanımına yönelik projelere Yönetmeliğin Ek-1 listesinde yer verildiği düşüncesinden hareketle iptali istenilen maddede jeotermal kaynağın “kullanımı” ibaresine yer verilmemiş ise, bu durumda yukarıda belirtildiği gibi, Yönetmeliğin Ek-1 listesinde yer verilen proje, sadece jeotermal enerji santrali projesi olduğundan, bu proje dışındaki jeotermal kaynak kullanımına yönelik diğer projelerin ÇED Yönetmeliği kap-*

samı dışında kalacağı anlaşılmaktadır. Eğer iptali istenilen maddede yer alan jeotermal kaynağın "çıkartılması" ibaresi, aynı zamanda jeotermal enerji santralleri projeleri dışındaki jeotermal kaynak "kullanımı" projelerini kapsıyor ise, bu defa davalı idare tarafından jeotermal enerji santrali projeleri dışındaki jeotermal kaynağın kullanımına yönelik projeler bakımından mülga Yönetmelikten farklı olarak neden "ısı gücü" kriterinden vazgeçilerek, bu tür projelere ÇED Yönetmeliğinin sadece Ek-2 listesinde yer verildiğinin somut bir biçimde ortaya konulması gerektiği, ancak davalı idarece düzenlemenin gerekçesinin ortaya konulmadığı, konuya ilişkin anlaşılabilir tatmin edici bir açıklamanın getirilemediği görülmektedir. İptali istenilen maddenin bu haliyle hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmadığından farklı uygulamalara yol açabileceği de kuşkusuzdur. Bu itibarla, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin Ek-2 listesinin 39. maddesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır" kararını vermiştir.

- Dava konusu Yönetmeliğin Ek-2 listesinin 45. maddesinin (d) bendinde yer alan "karot, kırıntı ve numune alma" ibaresi yönünden iptali talep edilmiştir. Bu hükümde belirtilen yöntemler, maden arama faaliyetleriyle ilgili olup, ÇED kapsamı dışında tutulmak istenmiştir. Ancak maden arama faaliyetlerinin ÇED kapsamı dışında tutulması, Anayasa Mahkemesi'nin "arama faaliyetlerine" yönelik kararına⁴⁴ aykırıdır. Söz konusu kararında Anayasa Mahkemesi; ÇED kapsamı dışında tutulan arama faaliyetlerinin, biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceği, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceği, bu nedenle çevre için riskler taşıdığı, bu açıdan kural kapsamındaki arama faaliyetinde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenbilmesi için ÇED'in öngörülmesinin, Anayasa'nın 56. maddesinde Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğününün bir gereği olduğu, kuralla, petrol, jeotermal kaynaklar ve **maden arama faaliyetlerinin** çevresel etki değerlendirilmesi kapsamı dışında tutulmasının Anayasanın 56. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle anılan maddenin iptaline karar vermiştir. Bu karar sonucunda, daha sonra yürürlüğe giren ÇED Yönetmeliklerinde maden arama faaliyetleri ÇED kapsamına alınmıştır.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 15/01/2009 tarih ve E:2006/99, K:2009/9 sayılı kararı.

2014 tarihli mülga Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde ise arama projelerine, seçme-eleme kriterleri uygulanacak projeler listesi olan EK-2 listesinin 55. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu madde maden, petrol ve jeotermal kaynak arama projelerini (Sismik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, jeofizik vb. yöntemle yapılan ara-malar hariç) düzenlemiştir. Daha sonra arama faaliyetlerine ilişkin düzenlemelere yer verilen 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 17. maddesine, jeolojik haritalama, jeofizik etüt, sismik, karot, kırıntı ve numune alma ile bunlara yönelik sathi hazırlık işlemleri içeren faaliyetler⁴⁵ için çevresel etki değerlendirme kararının aranmayacağı şeklindeki kural son fıkra olarak eklenmiştir.

Sonuç olarak Danıştay, mülga 2014 tarihli ÇED Yönetmeliğinde yer alan sismik, elektrik, manyetik, elektromanyetik yöntemler ile jeolojik haritalama, jeofizik etüt yöntemlerinin ise biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebilecek nitelikte olmadığı sonucuna varıldığından, bu yöntemlerde hukuka aykırılık görülmediğini belirtmiştir. Ancak; karot, kırıntı veya numune alma yöntemleri ile maden arama projelerinin yukarıda yer verilen sebeplerle ÇED Yönetmeliğine tabi olması gerektiği sonucuna varıldığından, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin Ek-2 listesinin 45. maddesinin (d) bendinin "karot, kırıntı ve numune alma" ibaresine ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmadığına karar verilmiştir.

- Dava konusu ÇED Yönetmeliğinin Ek-2 listesinin 45. maddesinin (e) bendinde yer alan "Kırma, eleme, yıkama ve cevher hazırlama işlemlerinden en az birini yapan tesisler" projesine Ek-1 listesinin 25. maddesinde yer verilmemesi nedeniyle iptal davası açılmıştır. Bunlar maden arama faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerdir. Kararda, ÇED Yönetmeliklerinin süreci göz önünde tutulduğunda,

⁴⁵ 3213 sayılı Maden Kanunu'nun Ek 13. maddesine dayanılarak çıkarılan ve 21/07/2017 tarih ve 30130 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye Yerbilimleri Veri ve Karot Bilgi Bankasının Görevleri, Çalışma Usul ve Esasları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde; karotun, maden aranması ve işletilmesi sırasında, döner matkaplı sondajlarda, matkabın kestiği ve bir düzenekle (karotiyer) yüzeye ulaştırılan jeolojik formasyonların özelliklerini sergileyen, silindirik kayaç parçasını, (d) bendinde; kırıntının, döner matkaplı sondajlarda, matkabın kestiği ve sondaj çamuruyla yüzeye ulaşan, jeolojik formasyonların özelliklerini sergileyen kum-çakıl boyutlarında kayaç parçacıklarını, ... (ğ) bendinde; numunenin, jeolojik formasyonlara ait karot, kırıntı ve el örneklerini ifade ettiği belirtilmektedir.

yakın tarihli ÇED Yönetmeliklerinde bu projelere, Yönetmeliklerin hem Ek-1 listesinde hem de Ek-2 listesinde yer verildiği (ki bu olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir), dava konusu düzenleme ile ÇED Yönetmeliğinin ülkemizdeki ilk uygulamalarında olduğu gibi, kırma-eleme-kurutma-yıkama-cevher hazırlama projelerine Yönetmeliğin Ek-1 listesinde yer verilmemesinin, çevreye olan etkilerinin bilimsel olarak ortaya konulması gerektiği sonucuna varılmıştır. Danıştay, mülga 1993, 1997, 2003 tarihli ÇED Yönetmeliklerinde, söz konusu projelerin, Yönetmeliklerin Ek-1 listelerinde yer almadığı, mülga 2008, 2013, 2014 tarihli ÇED Yönetmeliklerinde bu projelere hem Ek-1 listesinde hem de Ek-2 listesinde yer verildiğine, dava konusu Yönetmelikte ise söz konusu projelerin Ek-1 listesinden çıkarıldığına dikkat çekilmektedir.⁴⁶ Bu itibarla Yüksek Mahkeme, söz konusu değişikliğin çevresel etkilerine yönelik bir rapor, uzman görüşü hazırlanmadan, buna yönelik somut bilgi-belge sunulmadan, "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin Ek-2 listesinin 45. maddesinin (e) bendinde yer alan "Kırma, eleme, yıkama, kurutma ve cevher hazırlama işlemlerinden en az birini yapan tesisler" projesine, Ek-1 listesinin 25. maddesinde yer verilmemesinde hukuka uyarlık bulmamıştır.

SONUÇ

Çalışmamızda 2022 tarihli ÇED Yönetmeliği ile getirilen bazı yeni kavram ve hükümler incelenmiştir ve Yönetmeliğin bazı hükümlerinin yürütülmesinin durdurulmasına dair Danıştay kararı ve gerekçeleri açıklanmıştır. Özellikle halkın katılımına ilişkin hükümler ile Sürdürülebilirlik Planı altında hazırlanması zorunlu hale getirilen planların daha kapsamlı olarak incelenmesi gerekmektedir. "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin Geliştirilmesi Projesi" kapsamında yer

⁴⁶ Çevre, şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın internet sayfasında yer alan "Madencilik Faaliyetleri İle İlgili ÇED Süreçlerinde ve Görüş Taleplerinde Uygulanacak Usul ve Esaslar"ın 15. maddesinde kırma-eleme tesisleri için hazırlanan ÇED raporu ve/veya proje tanıtım dosyalarında, tesisdeki toz kaynağı olan her bir ünitenin (bunker, kırıcılar, elekler, bantlar) kapalı ortam içerisine alınması ile kapalı ortam içerisine alınan ünitelere toz indirgeme sisteminin (torbalı filtre/pulvarize) kurulmasının taahhüt ettirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. <https://ced.csb.gov.tr/madencilik-faaliyetlerinin-ced-surecinde-ve-gorus-taleplerinde-uygulanacak-usul-ve-esaslar-haber-263451> (erişim tarihi, 19.11.2023)

verilen pek çok önerinin yeni ÇED Yönetmeliği ile düzenlenmesi sevindirici ve olumlu bir gelişmedir. Ancak uygulamanın yürütülebilmesi için bu konuda hem Bakanlık personelinin hem de ÇED Raporu hazırlayan firmaların yaralanacağı kılavuz dokümanların oluşturulması ve uzman personelin istihdamı en önemli husustur. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yeni ÇED Yönetmeliği'nin Ek-3 ve Ek-4'ünde yer alan formatlar hakkında duyuru yayımlayarak, ÇED Başvuru Dosyasının ve Proje Tanıtım Dosyasının hazırlanması sırasında esas alınacak formatlarda değişiklikler yapıldığı bildirmiştir. Buna göre, ÇED Yönetmeliği'nin yayım tarihinden sonra Ek-1 Listesi kapsamında Bakanlığa ÇED başvurusu yapılan projeler için "Ek-3 ÇED Başvuru Dosyası Genel Formatı Bölüm IV, V ve VI" da istenen çalışmalar ile Ek-2 Listesi kapsamında İl Müdürlüğüne Proje Tanıtım Dosyası ile ÇED başvurusu yapılan projeler için "Ek-4 Proje Tanıtım Dosyası Genel Formatı Bölüm IV ve Bölüm V" de istenen çalışmalar, Bakanlığın web sitesinde yer alan linkte verilen formata göre hazırlanmalıdır.

Ayrıca 2022 tarihinde yürürlüğe giren ÇED Yönetmeliği'nin yayım tarihinden önce Mülga ÇED Yönetmeliği kapsamında ÇED süreci başlatılan projeler için yukarıda belirtilen çalışmaların yapılmasının zorunlu olmadığı, ancak, Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde ya da proje sahibinin talebi üzerine bahse konu çalışmaların yapılmasının istenebileceği bildirilmiştir. Sonuç olarak, yeni ÇED Yönetmeliği'nin her ne kadar bazı maddelerinin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiş olsa da çevrenin korunması açısından, çevre yönetiminin önemli bir adımı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak esas olan, uygulamada teknik konuları içeren kapsamlı dokümanlar olan ÇED Raporlarının kalitesinin artırılması ve taahhütlere uyulup uyulmadığının denetlenmesidir. Projenin yapılacağı sahanın ve faaliyetin özelliğine göre uzmanlık alanları değişiklik gösterebilmekte, çok sayıda bilim dalının alanına giren özellikleri bünyesinde barındırabilmekte, proje tanıtım dosyasında veya ÇED raporlarında onlarca uzmanın imzası bulunabilmektedir. Bu kişilerin yeterliliklerinin yanı sıra, ÇED raporlarının değerlendirilmesi aşamasında, değerlendirenlerin yetkinliği de önem arz etmektedir.

Kaynakça

- Alıca Süheyla Suzan Gökalp, İdari Yargı Kararları Kapsamında Çevresel Etki Değerlendirmesi, (Mevzuat ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar ile Çözüm Önerileri), Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aslan Zehreddin (Ed.), Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Craik Neil, The International Law of Environmental Impact Assessment: Process, Substance and Integration, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- European Union, Guidance on Integrating Climate Change and Biodiversity into Environmental Impact Assessment, 2013, ISBN 978-92-79-28969-9 doi: 10.2779/11735
- International Institute for Sustainable Development (IISD) Climate Change Adaptation and EIA, <https://www.iisd.org/learning/eia/wp-content/uploads/2016/05/CCA.pdf> (erişim tarihi 12.11.2023)
- Kiss Alexandre Charles/ Shleton, Dinah, Guide to International Environmental Law, Martinus Nijhoff Publishers, Lieden, 2007.
- Özkaynak Begüm, "Etki Değerlendirme: Neden ve Nasıl?", Avrupa Birliği'ne Uyum ve Çevresel Etki Değerlendirmesi Çalıştayı, Sonuç Bildirgesi, İstanbul, Aralık 2015.
- Sezer Özcan, "Kamu Hizmetlerinde Müşteri (Vatandaş) Odaklılık: Türkiye Kamu Hizmeti Anlayışı Açısından Bir Değerlendirme", *ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 8, 2008.
- T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Türkiye'deki Hidroelektrik Santralleri İçin Örnek, Kümülatif Çevresel Etki Değerlendirmesi Kılavuzu, Ankara, 2012.
- T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Çevresel Etki Değerlendirmesi Çalıştayı Raporu, Ankara, 2019.
- T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Çevresel Etki Değerlendirmesi, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü, ÇED Yönetmeliğinin Geliştirilmesi Projesi, ÇED Yönetmeliği Değerlendirme Raporu, Ankara, 2019.
- T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, ÇED Yönetmeliği Ek-3 Kapsamında ÇED Başvuru Dosyalarında Yer alması İstenilen Format Başlıkları ve Çalışmaların İçeriği Belgesi,
- T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, "Madencilik Faaliyetleri İle İlgili ÇED Süreçlerinde ve Görüş Taleplerinde Uygulanacak Usul ve Esaslar" <https://ced.csb.gov.tr/madencilik-faaliyetlerinin-ced-surecinde-ve-gorus-taleplerinde-uygulanacak-usul-ve-esaslar-haber-263451> (erişim tarihi, 19.11.2023)
- UNEP, Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review (DEL/2333/NA). Nairobi [Online]. Available, <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- UNEP, Assessing Environmental Impacts- A Global Review of Legislation. UNEP, 2018, Nairobi, Kenya.
- Voigt Christina, Sustainable Development as a Principle of International Law, Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2019, Linden.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.01.2009 tarih ve E.2006/99, K. 2009/9. RG. 08.07.2009 tarih ve 27282 sayı.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 21.01.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2012/941 sayılı, 24.06.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2013/380 sayılı, 23.05.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2013/40 sayılı, 25.03.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2013/20 sayılı, 21.01.2013 tarih ve YD İtiraz No: 2013/233 sayılı kararları.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 10.11.2014 günlü Yürütmeyi Durdurma İtiraz No: 2014/820 sayılı kararı.

Danıştay Altıncı Dairesi'nin 16.02.2023 tarih ve E.2022/7584 sayılı kararı.

Danıştay Altıncı Dairesi'nin 20/10/2021 tarih ve E:2019/17671, K:2021/11627 sayılı kararı

Danıştay On Dördüncü Dairesi'nin 19.06.2014 günlü, E:2013/10649 sayılı Yürütmeyi Durdurma kararı.

Danıştay Ond Dördüncü Dairesi'nin 02.02.2016 günlü, E:2015/592 sayılı Yürütmeyi Durdurma kararı.

Danıştay On Dördüncü Dairesi'nin E.2016/1389, K.2016/3809 sayılı kararı.

Zonguldak İdare Mahkemesinin 26.11.2015 tarih, E.2015/672 ve K.2015/1306 sayılı kararı ile E.2015/187 K.2015/1218 sayılı kararı.

CEBRİ ARTIRMA VE BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNDE ALACAĞA MAHSUBEN SATIŞ

SALE ON ACCOUNT WITHIN THE PROCESSES OF FORCED ADJUDICATION AND GRANTING OF SALE AUTHORIZATION PROCESSES

Mehmet Ünsal CANDEMİR*

Özet: Takip alacaklısının cebri paraya çevirme usulleri çerçevesinde cebri satışa konu mahcuz ya da rehinli mala alıcı olması engellenmemiştir. Böyle bir durumda alacaklı, alıcı olarak satış bedelini ödemek yerine, satış bedelinin satış sonrası kendisine paylaşılacak tutardan karşılanmasını talep etme imkânı bulunmaktadır. Bu imkânın kullanılması için ise alacaklıya, satış sonrasında satış bedelinden kendisine ne kadar ödeneceği tespit edilmelidir. Bunun için alacağa mahsuben satış halinde cebri satış bedelinin ödenmesi ile paylaşılma aşamaları iç içe geçmiştir. Öte yandan, genellikle cebri artırmada gündeme gelen alacağa mahsuben satış kurumunun, İİK m. 111/a'da düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesi sürecinde de işlerlik kazanması önünde bir engel bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: alacağa mahsuben satış, borçluya satış yetkisi verilmesi, sıra cetveli, cebri artırma, menfi tespit davası

Abstract: The creditor of the enforcement process is not precluded to buy the attached or pledged estate which is subject to forced sale within the liquidation procedures. In such case, the creditor is not generally obliged to pay the sale amount in cash. Instead, the creditor entitled to request the absorption of the sale amount from the portion that will be received from the distribution. As this opportunity is requested to be used, the amount to be distributed to the creditor must be ascertained. For this reason, the payment of the sale amount and the distribution stages interlace during the buy on account by the creditor. Even though the institution of sale on account is discussed during forced auction, this remedy can be enjoyed within the scope of granting of sale authorization to the debtor provided under İİK art. 111/a.

* Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, unsalcandemir@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5798-2867, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.08.2023, Kabul Tarihi: 08.12.2023

Keywords: sale on account, granting of sale authorization to the debtor, the table for ranking, forced auction, negative declaratory action

GİRİŞ

Cebri icra hukukunda hem cüzi hem de külli icrada esas olan, alacaklının para alacağının borçluya ait bulunan mahcuz yahut borçlu lehine rehnedilmiş mal ve hakların paraya çevrilmesi yoluyla tatminidir. Alacaklının, alacağına karşılık doğrudan borçlunun mallarının mülkiyetini yahut haklarını iktisap etmesi ihkak-ı hak sayılacağı gibi bunun cebri icra kuvvetiyle gerçekleştirilmesi de mümkün değildir. Hal böyleyken, para alacağının alacaklısı kural olarak ancak takip kapsamında haczedilmiş ya da rehinli malın paraya çevrilmesi yoluyla tatmin edilebilmektedir. Bu husus cebri icraya özgü bir ilke olarak benimsenmiş bulunan paraya çevirme ilkesiyle ifade edilmekte olup bu ilke de “aynen icra” yani cebri icraya konu istemlerin aynen tatmin edilmesi, dolayısıyla para alacağının nakden tatmini ilkesinin yansımasıdır.¹

Paraya çevirme ve nakden tatmin ilkesi gereğince, 6570 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu² m. 14/1-a’deki istisnayı hariç tutacak olursak, takip alacaklısının borçlunun mallarını doğrudan, takibe konu alacak hakkına istinaden temellük etmesi, başka bir deyişle alacak hakkına mahsuben takibe konu mahcuz ya da rehinli malın kendisine verilmesine cevaz verilmemiştir.³ Öte yandan takip alacaklısının alacaklı sıfatı, paraya çevirme işlemi neticesinde aynı zamanda alıcı olmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim alacaklının, temel paraya çevirme usulü olan cebri artırmaya katılma imkânı öteden beri kabul edilmiştir.⁴ Aynı şekilde, yeni bir paraya çevirme

¹ İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, 4. bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 6-7; Bilge Umar, *İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İstiklal Matbaası, İzmir, 1973, s. 4-5; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 9. bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 31; Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 96.

² RG T. 28.10.2016, S. 29871.

³ Özekes, s. 96; Mehmet Kodakoğlu, “İcra ve İflas Hukukunda İhale Bedelinin Nemalandırılması”, *Legal MİHDER*, İstanbul, 2021/2, C. 17, S. 49, s. 529.

⁴ Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 2. bası, Sucuoğlu Matbaası, İstanbul, 1894, s. 317; Postacıoğlu, s. 503. Burada esas tartışma borçlunun cebri artırmaya iştirak etme hakkı noktasında toplanmaktadır. Çoğunluk görüşü, borç-

usulü olarak 7343 sayılı Kanun ile icra hukukumuzda dahil edilen ve İcra ve İflas Kanunu'nun ("İİK") 111/a maddesinde düzenlenen borçluya satış yetkisi verilmesi usulü kapsamında da alacaklının aynı zamanda alıcı olarak rızaen satış işlemine taraf olabileceği ifade edilmektedir.⁵ Ne var ki alacaklı, böyle bir ihtimalde paraya çevirme sürecine özel bir imtiyazla katılmamakta, diğer alıcı adaylarının yanında yer almaktadır. Dolayısıyla alacaklının, takibe konu malı iktisap etmesi için öncelikli olarak kanuni şartları haiz bir şekilde "alıcı" sıfatını edinmesi gerekmektedir.

Bu noktada ise takip alacaklısının, diğer alıcı adaylarının aksine cebri satış bedelini ödemek yerine, hali hazırda icra dosyasına yansımış ve icra hukuku çerçevesinde kesinleşmiş olan alacağına karşılık satışa konu malın mülkiyetini iktisap etme imkânı gündeme gelmektedir. Bu imkana işaret eden, "alacağa mahsuben" satış kurumu, doktrin ve uygulamanın yanında 7343 sayılı Kanun ile değişik, İİK m. 134/8'de yer alan "*taşınmazı satın alanlar, ihaleye alacağına mahsuben iştirak etmemiş olmak kaydıyla, ihalenin feshi talep edilmiş olsa bile, satış bedelini derhâl veya 130 uncu maddeye göre verilen süre içinde nakden ödemek zorundadırlar*" hükmünde görüldüğü üzere kanuni çerçevede dahi benimsenmiş durumdadır.

Alacağa mahsuben satış hukukumuzda ihale bedelinin ödenmesi meselesi çerçevesinde ele alınmış ve İİK m. 130'da "*İhale alıcısı, ihalenin feshi talep edilmiş olsa dahi artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren yedi gün içinde satış bedelini nakden ödemek zorundadır*" şeklinde düzenlenen kuralın bir istisnası olarak görülmüştür.⁶ Halbuki, alacağa mahsuben satış, ihale bedelinin ödenmesinin yanında ihale bedelinin paylaştırılmasına ilişkin bir meseleyle ilintilidir. Zira alacağa mahsuben satış imkanı tanınmasının altında yatan düşünce, ihale bedelinin paylaştı-

lunun hali hazırda malın cebri satışından önce borcu ödeme imkânı olup malı hacizden ve rehinden kurtarma imkânı varken borçlunun artırmaya girmesini bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmektedir (Necmeddin Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi* Cilt: II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979, s. 338; Abdurrahim Karşlı, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 342; Seda Özümücü, *Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 95).

⁵ Hakan Pekcanitez, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK m. 111/a)", *GSÜHFD*, 2022, S. 1, s. 837.

⁶ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 312.

rilması kapsamında alacaklıya geri ödenecek bir paranın ihale bedeli olarak alacaklıdan istenmesinin doğru ve mantıklı olmayacağıdır.⁷

Alacağa mahsuben satış imkanından kanun nazarında ilk olarak, İİK’da 2003 tarihli 4949 s. Kanun ile İİK m. 134’e eklenen fıkra ile bahsedilmiştir. Mehz İsviçre Para Borçlarının Takibi ve İflas Hakkında Federal Kanun’un (“İsvİİK”) alacağa mahsuben satış imkanının bahsi geçmemekle birlikte İsviçre Hukukunda da bu imkân hem doktrin hem de içtihat yoluyla benimsenmiştir. Bizde ise yukarıda mezkur kanun hükmünün öncesinde, bu imkânın ciddi şekilde olarak ilk kez Belgesay tarafından dile getirildiğini⁸ sonrasında da *Postacioğlu, Kuru, Arslan, Uyar*⁹ başta olmak üzere alacağa mahsuben satış imkanına doktrinde etraflıca değindiğini söyleyebiliriz. Bunun yanında alacağa mahsuben satış kurumu ilmi ve kazai içtihatlarda benimsenerek yerleşmiş, ancak bu kurumun uygulamasında farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Cebri icra yoluyla paraya çevrilen malı alacağa mahsuben alma hakkı, maddi hukuk açısından borçludan alacaklı olan herkese tanınmış değildir. İcra hukuku kapsamında mevzubahis imkân borçlunun hacizli ya da rehinli malvarlığının paraya çevrilmesi neticesinde elde edilen paradan pay alabilecek alacaklılara tanınmıştır. Bu doğrultuda, ortada takibe konu edilmiş ve kesinleşmiş bir alacak bulunmalıdır. Hal böyleyken, borçludan icra takibi haricinde maddi hukuk kuralları çerçevesinde alacaklı olan kişinin bu alacak hakkına dayanarak cebri satışa konu malı satın alması alacağa mahsuben satış çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Benzer şekilde, cebri satışa konu malın alıcısı-

⁷ Postacioğlu, s. 503; Ali Cem Budak, “Cebri Açık Artırmalarda Alacağa Mahsuben Satış Yapılması”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 490; Jürg Roth, Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchK), Ed: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi; 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2021, Art. 129, N. 33; Sebastien Bettschart, Commentaire Romand Poursuite et Faillite (CR LP), Helbing, Lichtenhahn, Bâle, 2005, Art. 129, N. 5; Sylvain Marchand, “La Compensation Dans La Procédure De Poursuite”, *Journal Des Tribunaux*, 2012/II, s. 77.

⁸ Belgesay, s. 317.

⁹ Postacioğlu, s. 509; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku C:2, 3. baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1990, s. 1336-1338; Arslan, s. 214-215; Ramazan Arslan, İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984, s. 215; Talih Uyar, İhale ve İhalenin Bozulması, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, İzmir, 2002, s. 731.

nın satışın yapıldığı takibi başlatan alacaklıdaki alacağına mahsuben, ilgili malı satın alması da mümkün değildir.¹⁰

Alacağa mahsuben satış imkânı, satışa konu malı almak isteyen alacaklı için önemli bir işlevi barındırmaktadır. Özellikle ihale bedelinin ciddi tutarlara ulaştığı ihtimalde, alacaklı alacak hakkı sayesinde cebri artırmaya iştirak için aranan teminatı bulma ya da satış bedelinin finansmanını sağlama gibi zorlukları bertaraf edebilmektedir. Böylece alacaklının, diğer alıcı adaylarına nazaran daha avantajlı bir konuma geçtiği de söylenebilecektir. Benzer şekilde bu yolla, alacaklıların da artırmaya katılmaları teşvik edilmektedir.¹¹

Alacağa Mahsuben Satışın Hukuki Niteliği

Alacağa mahsuben satış işlemi, bir şekli hukuk işlemi mahiyetinde olup alıcının takip işlemi olan ödeme işlemi (İİK m. 130) yerine gerçekleştirilen bir takip işlemi hüviyetindedir. Bu bağlamda alacağa mahsuben satışta esas olarak borçlar hukukunun kuralları değil, şekli hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla başvuru alan “alacağa mahsuben satış” ifadesi de icra - iflas hukukuna özgü bir karakter göstermekte olup, borçlar hukuku normlarından ziyade icra - iflas hukuku normları çerçevesinde nitelendirilmesi ve değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Alacağa mahsuben satış kavramında ilk olarak “mahsup” kavramı dikkat çekmektedir. İsviçre’de ise “takas” anlamına gelen Almanca “Verrechnung” veya Fransızca “Compensation” terimine başvurulmakta olup¹² bizde de bu işlemin takas olarak adlandırıldığına tesadüf edilmektedir.¹³ Hukukumuzda takas ve mahsubun esas olarak borç-

¹⁰ Murat Dönmez, İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 252.

¹¹ Arslan, s. 215.

¹² Roger Schlegel/Markus Zopfi, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (SK SchKG), Ed: Jolanta Kren Kostkiewicz/ Dominik Vock, 4. auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess Verlag, Zurich, 2017, Art. 129, N. 13; Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2020, Art. 129, N. 9; Marchard, s. 75 vd.; Bettschart, CR LP, Art. 129, N. 5; Roth, BSK SchKG, Art. 129, N.5; ATF 111 III 56; ATF 7B - 148/2000 (Swisslex).

¹³ Bkz. Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 8. bası, İstanbul, 2004, s. 276; Talih Uyar/Alper Uyar/Cüneyt Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (İİK 83-170), Cilt: 2, 3.

lar hukukuna dair kavramlar olmaları cebri icrada alacağa mahsuben satışın bu kavramlar çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı hususunu tartışmayı, hukuki niteliğin saptanması açısından gerekli kılmaktadır.

Alacağa mahsuben satışın borçlar hukuku açısından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) m. 139 bağlamında takas işlemi niteliğinde olmadığı ittifakla kabul edilmektedir.¹⁴ Borçlar hukukunda takas, günlük kullanımının aksine son derece özgül bir işlemi niteliğinde olup, birbirine karşı bir miktar para veya özdeş diğer edimleri borçlu olan kişilerden birisinin tek taraflı irade beyanıyla bu alacakları az olanı tutarında indirmesini ifade etmektedir.¹⁵ Takas için, karşılıklı muaccel borçların mevcut olduğu bir borç ilişkisi mevcut olmalıdır. Oysaki alacağa mahsuben satışta, takip edilen borçlu lehine doğmuş bir alacak mevcut olmadığı gibi böyle bir alacağın da alacaklının tek taraflı irade beyanıyla sonlandırılması söz konusu değildir.¹⁶ Nitekim bundan dolayı İsviçre Federal Mahkemesi bu işlemin “amiyane tabirle takas” (fr. “improprement parler d’une compensation”, alm. “unechte Verrechnung)) nitelendirildiğini belirtmektedir.¹⁷ Aynı husus Yargıtay tarafından da vurgulanmaktadır.¹⁸

baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2297.

¹⁴ Postacıoğlu, s. 503; Budak, s. 490; Mine Erturgut, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 125.

¹⁵ Takas kavramı için bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 570; Hüseyin Murat Develioğlu, Takas, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 4-6.

¹⁶ Postacıoğlu, s. 503; Schlegel/Zopfi, SK SchK, Art. 129, N. 13; Kostkiewicz, OFK SchK, Art. 129, N. 9.. Doktrinde ayrıca, icra dairesinin ihale bedelinin alacaklısı olduğundan bahisle maddi hukuk anlamında takasın mümkün olmadığı ifade edilmektedir (Betschart, CR LP, Art. 129, N. 5; Roth, BSK SchK, Art 129, N. 33).

¹⁷ ATF 111 III 56; paraya çevirme sürecinde “takas” işleminin yeri olmadığı hakkında bkz. Marchand, s. 76.

¹⁸ “30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanununun 38. maddesi ile değişik İİK’nın 134’üncü maddesinin beşinci fıkrasında “Taşınmaz satın alanlar, ihaleye alacağına mahsuben iştirak etmemiş olmak kaydıyla, ihalenin feshi talep edilmiş olsa bile, satış bedelini derhal veya 130’uncu maddeye göre verilen süre içinde nakden ödemek zorundadırlar...” düzenlemesi yer almaktadır. Anılan maddenin değişikliği öncesinde de kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte alacaklının, ihaleye girerek alacağına mahsuben borçluya ait bir taşınır/taşınmaz satın alabileceği konusunda hiçbir duraksama yoktur. Bu durumun gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay içtihatlarında (alacaklıları arttırmaya katılmaya teşvik etmek için) alacaklıya tanınmış olan bu hakkın hukuki niteliğinin teknik anlamda bir “takas” olmadığı (Postacıoğlu, İ. E.: İcra Hukuku Esasları, 1982, s.503 ; Aslan, R.: İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 1984, s: 215 ; Erturgut, M., ...e. s. 125) ve bu durumda borçlar kanununda öngörülen “alacaklı-borçlu sı-

Takasın dışında, doktrinde alacağa mahsuben satışta, TBK m. 135 bağlamında alacaklı ile borçlu sıfatının birleşmesi neticesinde borcun sona ermesi halinin de söz konusu olmadığı haklı olarak belirtmiştir.¹⁹ Burada, alacaklı ve borçlu sıfatına tesir eden bir işlem mevzu bahis olmamaktadır. Bilakis alacaklı ile alıcı sıfatları birleşmektedir.

Takastan farklı bir kurumu ifade eden “mahsup” ise geniş anlamda bir sebepten ötürü alacak tutarında indirim yapılmasını ifade etmektedir.²⁰ Mahsup iddiasına esas olan miktarlar karşı alacak iddiasına dair olmayıp mahsup iddiası yalnız borçlu tarafından değil üçüncü kişilerce de ileri sürülebilmektedir.²¹ Mahsup, alacağın hesabına dair bir yöntem olup, çok daha geniş bir anlamda kullanıma elverişlidir.

Alacağa mahsuben satışta, takip alacaklısı, alıcısı olduğu mal için İİK m. 130’a göre ödemesi gereken tutarın, akabinde paylaşırma aşamasında kendisine yapılacak ödemededen yani alacak tutarından düşülmesini istemektedir. Özellikle rızaen satışta alacaklının alıcı olarak yer aldığı ihtimalde, bu durum çok daha belirgin şekilde görülmektedir. Zira alacaklı/alıcı, doğrudan borçlu ile anlaşarak mahcuz malın satış bedelinin kendi alacağından karşılanmasını kararlaştırmaktadır. Dolayısıyla bızce burada “mahsup” terimine başvurulmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.²² Kaldı ki mahsup “takas”ın aksine borçlar hukukuna özgülenmiş bir kurumun ötesinde bir kullanımı haizdir. Nitekim vergi hukuku ve kamu alacağı mevzuatında da “hesaptan düşme” anlamına gelecek şekilde mahsup teriminin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir (Örn. 213 s. Vergi Usul Kanunu m. 33, 117, 120; 6183 s. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun m. 23, 40, 47).

fatlarının birleşmesi”nin de söz konusu olmadığı görüşü benimsenmiştir (Arslan, R., ...e. s. 215; Erturgut, M., ...e. s. 125).” Yargıtay HGK., E. 2017/732 K. 2019/14 T. 17.1.2019.

¹⁹ Arslan, s. 215; Erturgut, s. 125.

²⁰ Selahattin Sulhi Tekinay/Galip Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1013; Oğuzman/Öz, s. 585; Ejder Yılmaz, “Davada Takas ve Mahsup Talebi”, *Legal MİHDER*, 2010/2, s. 248; Develioğlu, s. 21-22.

²¹ Oğuzman/Öz, s. 585; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 1013; Develioğlu, s. 23-24.

²² Aksi yönde bkz. Budak, s. 490.

Kurumun Kapsamı

Alacağa mahsuben satış kurumu, İİK’da yalnızca m. 134/5 hükmünde zikredilmekte olup, 7343 s. Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde de İİK’nın 124/5 ve 126/5 maddelerinde kendisine yer bulmaktaydı. Bu üç madde de cebri artırmaya ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir. Bu sebeple alacağa mahsuben satış, esas olarak temel paraya çevirme yolu olan, cüzi icrada cebri artırma yoluyla satışta gündeme gelmektedir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulünü düzenleyen İİK m. 111/a hükmünde ya da İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik’te (“Yönetmelik”),²³ alacaklının alacağına mahsuben satış işlemi gerçekleştirebileceğine dair açık bir düzenleme sevk edilmemiştir. Bununla birlikte, borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde kanun koyucunun borçlu tarafa hem alıcının seçimi hem de anlaşma koşulları yönünden tanımış olduğu serbesti, alacaklının da aynı zamanda alıcı olarak rızaen satış işleminin tarafı olmasına imkan vermektedir.²⁴ Bu noktada, borçlu ile anlaşılan alacaklının alacağına mahsuben alıcı konumunda yer alması ve mahcuz malı satın alması ilke olarak borçluya satış yetkisi verilmesi usulüyle çelişmemektedir.

Öte yandan, her ne kadar İİK m. 111/a hükmü ile Yönetmelik borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde alıcının gerçekleştireceği ödeme işlemini özel olarak düzenlemişse de İİK m. 111/a/4’te yer verilen “*Bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır*” düzenlemesi İİK m. 134/5’in burada da dikkate alınmasına kanuni altyapıyı sağlamaktadır. Dolayısıyla alacaklının, borçlu ile anlaştıktan sonra alacağına mahsuben rızaen satış işlemine taraf olması önünde bir engel bulunmamaktadır.

İİK m. 119’da taşınırlar için istisnai bir satış usulü olarak düzenlenen pazarlık suretiyle satışta da kanaatimizce, maddede satılan hal ve şartların mevcudiyeti durumunda, örneğin tüm alakadarların istemesi

²³ RG T. 28.05.2022, S. 31849.

²⁴ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 8. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 394, dn. 17; Pekcanıtez, s. 836; Evren Koç, “İİK M. 111/A Kapsamında Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, Necmettin Erbakan Hukukun Güncel Meseleleri Özel Hukuk, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, Konya, 2022, s. 87; Burçin Yazıcı, “İcra ve İflâs Kanunu M.111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, *AkdHFD*, C. 12, S. 2, s. 1136.

halinde alacağa mahsuben satış söz konusu olabilmelidir. Zira burada da alacağa mahsuben satış kurumunun benimsenmesine yol açan prensip caridir.

Külli icra yönünden, iflas masasının mallarının paraya çevrilmesi iflas idaresi eliyle İİK m. 241'e uygun şekilde gerçekleştirilmektedir. Buna göre, masa malları açık artırma yahut alacaklılar karar verirlerse pazarlık suretiyle satılmakta olup (İİK m. 241/1), satış işlemi cüzi icradaki ilgili hükümler takip edilerek gerçekleştirilmektedir (İİK m. 242-244).

İİK m. 244 hükmü, 134. maddenin, iflas idaresince gerçekleştirilecek paraya çevirme işlemi de uygulanacağını ifade etmektedir. Bu doğrultuda, "alacağa mahsuben" ihaleye iştirakten bahseden İİK m. 134/5 hükmünün iflasta da cari olduğu sonucuna varılarak, alacağa mahsuben satışın iflasta da mümkün olduğu dile getirilebilir. Bununla birlikte, iflasta paylaşırma prosedürünün özellikleri alacağa mahsuben satış imkanını, cüzi icraya nazaran ciddi anlamda sınırlandırmaktadır. Zira iflasta paylaşırma, İİK m. 206 hükmüne göre ve garameten gerçekleştirilmekte olup alacaklı/alıcının tek masa alacaklısı olması söz konusu olmayacaktır. Yine de alacaklının kesinleşmiş pay cetveline göre kendisine kalacak tutarı satış bedelinden düşerek ödemeyi yapması tartışılabilir.

Bunların dışında, alacağa mahsuben satışa benzer bir durum ortaklığın satış yoluyla giderilmesinde (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 699) gündeme gelmektedir. Pay sahibinin alıcı olması durumunda alıcının, kendi payına düşen tutarı toplam satış bedelinden düşerek ödeme yapabileceği kabul edilmektedir.²⁵

II. CEBRİ ARTIRMADA ALACAĞA MAHSUBEN SATIŞ USULÜ

İİK nezdinde alacağa mahsuben satış işlemi için belirli bir usul öngörülmemiştir. Bununla birlikte Kanun'un muhtelif hükümleri izlenecek usulle ilgili ışık tuttuğu gibi doktrin ve yargı uygulaması da çeşitli ihtimaller açısından bir usul benimsemiştir.

²⁵ Sıtkı Akyazan, Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1959, s. 53; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 677; Kuru, İcra ve İflas C:2, s. 1338; Elif Kısmet Aslan, İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yoluyla Paraya Çevrilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2004, s. 134; Dönmez, s. 253; Uyar/Uyar/Uyar, s. 2299.

Alacağa mahsuben satış kurumu esas itibarıyla satış bedelinin ödenmesi (İİK m. 130; m. 134/5) ve paylaşırma (İİK m. 138 vd.) ile bağlantılı olduğundan bununla ilgili usulü bu çerçevede ele almak doğru olacaktır.

Artırmaya Katılım

Artırmaya iştirak noktasında, alacağına mahsuben iştirak eden alacaklı için, diğer katılımcıların aksine teminat yatırma şartı yönünden önemli bir kolaylık getirilmiştir. 7343 sayılı Kanun ile değışen İİK m. 114/7,b.2'ye göre elektronik satış portalında gerçekleştirilen satışa iştirak etmek isteyen cebri satışa konu malın kıymetinin yüzde onunu karşılayacak tutarda teminat göstermeleri gerekmektedir. Satış talep eden ve artırmaya katılmak isteyen alacaklı (ya da ortaklığın satış yoluyla giderilmesinde pay sahibi) ise - *en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine müracaat etmeleri hâlinde* - alacağın veya ortaklık payının teminatı karşıladığı miktar oranında teminatta muaf tutulmaktadır (İİK m. 114/7,b.6). Ancak alacak miktarı teminat tutarını karşılamıyorsa bu durumda eksik kısma dair teminatın gösterilmesi gerekmektedir.²⁶

Burada, 7343 sayılı Kanun'dan önceki düzenlemeden (İİK m. 114/5; m. 126/5) farklı olarak, muafiyet yalnız satış talep eden alacaklıya tanınmış bulunmaktadır.²⁷ Halbuki, satış talep etmeyen diğer takip alacaklıların da kendilerine satıştan pay düşecek olması durumunda alacaklarına mahsuben satın alma imkanları mevcuttur.²⁸ Teminat muafiyeti yönünden getirilen bu sınırlamanın sebebi hakkında 7343 sayılı Kanun'un gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Öte yandan, teminat muafiyeti yönünden, satış talep eden alacaklının gerçekte alacağına mahsuben satın alma imkanının olup olmadığı hususu yönünden herhangi bir inceleme yapılması da öngörülmemiştir. Halbuki satış isteyen alacaklıdan önce tatmin edilmesi gereken baş-

²⁶ İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usulü Hakkında Yönetmelik, m. 6/1-e, m. 13/3 (RG T. 08.03.2022, S. 31722).

²⁷ Serdar Kale, "İcra ve İflâs Hukukunda Online Satış", LEXPERA Blog, T. 05.11.2021 (Güncelleme: 05.12.2021); Mustafa Okur, "Elektronik Açık Artırma Suretiyle Satışta Açık Artırma Aşaması", ERÜHFD, 2023, C. XVIII, S. 1, s. 69.

²⁸ Dönmez, s. 251; Betschartt, CR LP, Art. 129, N.5.

ka alacaklılar olabilecektir. Benzer şekilde, İİK m. 100 ve m. 101 uyarınca ilk haciz sahibi alıcının alacağına başka alacaklıların iştiraki söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda ihale alıcısı olan alacaklının ihale bedelini kısmen ya da tamamen nakden ödemesi gündeme gelecektir. Böyle bir durumda ise alacaklı/alıcının ihale bedelini ödemesi herhangi bir yaptırıma tabi kılınmamıştır. Zira, 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle beraber İİK m. 133 hükmü ilga edilmiş ve haliyle mülga İİK m. 133/2'te²⁹ düzenlenen sorumluluk hali de kaldırılmış, bunun yerine İİK m. 115/3'te alıcı tarafından yatırılan teminatın hak sahiplerine ödeneceği hükmü getirilmiştir.³⁰ Bu halde, kötü niyetli alacaklıların, ihale bedelini ödememek suretiyle ihalenin iptaline sebep olmaları haline karşı yeterli bir önlem alınmadığını söylemek gerekmektedir.

İhale Bedelinin Karşılanması

Alacağa mahsuben cebri artırmaya katılan alacaklı, alacağının ihale bedelini karşıladığı savıyla yola çıkmaktadır. İhalenin alıcısı olması durumunda ihale bedelini, İİK m. 130'da belirtildiği şekilde nakden değil, alacak hakkıyla karşılama iddiasındadır. Eğer ihale alıcısı ihale bedelini alacağını mahsup yoluyla karşılayabilecek durumdaysa, artırma sonuç tutanağının ilanından itibaren yedi gün içinde satış bedelini nakden ödeme zorunluluğundan kurtulmuş olacaktır³¹.

Alacağa mahsuben satışta, alacağın mahsup edileceği satış bedeli, herhangi bir alıcının ödemesi gereken tüm kalemleri ihtiva eden bedeli ifade etmektedir. Buna göre ihale bedeli artırma şartnamesinde gös-

²⁹ Mülga İİK m. 133/2- İhaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen mesuldürler. İhale farkı ve temerrüt faizi ayrıca hükme hacet kalmaksızın dairece tahsil olunur. Bu fark, varsa öncelikle teminat bedelinden tahsil olunur.

³⁰ İİK m. 115/3- İhale alıcısının en yüksek teklifi verip de süresi içinde ihale bedelini yatırmaması hâlinde alınan teminat iade edilmeyip öncelikle satış masraflarından düşülmek üzere hak sahiplerine alacaklarına mahsuben ödenir.

³¹ Belirtmek gerekir ki alacağa mahsuben satış, karşılama prensibiyle ilgisi olmayan bir kurumdur. Asgari ihale bedelinin, artırmanın geçerlilik şartıdır. Alacağa mahsuben satış ise artırmayla ilgili olmayıp, ihale bedelinin ödenmesi işlemine ilişkindir. Bununla birlikte satış isteyen alacağına rüçhanı olan bir alacaklının alacağına mahsuben satış talep etmesi durumunda asgari ihale bedeli ile mahsup edilecek alacak tutarı arasında özdeşlik kurulabilme ihtimali bulunmaktadır.

terilmeleri kaydıyla ihale bedeli, tellaliye harcı, katma değer vergisi, damga vergisi ile tapu harçlarını da kapsamaktadır.³² Bununla birlikte bir Yargıtay kararında, tellallık harcının sorumlusunun borçlu olduğu, alacağa mahsuben satışın yapıldığı icra takip dosyasının alacaklısı dışında başka bir alacaklının ihaleyi alması durumunda bu bedeli borçluya İİK m. 12 gereğince rücu etmesinin mümkün olmayacağı, dolayısıyla böyle bir alacaklı/alıcının tellaliye bedelinden sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmiştir.³³

Esas itibarıyla, İİK m. 130'da belirlenen ödeme süre zarfında alacak tutarının ihale bedelini karşılayabileceğinin açık olduğu ihtimalde, alacaklının ihale bedelini ödemekten imtina edebileceği hususunda tartışma bulunmamaktadır. Özellikle alıcının aynı zamanda tek alacaklı olduğu ve alacağının ihale bedelini karşılayabildiği hal kolay bir şekilde çözüme kavuşabilmektedir. Bununla birlikte, cebri artırmada alacağa mahsuben satış ile ilgili asıl tartışma, alacaklı/alıcıdan başla alacaklıların da bulunduğu, üstelik diğer alacaklıların alacaklı/alıcıya nazaran paylaşırma aşamasında öncelik sahibi olduğu ihtimallerde ortaya çıkmaktadır.

³² Kuru, El Kitabı, s. 655; Dönmez, s. 253-254; Mert Namlı, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 509.

³³ "2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 68.maddesinde; tellallık harcını mal ve ürünlerini satan gerçek ve tüzel kişilerin ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, harcin sorumlusu ihalede malı satılan borçludur. Ancak, tellallık harcının, icra müdürlüğü aracılığıyla satışa çıkarılan borçluya ait taşınmazın ihalesine alıcı sıfatıyla katılan ve ihale üzerinde kalan alacaklı tarafından ödenmesi gerekir. (Hukuk Genel Kurulu'nun 29.11.2006 tarih, 2006/12-759 esas, 2006/760 karar sayılı kararı) Ne var ki, borçlu adına harcı yatıran, alacağına mahsuben kendisine satış yapılan alacaklı, daha sonra herhangi bir hükme gerek olmaksızın aynı icra takip dosyasında bu parayı borçludan geri alabilir. (İİK. m.12) Bir diğer ifade ile ödediği harç miktarı kadar takibe devam imkânı vardır. Bütün bu açıklamalar ve Hukuk Genel Kurulu'nun kararı, ihalenin, alacağa mahsuben satışın yapıldığı icra takip dosyasının alacaklısına yapılması haline ilişkindir. Somut olayda ise ihale alıcısı banka, taşınmaz üzerinde ipotek alacaklısı olup, alacağına mahsuben kendisine satış yapılmış ise de satış yapılan icra takip dosyasında alacaklı sıfatı yoktur. Bu nedenle borçlunun sorumlu olduğu tellaliye harcının, adı geçenden alınması halinde, borçlu adına ödediği miktarı alacaklı sıfatının bulunmadığı icra takip dosyasında geri alması ve ödediği harç miktarı kadar takibe devamı mümkün olmadığından, anılan Hukuk Genel Kurulu kararının alıcı banka hakkında uygulanma imkânı bulunmamaktadır." Yargıtay 12. HD., E. 2009/23586 K. 2010/5404 T. 9.3.2010 (Kazancı).

Alıcının Tek Alacaklı ya da Satış Bedeli Üzerinde Öncelikli Alacaklı Olması

İsviçre’de hakim olan, bizde de doktrinin bir bölümü tarafından paylaşılan görüşe göre alacağa mahsuben satış yalnızca, alıcının tek alacaklı olması ya da ihale bedeli üzerinde önceliğinin bulunması durumunda söz konusu olacaktır.³⁴

Böyle bir ihtimalde, normalde ödenecek ihale bedelinin derhal bedeli ödeyen alacaklıya iadesi söz konusu olacağından pratik bir çözüm olarak alıcının hiçbir bedel ödememesi kabul edilmiştir. Bu halde, başka bir alacaklıya ihale bedelinden ödeme yapılmayacağından herhangi bir sorun meydana gelmeksizin alacağa mahsuben satış gerçekleşebilecektir.

Buna karşın, bu görüşe göre satış bedelinden alıcıdan önce başka alacaklıların istifadesi gerekiyorsa ihale bedelinin, ihale yapıldıktan sonra ödenmesi gerekmektedir. Yargıtay’ın önceki görüşü de bu yöndeydi.³⁵ Buna göre, eğer alıcının haczinden önce gelen hacizler ya da rehin hakları mevcutsa bu durumda icra dairesince süre ihale bedelinin ödenmesi için süre verilmesi ve ihale bedelinin de bu sürede ödenmesi gerekmektedir. Aksi durumda ihale iptal edilecektir (İİK mülga m. 133/2; karşı. İİK m. 115/3).

³⁴ Postacıoğlu, s. 503; Üstündağ, s. 279; Budak, s.498; Talih Uyar, İhale ve İhalenin Bozulması, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, İzmir, 2002, s. 731; Sylvain, s. 77; Schlegel/Zopfi, SK SchKg, Ar. 129, N. 13; Betschartt, CR LP, Art. 129, N.5; “Tout au plus peut-on admettre que l’adjudicataire ne verse pas le prix de vente lorsqu’il est le seul créancier poursuivant (ou qu’il bénéficie, vis-à-vis des autres poursuivants, d’un droit préférable au produit de la réalisation selon l’art. 110 LP) et que le paiement en mains de l’Office pour s’acquitter du prix de l’adjudication lui donne immédiatement le droit de réclamer le versement de ces espèces en couverture de sa créance, espèces que l’Office doit lui distribuer en application de l’art. 144 LP (ATF 79 III 22ss). C’est dans cette seule mesure que l’on peut improprement parler d’une compensation” ATF 111 III 56.; “Ayrıca hemen belirtelim ki, alacağına mahsuben alacaklının ilahe konusu mahcuzu alması halinde, mahcuz üzerinde alacaklının alacağına tercihi olan başka hacizlerin bulunmaması halinde alacaklının ihale bedelini dosyaya yatırması gerekmez.” Yargıtay 12. HD E. 2003/2230 K. 2003/5512 T. 17.3.2003 (Kazancı).

³⁵ “Dosyadaki tapu kayıt örneğine göre alıcının yaptığı takip nedeniyle konulan hacizden önce pay üzerinde konulmuş hacizler mevcuttur. Bu durumda, alıcının alacağına mahsuben payı satın alması olanaksızdır. İcra müdürlüğüne ihale bedelinin tamamının verilen sürede, ödenmesi gerekir. İkinci kez süre verilmesi mümkün değildir. Oysa, alıcılar bakiye ihale bedelini 2.9.1993 tarihinde ödemişlerdir. İhalenin bu nedenle feshi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD., E. 1994/5942 K. 1994/6108 T. 06.05.1994 (Kazancı).

Borçlunun başka alacaklının bulunmaması durumunda, sıra cetveline lüzum olmayacaktır. Bu halde, alıcının alacak tutarının ihale bedelini karşılması halinde, ihale bedelinin ödenmesi istenmeyecek ve ihalenin kesinleşmesi ile birlikte alıcı lehine devir ve/veya tescil işlemi gerçekleşecektir. Alacağın, ihale bedelini karşılamaması durumunda ise mahsup işlemi yapıp bakiye tutar hesaplanacak ve alacaklı/alıcı İİK m. 130 yedi günlük süre zarfında bakiye tutarı ödeyecektir.

Alacaklı/alıcıdan başka alacaklıların olması durumunda ise ihale bedelinin alacağın tamamını karşılayıp karşılamadığı önem arz etmektedir. Eğer, satış bedeli alacakların tamamını karşılıyorsa bu durumda alacaklı/alıcı, mahsup işleminden sonra bakiye tutarı ödeyecek, ödeyeceği bu tutar da diğer alacaklılara paylaştırılacaktır (İİK m. 138). Ancak satış bedelinin bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmediği durumda icra dairesince re'sen tamamlama hacizleri yapılmasının yanında sıra cetvelinin de tanzimi gerekecektir (İİK m. 140/1; m. 151/2).

Böyle bir durumda, sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin alacağa mahsuben satışın tamamlanması mümkün olmayacaktır.³⁶ Zira, alacaklı/alıcının mahsup hakkına temel teşkil eden alacak da tutarı ancak sıra cetveliyle birlikte kesinleşecektir. Kaldı ki sıra cetveline şikâyetin yanında alacaklı/alıcının alacağına yönelik sıra cetveline itiraz davası açılması da ihtimal dahilinde olacaktır.

³⁶ "İcra takibinde yapılan satış sonucu elde edilen satış tutarının bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmemesi halinde icra dairesi tarafından alacaklıların bir sıra cetvelinin yapılması; sıra cetveli düzenlenirken de ipotekli alacaklılar ile haciz uygulayan diğer alacaklıların İİK'nın 151. maddesi uyarınca sıra cetvelinde gösterilmesi gerekmektedir. Buna göre, rehin bedelinin alacaklılar arasında paylaşılmasında İİK'nın 138. maddesi hükmü uygulanarak, satış tutarının alacaklıların alacağını ödemeye yetmemesi halinde, icra müdürlüğüne aynı yasanın 206. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre sıra ve paylar tayin olunacaktır. Ayrıca, açıkça atıfta bulunulduğu da gözetilerek, İİK'nın 141, 142 ve 144'ncü maddeleri de paylaştırmada uygulanacaktır. Böylece, ipotekli alacaklıların yanı sıra diğer alacaklılara da sıra cetvelinde yer verilmesi suretiyle adı geçenlerin sıra cetveline itiraz etme olanağı da sağlanmış olmaktadır. Durum bu olunca, icra müdürlüğüne, ihalenin alacağa mahsuben yapıldığı ve ipotek alacaklısı dışında rüçhan hakkına sahip bir başka ipotek alacaklısı olmadığı gerekçe gösterilerek sıra cetveli düzenlenmemesine yönelik kararı usule ve açıklanan yasal düzenlemelere aykırıdır. O halde mahkemece talebin kabulü yerine şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir." Yargıtay 12. HD., E. 2012/14076 K. 2012/31637 T. 6.11.2012 (Lexpera).

Bu bakımdan, alacaklı/alıcının tek alacaklı olmadığı ve satış bedelinin tüm alacakları karşılamadığı her durumda sıra cetveli yapılması mecburidir.³⁷

Alıcıdan Önce Satış Bedelinden İstifade Edecek Alacaklılar Olması

Alacağa mahsuben satış konusunda esas sorun alıcıdan önce satış bedelinden istifade edecek alacaklıların bulunduğu ihtimalde karşımıza çıkmaktadır. Zira bu halde satış bedelinin doğrudan mahsubu mümkün olmayacak ve alacaklı/alıcının ihale bedel ödemesi gerçekleştirilmesi gerekecektir.

Yukarıda bahsettiğimiz görüş, bu halde alacağa mahsuben satışın mümkün olmayacağını ve alacaklı/alıcı için İİK m. 130 hükmünün doğrudan uygulanacağını kabul etmiştir.³⁸ Nitekim yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere İsviçre’de alacağa mahsuben satış imkânı ancak, yukarıda belirttiğimiz iki ihtimalde yani alıcının tek alacaklı olduğu ya da kendisinden öncelikli başka bir alacaklının bulunmadığı halde söz konusu olmaktadır.

Bununla birlikte, ilk olarak *Belgesay’ın* dile getirdiği aksi yöndeki görüş, alacağın mahsuben artırmaya katılan alacaklının hemen ihale bedelini ödemeye icbar edilmemesi gerektiğini, alıcının ödemesi gereken tutarın belirlenmesinden sonra kendisine süre verilmesinin doğru olacağını belirtmektedir.³⁹ Yargıtay’ın bu minvaldeki bazı kararları

³⁷ “Bu durumda yukarıda açıklandığı üzere birden fazla alacaklı bulunduğu ve ihale bedeli alacakları karşılamadığından İİK’nun 140.maddesi gereğince sıra cetveli yapılması zorunludur.” Yargıtay E. 2019/12915 K. 2020/1705 T. 24.2.2020; “İhale konusu taşınmaz veya taşınır üzerine haciz koyduran ya da ipotek hakkı bulunan alacaklı, söz konusu taşınmaz veya taşınırı ihale ile satın alıp, kendisinden önce başka alacaklı bulunmaması halinde alacağı oranında satış bedelini ödemekten kaçınabilir, satış bedelini alacağın mahsup edebilir. İhale konusu taşınmaz veya taşınır üzerinde alıcının yaptığı takip nedeniyle koydurduğu hacizden ya da ipotekten başka haciz bulunması halinde de yukarıda belirtilen İİK’nun 140. maddesi gereğince sıra cetveli yapılması gerekecektir. Alacaklıların ne miktar hak sahibi olacakları yapılacak sıra cetvelinin kesinleşmesi ile belirlenecektir. Sıra cetveli yapıp, ihale alıcısı (takip alacaklısı) aleyhine fark doğduğunun tespit edilmesi, diğer bir ifade ile alacaklının ihale bedelini yatırmasının gerekip gerekmediğinin belirlenmesi gerekir.” Yargıtay 12. HD, E. 2021/7558 K. 2022/553 T. 18.1.2022 (Kazancı).

³⁸ Bkz. dn. 25.

³⁹ *Belgesay*, s. 317; *Kuru, El Kitabı*, s. 676; *Kuru, İcra ve İflas C:2*, s. 1336-1337; *Timu-*

rında, bir "hesap tablosu" yapılarak alacaklı/alıcının satış bedeli için yapılması gereken bir tutar bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁰ Günümüzde hâkim olan görüş ise, bu ihtimalde dahi öncelikle İİK m. 140'a göre sıra cetveli yapılması gerektiğini ve sıra cetveline göre alacaklı/alıcıya satış bedeli üzerinde bir pay düşmesi durumunda bu tutar nispetinde mahsup hakkının olduğunu kabul etmektedir.

Anılan görüşe göre, esas itibarıyla birden fazla alacaklının olduğu ihtimalde, ihale bedelinin ödenmesinden önce sıra cetveli yapılmalı ve sıra cetveline göre hareket edilmelidir. Neticede, alacaklı/alıcının sırası ve kendisi payına satış bedelinden düşecek pay sıra cetveliyle belirlenecektir. Bunun yanında, sıra cetveli kesinleşmeden alacaklı/alıcıdan ihale bedelinin ödenmesi istenmemelidir. Ancak sıra cetveli kesinleştikten sonra, mahsup işlemi gerçekleştirilmeli ve sonrasında aradaki farkın ödenmesi için alacaklı/alıcıya süre verilmelidir. Dolayısıyla, alacağına mahsuben artırmaya katılan alacaklı/alıcının sıra cetveli yapılmaksızın ihale bedeli ödemeye icbar edilmesi kabule şayan değildir.⁴¹ Yargıtay'ın müstakar hale gelen içtihadı da bu doğrultudadır.⁴² Hatta böyle bir durumda, sıra cetveli yapılmaksızın ihale bedeli-

çin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, Cilt: I, 5. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 744; Arslan, s. 215; Erturgut, s. 125; Dönmez, s. 250; Namlı, s. 519; Talih Uyar, "Alacaklının "Alacağına Mahsuben Satışa Konu Taşınır/Taşınmazı Satın Alması"nın Engellenmesinin Hukuki Sonuçları (İİK. Mad. 118/I, 130, 133)", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2011, C. 85, S. 4, s. 85; Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflas Hukuku, 3. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 252, dn. 288.

⁴⁰ "İhale alıcısı, asıl alacak ve ferileri ile takipten kaynaklanan diğer alacaklarını, satış bedelinden mahsup etmek hakkına sahiptir. Bu durum kelime manası ile takas olmayıp bilahare kendisine iade edilecek parayı tediye bulacak kimsenin bu tediye yapmasına mahal bulunmaması ve öncelikle imtina eyleme durumudur. İşte bu sebeple mahsup işleminden sonra bu alacağı öncelikli rehinler, hacizler olup olmadığı ve artırmaya hazırlık ve satış masraflarının tahsili yönünde alıcının yatıracağı bir miktar bulunup bulunmadığı yapılacak hesap tablosu ile belirlenmeli; alıcı-alacaklı aleyhine fark doğduğunda, bu farkın ödenmesi hususunun alıcıya bildirilmesi doğrultusunda işlem yapılmalıdır." Yargıtay 12. HD E. 2011/31992 K. 2012/18428 T. 30.5.2012; aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD., E. 2011/12971 K. 2011/30398 T. 19.12.2011 (Lexpera). Bu yöntem ise doktrinde haklı olarak, İİK'da düzenlenmemiş olan "hesap tablosu"na başvurulduğu için eleştirilmiştir (Budak, s. 496).

⁴¹ Belgesay, s. 317; Muşul, s. 744; Erturgut, s. 125.

⁴² "Henüz sıra cetveli yapılmadan ve taşınmaz üzerinde haciz ve ipotekleri bulunan üçüncü kişilerin alacaklarının miktarlarının ne olduğu dahi belirlenmeden, alacaklıdan ihale bedelini yatırmamasının istenmesi doğru değildir." Yargıtay 12. HD., E. 2021/7558 K. 2022/553 T. 18.1.2022; "Haciz koyduran alacaklının men-

nin ödenmesinin istenmesi, icra müdürünün bir hakkı yerine getirmemesi olarak nitelendirilerek süresiz şikayete tabi kabul edilmektedir.⁴³

Burada ortaya çıkan farklı görüşlerin her birinin haklı gerekçeleri olduğu söylenebilecektir. Alacaklı/alıcının ihale bedelini peşinen ödemesi düşüncesi, ihale bedelinin ödenmesinin sıra cetvelinin kesinleşmesi prosedürünü beklemeyecek nitelikte olmasına dayanmaktadır. Gerçekten de alacağa mahsuben ihalenin kazanılması durumunda satış bedelinin ödenmesi için sıra cetvelinin kesinleşmesinin beklenmesi diğer alacaklıların İİK m. 142/a uyarınca teminat karşılığı ödeme alma imkanını engelleyecektir.⁴⁴ Diğer yönden, m. 142/a'da düzenlenen istisna dışında paylaşırma aşamasına geçilmesi için her halde sıra cetvelinin kesinleşmesi bekleneceğinden ihale bedelinin ödenmesinin derhal yapılmaması diğer alacaklıların menfaatini zedelemeyecektir. Buna karşın alacaklı/alıcıdan peşin olarak satış bedelini ödemesinin istenmesi durumunda, alacaklı mahsup edebileceği tutarı ödemek durumunda kalacak ve sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde nemalandırmadan dolayı yaşanan sorunlar sebebiyle hak kaybına uğrayabilecektir.⁴⁵

külü ihale ile satın alması ve kendisinden önce gelen başka alacaklı bulunmaması halinde, alacağı oranında satış bedelini ödemekten kaçınabileceği, "satış bedelini, alacağına mahsup edebileceği", satışa çıkarılan menkullerin, alacaklı tarafından alacağına mahsuben alınmak istenmesi ve menkul üzerinde alıcının yaptığı takip nedeniyle koydurduğu hacizden önce konulmuş, başka haciz bulunması halinde ise, ileride sıra cetveli yapılması gerekeceğinden ve henüz sıra cetveli yapılmamış olduğundan, ihale bedelinin alacaklının ve varsa başka haciz alacaklılarının alacağını karşılayıp karşılamadığı saptanıp, alacaklı aleyhine fark doğduğu tespit edilmeden, ihale alıcısı alacaklıya, ihale bedelini yatırması için süre verilmesi yönündeki icra müdürlüğü kararı doğru değildir." Yargıtay 12. HD., Yargıtay 12. HD E. 2016/25983 K. 2017/16147 T. 25.12.2017; Yargıtay 12. HD., E. 2018/10962 K. 2019/14673 T. 14.10.2019 (Lexpera).

⁴³ Namlı, s. 519; Uyar/Uyar/Uyar, s. 2297; Yargıtay 12. HD., E. 2016/20669 K. 2016/25953 T. 22.12.2016; Yargıtay 12. HD E. 2013/4761 K. 2013/10699 T. 21.3.2013 (Lexpera).

⁴⁴ Budak, s. 498.

⁴⁵ İhalenin feshi sürecinin aksine (İİK m. 134/8), sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinde dağıtım konu olacak paranın nemalandırılması hakkında kanuni bir düzenleme mevcut olmadığından uygulamada sıra cetveline itiraz süreçlerinde satış bedelinin nemalandırılmasında da sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorun, ilk olarak bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Yüksek Mahkeme sıra cetveline itiraz aşamasında dosyadaki paranın nemalandırılmamasının mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır (AYM, BB 2017/21889, T. 28.1.2020; BB, 2014/6577, T. 16.02.2017). Bu karardan sonra da nemalandırma hususunda sorunların devam ettiği görüldü de [bkz. Yargıtay 12. HD., E. 2016/25580 K. 2017/16396 T. 28.12.2017 (karamercanhukuk.com)] nihayet AYM, mahkeme ve icra dairelerine yatan paranın nemasının Hazine'ye ait olacağını düzenleyen Harçlar Kanunu m. 36/1 hükmünü iptal ederek konuyla ilgili tartışmayı sonu-

Burada, alacaklı/alıcıdan ihale bedelini peşin ödemesinin beklenmemesi doğru olacaktır. Zira aksinin kabulünde, alacaklı/alıcı, sıra cetveline itirazın öncesinde ihale sonuç tutanağının ilanından itibaren yedi gün içinde ihale bedelini ödemek zorunda kalacaktır. Dolayısıyla, salt sıra cetvelinin kesinleşmesini değil, öncesinde ihalenin de kesinleşmesini beklemek durumunda kalacaktır. Bununla birlikte sıra cetvelinin kesinleşmesinin beklenmesi de İİK m. 142/a'dan yararlanmak isteyen alacaklıları bu imkândan mahrum bırakacaktır. Ayrıca, uzun süren sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinin sonunda, alacaklı/alıcının kesinleşen ihale bedelini ödememesi, böylece ihalenin iptaliyle tüm sürecin başa sarması da muhtemeldir.

Bu bağlamda bizce, sıra cetvelinin düzenlenmesiyle birlikte alacaklı/alıcıdan, yapılan sıra cetveline göre alacağının karşılamadığı ihale bedelinin yedi gün içinde (bkz. İİK m.130) ödenmesi istenmelidir. Bakiye ihale bedelinin ödenmesi için sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmemelidir. Zira her ne kadar alacağa mahsuben satışta mahsup edilecek tutar sıra cetveliyle belli olursa da sıra cetvelinin kesinleşmesi ihale bedelinin ödenmesinden ziyade paraların paylaşılmasıyla ilgili bir durumdur. Öte yandan, görüşümüzün kabulü halinde, alacaklı/alıcının İİK m. 142/a'ya istinaden bir bankanın kesin ve süresiz teminat mektubunu dosyaya ibraz ederek bakiye satış bedelini ödemekten imtina etmesi de mümkün addedilmelidir.

Alacağa mahsuben satışta, sıra cetvelinin yapılmasının gerekli görüldüğü durumda alacağın, ihale bedelini karşılayacağı tarihteki tutarı mahsup işlemine esas kabul edilecektir. Buna göre, sıra cetvelinin kesinleşmesini müteakip alacaklı/alıcının ihale bedeline karşılık mahsup edeceği alacağı belirlenirken, alacağın nemalanmış ve kesinleşmiş sıra cetveline göre paylaştırmaya esas alınacak tutarı hesaba alınmalıdır.

Sıra Cetvelinin Kesinleşmesi ve Malın Alacaklı/Alıcıya Teslimi-Tescili

Yukarıdaki açıklamalarımızı ışığında, alacağa mahsuben satışta standart paraya çevirme sürecinden farklı olarak ihale bedelinin öden-

ca bağlamış gözükmektedir (AYM, E. 2023/48, K. 2023/72, T. 05.04.2023; RG T. 04.05.2023, S. 32180).

mesi ile sıra cetvelinin düzenlenmesi aşamalarının iç içe geçmesi söz konusudur. Yalnız paylaşırma değil, ihale bedelinin ödenmesi de sıra cetveline göre gerçekleştirilmektedir. Bu doğrultuda, alacağa mahsuben satışta sıra cetveli son derece önemli bir konumu haizdir.

Öte yandan, malın teslim ve tescil işlemleri için de ihale bedeninin karşılanması gerekmektedir (İİK m. 135/1). Alacağa mahsuben satış durumunda ihale bedelinin alacaklı/alıcı tarafından karşılanabileceği hususu kesinleşmeden teslim ve tescil işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkün değildir⁴⁶. Bu husus ise kural olarak sıra cetvelinin kesinleşmesiyle açıklığa kavuşturulmaktadır. Ancak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 138/6⁴⁷ da öngörülen istisnai durumlarda olduğu gibi, aynı zamanda ihale alıcısı olan alacaklıya ödeme yapılması için sıra cetvelinin kesinleşmesinin aranmadığı durumlarda malın teslim ve tescili için de sıra cetvelinin kesinleşmesinin beklenmesine gerek duyulmayacaktır.⁴⁸

Kural olarak sıra cetveli, paraya çevirme sonucunda elde edilen paranın tüm alacaklıların alacağına yetmediği durumda düzenlenmektedir (İİK m. 140/1). Alacağa mahsuben satış halinde ihale bedelinin toplam alacağına yetmesi halinde ise sıra cetveli olmasa da pay cetveli düzenlenmesi gerekeceği söylenebilir.⁴⁹ Zira bu halde de re'sen paylaştırmaya geçmeden önce alacaklı/alıcının satış bedeline mahsup edeceği alacak tutarının belirlenmesi gerekecektir.

⁴⁶ Belgesay, s. 317; Uyar/Uyar/Uyar, s. 2299.

⁴⁷ "Madde 138/6- Fonun (TMSF) alacaklısı olduğu icra dosyalarında Fona ödenmesi gereken satış bedelleri sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin teminatsız olarak ödenir."

⁴⁸ "5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 138/son maddesi uyarınca "Fonun alacaklısı olduğu icra dosyalarında Fona ödenmesi gereken satış bedelleri sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin teminatsız olarak ödenir." Somut olayda araçların, alacaklı TMSF'ye alacağına mahsuben ihale olduğu ve ihalelerin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtilen yasal düzenleme ışığında, fonun alacaklı olması halinde satış bedelinin sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin teminatsız olarak ödeneceği kabul edildiğine göre, alacağına mahsuben fona yapılan ihalede de ihale konusu aracın, sıra cetveli kesinleşmeden alacaklı fon adına trafik tescilinin yapılması için teminat istenemeyeceğinin kabulü gerekir. Aynı kanunun 140/3.maddesine göre ise fon alacağından borçlu tarafından ödenmesi gereken tahsil harcı ve vergiler mahsup edilemez. O halde Mahkemece şikâyetin kabulü yerine reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." Yargıtay 12. HD., E. 2006/19660 K. 2006/22977 T. 5.12.2006 (Lexpera).

⁴⁹ Karş. Nedim Meriç, Türk - İsviçre Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 108.

Sıra cetvelinin hazırlanması noktasında, alacağa mahsuben satış haline mahsus bir durum mevcut değildir. Sıra cetveli İİK m. 140'a göre düzenlenmelidir. Sıra cetveli tanzim edilip tebliğ edildikten (İİK m. 141) sonra itiraz ve şikâyet süreci başlayacaktır (İİK m. 142).

Cebri satışa konu malı alacağına mahsuben satın alan alacaklının alacağına karşı diğer alacaklılar sıra cetveline itiraz davası açabileceklerdir. Böylece alacağa mahsuben satış imkanını tanıyan alacak hakkı ihtilaflı duruma düşebilecektir. Alacaklı/alıcının alacağına yönelik sıra cetveline itirazın kabulü halinde, hukukumuzda kabul edilen çözüm yoluna göre, sıra cetvelinde davalı alacaklı/alıcıya tahsis edilen pay yargılama giderleri dahil olarak davacı muterize tahsis edilecek, arta kalan pay davalı alacaklı/alıcıya bırakılacaktır.⁵⁰ Böyle bir durumda, alacaklı/alıcının nakden ödemesi gereken ihale bedeli tutarı da artacaktır. Keza alacaklı/alıcının davacı olarak başka bir alacaklı aleyhine itiraz davası açması ve davayı kazanması durumunda da bu kez ihale bedeline mahsup edilecek tutar olumlu yönde değişecektir.

Neticede, sıra cetveline itirazın alacaklı/alıcı aleyhine neticelenmesi, doğrudan ihalenin sıhhatini etkileyen bir sonuca yol açmamaktadır. Bununla beraber, sıra cetveline itiraz davasını kaybeden alacaklı/alıcının itiraz neticesinde güncellenen ihale bedelini İİK m. 130'a göre ödemesi istenecektir. Bunun için icra dairesi sıra cetvelinin kesinleşmesiyle beraber bakiye ihale bedelinin yedi gün içinde ödenmesi için alacaklı/alıcıya muhtıra göndermelidir.⁵¹ Eğer kesinleşmiş sıra cetveline göre alacaklı/alıcı tarafından bakiye ihale bedeli ödenmez ise bu durumda İİK m. 115/4'e göre (mülga İİK m. 133) ihalenin iptali söz konusu olacaktır.

⁵⁰ Postacıoğlu, s. 536; Kuru, El Kitabı, s. 740; Pekcanitez/Atalay/Özkes/Sungurtekin Özkan, s. 256; Meriç, s. 230. Bu çözüm yöntemi İİK'da düzenlenmemiş olup, İsvİİK m. 138/3 ile İİK m. 235/3'ten mülhemdir (Meriç, s. 230).

⁵¹ Arslan, s. 215; Namlı, s. 519; Erturgut, s. 125; Muşul, s. 744; "İcra İflas Kanunu'nun 140. maddesinde; "Satış tutarı bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmezse icra dairesi alacaklıların bir sıra cetvelini yapar" hükmü yer almaktadır. Üzerinde başkaca hacizlerin de bulunduğu iddia edilen menkulün, 12.07.2016 tarihli arttırmada alacaklıya ihale edildiği görülmektedir. İcra müdürlüğünce, öncelikle İİK'nun 140. maddesi uyarınca sıra cetveli yapılarak alacaklının, ihale bedelini tamamen ya da kısmen yatırması gerekip gerekmediğinin belirlenmesi, ihale bedelinin yatırılması gerekir ise İİK'nun 133. maddesine göre (mülgadır) işlem yapılması gerekir." Yargıtay 12. HD., E. 2018/14061 K. 2018/11983 T. 22.11.2018 (Lexpera).

Alicının tek alacaklının olmadığı ihtimalde, alacağa mahsuben satışta, ihale konusu malın alacaklı/alıcı lehine tescili ve/veya teslimi için sıra cetvelinin kesinleşmesi ve eğer ihale bedeli ödemesi gerekiyorsa, bu bedelin nakden karşılanması gerekmektedir. Bununla birlikte alıcı, ihalenin kesinleşmesiyle birlikte sıra cetvelinin de kesinleşmesini beklemek istemiyorsa bu durumda alacağa mahsuben satıştan vazgeçip ihale bedelini nakden ödeyebilir, sıra cetvelinden çıkan sonuca göre ihale bedelinden payına düşen alacağı da paylaşırma neticesinde alabilir. Bu durumda, ihale bedelinin nakden karşılanması ile sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin malın alacaklı/alıcıya teslim ve tescilinin gerçekleştirilmesi mümkün olabilecektir.

Menfi Tespit Davasının Alacağa Mahsuben Satışa Etkisi

Alacağına mahsuben ihale alıcısı olan alacaklı aleyhine, borçlu tarafından İİK m. 72 hükmü çerçevesinde menfi tespit davası açılmış olması söz konusu olabilir. Borçlu tarafından alacağa mahsuben satış imkanına başvuran alacaklı aleyhine menfi tespit davası açılması durumunda ihale edilen malın alımını temin eden alacak hakkı borçlu tarafından dava konusu edilmektedir.

İcra takibinden sonra borçlunun açmış olduğu menfi tespit davası, icra takibini durdurmayaacağından kesinleşmiş icra takibi neticesinde satış işlemleri gerçekleştirilebilir. Böyle bir durumda borçlu yalnızca gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilecektir (İİK m. 72/3).

Takipten sonra menfi tespit davasının açılması, tek başına icra takibini durdurmayağından bu durum kural olarak alacaklının alacağına mahsuben ihale konusu malı satın almasını engellemeyecektir.⁵² Bununla beraber, borçlunun İİK m. 72/3 çerçevesinde ihtiyati tedbir kararı alması durumunda alacaklı, dava lehine neticelenip ihtiyati tedbir kararı kaldırılmaksızın (İİK m. 72/4) paylaştırmadan yararlanamayacaktır. Doktrinde, böyle bir durumda da alacağa mahsuben satın alma hakkı bulunduğu, yalnızca tedbir kararının malın teslim ve tescil

⁵² Dönmez, s. 253.

işlemlerini engelleyeceği ifade edilmekte olup biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz.⁵³ İsviçre’de savunulan aksi yöndeki görüş, alacaklının ihale bedelinden istifadesini engelleyecek nitelikte bir ihtilafın bulunması durumunda alacaklı/alıcının ihale bedelini peşin olarak ödemesi ya da icra dairesince kabul edilecek banka teminat mektubu gibi bir teminat göstermesi gerektiğini belirterek, böyle bir durumda alacağa mahsuben satış imkanından yararlanamayacağını kabul etmektedir.⁵⁴

Yukarıdaki ihtimal çerçevesinde, satıştan sonra menfi tespit davasında davalı alacaklı lehine karar verilmesi halinde, ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkacaktır (İİK m. 72/4). Dolayısıyla, alacaklı/alıcı lehine paylaşırma yönünden bir engel kalmayacağından alacağa mahsuben satış işlemi tamamlanacak ve teslim ile tescil işlemleri gerçekleştirilebilecektir.

Malın alacağa mahsuben satışı ve alacaklı/alıcı lehine teslim ve/veya tescilinden sonra menfi tespit davasının davacı borçlu lehine sonuçlanıp kesinleşmesi ise ayrıca incelenmesi gereken bir durumdur. Kural olarak menfi tespit davasının davacı borçlu lehine hali hazırda gerçekleştirilmiş paraya çevirme işlemine tesir etmeyecektir, zira menfi tespit davasında verilen hükmün üçüncü kişilerin hukuki durumunu etkilemeyecektir.⁵⁵ Ayrıca icranın iadesine dair İİK m. 40/3 hükmünde iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarına hanel gelmeyeceği ifade edilmiştir.⁵⁶ Bununla birlikte, malın alacağa mahsuben satışı halinde malın alıcısı üçüncü kişi değil, takip alacaklısı olmaktadır. Bu bağlamda ihale kesinleşse ve mal alacaklı/alıcı lehine teslim ve/veya tescil edilse dahi İİK m. 72/5 hükmü uygulanabilecek ve icranın iadesi sağlanabilecektir. İcranın iadesi yoluyla, cebri icra marifetiyle borçludan alınp

⁵³ Dönmez, s. 253; Talih Uyar, “Alacaklının İhalede Borçlusuna Ait Bir Malı Alacağına Mahsuben Satın Almasının Uygulamada Yarattığı Sorunlar”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2007, S. 3, s. 237.

⁵⁴ Roth, BSK SchKq, Art. 129, N.34; ayrıca Budak, s. 492’de tercümesi verilen BGE 79 III 119 kararı.

⁵⁵ Kuru, El Kitabı, s. 383; Üstündağ, s. 165; Muşul, C.I, s. 437; Ahmet Türk, Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s.311; “Devletin cebri icra gücü vasıtasıyla, devlet güvencesinde yapılan ihalede mahcuzu satın alan üçüncü kişinin, takibin iptali, icranın geri bırakılması veya ihaleden sonra borcun ödenmesi nedeniyle doğrudan hiçbir ilişkisi olamaz.” Yargıtay 12. HD., E. 2012/29985 K. 2012/37986 T. 13.12.2012; Yargıtay 12. HD., E. 2015/18416 K. 2015/29794 T. 30.11.2015 (Lexpera).

⁵⁶ Türk, s. 312.

alacaklıya verilen malın aynen borçluya iadesi mümkündür.⁵⁷ Alacağa mahsuben satış halinde de üçüncü kişilerin haklarına hanel gelmeyeceğinden İİK m. 72/5'in uygulanmasıyla icranın iadesi gerçekleştirilebilecek ve satışa konu malın borçluya iadesi sağlanabilecektir.⁵⁸ Haksız çıkan alacaklı/alıcının bu sırada malın mülkiyetini iyiniyetli üçüncü kişiye devretmesi halinde ise İİK m. 24/4'ün kıyasen uygulanmasıyla malın değerinin cebri icra yoluyla alacaklı/alıcıdan tahsili yoluna gidilebilecektir⁵⁹. Hal böyleyken, bizce İİK m. 72/6 uyarınca davanın istirdat davasına dönüştürülmesine gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan, menfi tespit davasının kısmen kabulü durumunda, İİK m. 72/5'e istinaden alacağa mahsuben paraya çevrilen malın aynen iadesi mümkün olmayacaktır, zira alıcı alacaklı sıfatını muhafaza etmektedir. Bizce bu durumda, İİK m. 72/5'in uygulanması yerine sıra cetvelindekine benzer bir çözüm yoluyla, İİK m. 130'a istinaden arada ortaya çıkan bedel farkının nakden ödenmesi istenmelidir.

Bu noktada, menfi tespit davası neticesinde alacağına mahsuben ihaleyi alan alıcının alacağının mevcut olmadığını tespitinin, ihaleyi usulsüz hale getirdiğine ve böyle bir durumda alacaklının ihaleye fesat karıştırdığı sonucuna varılması gerektiğini ifade eden görüşün⁶⁰ isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Zira bu halde TBK m. 281 uyarınca hukuka ve ahlaka aykırı yollarla ihalenin gerçekleştirilmesinin

⁵⁷ Süha Tanrıver, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 183.

⁵⁸ "İİK'nin 72/5. maddesinde "Dava borçlu lehine hükme bağlanırsa derhal takip durur. İlamın kesinleşmesi üzerine münderecatına göre ve ayrıca hükme hacet kalmadan icra kısmen veya tamamen eski hale iade edilir." hükmü bulunmaktadır. Mahkemece menfi tespite ve satış yoluyla alınan 35.649,28 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, davalı hükmün istirdata ilişkin bu bölümünü ayrı bir temyiz nedeni yapmıştır. Takipte davalı alacaklı tarafından davacının evi ihaleden alacağa mahsuben alınmış olduğundan davalı alacaklının davacıya para olarak iade edeceği bir husus bulunmayıp icra müdürlüğüne re'sen taşınmazın alacaklı adına tesciline karar verildiği gibi karar kesinleştiğinde icranın eski hale iadesi bağlamında taşınmazın alacaklı adına tescilinin sicilden terkinin ile tekrar borçlu adına tesciline karar verilerek icranın eski hale iadesinin sağlanması gerekir. Davalı alacaklı da hükmü bu yönden temyiz etmiş olduğundan hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir." Yargıtay 19. HD., E. 2017/2112 K. 2018/4426 T. 24.9.2018 (Lexpera).

⁵⁹ Kuru, El Kitabı, s. 932; Tanrıver, s. 185.

⁶⁰ Talih Uyar, "İcra Dairesinde Satılan Taşınmazların/Taşınırınların, "Alacağa Mahsuben" Satın Alınmasının Uygulamada Yarattığı Sorunlar", *Legal Hukuk Dergisi*, 2020, C. 18, S. 209, s. 2188.

sağlanması ve ihaleden beklenen amacın yani artırmaya konu malın mümkün olan en yüksek bedelle satılmasının engellenmesi şeklinde mütalaa edilebilecek bir durum mevcut değildir.

III. BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ USULÜNDE ALACAĞA MAHSUBEN SATIŞ

Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi Usulünde Alacaklının Konumu

7343 sayılı Kanun ile getirilen İİK m. 111/a hükmü ile getirilmiş bulunan borçluya satış yetkisi verilmesi, mevcut paraya çevirme usullerine nazaran özellik arz eden bir usuldür.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulü borçlunun girişimiyle başlamakta ve borçlunun yanında takip dışı üçüncü bir kişi, alıcı ile sürdürülmekte ve sonuçlandırılmaktadır. Sürecin olumlu bir şekilde tamamlanması, alıcı ve borçlu arasındaki rızaen satış işleminin icra mahkemesince kabulü ile olmaktadır. Borçluya satış yetkisi verilmesini müstesna kılan en önemli hususların başında ise takibin taraflarından olan alacaklıya somut bir rol biçilmemiş olması gelmektedir. Açık artırma ve pazarlık usulüyle satışın aksine, alacaklı taraf bu süreçten dışlanmış durumdadır.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde, alacaklının süreçten hariç tutulması doktrinde ciddi şekilde eleştirilmiş ve alacaklının süreçten haberdar kılınmasının önemi vurgulanmıştır.⁶¹ Keza, Fransız Hukuku'nda yer alan ve benzer özellikleri barındıran "dostane satış" kurumunda, alacaklıların tüm süreçten haberdar edildikleri ve kendilerine aktif bir rol verildiği görülmektedir. Örneğin, taşınmazın dostane satışı için icra mahkemesinden satış izni alan borçlunun, satış için kendisine verilen süre zarfında alacaklıyı süreç hakkında bilgilendirmesi gerekmekte olup, ilgili takibi başlatan alacaklıya, borçlunun gerekli özeni göstermemesi durumunda mahkemedен, cebri

⁶¹ Pekcanitez, s. 836; Kale, Online Satış; Nur Bolayır, "Fransız Hukuku'nda Vente Amiable (Dostane Satış) Kurumu", *AÜHFD*, 2023, C. 72, S.1, s. 85-87; Okay Durman, "İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikle Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Asos Yayınevi, Elâzığ, 2022, s. 961; Koç, s. 68.

satış yoluyla paraya çevirme sürecine geçilmesini isteme imkânı tanınmıştır (Code de Procedure Civile d'Execution - "CPCE", Art. R322-22).⁶²

İcra hukukumuzda kabul edilen borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde, alacaklıya paraya çevirme süreci hakkında herhangi bir tebligat yapılması öngörülmemiştir. Buna göre, alacaklı süreci ancak haricen öğrenebilecektir. Keza, rızaen satışın kabulüne dair duruşmaya da yalnız alıcı ve borçlu davet edilmektedir. Halbuki Fransız Hukuku'nda, dostane satış izni verilmesine ve satış onayı verilmesine dair duruşmaya borçlunun yanında borçlunun alacaklıları da davet edilmektedir (CPCE Art. R322-20).

Bunun dışında, süreçten haricen haberdar olan alacaklının sürece müdahil olabilmesine yönelik herhangi bir yol öngörülmemiştir. Alacaklılar ancak genel hükümlere göre (İİK m. 16 vd.) borçluya satış yetkisi verilmesi usulü kapsamında icra müdürünün ilgili düzenlemeleri hatalı uyguladığını ileri sürerek şikâyet yoluna başvurabilecekler.⁶³ Bunun dışında, ihalenin feshi yargılamasında olduğu gibi rızaen satış işleminin kendisine yönelik özel nitelikte bir muhalefet imkanları mevcut değildir. Bu doğrultuda, mevcut düzenleme çerçevesinde alacaklıların alıcı tarafından dosyaya yatırılan rızaen satış bedelinin düşük olduğu, mahcuz taşınmazın çok daha yüksek bedelle satılabileceği yahut taşınmazın cebri artırma yoluyla satışının daha yararlı olacağı yönünde itirazda bulunmasını sağlayacak bir usul sevk edilmemiştir. Rızaen satış işleminin gerçekleşmesi için icra müdürü tarafından belirlenen asgari bedelin dosyaya depo edilmesi yeterli görülmüştür. Ne var ki uygulamada, bir icra mahkemesi kararında müşahede edildiği üzere, mahcuz malın cebri artırma yerine rızaen satış yoluyla paraya çevrilmesinin alacaklıları zarara uğratacağı gerekçesiyle takip alacaklısı tarafından yapılan itirazların kabul edilebilmesi de vakidir.⁶⁴ Anılan kararda benimlenen uygulama, esasında kanun koyucu tarafından alacaklının borçluya satış yetkisi verilmesi sürecinin dışında tutulmasına karşı, ka-

⁶² Stephane Piédelièvre/Frédéric Guerchoun, "Saisie Immobilière", Dalloz Repertoire de Procédure Civile, Novembre 2021, N. 251 (dalloz.fr); Pekcanitez, s. 846.

⁶³ Pekcanitez, s. 837; Koç, s. 95; Yazıcı, s. 1132.

⁶⁴ İstanbul Anadolu 7. İcra Hukuk Mahkemesi 2022/358 E. 2022/613 K. 01.11.2022 T. (<https://www.linkedin.com/in/serdar-kale-8a6b0277/>).

nun ve yönetmelik hükümlerine rağmen gösterilen bir reaksiyonu temsil etmektedir.

Alacaklının Alacağına Mahsuben Rızaen Satış İşlemine Taraf Olması

Görüldüğü üzere, alacaklı tarafa borçluya satış yetkisi verilmesi sürecinde herhangi bir rol biçilmemiş ve hatta sürecin alacaklının haberi olmaksızın yürütülmesinin önü açılmıştır. Öte yandan alacaklının alıcı sıfatı ile sürece dahil olması önünde herhangi bir engel mevcut değildir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde alıcıya biçilen görev yalnızca icra müdürünce belirlenen rızaen satış bedelinin dosyaya yatırılmasından ibarettir. İİK m. 111/a/III'te belirtildiği üzere "borçlu ile anlaşılan" alıcı belirlenen bedeli dosyaya ödemek durumundadır. Keza, alıcının kim olduğu bizzat borçlu tarafından icra dairesine yapılacak bildirim ile tespit edilmektedir (Yönetmelik m. 10).⁶⁵

Diğer taraftan, borçlu ile arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmayan üçüncü kişinin, İİK m. 111/a bağlamında alıcı sıfatını haiz olması mümkün değildir. İİK m. 111/a ve ilgili Yönetmelik hükümleri, borçlu ile alıcı arasında TBK m.1'e göre kurulmuş bir anlaşmanın varlığını aramaktadır. Dolayısıyla borçlu ile anlaşması olmayan üçüncü bir kişinin araya girerek asgari rızaen satış bedelini ödemek suretiyle alıcı konumuna geçmesi mümkün değildir. Nitekim Adalet Komisyonu'ndaki görüşmelerde Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürü tarafından m. 111/a ile getirilen imkânın borçlunun haciz konmuş malının "kendi arzu ettiği kişilere satması" şeklinde ifade edildiği görülmektedir.⁶⁶

Bu bilgiler ışığında, alacaklının borçlu ile anlaşarak alacağına mahsuben rızaen satış işlemine taraf olması önünde bir engel bulunmasa da

⁶⁵ Aksi yöndeki görüşe göre, borçlu kendisine iletilen teklifleri icra müdürüne aynen iletmeli ve en yüksek teklifi veren alıcıya satış gerçekleştirilmelidir (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 232). Kanaatimizce bu görüş, olması gereken hukuk bakımından yerinde olsa da mevcut kanuni düzenleme ve ilgili yönetmelik hükümleri çerçevesinde tartışmaya açıktır.

⁶⁶ Adalet Komisyonu Tutanakları, T. 05.11.2021; T:1, O:2. Gerçekten de sürecin ilerlemesi için borçlunun, yetki belgesindeki şartları karşılayabilecek, ezcümle asgari rızaen satış bedelini ödeyecek bir alıcı bulması yeterli görülmüştür. (Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 289; İbrahim Aşık/ Yakup Oruç/Ozan Tok/ Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflas Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 249).

alacaklının, borçlunun rızası olmaksızın alacağını rızaen satış bedeline mahsup ederek alıcı konumuna geçme imkânı bulunmamaktadır. Çünkü, İİK m. 111/a ile getirilen kurum, isminden de anlaşıldığı üzere mahcuz malın borçlu tarafından, borçlunun istediği kişiye satılmasına dair izin (yetki) verilmesini düzenlemektedir. Bu haliyle borçluya satış yetkisi verilmesi işlemi mahcuz malın üstündeki tasarruf yetkisi sınırlamasının (İİK m. 86/1; m. 91/1), İİK m. 111/a'daki ve ilgili yönetmelikteki şartlara uygun olmak kaydıyla satılması için kaldırılmasından ibarettir. Borçlunun anlaşmadığı bir kişinin borçluya satış sözleşmesi akdetmesi söz konusu olmayacağından, borçlunun anlaşmadığı alacaklının rızaen satış bedelini alacağıyla karşılamak suretiyle satışa dahil olması mümkün değildir. Bununla beraber, alacaklının borçlu ile anlaşması durumunda ise ilgili takibin alacaklısı olmasına bakılmaksızın alacağına mahsuben rızaen satış işlemini gerçekleştirebilmesi mümkündür.⁶⁷

Diğer taraftan olması gereken hukuk açısından, özellikle borçlunun mümkün olan en yüksek bedelle mahcuz malı satmaya teşvik edilmesi adına alacaklıya, borçlu ile anlaşmasına gerek olmaksızın rızaen satış bedelini alacağına mahsuben karşılama imkânı tanınması, borçluya satış yetkisi verilmesi kurumunun takibin tüm taraflarının menfaatine işlemesi için yerinde olacağı düşüncesini paylaşmaktayız.⁶⁸ Böylece borçlu, asgari rızai satış bedelini karşılayacak bir alacaklı bulmanın ötesinde, mahcuz malın en yüksek bedelle satışı için çaba gösterebilecektir. Keza yine bu şekilde, alıcı ile borcu arasında bedelde muvazaa yoluyla yapılan rızaen satışların da büyük oranda önüne geçilebilecektir. Bu noktada bizce alacaklıya, alacağına mahsuben kanuni önalım hakkı tanınması yerinde olabilecektir. Ancak bunun için kanuni altyapının sağlanması gerekmekte olup mevcut düzenlemeler çerçevesinde böyle bir usul benimsenmesi doğru olmayacaktır.

Alacağa Mahsuben Rızaen Satış Usulü

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulü neticesinde gerçekleştirilen rızaen satış işleminde, alıcı olarak borçlu ile anlaşan alacaklının alacağına mahsuben mahcuz malı alması, temelde cebri satışıyla aynı

⁶⁷ Pekcanitez, s. 837; Koç, s. 89; Yazıcı, s. 1136.

⁶⁸ Alacaklıya da satış yetkisi verilmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 237.

mantığa dayanmaktadır. Buna göre, daha sonra alacaklıya ödenecek paranın, alacaklı tarafından ödenmesine gerek olmadığı düşüncesi burada da kendisini göstermektedir.

Bununla beraber, alacağa mahsuben satışı, borçluya satış yetkisi verilmesi sürecinin hususiyet gösterdiği noktalar dikkate alınarak rızaen satış yönünden de ayrıca değerlendirilmesi doğru olacaktır.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde, kural olarak icra müdürünce cebri satış işlemleri durdurularak borçluya verilen on beş günlük süre zarfında icra müdürlüğünce belirlenen asgari rızai satış bedelinden az olmamak üzere satış bedelinin dosyaya yatırılması gerekmektedir. Alacaklının, alacağına mahsuben rızaen satış için borçlu ile anlaştığı halde ise rızaen satış bedelinin dosyaya yatırılması koşulunun uygulanmayıp uygulanmayacağı hususu icra müdürünce incelenmelidir.

Cebri artırmada olduğu gibi, borçluya satış yetkisi verilmesi usulünde de alacaklının mahcuz malı alacağına mahsuben satın alması usulü, öncelikli olarak kendisinden başka alacaklı olup olmamasına göre farklılık gösterecektir. Buna göre, başka alacaklıların olduğu ve satış bedelinin tüm alacaklıların alacağına yetmediği ihtimalde bir sıra cetveli yapılacaktır (İİK m. 140 vd.). Eğer yapılan sıra cetveline göre, alacaklı/alıcının alacağı, rızaen satış bedelini karşılıyorsa bu durumda İİK m. 111/a/3'te ve Yönetmelik m. 11'de belirtildiği şekilde borçluya verilen on beş günlük süre içerisinde dosyaya ödeme yapılması aranmamalıdır.⁶⁹ Ancak rızaen satış bedeli ile alacaklı/alıcının mahsup edebileceği alacak tutarı arasında birincisi lehine fark bulunuyorsa bu halde eksik tutarın verilen sürede (İİK m. 111/a/3'e uygun olarak on beş gün süre verilmelidir) dosyaya yatırılması gerekmektedir.⁷⁰

Rızaen satışta da sıra cetveli, hem rızaen satış bedelinin alacaklılar arasında ne şekilde paylaşılması gerektiğinin belirlenmesi hem de alacaklı/alıcının hangi nispette alacağına mahsuben satışı gerçekleştirilebileceğini göstermek adına önemlidir⁷¹. Ne var ki böyle bir du-

⁶⁹ Pekcanitez, s. 837.

⁷⁰ Pekcanitez, s. 837.

⁷¹ İİK'nun paraların paylaşılması hususundaki hükümleri, örneğin sıra cetveline dair düzenlemeleri borçluya satış yetkisi verilmesi yoluyla paraya çevirme usulüne de tatbik edilecektir (Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 291).

rumda, malın devir ve teslimi için de sıra cetvelinin kesinleşmesinin beklenmesi gerekecektir.⁷² Bu nedenle, sıra cetveli kesinleşmeden icra müdürü rızaen satış için dosyayı icra mahkemesine göndermemelidir. Ancak sıra cetveli kesinleştikten ve mevcut olduğu tespit edilecek ek-sik rızaen satış bedelinin alacaklı/alıcı tarafından dosyaya yatırılması ile birlikte rızaen satış dosyası icra mahkemesine gönderilmeye hazır hale gelecektir. Nihayet alacağa mahsuben satışın usule uygunluğunu tespit eden icra mahkemesi, satışın kabulüne karar verecektir.

Alacağa mahsuben rızaen satışta, tıpkı cebri artırmada olduğu gibi, nakden satış bedeli ödemesi gerektiği tespit olunan alacaklı/alıcının bu bedeli ödemekten imtina etmesi söz konusu olabilir. Bu halde, İİK m. 111/a/3 ve Yönetmelik m. 11'e uygun şekilde rızaen satış bedeli ödenmemiş olduğundan icra müdürlüğü tarafından rızaen satış talebi reddedilecektir. Böyle bir durumda, mahcuz malın daha sonra cebri artırma yoluyla satışında malın rızaen satış bedelinden çok daha düşük bir bedelle satılması, böylelikle başta borçlu olmak üzere ilgililerin bu durumdan zarar görmeleri mümkündür.

Borçlu tarafından alacaklı/alıcı aleyhine açılan menfi tespit davasının alacağa mahsuben rızaen satış işlemine etkisini cebri artırmaya nazaran biraz farklı şekilde yorumlamak doğru olacaktır. Rızaen satış işleminde borçlunun rızası arandığından, borçlu ile alıcının malın devir ve teslim şartları konusunda da mutabık kalmaları gerekmektedir. Kaldı ki burada satış yetkisi verilmesini isteyen de bizzat borçlunun kendisidir. Borçlu, hali hazırda alacağını ihtilaf konusu ettiği alacaklı ile anlaşmak zorunda değildir. Diğer taraftan, İİK m. 111/a/3 hükmüne göre, icra mahkemesi rızaen satış kabulü birlikte malın mülkiyetinin devri ve teslimine de karar vermek durumundadır. İcra mahkemesinin, menfi tespit davasının sonucuna göre yani şarta bağlı olarak mülkiyetin devri ve teslimine ilişkin karar vermesi mümkün değildir. Hal böyleyken, ihtiyati tedbir kararı mevcut olsa dahi alacağa mahsuben rızaen satışta malın mülkiyetinin devri, teslim ile tescil işlemleri

⁷² Bu durumda, sıra cetvelinin kesinleşmesi sürecinin beklenmesi, borçluya satış yetkisi verilmesi usulünün ihdas amacına aykırı olarak paraya çevirme işleminin uzun sürmesine sebep olabilecektir (Koç, s. 90). Hal böyleyken, cebri artırmada benimsediğimiz usulün burada da kullanılması yerinde olacaktır. Buna göre, alacaklı/alıcının rızaen satış bedelinin ödeyip ödemeyeceği icra dairesince hazırlanacak sıra cetveline göre belirlenmeli, sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmemelidir.

için tedbir kararının kaldırılması beklenmemelidir. Ancak, yine rızaen satışta da borçlu lehine kesinleşen menfi tespit kararı neticesinde satışa konu malın alacaklı/alıcıdan alınıp borçluya iadesi İİK m. 72/5 çerçevesinde söz konusu olmalıdır.

Kanaatimizce bu ihtimalde, rızaen satış bedelini ödemeyen alacaklı/alıcı, borçlu ile arasındaki sözleşmeyi yani borçlandırıcı işlemi ihlal etmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, ihale bedelinin rızaen satış bedelinden düşük olmasından dolayı doğrudan zarar gören borçlunun, TBK m. 112 vd. hükümlerine göre, alacaklı/alıcıya karşı sözleşmede yüklenilen edimin ifa edilmemesi sebebiyle tazminat talebinde (olumlu zararın tazmini) bulunması mümkündür.

SONUÇ

Cebri icra kapsamında paraya çevrilen bir mal ya da hakkın alacağa mahsuben satın alınması hem cebri artırma hem de İİK m. 111/a'da düzenlenmiş borçluya satış yetkisi usulü kapsamında alacaklının başvurabileceği bir imkân niteliğindedir. Bu imkan çerçevesinde, kural olarak paraya çevirme işleminin gerçekleşmesiyle birlikte satışa konu malın bedelini ödemesi gereken alıcının, aynı zamanda borçludan kesinleşmiş takip alacağı olması sayesinde kısmen ya da tamamen satış bedelini ödemededen imtina etmesi söz konusu olabilmektedir.

Alacaklının ihale veya rızaen satış işlemi vesilesiyle aynı zamanda alıcısı olduğu malın bedelini ödemekten imtina etme imkanı, malın paraya çevrilmesi neticesinde kendisine düşecek pay nispetinde olacaktır. Alıcının tek alacaklı olduğu durumda bu payın belirlenmesinde sorun bulunmamaktadır. Ancak, başka alacaklıların da mevcut olması ve paraya çevirme neticesinde elde edilen bedelin tüm alacaklara yetmemesi durumunda, alacağa mahsuben satış imkanının varlığı yapılacak sıra cetveline göre belirlenecektir.

Böyle bir durumda, doktrinde farklılaşan görüşler alıcının satış bedelini derhal ödemesini ya da sıra cetvelinin kesinleşmesi aşamasının beklenmesini savunmaktadırlar. Bizim görüşümüz ise hem alacaklı/alıcının hem de diğer alacaklıların menfaatlerini korumak adına, hazırlanacak sıra cetveline göre işlem yapılması, yani alıcı olan alacaklının satış bedelini ödeyip ödemeyeceğinin paraya çevirme işlemi

takiben hazırlanacak sıra cetveline göre belirlenmesi, bununla beraber sıra cetvelinin kesinleşmesinin beklenmemesidir.

Borçluya satış yetkisi verilmesi usulü açısından, kanun koyucu tarafından alacaklının sürecin dışında tutulmasına karşıt olarak, alacaklının alacağına mahsuben rızaen satışı gerçekleştirebileceği hususu gündeme gelmektedir. Gerçekten de alacaklının alacağına mahsuben rızaen satışta alıcı olması önünde bir engel bulunmamaktadır. Buna karşın rızaen satış işlemi alıcı ile borçlu arasında bir anlaşmayı gerekli kıldığından ve borçlunun belirlediği bir alıcıya malın satışını öngördüğünden, bu hususun alacaklının borçlunun rızası olmaksızın alacağına mahsuben malı satın alması şeklinde bir imkan sağladığı yönünde bir yorum mümkün olmayacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyazan Sıtkı, Cebri İcrada İhale ve İhalenin Feshi, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1959.
- Arslan Ramazan, İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984.
- Arslan Ramazan /Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflas Hukuku, 8. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Aslan Elif Kısmet, İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yoluyla Paraya Çevrilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2004
- Aşık İbrahim/Oruç Yakup/Tok Ozan/Saçar Ömer Faruk, İcra ve İflas Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 6. bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Belgesay Mustafa Reşit, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2. Bası, Sucuoğlu Matbaası, İstanbul, 1948.
- Berkin Necmeddin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi Cilt: II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979.
- Bettschart Sebastien, Commentaire Romand Poursuite et Faillite (CR LP), Helbing, Lichtenhahn, Bâle, 2005, Art. 129.
- Develioğlu Hüseyin Murat, Takas, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Dönmez Murat, İcra ve İflas Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Erturgut Mine, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Görgün Şanal/Börü Levent/Kodakoğlu Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, 3. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

- Karslı Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 3. baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Kostkiewicz Jolanta Kren, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 20. auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2020, Art. 129.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku C:2, 3. baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1990.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Cilt: I, 5. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1, 14. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Meriç Nedim, Türk - İsviçre Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Namlı Mert, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Özmumcu Seda, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 9. baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Piédélièvre Stephane/Guerchoun Frédéric, "Saisie Immobilière", Dalloz Repertoire de Procédure Civile, Novembre 2021 (daloz.fr).
- Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 4. bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Schlegel Roger/Zopfi Markus, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (SK SchKG), Ed: Jolanta Kren Kostkiewicz/ Dominik Vock, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. auflage von Carl Jaeger, Schulthess Verlag, Zurich, 2017, Art. 129.
- Tanrıver Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Galip Sermet /Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Türk Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Umar Bilge, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İstiklal Matbaası, İzmir, 1973.
- Uyar Talih, İhale ve İhalenin Bozulması, 3. baskı, Bilge Yayınevi, İzmir, 2002.
- Uyar Talih/Uyar Alper/Uyar Cüneyt, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (İİK 83-170), Cilt: 2, 3. baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. bası, İstanbul, 2004.

Makaleler

- Bolayır Nur, "Fransız Hukuku'nda Vente Amiable (Dostane Satış) Kurumu", *AÜHFĐ*, 2023, C. 72, S.1., s. 67-96.

- Budak Ali Cem, "Cebri Açık Artırmalarda Alacağa Mahsuben Satış Yapılması", *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2015, s. 489-498.
- Durman Okay, "İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikle Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", 8. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı, Asos Yayınevi, Elâzığ, 2022, s. 952-961.
- Koç Evren, "İİK M. 111/A Kapsamında Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *Necmettin Erbakan Hukukun Güncel Meseleleri Özel Hukuk*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, Konya, 2022, s. 61-102.
- Kodakoğlu Mehmet, "İcra ve İflas Hukukunda İhale Bedelinin Nemalandırılması", *Legal MİHDER*, İstanbul, 2021/2, C. 17, S. 49, s. 527-570.
- Okur Mustafa, "Elektronik Açık Artırma Suretiyle Satışta Açık Artırma Aşaması", *ERÜHFD*, 2023, C. XVIII, S. 1, s. 47-112.
- Pekcanitez Hakan, "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK m. 111/a)", *GSÜHFD*, 2022, S. 1, s. 819-848.
- Marchand Sylvain, "La Compensation Dans La Procédure De Poursuite", *Journal Des Tribunaux*, 2012/II, s. 61-79.
- Uyar Talih, "Alacaklının "Alacağına Mahsuben Satışa Konu Taşınır/Taşınmazı Satın Alması"nın Engellenmesinin Hukuki Sonuçları (İİK. Mad. 118/I, 130, 133)", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2011, C. 85, S. 4, s. 80-85.
- Uyar Talih, "Alacaklının İhalede Borçlusuna Ait Bir Malı Alacağına Mahsuben Satın Almasının Uygulamada Yarattığı Sorunlar", *İzmir Barosu Dergisi*, 2007, S. 3, s.227-238.
- Uyar Talih, "İcra Dairesinde Satılan Taşınmazların/Taşınırınların, "Alacağına Mahsuben" Satın Alınmasının Uygulamada Yarattığı Sorunlar", *Legal Hukuk Dergisi*, 2020, C. 18, S. 209, s.2177-2188.
- Yazıcı Burçin, "İcra ve İflâs Kanunu M.111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *AkdHFD*, C. 12, S. 2, s. 1119-1147.
- Yılmaz Ejder, "Davada Takas ve Mahsup Talebi", *Legal MİHDER*, 2010/2, s. 247-284.

Mahkeme Kararları

ATF 111 III 56.

ATF 7B - 148/2000.

AYM, BB 2017/21889, T. 28.1.2020; BB , 2014/6577, T. 16.02.2017.

İstanbul Anadolu 7. İcra Hukuk Mahkemesi E. 2022/358 K. 2022/613 Y. 01.11.2022

Yargıtay HGK., E. 2017/732 K. 2019/14 T. 17.1.2019.

Yargıtay 12. HD E. 1994/5942 K. 1994/6108 T. 6.5.1994

Yargıtay 12. HD E. 2003/2230 K. 2003/5512 T. 17.3.2003

Yargıtay 12. HD., E. 2009/23586 K. 2010/5404 T. 9.3.2010

Yargıtay 12. HD., E. 2011/12971 K. 2011/30398 T. 19.12.2011

Yargıtay 12. HD E. 2011/31992 K. 2012/18428 T. 30.5.2012

Yargıtay 12. HD., E. 2012/14076 K. 2012/31637 T. 6.11.2012

Yargıtay 12. HD E. 2013/4761 K. 2013/10699 T. 21.3.2013

Yargıtay 12. HD., E. 2016/20669 K. 2016/25953 T. 22.12.2016

Yargıtay 12. HD., E. 2016/25983 K. 2017/16147 T. 25.12.2017

Yargıtay 12. HD., E. 2016/25580 K. 2017/16396 T. 28.12.2017

Yargıtay 19. HD., E. 2017/2112 K. 2018/4426 T. 24.9.2018

Yargıtay 12. HD., E. 2018/14061 K. 2018/11983 T. 22.11.2018.

Yargıtay 12. HD., E. 2018/10962 K. 2019/14673 T. 14.10.2019

Yargıtay 12. HD, E. 2021/7558 K. 2022/553 T. 18.1.2022

İnternet Kaynakları

dalloz.fr

karamercanhukuk.com

Kazancı İctihat Bilgi Bankası

Lexpera İctihat Bankası

Serdar Kale, "İcra ve İflas Hukukunda Online Satış", *Lexpera Blog*, T. 05.11.2021 (Güncelleme: 05.12.2021)

swisslex.ch

Diğer Kaynaklar

TBMM Adalet Komisyonu Tutanakları, T. 05.11.2021; T:1, O:2

NEDEN İDARELER ARABULUCULUKTA ANLAŞAMIYOR? WHY CANNOT ADMINISTRATIONS AGREE IN MEDIATION?

Özden İPÇİ*

Özet: Ülkemizde alternatif çözüm yöntemlerinin hukuk alanında daha çok kullanılmaya başlanması ve bazı hukuki uyuşmazlıkların çözümünde zorunlu hale getirilmesi sonucunda idarelerin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıklar bakımından komisyonlar ile temsili zorunlu kılınmıştır. Söz konusu komisyonların karar alma süreçlerinde tam yetkili olduğu, komisyonların arabuluculuk faaliyeti içerisinde yaptıkları işlemler ve aldıkları kararlar yönünden mali ve idari yönden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Ancak uygulamada idarelerin hukuki uyuşmazlıklar üzerinde ne derece serbestçe tasarruf edebileceği ve arabuluculuk ile çözüme kavuşturulması kanun kapsamında düzenlenmediğinden idareler açısından arabuluculukta anlaşılması sonrası sorunlar meydana gelmektedir. Çalışmamız kapsamında arabuluculuk sürecinde idarelerin taraf olduğu hukuki uyuşmazlıkların çözümünde idareyi temsil eden komisyonlar açısından ortaya çıkan sorunların çözümüne katkı sunulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, İdare, Arabuluculuk Komisyonu, Kamu Zararı, Arabuluculuk Komisyonlarının Sorumluluğu

Abstract: As a result of the fact that alternative resolution methods have been used more in the field of law in our country and have been made compulsory in the resolution of some legal disputes, the representation of the administrations with commissions has been made compulsory in terms of legal disputes to which the administrations are a party. It is stated that the commissions in question are fully authorized in the decision-making processes, and that they cannot be held responsible financially and administratively in terms of the transactions they make and the decisions they take within the mediation activity. However, in practice, since the extent to which administrations can freely dispose of legal disputes and their resolution through mediation is not regulated within the scope of the law, problems arise after agreement in mediation for admin-

* Avukat, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, ozdenipci@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0863-1259, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.08.2023, Kabul Tarihi: 13.11.2023

istrations. Within the scope of our study, it is aimed to contribute to the solution of the problems that arise in terms of the commissions representing the administration in the resolution of legal disputes to which the administrations are a party in the mediation process.

Keywords: Mediation, Administration, Mediation Commission, Public Loss, Responsibility of Mediation Commissions

GİRİŞ

Özel hukuk uyuşmazlıklarında idarelerin taraf olduğu arabuluculuk süreçlerinin temsilinde komisyonların oluşturulmasına yönelik düzenlemeler meydana getirilmiştir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin tesis edilmesiyle birlikte, idareyi temsil eden komisyonların arabuluculuk süreçlerinde ne kadar yetkili olabileceği, sürecin sonunda sorumlu tutulma durumlarının nasıl oluşabileceği konusu çalışmamızda irdelenmiştir.

Çalışmamızın başlığını oluştururken de özellikle mevzuat ile uygulama arasındaki farklılıklar vurgulanmış olup, nihayetinde konuya ilişkin olarak uygulama sorunları dikkate alınarak eleştirilerimiz ve çözüm önerilerimiz sunulmaktadır.

I. ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA İDARELERİN TARAF OLDUĞU ARABULUCULUK SÜREÇLERİNİN TEMSİLİNDE KOMİSYONLARIN YAPISI VE İŞLEYİŞİ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin 8. ve 9. fıkrasında idareleri arabuluculuk müzakerelerinde temsil edecek komisyonun nasıl belirleneceği ve komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yapmış oldukları işler ve kararların doğan zararlar ve rücu işlemlerinin ne şekilde gerçekleşeceği yönünde düzenlemeler yapılmıştır. İdarelerin temsili konusunda kanunun yalnızca 2 fıkra ile düzenlemesine karşılık Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 18. maddesinde 12 fıkra olarak daha detaylı şekilde düzenlenmiştir.¹

¹ Pınar Çiftçi, "İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine Dair Özel Kurallar ve Uygulama Sorunlarının Değerlendirilmesi", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri tam metin kitabı, (453-466. ss.). İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2021, s. 454

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "Amaç ve kapsam" kenar başlıklı 1. maddesinin 2. fıkrasında: *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır"* diyerek hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun kapsamını belirlemiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin kapsamını düzenlediği 2. maddesinde de: *"Bu Yönetmelik; hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin her türlü arabuluculuk faaliyeti, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında idarenin temsili, dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk sürecinin usul ve esasları ile arabulucuların eğitimi, arabuluculuk sınavının yapılması, arabulucular sicilinin düzenlenmesi, arabulucuların ve eğitim kuruluşlarının denetlenmesi ile Arabuluculuk Daire Başkanlığı ve Arabuluculuk Kurulunun çalışma usul ve esaslarını kapsar"* şeklinde düzenleyerek özel hukuk uyuşmazlıklarında idarelerin temsilini kanuna nazaran yönetmelikle belirlendiği görülmektedir.

6325 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 8. fıkrası komisyonların kimlerden ve nasıl oluşturulacağını düzenlemektedir: *"Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder"* Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin "İdarelerin Temsili" başlıklı 18. maddesinde ise; *"Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı üst yönetici tarafından belirlenir. Yedek komisyon üyeleri de aynı usulle seçilir. Komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremez"* hükmü yer almaktadır. Mevzuat hükümleriyle idarelerin yalnızca bir üyeyi seçme konusunda avukat ya da hukuk müşavirinden seçmesi gerektiği yönünde takdir hakkının sınırlandırıldığı görülmektedir. Kalan iki üyeyi seçme yönünden ise idarelerin geniş bir takdir hakkı olduğu madde lafzından anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.01.2020 tarihli 2223 sayılı yazısında idarelerin arabuluculuk süreçlerine katılacak üyelerin seçiminde arabuluculuk eğitimi almış kişilerin öncelikli olarak tercih edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün yazmış olduğu bu yazıda

arabuluculuk eğitimi almış kişilerin idarelerde bulunması oldukça güçtür.² Çünkü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın kendi sitesinde yer verdiği "Sıkça Sorulan Sorular" bölümünde: "Arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesi mezunu olup, mesleğinde 5 yıllık kıdeme sahip kişiler tarafından alınabilir" şeklinde açıkça yazdığı üzere bu eğitimi alabilecek kişiler yalnızca hukuk fakültesi mezunu olup, mesleğinde 5 yıl kıdeme sahip olan kişiler olabilecektir.³ İdarelerin bünyesinde bulunan kamu avukatlarının dahi çok düşük bir kısmının arabuluculuk eğitimi aldığı düşünüldüğünde idarelerin komisyonlarında üye portföyünün genelde arabulucu sürecini bilmeyen üyelere oluşturacaktır. Bu durumun uygulamada idarelerin arabuluculuk süreçlerinde çekimser kalması, sürece dahil olmaması, teklif vermekten imtina etmesi, sunulan teklifleri ise değerlendirememesi gibi arabuluculuğun özüne aykırı sonuçlarla karşı karşıya kalınmasına sebebiyet verebilmektedir.

Arabuluculuk sürecine ve genelde arabuluculuğa konu olan uyuşmazlığa öncesinde vakıf olan hukukçu üye arabuluculukta karşı tarafla müzakere edip kararını buna göre şekillendirebilirken, komisyonun diğer üyelerinin uyuşmazlık konusuna ancak hukukçu üyenin kendilerine aktardığı kadarını ya da üyelerin kendi birimlerinde gerçekleşen bir uyuşmazlık ise bu şekilde bilgi sahibi olabildiklerinden müzakere etmeyeceklerdir.

İdareleri arabuluculuk süreçlerinde temsil eden komisyon üyelerinin tecrübesiz, arabuluculuk süreçlerine hâkim olmamasının bir diğer olumsuz sonucu Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 4. fıkrasında yer alan: "Komisyon kararlarını oy birliği ile alır" düzenlemesinde karşımıza çıkabilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere sağlıklı bir şekilde teklif sunamayan, gelen teklifleri değerlendirmeyen komisyonun, kendi içerisindeki müzakeresinde de oy birliğinin sağlanması oldukça güçtür. Kaldı ki oy çokluğu olması durumunda da neden anlaşma yapıldığı ya da anlaşma yapılmadığı yönünde elde geçerli bir dene olmayacaktır. Sayıştay denetimlerinde de oy çokluğu ile yapılan anlaşma sonucunda idarenin zarara uğratıldığından bahisle olumlu oy kullanan üyelerin soruşturulması veya neden anla-

² Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 20.01.2020 tarihli 2223 sayılı Komisyonların Arabuluculuk Uygulamasına İlişkin Konulu Yazısı

³ Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SSSorularDetay/1>, Erişim Tarihi: 22.08.2023

şılmadığı yönünde bir taleple gelindiği bu defa tam tersi olumsuz oy kullanan üye veya üyelerin denetime takılabileceği şüphesi oluşacaktır.⁴ Üyelerin farklı düşüncesinin oluşması halinde yine genellikle ufak şehirlerde neredeyse herkesin birbirini tanıdığı durumlarda üyelerin birbirini anlaşma yönünde ikna çabası farklı anlamlara yol açabileceği gibi, bu üye hakkında başka isnatlarda bulunabileceği şüphesi de oluşabilecektir. Bu nedenle komisyonu oluşturan üyeler arasında oy birliğinin sağlanması da bazı uyuşmazlıklarda zor olduğundan arabuluculuk faaliyetinden istenilen fayda elde edilemeyecektir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 5. fıkrasında: *"Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir"* hükmü ile komisyon üyelerinin üst amirlerinin oluru, onayı, rızası ve hatta haberi dahi olmaksızın karar alabileceği anlaşılmaktadır. Fakat uygulamadaki süreçler bu şekilde yürümektedir. Neredeyse tüm idarelerde karar alma süreçlerinde komisyonlar sadece elçi görevi görmekte, üst amirlerinin bilgisi, onayı dışında bağımsız bir şekilde hareket edemedikleri görülmektedir. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 20.01.2020 tarihli 2223 sayılı komisyonların arabuluculuk uygulamasına ilişkin konulu yazısında dahi komisyon üyelerinin öncelikle uyuşmazlık hakkında ön görüşme yapmasını, süreç hakkında bilgi sahibi olmalarını, ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri ilgili kurumlardan, birimlerden yazışarak temin etmesi istenilmektedir. Komisyon üyelerinin gerçekleştirdiği bu yazışmalar yalnızca bilgi edinmek amacıyla gerçekleşmemekte birçok zaman kurum olarak arabuluculuk sürecinde bir tekliflerinin olup olmadığı, gelen teklifleri ne şekilde karşılayacakları şeklinde olmaktadır.⁵⁶⁷

⁴ Gül Fiş Üstün, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.26, S.1, Haziran 2020, s.19

⁵ Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma ve Usul Esaslarına İlişkin Yönerge, https://gs.asbu.edu.tr/sites/idari_birimler/gs.asbu.edu.tr/files/inline-files/Arabuluculuk%20Komisyonu%20%C3%87a1%C4%B1%C5%9Fma%20ve%20Usul%20Esaslar%C4%B1na%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20Y%C3%B6nerge.pdf, Erişim Tarihi: 22.08.2023

⁶ Gebze Teknik Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul ve Esasları, https://www.gtu.edu.tr/fileman/Files/UserFiles/kalite/Y%C3%B6nergeler/YO-0053_Arabuluculuk_Komisyonu_Calma_Usul_ve_Esaslar_R0.pdf, Erişim Tarihi: 22.08.2023

⁷ Konya Teknik Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul ve Esasla-

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 19.10.2022 tarihli E-59155416-045.02-1990/30393 sayılı yazısında da: *“Hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Yönetmeliği'nin 18. maddesinin besinci fıkrasında ise “Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir” Yedinci fıkrasında ise; “Komisyon üyeleri, bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar” hükümleri yer almaktadır. Bu itibarla, söz konusu hükümler kapsamında görev yapan arabuluculuk komisyonları; arabuluculuk faaliyetleri sırasında arabuluculuk sürecine ilişkin danışmak istedikleri hususlarda Arabuluculuk Daire Başkanlığı Tetkik Hakimi ...'a 0 312 414 82 75 numaralı hattan ulaşabilirler”,* halen idarelerin arabuluculuk süreçlerinde anlaşma yönünde tereddütlerinin bulunduğu, bu tereddütlerin giderilmesi için Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yalnızca bir telefon numarasıyla danışmanlık almaktan ibaret bir çözüm sunduğu görülmektedir.⁸

Her ne kadar mevzuatta ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün yazısında komisyon üyelerinin karar alma konusunda tam yetkili olduğu belirtilmiş ise de bu durumun yalnızca kâğıt üstünde kaldığı görülmektedir. Buna neden olarak ise komisyon üyelerinin sorumluluk almamak adına hem üst amirlerinin talimatları doğrultusunda hareket etme hem de Sayıştay denetimlerinde kendilerinin soruşturulmasına ket vurmak olarak düşünülmektedir.

II. İDAREYİ TEMSİL EDEN KOMİSYON ÜYELERİNİN SORUMLULUK HALLERİ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15. maddesinin 9. fıkrasında: *“Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan*

rı, https://www.ktun.edu.tr/Resimler/Mevzuat/Konya_Teknik_Universitesi_Arabuluculuk_Komisyonu_Cal%C4%B1sma_Usul_ve_Esaslar%C4%B1.pdf, Erişim Tarihi: 22.08.2023

⁸ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 19.10.2022 tarihli 30393 sayılı Yazısı

üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder” hükmü yer almaktadır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 7. fıkrasında: *“Komisyon üyeleri, bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar”,* 8. fıkrasında: *“Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder”* 9. fıkrasında: *“Devlet aleyhine tazminat davası açılması hâlinde mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re'sen ihbar eder”* düzenlemeleri yer almaktadır.

İdareleri temsil eden komisyonların sorumluluğu açısından yukarıda belirtilen düzenlemeler dikkate alındığında, idarenin genel sorumluluk ilkesini daraltacak şekilde bir rücu ilişkisi düzenlenmiştir.⁹ Her ne kadar komisyonların arabuluculuk süreçlerinde tam yetkili olduğu ifade edilmişse de komisyonların arabuluculuk süreçlerinde vermiş olduğu kararlar hizmet faaliyetleridir. Hizmet faaliyetlerinde de idareyi zarar sokacak biçimde örneğin uyuşmazlık miktarının oldukça üzerinde bir tutarın komisyon tarafından teklif edilmesi, anlaşılan bir arabuluculuk tutarının başka bir mahkeme kararıyla aslında anlaşma tutarından daha düşük olması veya arabuluculukta anlaşmayla sonuçlanan bir uyuşmazlığın aslında mahkemeye gidilmesi halinde idarenin lehine sonuçlanacağı ve idarenin borçlanmayacağı gibi çoğaltabileceğimiz durumlarda idarenin zarara uğraması gündeme gelebilecektir.¹⁰

Komisyon üyelerinin doğabilecek zarardan sorumlu tutulabilmesi için de görevlerinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi gerektiği önkoşul olarak belirtilmiştir. Söz konusu bu düzenleme ile komisyon üyelerinin daha çok rahatladığı,

⁹ Asuman Çapar, “İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi”, *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7(59), (2526-2535 ss), 2020, s. 2531

¹⁰ Mehpare Çaptuğ, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulama Alanı ve Aksayan Yönleri”, *TBB Dergisi*, 157, 2021, s. 310

müzakereleri daha esnek bir biçimde sürdürecekleri ve takdir yetkisini yeterince kullanabilecekleri yönünde görüşler de mevcuttur.¹¹

Söz konusu düzenleme komisyonların daha rahat hareket edebilmesi açısından yerinde bir uygulama ve komisyonları anlaşma yönünde teşvik edici nitelikte olmasına rağmen söz konusu düzenleme kanunla düzenlenmediğinden dolayı işlevsel olamamıştır. Nitekim aşağıda belirteceğimiz Sayıştay denetimlerinde söz konusu yönetmelikte yer alan düzenlemelerin kanuna dayanmadığından geçerli olmadığı, bu sebeple arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlayan komisyon üyelerine zimmet çıkarılmasına uzanan bir süreç yaşanmıştır. Bu durumun yaşanmasında idarelerin özel hukuk uyuşmazlıklarında serbestçe tasarruf edememesi de başkaca bir gerekçe olmuştur. Söz konusu rücu düzenlemeleri her ne kadar iyi niyetli de olsa arabuluculuk yönteminin amacına ulaşmasını sağlayacak ölçüde olmadığından arabuluculuk uygulamasında idarelerin anlaşma yönünde ellerini bağlamaktadır.

Arabuluculuk süreçlerinde idareleri temsil eden arabuluculuk komisyonu üyelerinin olası bir anlaşma durumunda kendilerinin sorumlu tutulma düşüncesinin yanı sıra kurum içinde yer alan amirlerin de birçok uyuşmazlığın adli merciler tarafından çözümlenmesini daha uygun olduğu kanaatini getirmesiyle birlikte idareler arabuluculuk süreçlerinde anlaşmaya yanaşmamaktadır. Aslında birçok uyuşmazlık arabuluculuk müzakere aşamasında belki de idarenin oldukça lehine çözümlenebilecek iken anlaşma teşebbüsünde bulunulmaması nedeniyle uyuşmazlıklar dava yoluna gitmektedir. Bu yanlış uygulamaların değişmesi adına mutlaka kanuni bir düzenleme yapılarak idareleri temsil eden arabuluculuk komisyonlarına açıkça yetki verilmeli, komisyonlar uyuşmazlıkları serbestçe tasarruf edebilecekleri bir düzene kavuşturularak, idarelerimizin de arabuluculuk sürecinin bir tarafı olduğu hissettirilmelidir.¹²

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan " *tarafların üzerinde serbestçe tasarruf*

¹¹ Nilay Arat, Türk İdare Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 253

¹² Mustafa Serdar Özbek, "İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *TBB Dergisi*, 56, 2005, s. 94

edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir” düzenlemesi ile ancak sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edilmiştir. Buradan hareketle kamu düzenine ilişkin olan konular arabuluculuk kapsamı dışına alınmıştır.¹³ Kamu düzeni kısaca kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı kavramlarından oluşan geleneksel üçlü ile tanımlanmaktadır.¹⁴ Kamu düzenine ilişkin olmasından kaynaklı olarak re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmayacağı söylenebilecektir.

Birçok kurum yine kendi içlerinde oluşturdukları yönergeler, usul ve esaslar ile sorumluluk yönünden farklı düzenlemeler getirerek komisyon üyelerinin üzerindeki baskıyı azaltma ve zarardan diğer birimlerin sorumlu tutulmasını amaçlamışlardır. Bununla birlikte komisyon üyelerinin kendi özgür iradeleri ile teklif sunmasının önüne geçilerek, uyuşmazlıkla ilgili olan birimin teklif vermesinin sağlanarak, şayet doğabilecek bir zarardan komisyon üyelerinin sorumluluğunun doğmamasının amaçlandığı da görülmektedir.¹⁵¹⁶

İdarelerin kâr amacı gütmeyip, şirket mantığı ile yönetilmemesinden dolayı arabuluculuk sürecinde yer alan komisyon üyelerinin anlaşma halinde kamu zararından sorumlu tutulacakları endişesiyle anlaşmama iradesiyle masaya oturmaları bu gerekçelerle haklı görünmektedir. Kaldı ki komisyon üyelerinin ne derece özel hukuk uyuşmazlıklarını serbestçe tasarruf edebilecekleri de başkaca bir sorundur. Üst amirlerinden talimat almaksızın yüksek bedelli arabuluculuk konularında özgür iradeleriyle komisyonların hareket edemeyeceği ortadadır. Ayrıca 659 sayılı KHK’da bu konuda harcama yetkililerini de net şekilde belirlemektedir.

¹³ Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, Yetkin 2022, s.1499

¹⁴ Kemal Gözler, Kısa İdare Hukuku, Bursa, Ekin 2015, s. 166

¹⁵ Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Arabuluculuk Komisyonu Çalışma ve Usul Esaslarına İlişkin Yönerge, <https://kmu.edu.tr/mevzuat/bilgi/1857/arabuluculuk-komisyonu-calisma-ve-usul-esaslarina-iliskin-yonerge>, Erişim Tarihi: 23.08.2023

¹⁶ Maski Genel Müdürlüğü, Arabulucuk Komisyonu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge, https://www.maski.gov.tr/temin_dosyaları/Arabuluculuk_Komisyonu_Calisma_Usul_ve_Esaslari_Yonergesi.pdf, Erişim Tarihi: 23.08.2023

659 sayılı sayılı KHK'da genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesi amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda da idarelerin taraf oldukları uyuşmazlıkların, ihtilaflı tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli olarak değerlendirilerek, adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi öngörülmektedir. 659 sayılı KHK'da uyuşmazlık çözümünde önce sulh yoluna başvurulması, bundan sonuç alınmadığı takdirde, son çare dava açılması esası yer almaktadır. Böylece 659 sayılı KHK içeriğinden öncelikle idarelerin sulh yoluna başvurusu öncelikli olarak kabul edilmiştir.¹⁷

İdarelerin kanuni dayanağa sahip 659 sayılı KHK ile uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturabilecekleri öncelikli bir yol bulunmakta iken uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturması da ayrıca bir çelişkiye yol açmaktadır. Kaldı ki KHK'da yer alan sulh yolunda sorumluluk alanlarına/ miktarlarına göre harcama yetkililerinin belirlendiği, idarelerin yapabileceklerinin 659 sayılı KHK'da açıkça ortaya konulduğu dikkate alındığında arabuluculukta idareleri temsil eden komisyonlara nazaran serbestçe tasarruf edebilecekleri bariz bir şekilde ortaya konulmuştur. İdarelerin serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda arabuluculuk sürecinin en başında ölü doğduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

III. İDARELERİ ARABULUCULUK SÜREÇLERİNDE TEMSİL EDEN KOMİSYONLARIN SORUMLULUKLARINA YÖNELİK SAYIŞTAY'IN BAKIŞ AÇISI

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesi kamu zararı kavramını: "*Kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır*" şeklinde tanımlamıştır.¹⁸ Madde içeriğinden arabuluculukta idareyi temsil eden komisyonların faaliyetleri sebebiyle müzakerelerde teklif sunması, sunulan teklifleri değerlendirmesi gibi hususlarda inisiyatif alması durumlarında kamu zararının ortaya çıkabileceği çekincesi doğmaktadır.

¹⁷ Özbek, s. 1146

¹⁸ Resmî Gazete, 24.12.2003/25326

Bu sebeple komisyon üyelerinin ve idarecilerin Sayıştay denetimlerinden de çekinerek arabuluculuk masasına ketum bir anlaşmazlık sebebiyle oturmasına yol açmaktadır. Komisyonların arabuluculuk sürecinde arabuluculuk konusunun yargılama ile idarenin aleyhine çıkacağı, yargılama ile idarenin ayrıca yargılama giderleri ve avukatlık vekalet ücreti ödeyeceği, yargılamaların uzun sürmesi sebebiyle ilaveten faiz ödenmek zorunda kalınacağı gerekçeleriyle karşı tarafların makul tekliflerini kabul edebilecek iken idare amirlerinin Sayıştay denetiminden çekinerek arabuluculuk sürecinde anlaşmama yönünde talimatlar verdiği bilinmektedir. Buradan hareketle idarelerin arabuluculukta anlaşmaması gayet doğaldır. Bunun çözümü de açık kanuni düzenlemeler ile idarelerin arabuluculuk süreçlerinin Sayıştay denetimi açısından kısıtlanması olacaktır.¹⁹

İzmir Kalkınma Ajansı'nın 2019 yılı Sayıştay Denetim Raporunda: *"Arabuluculuk Kanununun Amaç ve Kapsam Başlıklı 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen; "Bu Kanun... ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır." Hükmüne göre arabuluculuk müessesinin uygulanabilmesi için ortaya çıkan özel hukuk uyuşmazlığının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğması gerekmektedir. Bir kamu tüzel kişisi olan kalkınma ajanslarının personel istihdamı, personele yapılacak ücret, mali ve sosyal haklar gibi konularda yapacakları işlemler ilgili mevzuatlar içerisinde düzenlenmiş olup, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan bir özel hukuk uyuşmazlığı değildir. Bu yüzden personele ödenecek ücret ve sosyal haklara ilişkin işlemler arabuluculuk faaliyeti kapsamında olmayıp, bu konularda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için arabuluculuk komisyonuna başvurulması mümkün değildir"* denilerek tarafların serbestçe tasarruf edemediği, arabuluculuk müessesisi içerisine girmeyen bu işlemler hukuki dayanaktan yoksun olduğundan dolayı kamu zararına sebebiyet verildiği tespitine yer verilmiştir.

İzmir Kalkınma Ajansı'nın 2020 yılı Sayıştay Denetim Raporunda: *"Mevzuatla açıkça belirlenen ödemeye ilişkin hususların "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan bir özel hukuk uyuşmazlığı" olamayacağı açıktır... arabuluculuk kararının adli, idari*

¹⁹ Çaptuğ, s. 311

yargı kararlarıyla benzetilip, sorgulanamaz, denetlenemez dokümanlar olarak değerlendirilmesi isabetli değildir... Arabuluculuk müessesesinin, kamu kurumlarının hukuk dışı işlemlerini bir anlaşmaya bağlamak suretiyle meşrulaştırmasının bir yöntemi hale getirilmesi ve denetim-yargı yolunun kapatılmasının kabul edilemeyeceği açıktır” denilerek hukuka aykırı nitelikteki kararların ve işlemlerin arabuluculuk faaliyeti ile meşrulaştırılmasının da kabul edilemeyeceğinden bahsedilmektedir.²⁰

Yine aynı raporda: *“Bir kamu kurumunun, “fazla mesai ücreti, işe iade tarihine kadar ödenmeyen maaşların ödenmesi, zam farkları, sair hak ve alacaklar”ı objektif olarak hesaplanması/belirlenmesi mümkün bulunmayan alacak kalemleri olarak nitelenmesi kabul edilebilir ve anlaşılır bulunmamıştır... Arabuluculuk müessesesi dahilinde, idarenin önceden yapmadığını belirttiği hesaplamaların kim tarafından, nasıl yapıldığı ve idarenin doğruluğunu bilmediği bu hesaplamaları nasıl onaylayıp, anlaşmaya vardığı belirsizdir”* denilerek arabuluculuk kapsamında gerçekleşen anlaşma çerçevesince ödeme yapılması Sayıştay tarafından kabul edilebilir bir yöntem olarak değerlendirilmemiştir.²¹ Arabuluculuk faaliyeti kapsamında 6325 sayılı Kanun’un 15/4 maddesi ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Arabulucu Yönetmeliği’nin 17/4 maddesi uyarınca hâkim tarafından yapılabilecek işlemlerin arabulucu tarafından gerçekleştirilmesine olanak tanınmamıştır. Arabulucunun bilirkişi incelemesi yapamayacağından Sayıştay denetim raporunda da bahsedildiği üzere yapılacak arabuluculuk sürecinde idareyi temsil eden komisyonların müzakere edeceği miktarları doğru bir şekilde değerlendirmesine imkân bulunmamaktadır. Bu sebeple tarafsız bilirkişiler tarafından belirlenmiş bir miktar üzerinden müzakere edilmemesinden kaynaklı komisyon üyelerinin anlaşma sağlayamaması başkaca bir yasal eksiklik olarak göze çarpmaktadır.²²

Sayıştay Birinci Dairesi’nin 2018/10843 Karar numaralı kararında istifa sebebiyle iş sözleşmelerinin sona eren işçilere kıdem tazminatı ödenmesi durumunda mevzuatta yer almayan bir ödeme söz konusu olduğundan dolayı kamu zararının oluştuğu belirlenmiştir. Kararda 6325 sayılı Kanun gereğince anlaşma belgelerine dayanarak ödemeyi

²⁰ İzmir Kalkınma Ajansının 2020 yılı Sayıştay Denetim Raporu, s. 15

²¹ İzmir Kalkınma Ajansının 2020 yılı Sayıştay Denetim Raporu, s. 19

²² Mehmet Karaaraslan, “İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi”, *TBB Dergisi*, 2019 (140), s.80

gerçekleştiren harcama yetkilileri ve gerçekleştirme görevlilerinin sorumlu olmadığı, üst yöneticinin ise 6325 sayılı Kanun gereğince idareyi temsil etmek üzere arabuluculuk komisyonu üyelerini görevlendirdiğinden dolayı kamu zararından sorumlu olmadığı tespit edilmiştir. 6325 sayılı Kanun'da yalnızca komisyon üyelerinin yaptığı işler ve aldığı kararlar neticesinde, üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmini ve rücu işlemleri Kanununun 15/9 maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen idarenin uğramış olduğu zarara yönelik herhangi bir kanuni düzenlenmeye yer verilmediğine vurgu yapılmıştır.²³

Kararın devamında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Arabulucu Yönetmeliği'nin 18. maddesinin yedinci fıkrasında: *"Komisyon üyeleri bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevlerinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar."* düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak bu düzenleme ile yasal dayanak olmaksızın komisyon üyelerine bir koruma getirildiğinden bahsedilmiştir. Bu sebeple kamu zararına sebebiyet veren komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyetinden dolayı idareyi temsilen anlaşma yaptıklarından dolayı sorumlu tutulmaları gerekir denilerek kamu zararından müştereken ve müteselsilen yasal faiziyle birlikte ödemelerini hüküm altına almıştır. Sayıştay'ın bu kararıyla idarede yer alan diğer üst derece amirlerin sorumlu tutulamayacağından bahisle yalnızca bütün yükü komisyon üyelerine yıkması idarelerin arabuluculuk süreçlerini baltalayacak niteliktedir. Sayıştay'ın yönetmelik maddesinin komisyon üyelerinin koruma kalkanı olmadığı, buradaki düzenlemenin yasal dayanağı olmaksızın yer aldığı tespitiyle idareyi temsil eden komisyon üyelerinin arabuluculukta özgür iradeleriyle, serbestçe tasarruf etmesi beklenemeyecektir.²⁴

SONUÇ

Sayıştay denetimleri sonucunda oluşturulan bulgu ve kararlarda uygulamada idarelerin özel hukuk uyuşmazlıklarını serbestçe tasarruf edemeyecekleri, idareleri temsil eden komisyonların yaptıkları işlemler ve aldıkları kararlarda yasal dayanak olmaksızın yalnızca yönetme-

²³ Sayıştay Başkanlığı Daire Kararları, 2018/10843 Karar

²⁴ Sayıştay, a.g.m.

likle koruma getirildiğinden idareleri zarara uğrattıklarından bahisle sorumlu tutulmaktadır. Arabuluculuk süreçlerinde idareyi temsil eden komisyon üyelerinin bu sebeple anlaşma halinde kamu zararından sorumlu tutulacakları endişesiyle anlaşmama iradesiyle masaya oturmaları bu gerekçelerle haklı görünmektedir.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın sunmuş olduğu istatistikler ve harici olarak kurumlara yapılan anlaşma yönündeki telkinlerle birlikte komisyonlar sadece anlaşma yönünden değil, "neden anlaşmadınız" şeklinde bir ikilime de girerek adeta ne yapacaklarını bilemedikleri bir duruma sokulmalarına sebebiyet verilmiştir. İdarelerin şirket mantalitesiyle yönetilmediğinden ve doğabilecek zararlardan komisyon üyelerinin sorumlu tutulması korkusundan dolayı idarelerin arabuluculuk safhasında neden anlaşmamaya meyilli olduğu bu sayede açıklığa kavuşmaktadır.

Kaldı ki komisyon üyelerinin ne derece özel hukuk uyumsuzluklarını serbestçe tasarruf edebilecekleri de başkaca bir sorundur. Bu sorunun üstesinden gelinebilmesi için idarelerin serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerin neler olduğu açıkça yasada belirtilerek, bu şekilde idarelerin hangi uyumsuzlukları serbestçe tasarruf edebileceği ve arabuluculuğa tabi olduğu konusundaki belirsizliklerin giderilmesi sağlanmalıdır.

Bununla birlikte komisyonların yönetmelikte her ne kadar müzakerelerde tam yetkili olduğu hususu belirtilmişse de bu durumun 659 sayılı KHK başta olmak üzere diğer kanun hükümleriyle de çeliştiği, uygulama yönünden de alt-üst ilişkisini kaldırdığından hiyerarşik yapıyı bozduğu söylenebilecektir. Mevcut komisyon üyeleri yerine ilgili idarelerin özellikle 659 sayılı KHK'da belirlenen harcama yetkilileri ile üst amirlerinin de komisyonda yer almasının sağlanması idarelerin arabuluculuk süreçlerinde önem arz edecektir. İdareleri temsil eden komisyon üye yapısının da harcama yetkililerinin ve üst yöneticilerin de söz sahibi olduğu bir şekle büründürülmesi idarelerin arabuluculuk süreçlerinde daha rahat bir şekilde müzakere yapmasına imkân sağlayacaktır.

Hem Sayıştay denetimlerinde idareyi temsil eden arabuluculuk komisyonlarına yöneltilen sorumluluklar hem de arabuluculuk mev-

zuatındaki boşluklar nedeniyle idarelerin özel hukuk uyumsuzluklarında serbestçe tasarruf edip edemeyecekleri, idareleri temsil eden komisyonların yaptıkları işlemler ve kararlar yönünden sorumluluğunda yaşanan problemler incelenerek, bu problemlere çözüm getirilmesi için öncelikle çalıştaylar düzenlenerek uygulamadaki sorunların tam olarak tespitinin gerçekleştirilmesi, akabinde de bu sorunların çözümüne yönelik somut fikirlerin sunulması ve uygulamadaki aksaklıkları giderecek biçimde yasal dayanakların oluşturulması gerekmektedir.

Yasal dayanakların oluşturulması konusunda Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün etkin bir rol alması ve idareleri temsil eden komisyonların arabuluculuk süreçlerinde tam yetkili olduklarının sadece yönetmelik bazında düzenlendiğinin yeterli olmadığı bilincine varması gerekmektedir. İdarelerin arabuluculuk süreçlerinde anlaşma yönünde serbestçe müzakere edebilmesinin yolu kanuni açıdan eksikliklerin tamamlanmasından geçmektedir.

Komisyon üyelerinin özellikle Sayıştay denetiminden dolayı arabuluculukta anlaşma taraftarı olmamasının önüne geçilmesi için kamu kurumlarının anlaşma belgelerinin Sayıştay denetimi kapsamında çıkarılması idarelerin arabuluculuk süreçlerinde önemli olacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

Gözler Kemal, Kısa İdare Hukuku, Bursa, Ekin 2015

Özbek Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, Yetkin 2022

Makaleler

Çapar Asuman, "İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi", *Journal of Social and Humanities Sciences Research*, 7(59), (2526-2535 ss), 2020

Çaptuğ Mehpere, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulama Alanı ve Aksayan Yönleri", *TBB Dergisi*, 157, 2021

Karaaraslan Mehmet, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", *TBB Dergisi*, 2019 (140)

Özbek Mustafa Serdar, "İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", *TBB Dergisi*, 2005 (56)

Üstün Fiş Gül, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.26, S.1, Haziran 2020

İnternet Kaynakları

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SSSorularDetay/1>, Erişim Tarihi: 22.08.2023

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma ve Usul Esaslarına İlişkin Yönerge, https://gs.asbu.edu.tr/sites/idari_birimler/gs.asbu.edu.tr/files/inline

-files/Arabuluculuk%20Komisyonu%20%C3%87a1%C4%B1%C5%9Fma%20ve%20Usul%2

0Esaslar%C4%B1na%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20Y%C3%B6nerge.pdf

Gebze Teknik Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul Ve Esasları, https://www.gtu.edu.tr/fileman/Files/UserFiles/kalite/Y%C3%B6nergeler/YO0053_Arabuluculuk_Komisyonu_Calma_Usul_ve_Esaslar_R0.pdf

Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Arabuluculuk Komisyonu Çalışma ve Usul Esaslarına İlişkin Yönerge, <https://kmu.edu.tr/mevzuat/bilgi/1857/arabuluculuk-komisyonu-calisma-ve-usul-esaslarina-iliskin-yonerge>, Erişim Tarihi: 23.08.2023

Konya Teknik Üniversitesi, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul ve Esasları, https://www.ktun.edu.tr/Resimler/Mevzuat/Konya_Teknik_Universitesi_Arabuluculuk_Komisyonu_Cal%C4%B1sma_Usul_ve_Esaslar%C4%B1.pdf,

Maski Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Komisyonu Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönerge, https://www.maski.gov.tr/temin_dosyaları/Arabuluculuk_Komisyonu_Calisma_Usul_ve_Esasları_Yonergesi.pdf, Erişim Tarihi: 23.08.2023

Diğer Kaynaklar

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 20.01.2020 tarihli 2223 sayılı Komisyonların Arabuluculuk Uygulamasına İlişkin Konulu Yazısı

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, 19.10.2022 tarihli 30393 sayılı Yazısı

Arat Nilay, Türk İdare Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı, Doktora Tezi, İstanbul 2009)

Çiftçi Pınar, "İdarenin Taraf Olduğu Arabuluculuk Süreçlerine Dair Özel Kurallar ve Uygulama Sorunlarının Değerlendirilmesi.", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri tam metin kitabı, (453-466. ss.). İstanbul: İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2021

İzmir Kalkınma Ajansının 2020 yılı Sayıştay Denetim Raporu

TARIMSAL ÜRETİM MODELİ VE TARIMSAL ÜRETİM SÖZLEŞMESİ

AGRICULTURAL PRODUCTION MODEL AND AGRICULTURAL PRODUCTION CONTRACT

Hayriye ŞEN DOĞRAMACI*

Özet: Ülkemizde 80'li yıllardan itibaren tarımsal üretim modeli uygulanmaya başlamıştır. Devlet politikalarıyla da desteklenen tarımsal üretim modelinde üretim alıcının talepleri doğrultusunda yapılır. Anılan modelde üreticiler ve alıcılar arasında yapılan bir sözleşmeyle üretimin tüm ayrıntıları belirlenir, olası risk dağılımına yer verilir. Bu sayede kaynakların verimli şekilde kullanılması amaçlanır. Tarımsal üretim modeli taraflar arasında yapılan tarımsal üretim sözleşmesiyle hayat bulur. Tarımsal üretim sözleşmesi Tarım Kanunu'nun 13. maddesinde ve anılan hükme dayanılarak hazırlanan yönetmelikte düzenlenmiştir. Tarımsal üretim modelinin ihtiyaçları doğrultusunda şekillenen tarımsal üretim sözleşmesi kimi zaman bu amacı sağlamak gerekçesiyle klasik sözleşmelere ilişkin çözümlerden ayrılmıştır. Tarımsal üretim sözleşmesinde üretim alıcı için yapılır bu nedenle de alıcıya ürünleri satın alma yükümlülüğü getirilmiştir. Yine anılan sözleşmede kanun gereği ürünlerin teslimini garanti altına almak için sözleşmede ceza koşuluna yer verilmesi zorunluluğuna işaret edilmiştir. Oysa sözleşmelerde ceza koşuluna yer verilip verilmeyeceği tarafların iradesine bırakılmıştır. Tarımsal üretim sözleşmesi dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alır. Bu sayede taraflar arasındaki uyuşmazlığın yargı mercileri önüne gelmeden çözüme kavuşturulması sağlanmış olur.

Anahtar Kelimeler: Tarım, Tarımsal Üretim Modeli, Sözleşme, Tarımsal Üretim Sözleşmesi, Arabuluculuk

Abstract: Since the 1980s, an agricultural production model has been implemented in our country. Supported by government policies, this agricultural production model is based on the demands of the buyers. In this model, a contract is made between producers and buyers, outlining all the details of production and distributing

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hayriyes@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9186-4407, Makalenin Gönderim Tarihi: 13.11.2023, Kabul Tarihi: 08.12.2023

possible risks. This is aimed at the efficient use of resources. The agricultural production model comes to life through an agricultural production contract between the parties. The agricultural production contract is regulated in Article 13 of the Agricultural Law and the regulation prepared based on this provision. Depending on the needs of the agricultural production model, the agricultural production contract sometimes deviates from conventional contracts to achieve its goals. In the agricultural production contract, production is done for the buyer, which is why the buyer is obligated to purchase the products. Furthermore, in this contract, it is indicated that, according to the law, a penalty clause must be included in the contract to guarantee the delivery of the products. However, the inclusion of a penalty clause in contracts is left to the discretion of the parties. The agricultural production contract falls within the scope of mediation as a precondition for litigation. This ensures that disputes between the parties are resolved through mediation before reaching the judicial authorities.

Keywords: Agricultural, Agricultural Production Model, Contract, Agricultural Production Contract, Mediation

GİRİŞ

Tarihsel süreç içerisinde kişiler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinin araçlarından biri de sözleşmeler olmuştur. Sözleşmelerde kişiler arasındaki ilişkiler ne kadar ayrıntılı olarak belirlenirse ileride karşılaşılabilecek belirsizliklerde o oranda azalır. Tarımsal üretim sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi ihtiyaçların sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Tarımsal üretim sözleşmesi, çoğalan nüfus artışı sonucu kıt kaynakların mümkün olduğunca verimli şekilde kullanılması gerekliliğinin bir sonucudur. Tarımsal üretim sözleşmesinde üretim baştan belirlenen ihtiyaçlar esas alınarak yapılır. Bu nedenle sözleşmenin sonunda alıcının teslim alacağı ürünler hem nitelik hem miktar olarak başlangıçta belirlenmiştir. Üretimden mümkün olduğunca çok verim alınabilmesi için alıcılar üretim sürecine müdahale ederler. Alıcılar, gerek üretim süreci devam ederken yaptıkları kontrollerle gerek alıcı tarafından sözleşme karşılığı yapılan üretim faaliyetleri ile ilgili her türlü girdi ve nakdi avans sayesinde üretimin başarıya ulaşmasını sağlarlar. Tarımsal üretim sözleşmesinde, alıcılar, sözleşme konusu ürünleri satın almayı garanti eder. Bu durum üreticilerin ürünlerinin pazarlanmasına yönelik sıkıntılarla karşılaşmamasını sağlar. Tarımsal üretim sözleşmesinde belirsizliklerin mümkün olduğunca önüne geçilmeye çalışılır. Borcun ifasını imkânsız kılan veya güçleştiren durumların gerçekleşmesi halinde sözleşmeye konulan hükümlerle risk paylaşılır. Yine benzer

bir amacı temin etmek üzere kanunla sözleşme taraflarına sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmiştir.

Tarımsal üretim sözleşmesi ülkemizde Tarım Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme dayanılarak çıkarılan yönetmelikle de konunun ayrıntılarına yer verilmiştir.

I. TARIMSAL ÜRETİM MODELİ

A. Genel Olarak

Değişen sosyo-ekonomik ihtiyaçlar sonucunda pazarlama teknikleri gibi pek çok şeyin yanı sıra tarımda üretim modelleri de değişmiştir. Tarım sektöründeki gelişim tarımsal üretim metotlarının yaygınlaşması ile gerçekleşmiştir.

Tarımsal faaliyetlerin yürütülmesinde doğal olayların yarattığı belirsizlik inkâr edilemez. Kuraklık, sel, don vb. değişken hava olayları ve hastalıklar tarımsal üretimin kontrolünü zorlaştırır. Farklı coğrafi koşullar ve toprak çeşitliliği ise üretimin standartlaştırılmasını engeller. Bunun yanı sıra üretim araçlarına sahip çiftçilerin ürün tercihleri ve ürünün miktarını keyfi olarak belirlemesi arz ve talep arasındaki dengenin bozulması sonucunu doğurur.¹ Yine birtakım ürünler bakımından üretim yılın belirli zamanlarında yapılabilirse de ürüne olan talep tüm yıla yayılabilir. Bu durumda depolama zorunluluğu ortaya çıkar. Depolama zorunluğu küçük tarım işletmeleri için bir yük teşkil eder.²

Üretim biçiminde gözlemlenen yapısal değişim tarımsal üretim modeli şeklinde görünürlük kazanmıştır. Anılan modelde, üreticiler, ürünün belirli bir zamanda, belirli bir miktar ve kalitede teslimini ta-

¹ Erkan Aktaş/Metin Altuok/Mehmet Songur, "Farklı Ülkelerdeki Tarımsal Destekleme Politikalarının Tarımsal Üretim Üzerine Etkisinin Karşılaştırmalı Analizi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 15, S. 4, 2015, s. 57; Bahattin Çetin, *Tarım Sigortaları*, Ankara, Nobel Yayınevi, 2007, s. 56; İlker Kılıç/Özgür Bor, "Sözleşmeli Tarım, Devlet ve Hukuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 86, 2009, s. 103.

² Bahadır Aydın, "Tarımsal Sözleşmeli Üretim Modeli", *Ekonomik Yaklaşım*, C. 18, S. 65, 2007, s. 92; Çetin, s. 56; Tuğba Çiftçi, "Tarım Sigortalarının Devlet Tarafından Desteklenmesi ve Tarım Sigortaları Havuzu Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2014, s. 526.

ahhüt ederken, sözleşmenin karşı tarafı, ürünü belirli fiyattan satın almayı garanti eder yine üretim faaliyetleri için gerekli girdi, teknik bilgi ve hizmetleri sağlama borcu altına girer.³

Tarımsal üretim modeli,⁴ tarımın endüstrileştirilmesini de beraberinde getirmiştir.⁵ Anılan model üretici, toptancı, işleyici, perakendeci, paketleyici, üretici organizasyonları gibi kurumlar arasındaki sözlü ve yazılı anlaşmalarla şekillenir.⁶ Bu hususta dikey bütünleşmelerin rolü büyüktür.⁷ Dikey anlaşmalar, tarımsal üretici, firma ile ticaret kesimi arasında gerçekleşir.⁸

B. Ülkemizde

Tarımsal üretim modelinin ülkemizde neo-liberal politikaların yükselişe geçtiği 1980'li yıllarda ortaya çıktığı kabul edilir. Her türlü devlet müdahalesini reddeden neo-liberal politikaların bir etkisi olarak geleneksel üretim biçimlerinde yapısal bir değişikliğe gidilmiştir.⁹ Tarımsal üretim modelinde işletici şirketler, üretim sürecinin denetimini, kalite ve zamanlamayı garanti eder ve piyasa değişimlerine uyum sağlayarak büyüme ve ürün çeşitliliğinin artmasına yardımcı olurlar.¹⁰ Bu yönüyle tarımsal üretim modelinin ülkemiz gibi küçük tarım işletme-

³ Kılıç/Bor, s. 106.

⁴ Doktrinde sözleşmeli tarımın üç uygulama biçimi olduğu kabul edilir. "Piyasa karşılığı anlaşma" olarak adlandırılan ilk modelde alıcı ve satıcı, gelecekteki alış ve satışın koşullarına karar verir. "Kaynak karşılığı anlaşma" adı verilen ikinci modelde, taraflar arasındaki pazarlama anlaşmasının yanı sıra, satıcı, arazinin hazırlanması ve teknik danışmanlık sağlamayı taahhüt eder. "Yönetim belirtimi" olarak adlandırılan üçüncü modelde, üretici örgütlenen üretim yöntemini, girdi kullanım sistemleri ile hasat zamanını ve biçimini izlemeyi kabul eder: Kılıç/Bor, s. 106.

⁵ Kılıç/Bor, s. 104.

⁶ Aydın, s. Kılıç/Bor, s. 105.

⁷ Aydın, s. 95; Kılıç/Bor, s. 104; Özgür Teoman/N. Barış Tartıcı, "Türkiye Tarımında Sözleşmeli Üreticilik-Kapitalist Dönüşümde Bir Halka Olabilir Mi?" *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 2, 2012, s.172 Dikey bütünleşme veya entegrasyon (vertical integration), herhangi bir mal veya hizmetin üretiminden satışına kadar farklı aşamalarında çalışan işletmeler arasında yapılan birleşmelerdir.; Ahmet Özçelik/ Ahmet Turan/Harun Tanrıvermiş, "Türkiye'de Tarımın Pazara Entegrasyonunda Sözleşmeli Tarım ve Bu Modelin Sürdürülebilir Kaynak Kullanımı ile Gelir Üzerine Etkileri", *Tarımsal Ekonomi Araştırma Enstitüsü*, Ankara, 1999, s. 6.

⁸ Aydın, s. 95; Kılıç/Bor, s. 104; Teoman/Tartıcı, s. 172.

⁹ Aktaş/Altıok/Songur, s. 56; Kılıç/Bor, s. 103; Teoman/ Tartıcı, s.171.

¹⁰ Kılıç/Bor, s. 107; Teoman/Tartıcı, s. 173.

lerinin tarımsal üretimde hâkim olduğu ülkeler bakımından elverişli bir model olduğu savunulur.¹¹

Tarımsal alanda yaşanan gelişmeleri konu alan kanuni düzenlemeler bu alanda yaşanan gelişmeleri takip etmekte geç kalmıştır. Tarımsal üretim¹² diğer bir deyişle sözleşmeli tarım ülkemizde 18 Nisan 2006 tarihli 5488 sayılı Tarım Kanunu'nun 13. maddesi ve bu maddeye dayanılarak hazırlanan 26 Nisan 2008 tarih ve 26858 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konan Sözleşmeli Üretim ile İlgili Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te hüküm altına alınmıştır. Anılan yönetmelikte 05.09.2014 tarihinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Güncel gelişmeler esas alınarak mevcut yönetmelik yürürlükten kaldırılmış 15.09.2023 tarih ve 32310 sayılı Resmî gazetede yayımlanan "Sözleşmeli Üretim Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"¹³ yürürlüğe konulmuştur.

Tarım Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin "h" bendinde tarımsal üretim şu şekilde tanımlanmıştır. *"Üretici ve yetiştiriciler ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin karşılıklı menfaat esaslarına dayalı yazılı akitlerle yürütülen tarımsal üretim şekli"*. Benzer bir tanıma yönetmelikte de yer verilmiştir. Anılan Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin "t" bendine göre, *"Tarımsal üretim: Toprak, su ve biyolojik kaynaklar ile birlikte tarımsal girdiler kullanılarak yapılan bitkisel, hayvansal, su ürünleri, mikroorganizma ve enerji üretimini, ifade eder.*

¹¹ Özçelik/Turan/Tanrıvermiş, s. 1; Teoman/Tartıcı, s. 174; Tarımsal üretimin eleştirisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s. 98-99; Teoman/Tartıcı, s. 174-175.

¹² Tarımsal üretimin kanun ve yönetmelik çerçevesinde düzenlenmesi nispeten yeni olmakla birlikte konu ilişkin ilk düzenlemeler çeşitli tarihlerde çıkarılan tebliğler aracılığıyla olmuştur. Türkiye'de sözleşmeli üretimle ilgili ilk düzenleme, 30 Haziran 1996 tarih ve 22682 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Sözleşmeli Tarımsal Ürün Yetiştiriciliği ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ"le yapılmıştır. Ardından 1 Ağustos 1998 tarih, 23420 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan "Sözleşmeli Ürün Yetiştiriciliği ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" ile yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu tebliğlere göre yapılması beklenen sözleşmeli üretime, 27 Şubat 1999 tarih, 23624 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan "Hayvancılığın Geliştirilmesi Hakkında Kararın Uygulama Esasları Tebliği" ile yeni bir boyut kazandırılmıştır. 2 Haziran 2000 tarih ve 24067 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2000/467 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile "Hayvancılığın Desteklenmesi Hakkında Tebliğ" de 1999 tarihli tebliğdeki yapı korunarak ilaveler yapılmıştır.

¹³ Sözleşmeli Üretim Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik çalışmanın devamında yalnızca yönetmelik şeklinde anılacaktır.

Tarımsal üretimin sınırları ülkemizde oldukça geniş çizilmiş, gündelik dilde kullanılan anlamının dışına çıkmıştır. Tarımsal üretim kapsamında yalnızca bitkisel üretim değil, hayvansal üretim, su ürünleri, mikroorganizma ve hatta enerji üretimi de yer alır. Bu nedenle tarımsal üretimi farklı sözleşme konularına uygulanabilen bir model şeklinde nitelendirmek isabetli olur.

II. TARIMSAL ÜRETİM SÖZLEŞMESİ

A. Tanım

Tarımsal üretim sözleşmesi,¹⁴ Yönetmeliğin 4. maddesinin “u” bendinde yer alır. Anılan hükme göre, “*Tarımsal üretim sözleşmesi: Bu Yönetmelik esaslarına göre düzenlenerek taraflar arasında yazılı olarak akdedilen sözleşme*” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 8. maddesi “*Tarımsal Üretim Sözleşmesi*” başlığını taşır. Anılan hükmün 1. fıkrası şu şekildedir: “*Tarımsal üretim sözleşmesi en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde 3 nüsha olarak düzenlenir. Sözleşmenin güvenli elektronik imza veya el yazısıyla imzalanmış olması zorunludur*”.

Her iki tanım da sözleşmenin şekline ilişkin açıklamalara yer verildiği, sözleşmenin esaslı unsurlarını içerir şekilde bir tanım yapılmadığı görülür.

Tarımsal üretim modelinin amacından hareketle, tarımsal üretim sözleşmesini şu şekilde tanımlamak mümkündür. Tarımsal üretim sözleşmesi, üretici ile alıcılar arasında kurulan, üreticilerin ürünün yetiştirilmesi sorumluluğunu yüklediği, sözleşmenin karşı tarafını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin ise elde edilecek ürünün bedelini ödemeyi, ürünün yetiştirilmesi için gerekli girdileri sağlamayı ve belirli koşullarda ürünü almayı garanti ettiği sözleşmedir.¹⁵

¹⁴ Tarımsal üretim sözleşmesinin bir örneğine Tarım ve Orman Bakanlığı'nun sayfasında yer verilmiştir. Anılan sözleşme 2019-2020 üretim yılı tohumluk hububat üretim sözleşmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://arastirma.tarimorman.gov.tr.erisim tarihi: 21.09.2023>.

¹⁵ Aydın, s. 95; Teoman/Tartıcı, s. 172.

B. Tarımsal Üretim Sözleşmesinin Konusu

Tarımsal üretim sözleşmesinin konusunu belirlerken her şeyden önce, Tarım Kanunu'nun "tanımlar" başlıklı 3. maddesinin "ı" bendinde yer alan tarım tanımından hareket etmek gerekir. Anılan hükme göre; "*Tarım: Doğal kaynakları uygun girdilerle birlikte kullanarak yapılan her türlü üretim, yetiştirme, işleme ve pazarlama faaliyetlerini*" ifade eder. Hükümün lafzından da anlaşılacağı üzere tarım faaliyeti birbirinden farklı görünümelerde ortaya çıkabilir. Bir şeyin üretilmesi, yetiştirilmesi, işlenmesi ve hatta pazarlanması bu kapsamda değerlendirilir. Bu nedenle gündelik dildeki yaygın kullanımının aksine tarımsal üretim, bitkisel ürünlerin toprakta yetiştirilmesi ile sınırlı değildir. Denizlerde kurulan çiftliklerde balık üretilmesi de tarım faaliyeti olarak değerlendirilir. Aynı maddenin "j" bendinde yer alan tarımsal üretim tanımı da yukarıda verilen örneği destekler niteliktedir. Buna göre *tarımsal üretim, toprak, su ve biyolojik kaynaklar ile birlikte tarımsal girdiler kullanılarak yapılan bitkisel, hayvansal, su ürünleri, mikroorganizma ve enerji üretimini* konu alır. Aynı tanım Yönetmeliğin "t" bendinde tekrarlanmıştır. Sözü geçen tanımda bitkisel, hayvansal, su ürünleri ile mikroorganizma üretiminin yanı sıra enerji üretiminden de söz edilmiştir. Enerji üretimi denilince bu kapsamda, güneş enerjisi, rüzgâr enerjisi, biokütle enerjisi,¹⁶ jeotermal enerji, hidroelektrik enerjisi, hidrojen enerjisi, dalga enerjisi akla gelir.

Tarımsal üretim kapsamında bir şeyin üretilmesi, yetiştirilmesi gibi yeni bir ürün meydana getirilmesinin yanı sıra var olan bir şeyin işlenmesi de tarımsal üretim olarak değerlendirilmiştir. İşleme, var olan bir şeyi emek sarf ederek yeni bir şekle sokmak şeklinde tanım-

¹⁶ Biyokütle terimi ile belirli bir zaman, alan ya da hacim ölçüsünde toprak üstünde ve altında yaşayan bitkisel ve hayvansal maddelerin miktar anlaşılır. Biyokütle enerjisini modern ve klasik anlamda olmak üzere iki grupta ele almak mümkündür. Birincisi; konvansiyonel ormanlardan elde edilen yakacak odun ve yine yakacak olarak kullanılan bitki ve hayvan atıklarından olur. İkincisi, yani modern biyokütle enerjisi; enerji ormancılığı ve orman-ağaç endüstrisi atıkları, tarım kesimindeki bitkisel atıklar, kentsel atıklar, tarıma dayalı endüstri atıkları olarak sıralanabilir. Bu materyaller biyokütle yakıt teknikleri ile işlenerek katı, sıvı ve gaz yakıtlara çevrilir: Ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Demirtaş/Vedat Gün, "Avrupa ve Türkiye'deki Biyokütle Enerjisi", *Celal Bayar Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, 2007, s. 50; Murat Topal/E. Işıl Topal, "Ürün Bitkilerinden Yenilenebilir Enerji Kaynağı Biyokütle Enerjisi Potansiyelinin Belirlenmesi: Afyonkarahisar İli Örneği (2006-2010)", *Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, 2012, s. 2.

lanır. İşlemeye ilişkin tanım yapılırken TMK m. 775'te yer alan işleme tanımından hareket edilmiştir. Anılan hüküm taşınır mülkiyetinin kazanılması başlığı altında düzenlenmiştir. TMK m. 775'te işleme konusu şeyin mülkiyetinin işleyenden başka bir kişiye ait olması halinde işlemenin mülkiyetinin kime ait olacağı sorusuna cevap aranır. Tarımsal üretim kapsamında ürünlerin, üretilmesi ve yetiştirilmesinin yanı sıra işlenmesinden söz edilmiş, işleme konusu şeyin mülkiyetinin işleyenden farklı bir kişiye ait olması halinde işlemenin mülkiyetinin kime ait olacağı hususu düzenlenmemiştir. Bu olasılıkta mülkiyetin kime ait olacağı konusunda bir sorunla karşılaşıldığında sorunu TMK m. 775 çerçevesinde çözmek isabetli olacaktır.

Son olarak ne yeni bir ürünün meydana getirildiği ne de işlenmesinin söz konusu olmadığı pazarlama faaliyetleri de tarımsal üretim şeklinde değerlendirilmiştir. Pazarlama, genel olarak kişilerin ihtiyaç duydukları ürünler yaratarak, sunarak, başkalarıyla değiş tokuş ettikleri sosyal ve yönetsel bir süreç şeklinde tanımlanır.¹⁷ Pazarlama kavramı, pazarlamaya konu olan ürüne göre farklı isimler alır. Tarımsal pazarlama, tarımsal ürünün ilk üretim anından nihai tüketicinin eline geçene kadarki süreçte yürütülen tüm ticari faaliyetleri ifade eder.¹⁸

C. Tarımsal Üretim Sözleşmesinin Şekli

Tarımsal üretim sözleşmesinin şekline ilişkin Yönetmeliğin muhtelif maddelerinde hükümler sevk edilmiştir. Yönetmeliğin "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 4. maddesinin "o" bendinde sözleşmeli üretimin yazılı akitlerle şekillenen bir üretim yöntemi olduğu ifade edilmiştir. Yine tarımsal üretim sözleşmesinin tanımlandığı "u" bendinde sözleşmenin yazılı olarak akdedileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan Yönetmeliğin "Genel Esaslar" başlığını taşıyan 5. Maddesinin 3. fıkrasında, tarımsal üretim sözleşmesinin Bakanlığın belirlediği tip sözleşme örneklerine uygun olarak düzenleneceği belirtilmiştir. Yönetmeli-

¹⁷ Yukarıda verilen tanım dışında pazarlama, bireysel ve örgütsel amaçları tatmin eden mübadele yaratmak için ürün/ hizmetlerin fiyatlandırılmasını, tutundurulmasını ve dağıtımını planlama ve yürütme süreci şeklinde tanımlanacağı gibi pazarlama, iki taraf arasında ürün ve hizmet alışverişi şeklinde de tanımlanabilir: Yasemin Gedik, "Tarımsal Pazarlama: Faydaları, Zorlukları ve Stratejileri Üzerine Kavramsal Bir Çerçeve", *Turizm Ekonomi ve İşletme Araştırma Dergisi*, C. 5, S. 1, 2023, s. 134.

¹⁸ Gedik, s. 137.

ğin “Tarımsal Üretim Sözleşmesi” başlıklı 8. maddesinin I. fıkrasında, tarımsal üretim sözleşmesinin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde üç nüsha olarak düzenleneceği, sözleşmenin güvenli elektronik imza veya el yazısıyla imzalanmış olmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Son olarak 8. maddenin 4. fıkrasında sözleşmenin zorunlu içeriği olduğu kabul edilen hususlara yer verilmiştir.

Tarımsal üretim sözleşmesinin şeklini konu alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde, tarımsal üretim sözleşmesinin en azından adi yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak sözleşmenin şekline ilişkin bir karara varabilmek için tanımlar kısmında yer alan bu ifade tek başına yeterli değildir. Yönetmeliğin 8. maddesinin 4. fıkrasında sözleşmenin zorunlu içeriğini oluşturan hususlar tek tek sayılmıştır. Bu haliyle tarımsal üretim sözleşmesi için öngörülen şeklin nitelikli yazılı şekil olduğu düşünülebilir.¹⁹ Fakat bu nitelenmenin de Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasıyla tamamlanması gerekir.

Anılan hükme göre; “Taraflar, tarımsal üretim sözleşmesini Bakanlığın belirlediği tip sözleşme örneklerine uygun olarak düzenler”. Tip veya formüller sözleşmeler, ileride sözleşmeye taraf olacak kimseler için belirlenmiş sözleşme koşullarının, önceden hazırlanmış sözleşme örneklerinden yararlanılarak tespit edileceği anlamını taşır.²⁰ Tip sözleşmeler, önceden hazırlanmış sözleşme koşulları içermeleri nedeniyle genel işlem koşulları içeren sözleşmelerle benzerlik gösterir. Ancak ikisi arasında esaslı bir fark vardır. Genel işlem koşulları içeren sözleşmelerde sözleşme koşulları, birden çok sözleşmede kullanılmak

¹⁹ Yasa tarafından müdahale edilerek daha etkili veya nitelikli hale getirilen yazılı şekil için bu niteliği belirtmek amacıyla “nitelikli yazılı” “özellikli yazılı” şekil adı verilir. Kefalet sözleşmesi, el yazılı vasiyetname gibi sözleşmelerin yanı sıra tüketici sözleşmeleri de nitelikli yazılı şekle tabidir. Tüketici sözleşmelerinde yazılı şeklin metnine müdahalede bulunularak burada yer alması gereken asgari hususlar sayılmış bulunduğundan bu çerçevede yapılan işlemler, nitelikli yazılı şekle bağlanmıştır: Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 319; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara, 2021, s. 273; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2022, s. 156; Arif Barış Özbilen, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2016, s. 104; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, Ankara, 2019, s. 550.

²⁰ Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10.Auflage. Berlin: de Gruyter Lehrbuch, 2006, s. 99.

üzere sözleşmenin bir tarafınca hazırlanır.²¹ Oysa tip veya formüller sözleşmede sözleşme koşulları, sözleşme taraflarının dışında üçüncü bir kişi tarafından belirlenir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi, iki tarafında üçüncü bir kurum/kuruluş tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarının kullanılması konusunda anlaşması halinde artık bu şartların genel işlem koşulu vasfını yitirip bireysel anlaşma haline geldiği kabul edilir.²² Bu nedenle tarımsal üretim sözleşmesinin kuruluşu sırasında yararlanılan tip sözleşmeler, genel işlem koşullarının denetimine ilişkin hükümlere tabi değildir.

Tarımsal üretim sözleşmeleri bakımından tip sözleşmeleri hazırlama yetkisi Tarım ve Orman Bakanlığı'na bırakılmıştır. Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanacak tip sözleşmelerin örneklerine Bakanlığın sayfasında henüz yer verilmemiştir. Bakanlık tarafından hazırlanacak tip sözleşmelerde, taraflara, ürüne, üretim yerine, üretim miktarına, üretim yöntem ve koşullarına, ürünün teslimine, fiyatına, fiyat belirleme ve güncelleme usullerine, ayni ve nakdi avansa, mücbir sebeplerin tespiti ve uygulanmasına ilişkin bilgilere yer verilir. Ayrıca burada belirtilen hususlar dışında taraflarca belirlenecek özel hükümler de sözleşmede yer alır. (Yön. m. 8/IV).

D. Tarımsal Üretim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Tarım Kanunu'nda ve yürürlükte bulunan yönetmelikte tarımsal üretim sözleşmesi tanımlanırken çoğunlukla sözleşmenin şekline ilişkin bilgiler verilmekle yetinilmiş tarafların karşılıklı edimlerinin belirlenmesine yönelik bir tanıma yer verilmemiştir. Yalnızca Yönetmeliğin 8. maddesinin 4. fıkrasında tarımsal üretim sözleşmesinde bulunması gereken hususlar sıralanmıştır. Buna göre; *“Sözleşmelerde; taraflara, ürüne, üretim yerine, üretim miktarına, üretim yöntem ve koşullarına, ürünün teslimine, fiyatına, fiyat belirleme ve güncelleme usullerine, ayni ve nakdi avansa, mücbir sebeplerin tespiti ve uygulanmasına ilişkin bilgiler ile taraf-*

²¹ Antalya, s. 472; Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İstanbul, 2001, s. 61; Eren, Genel Hükümler, s. 227; Fikentscher/Heinemann, s. 98; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 166; Karl Larenz/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, C.H Beck Verlag, München, 2004, s. 773; Peter Schlechtriem, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen, 2005, s. 45; Rolf Schmidt, *Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil*, Bremen, Rolf Schmidt Verlag, 2004, s. 387.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, s. 70 vd.

larca belirlenecek özel hükümlere yer verilir". Sözleşmeye bu açıdan bakıldığında üretici ile alıcılar arasında kurulan tarımsal üretim sözleşmesi, üreticinin sözleşmede kararlaştırılan malvarlığı değerinin üretimi ile ürünün zilyetliğinin devrini; alıcının ise ürünün bedelini ödemeyi ve sözleşmede kararlaştırılan tür ve miktarda ürünün zilyetliğini devralmayı üstlendiği bir sözleşmedir.

Tarımsal üretim sözleşmesinin konusunu sözleşmenin kurulduğu sırada halihazırda mevcut bulunan bir şey değil, gelecekte elde edilecek bir ürün oluşturur. Sözleşmenin anılan özelliğinden hareket edildiğinde, tarımsal üretim sözleşmesinin nitelikli satış sözleşmesi ile büyük bir benzerlik taşıdığı söylenebilir.

Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada henüz mevcut olmayan bir şeyin satımı doktrin ve yargı kararlarında nitelikli satış,²³ gelecekteki şeyin satışı²⁴ veya müstakbel eşyanın satışı²⁵ olarak isimlendirilir. Nitelikli satış sözleşmesinde sözleşmenin kurulduğu zaman diliminde henüz mevcut olmayan bir malvarlığı değerinin alıcının siparişi üzerine üretilerek devri üstlenilmektedir. Nitelikli satış sözleşmesinde sözleşmeye konu edilen gelecekteki malvarlığı değerinin satıcı veya üçüncü kişi tarafından üretilmesi mümkündür.²⁶ Nitelikli satış sözleşmesinde gelecekteki malvarlığı değerinin üretiminin gerek sözleşme gerek dürüstlük kuralı gereği satıcı tarafından üstlenilmesi halinde dahi satıcının üretim yükümlülüğü nitelikli satış sözleşmesi bakımından asli edim yükümlülüğü şeklinde değerlendirilmez.²⁷ Malın üretilmesi yükümlülüğü nitelikli satış sözleşmesinde yan edim yükümlülüğü şeklinde nitelendirilir. Sözleşmede satıcının asli edim yükümlülüğü malın zilyetliğinin devri ve mülkiyetinin naklidir.

Tarımsal üretim sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda bir sonuca varabilmek için, tarafların edim yükümlülüklerinin belirlenmesi ve bunun yanı sıra sözü geçen edim yükümlülüklerinin asli edim yükümlülü-

²³ Hasan Ayrancı/Sabure Paket, "Nitelikli Satış Sözleşmesi", *Selçuk Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 29, C. 2, 2021, s. 1250.

²⁴ Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2023, s. 105.

²⁵ Sinan Okur, *Türk-İsviçre-Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi, C. 14, 2019, s. 684.

²⁶ Ayrancı/Paket, s. 1251; Okur, s. 686.

²⁷ Ayrancı/Paket, s. 1251; Okur, s. 676.

ğü mü yoksa yan edim yükümlülüğü mü olduğunun tespiti önem taşır. Tarımsal üretim sözleşmesinde üretici, sözleşme konusu ürünün yetiştirilmesinden ve sözü edilen ürünlerin zilyetliğinin devrinden sorumludur. Alıcı ise ürünün bedelini ödemek, zilyetliğini devralmak, üretimin yapılması için gerekli girdi ve avansları sağlamak borcu altındadır.

Tarımsal üretim sözleşmesinde kural olarak ürünün seçimi üreticiye aittir (TK m.13/b). Üretici seçtiği ürünü alıcının ihtiyaç ve istekleri doğrultusunda üretir.

Tarım Kanunu'nun 13. maddesinin "b" bendinde ürünü belirleme hakkının üreticide olduğu belirtilmekle birlikte hükmün devamında bu hususun istisnalarına yer verilmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir: *"Sözleşmeli üretimde irade serbestisi esastır. Ancak salgın hastalıklar, tarım ürünleri ticaretinde yaşanan gelişmeler karşısında arz güvenliğinin sağlanması, tarımsal üretimin iç veya dış talebe uygun olarak ayarlanması veya bitki ve hayvan sağlığının korunması amacıyla, ihtiyaç halinde Bakanlık tarafından belirlenen ürün veya ürün grupları bu madde kapsamında sözleşmeli olarak üretilir. Bakanlık tarafından tarımsal üretim sözleşmesine konu olan ürünlerin belirlenmesi anılan hükümde sayılanlarla sınırlıdır"*.

Tarımsal üretim sözleşmesinde nitelikli satış sözleşmesinden farklı olarak, üretici malların üretilmesi ve zilyetliğin devrinden sorumludur. Üretici için öngörülmüş olan her iki edim yükümlülüğü de asli edim yükümlülüğü niteliğindedir. Asli edim yükümlülükleri bir sözleşmenin tipini veren, sözleşmenin asgari içeriğini oluşturan yükümlülüklerdir.²⁸ Sözleşmede çoğu zaman asli edim yükümlülüklerinin yanı sıra yan edim yükümlülükleri de yer alır. Yan edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüğünden bağımsız amaç taşıyan ancak yine de asli edim yükümlülüğü ile fonksiyonel bir bağı bulunan edim yükümlülükleridir.²⁹ Yan edim yüküm-

²⁸ Antalya, s. 61; Eren, Genel Hükümler, s. 32; Fikentscher /Heinemann, s. 26; Andreas Furrer/ Markus Muller Chen, Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021, s. 24; Gümüş, Genel Hükümler, s. 45; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 43; Rona Serozan, "Culpa in Contrehendo, Akdin Müspet İhlali, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkileri", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2 S. 3, 1968, s. 117; Schmidt, s. 25; Schlechtriem, s. 71; Henning Wenzel, Schuldrecht Besonderer Teil I, 3. Baskı, Rolf Schmidt Verlag, 2004, s. 17.

²⁹ Antalya, s. 62; Eren, Genel Hükümler, s. 33; Furrer/Muller Chen/Çetiner, s. 24; Gümüş, Genel Hükümler, s. 47; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 44; Schmidt, 26; Schlechtriem, s. 71; Serozan, s. 118.

leri kaynağını sözleşmeden veya dürüstlük kuralından alabilir. Asli edim yükümleri ile yan edim yükümlerinin ifası talep edilebilir. Bu yönüyle edim yükümleri yan yükümlerden ayrılır.³⁰

Üreticinin burada belirlenen asli edim yükümleri karşısında alıcı, ürünün zilyetliğini devralma, üretim süreci için gerekli girdi ve avans desteğini sağlama borcu altındadır. Bu haliyle tarımsal üretim sözleşmesi, taraflardan her birinin birden fazla asli edim yükümlülüğünü üstlendiği mülkiyeti devri borcu doğuran, ivazlı, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Tarımsal üretim sözleşmesi Tarım Kanunu'nun 13. maddesinde ve bu maddeye dayanılarak hazırlanan yönetmelikte düzenlenmiştir. Önceki yönetmelik zamanında tarımsal üretim sözleşmesinde bulunması gereken hususlara oldukça ayrıntılı biçimde³¹ yer verilmişti.

³⁰ Antalya, s. 62; Eren, Genel Hükümler, s. 33; Fikentscher/Heinemann, s. 29; Gümüş, Genel Hükümler, s. 47; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 45; Schmidt, s. 26; Se-rozan, s. 118.

³¹ (1) Üretici ile alıcı bu maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen tüm bilgi ve hükümleri içeren bir sözleşme imzalar. Sözleşme, bir nüshası üreticide, bir nüshası alıcıda ve bir nüshası da Bakanlık il/ilçe müdürlüğünde kalacak şekilde 3 nüsha halinde düzenlenir.

(2) Sözleşmeli üretim yapılacak işletmenin çiftçi kayıt sistemine kayıtlı olma şartı aranır.

(3) Sözleşmeli üretime yönelik bütün sözleşmelerin bu Yönetmelik esaslarına uygun olarak hazırlanması zorunludur.

(4) Sözleşmede, ilgili ürün mevzuatı ile bu Yönetmeliğe aykırı hükümlere yer verilemez. Sözleşmede;

a) Tarafların adı ve unvanı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, tüzel kişiler için ticaret sicil kaydı, faaliyet gösterdikleri ve ikamet ettikleri yerin açık adresi, tüm iletişim bilgileri ve varsa elektronik posta adresinin,

b) Teslim edilecek ürünün sözleşmede yer alan normlar dışında, ticari değerini etkileyecek herhangi bir şekilde hatalı, hileli, bozuk, çürük, ürünün yapısını bozan hastalık ve zararlı organizmalarla bulaşık, başka ürünlerle karışık, şekil bozukluğu olmayacağı,

c) Sözleşme ile belirlenen miktarın yalnızca alıcıya satılabileceği ve alıcının sözleşmeye uygun olarak belirtilen ürünü önceden belirlenen zaman takvimine uygun olarak satın almak zorunda olduğunun,

ç) 8/9/2006 tarihli ve 26283 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Tarımsal Yayımlar ve Danışmanlık Hizmetlerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik" çerçevesinde sertifikalandırılmış ve alıcı tarafından tayin edilmiş olan kişilerin veya alıcının, üretim yerlerini üretimin her safhasında kontrol yetkisinin bulunduğu,

d) Ürün bedelinin ödeme zamanı ve şekli, taksitli ödemelerde ödeme planına göre uygulanacaksa faiz oranlarının,

e) Üretim faaliyetlerinin başlangıcından ürünün teslimine kadar olan dönemlerde, her ürün ve üretim faaliyetlerinin kendi özellikleri gereği olarak, üretimin her evresinde gerekli olacak ana madde, yardımcı madde, malzeme ve teçhizat gibi

girdilerin, nakdi avansın veya kredilerin; birim fiyatı, tutarı, temin şekli, teslimi, ödeme şekli ve zamanının,

f) Alıcı tarafından sözleşme karşılığı yapılan üretim faaliyetleri ile ilgili her türlü girdi ve nakdi avansın bu sözleşmeli üretimin yapılacağı yerin dışında kullanılmayacağı,

g) Don, kuraklık, deprem, sel, fırtına, hortum, aşırı sıcaklık gibi doğal afetlerin ilgili resmi mercilerden alınacak raporlar ile belgelendirilmesi halinde; alıcının üreticiden tazminat talep edemeyeceği; ancak alıcı ve üreticinin uğramış olduğu zararın tazmini konusunun taraflarca karşılıklı mutabakat çerçevesinde sözleşmede açıkça belirtileceği; ayrıca hastalık, zararlı ve salgınların sözleşme ekinde yer alacak olan teknik şartname kapsamında alıcı ve üreticinin karşılıklı mutabakatı çerçevesinde değerlendirileceğinin,

ğ) Grev, lokavt, işletmede meydana gelen önemli teknik arıza veya iflas durumlarında meydana gelecek zararların tazminine ilişkin taraflar arasında karşılıklı mutabakat çerçevesinde belirlenecek hükümlerin,

h) Ürünün, sözleşmede belirtilen üretim yeri dışındaki başka bir yerde üretilmiş ürünlerle karıştırılmayacağı,

ı) Sözleşmenin ne şekilde akdedileceğinin sözleşmede belirleneceği; sözleşmenin noterde yapılması durumunda noter masraflarının alıcı tarafından ödeneceğinin,

i) Ürün kalitesinin belirlenmesi için numunenin hangi esaslara göre alınacağı ve masrafların alıcı tarafından ödeneceğinin,

j) Üretim sürecinde alıcı tarafından görevlendirilen kişilerce verilen teknik destek kapsamındaki hizmetlerin maliyetinin üreticiye yansıtılmayacağı,

k) Üretimle ilgili her türlü girdinin temin edildiği günlük fiyatı ile avans olarak kabul edileceğinin,

l) Üretimin yapılacağı yer, var ise ürüne ait Türk Standartları Enstitüsü Standardı veya Türk Gıda Kodeksi veya alıcı tarafından belirlenen kalite normlarının,

m) Ürünün, sözleşmenin yürürlükte kaldığı süre içerisinde üçüncü kişilere satılmayacağı,

n) Üretici ve alıcı arasında belirlenen ürünün ödemeye esas fiyatının tespitini sağlayacak olan fiyatlandırma yöntemi ve ödeme zamanının,

o) Teslim edilecek ürünün fire oranının ve bunun belirlenmesi ile ilgili usul ve esasların,

ö) Alıcıya teslim edilecek ürünün asgari ve azami miktarlarının,

p) Sözleşmeye konu ürünün cinsi/türü, çeşidi, teslim yeri, şekli ve zamanı, üretim için kullanılacak yöntemlerle ilgili olarak hazırlanan ek teknik şartname kapsamında ürünün yetiştirilmesi ile ilgili faaliyetlerin plan ve bilgileri, muhtemel hasat ve kesim tarihi, tartım yeri ve nakliye ile ilgili temel hususlar ve bu faaliyetler ile işlemlerden sorumlu gerçek ve tüzel kişilerin ad veya unvanlarının,

r) Sözleşme kapsamında, ürüne ve üretim yöntemlerine ait teknik hususların; ürünün ve üretimde kullanılacak hammadde ve malzemelerin kalite ve standartlarını, üretimde uygulanacak yöntemleri, hastalıklar, zararlılar, yabancı otlar ve bu etmenlerin yol açtığı salgınlara karşı mücadele ve tedbir planlarını, üretim izleme kriterlerini, üretim faaliyetlerinin üretici tarafından alıcıya rapor edilmesini düzenleyen ek bir teknik şartname kapsamında alıcı ve üretici tarafından belirlendiğinin,

s) Üretimin organik tarım faaliyetleri esaslarına veya iyi tarım uygulamalarına uygun olarak yapılıp yapılmayacağı,

ş) Üreticinin ve alıcının, sözleşmenin hüküm ve şartları ile sözleşmeye ek teşkil eden her türlü belgeyi her ne şekilde olursa olsun herhangi bir üçüncü şahsa vermeyeceğinin,

Mevcut yönetmelikte sözleşmenin içeriğine ilişkin ayrıntılı bir hükme yer verilmemiştir. Herhangi bir kanunda az ya da çok ayrıntılı olarak düzenlenmeyen sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denir.³² Yönetmeliğin 8. maddenin 4. fıkrasında sözleşmede bulunması gereken hususlara işaret edilmiş, tarafların hak ve yükümlülüklerine, sözleşmenin sona ermesine ilişkin bilgilere yer verilmemiştir. Bu nedenle tarımsal üretim sözleşmesinin tarımsal üretim modelinin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik isimsiz bir sözleşme, hatta kendisine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Kendisine özgü sözleşmeler, kanun tarafından ne kısmen ne de tamamen düzenlenmemiş unsurları bünyesinde barındıran sözleşmelerdir.³³

E. Tarımsal Üretim Sözleşmesinde Taraflar ve Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

1. Tarımsal Üretim Sözleşmesinde Taraflar

Sözleşmenin taraflarından birini üreticiler oluşturur, üretici, Yönetmeliğin 4. maddesinin “v” bendinde “Doğrudan alıcı ile ya da üyesi veya ortağı olduğu tarımsal amaçlı örgüt kanalıyla sözleşmeli olarak tarımsal üretim yapan gerçek veya tüzel kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda üreticinin gerçek veya tüzel kişi olmasının dışında başka bir husustan söz edilmemiştir. Bu nedenle üretici malik olabileceği gibi kiracıda olabilir. Bu yönlerdeki bir ifadeye Tarım Kanunu ve ilgili yönetmelikte yer verilmemişse de Çiftçi Kayıt Sistemi Yönetmeliği’nin 4. maddesinin “ç” bendinde bu hususa işaret edilmiştir. Anılan hükme göre çiftçi, “mal sahibi, kiracı, yarıcı veya ortakçı olarak devamlı veya en az bir üretim dönemi veya yetiştirme devresi tarımsal üretim yapan gerçek ve tüzel kişileri ifade eder”.

t) Sözleşmenin geçerlilik süresinin,

u) Sözleşmeli üretimle ilgili anlaşmazlıkların giderilmesi hususunda hangi yer mahkemelerinin veya icra dairelerinin yetkili olacağıının yer alması zorunludur.

(5) Taraflar, akdettikleri tarımsal üretim sözleşmesine ayrıca özel hükümler de koyabilirler.

³² Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2011, s. 265. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Obligationenrecht I Art. 1-529*, Basel, 2011, s. 28, Eren, Genel Hükümler, 219; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 117.

³³ Aral/Ayrancı, s. 83; Eren, Genel Hükümler s. 221; Fikentscher/Heinemann, s. 39; Honsell/Vogt/Wiegand, s. 969; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 118; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2023, s. 18; Oktay, 275.

Tarımsal üretim sözleşmesinin karşı tarafını alıcılar oluşturur. Yönetmeliğin 4. maddesinin “a” bendinde şu şekilde tanımlanmıştır: *“Bu Yönetmelik hükümlerine göre üretici veya tarımsal amaçlı örgüt ile tarımsal üretim sözleşmesi akdeden gerçek ve tüzel kişiler ile bunların yetkili temsilcileri”*dir.

Tarımsal üretim sözleşmesi yoluyla hayat kazanan tarımsal üretim modelinden beklenen faydanın sağlanabilmesi için sözleşmenin taraflarının Bakanlık tarafından tutulan kayıt sistemine dahil olması koşulu getirilmiştir. Yönetmeliğin “Taraflarca Aranacak Şartlar” başlığını taşıyan 7. maddesiyle konuya ilişkin düzenleme yapılmıştır. Anılan hükme göre; *“Sözleşmeli üretim kapsamındaki üreticiler, üretim faaliyetine göre Bakanlığın ilgili kayıt sistemlerine kayıtlı olur.*

Alıcı, ticari faaliyetine ilişkin ilgili kurumun kayıt sisteminde ve Bakanlık sözleşmeli üretim yönetim sisteminde kayıtlı olur...

Sözü edilen kayıt sistemi ile ilgili ayrıntılı bilgiye Tarım Kanunu’nun Geçici 1. maddesinde yer verilmiştir. Anılan hükmün “a” bendine göre, *“Bitkisel üretim faaliyetlerinde bulunan tüzel kişiliği haiz üretici ve çiftçilerle, başvuru tarihi itibarıyla onsekiz yaşını doldurmuş ve/veya ergin gerçek kişi çiftçilere, cari yılda üretim yapımları ve bu üretimlerine ilişkin gerekli bilgileri Bakanlığa beyan ederek, çiftçi kayıt sistemine dahil olmaları şartıyla, doğrudan gelir desteği ödemeleri yapılır...”* Tarım Kanunu uyarınca kayda tabi tutulan üreticiler bitkisel üretim yapan üreticilerdir. Kayıt için başvuruda bulunacak üretici, tüzel kişi olabileceği gibi, 18 yaşını doldurmak koşuluyla veya başka bir yolla (yargısal yolla veya evlenme yoluyla) erginliğini kazanan gerçek kişi de olabilir. Yapılacak kayıt sayesinde üretici Bakanlık tarafından verilecek doğrudan destek ödemesine hak kazanır.

Bitkisel üretim yapan çiftçiler için çiftçi kayıt sistemine kayıt olma zorunluluğu getirilmiş olmakla birlikte, sözleşme taraflarının bu sisteme kayıtlı olmaması bir yaptırıma bağlanmamıştır. Bu nedenle çiftçi kayıt sistemine kayıtlı olmayan çiftçilerle yapılan tarımsal üretim sözleşmeleri de geçerli kabul edilecek yalnızca çiftçi kayıt sistemine kayıtlı olmayan çiftçiler Bakanlık tarafından sağlanan ödenekten yararlanamayacaktır.

2. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

a. Üreticinin Hak ve Yükümlülükleri

Tarımsal üretim sözleşmesinde üreticinin asli edim yükümlülüğü sözleşme konusu ürünün üretilmesi ile üretilen ürünün zilyetliğinin devridir. Üretim yükümlülüğü aslen üreticidedir.

Üreticinin borcunu gereği gibi ifa ettiğinden söz edilebilmesi için üretim sürecini takiben ürünün zilyetliğinin devri gerekir. Zilyetliğin devrine ilişkin her türlü yolla zilyetliğin nakli mümkündür. Zilyetliğin devri, devre konu şeyin her türlü ayıptan arı olarak devrini ifade eder. Ayıp, sözleşme konusu şeyde bulunması gereken vasıfların bulunmaması veya vaadedilen vasıfların eksik olmasıdır.³⁴

Tarımsal üretim sözleşmesinde sözleşmenin konusunu her ne kadar gelecekte elde edilecek bir şey oluşturuyorsa da taraflar sözleşme konusu ürünün vasıflarını sözleşme ile mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde belirlemeyi tercih eder. Bu nedenle zilyetliği devredilecek ürünün her şeyden önce sözleşmede belirtilen kurallara uygun olması gerekir. Bunun yanı sıra, sözleşme konusu ürünün gereği gibi ifa edilmiş olduğundan söz edilebilmesi için ürünün ticari değerini etkileyecek, ürünün yapısını bozacak eksikliklerin sözleşme konusu üründe bulunmaması gerekir.

Ayıp olarak nitelendirilen bir durumun üreticinin hatalı veya hileli davranışlarının sonucu olması arasında bir fark yoktur. Çünkü üreticinin ayıbı bilip bilmemesi onun ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.³⁵

Borcun gereği gibi ifa edildiğinden söz edilebilmesi için borç konusu şeyin ayıplı olarak ifa edilmemesinin yanı sıra, ifanın borç konusu şeye uygun olarak yapılması gerekir. Borcun ifasının kararlaştırılandan farklı bir şeyle yapılması hali aliud olarak adlandı-

³⁴ Aral/Ayrancı, s. 154; M. Alper, Gümüş, Özel Hükümler-Kısa Ders Kitabı, 2017, s. 63; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 74; Rona Serozan/Başak Baysal/Keremcem Sanlı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2018, s. 195; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2022, s. 141; Wenzel, s. 57; Zevkliler/Gökyayla, s. 119.

³⁵ Aral/Ayrancı, s. 164; Gümüş, Özel Hükümler, s. 71; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 75.

rılır.³⁶ Ürünün teslimi sırasında sözleşme konusu ürünle farklı bir ürün karışmış olabilir. Karışan ürünler birbirinden ayıt edilemeyecek haldeyse bu durumda sözleşmenin tümü bakımından aliuddan söz edilir. Eğer karışan ürünler çok fazla masraf ve emek sarf etmeden ayrılabilir nitelikteyse ve karışma sözleşme konusu ürünün niteliğinde bir bozulmaya yol açmamışsa bu defa sadece geçerli şekilde ifa edilmemiş kısım için aliud hükümlerine başvurulur.

Çeşit satımı bakımından ayıplı ifa ile aliud arasındaki sınırı kesin olarak belirlemek kimi zaman güçlük arz eder. Bu durum doktrinde de yazarlar arasında farklı görüşlerin doğmasına yol açmıştır. Doktrinde bir grup yazar, çeşit borcunun başka türden bir şeyle ifa edilmesi halinde olaya ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunurken; bu grup karşısında diğer grup yazar ise aliud başvurulması gerektiğini savunur.³⁷ Tarımsal üretim sözleşmesine konu olan ürünler belirlerken ferden değil türünün özellikleri esas alınarak belirlenir. Bu bakımdan kanımızca tarımsal üretim sözleşmesinde kararlaştırıldan farklı türden bir şeyle borcun ifa edilmesi ayıplı ifa değil, aliud olarak kabul edilmelidir.

Aliud hali Türk Borçlar Kanunu'nda hüküm altına alınmamıştır. Aliud halinde ifası mümkün olan bir borç ifa edilmemiştir. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramı içerisinde değerlendirilecek aliud haline borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilir.³⁸

Üreticinin borcunu gereği gibi ifa ettiğinden söz edebilmek için ürünün gereği gibi üretilmiş olmasının yanı sıra üreticinin ürünün zilyetliğini kararlaştırılan zamanda alıcıya devretmiş olması gerekir. Bor-

³⁶ Aral/Ayrancı, s. 155; Gümüş, Özel Hükümler, s. 66; Gümüş, Genel Hükümler, 805; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 200; Yavuz/Acar/Özen, s.145; Wenzel, s. 65, 71; Zevkliler/Gökyayla, s. 119.

³⁷ Bu konuda doktrinde yer alan farklı görüşler için bkz. Gümüş, Özel Hükümler, s. 67, dnpot 275 ve 276; Wenzel, s. 65.

³⁸ Aral/Ayrancı, s. 155; Gümüş, Özel Hükümler, s. 66; Gümüş, Genel Hükümler, s. 806; Zevkliler/Gökyayla, s. 119. Karş. Ayıplı ifa ile aliud arasındaki sınırın çoğu zaman silikleştiğini ifade eden yazar, aliud halinde de ayıp kurallarının kıyasen uygulanabilmesi gerektiğini savunur. Yazar bu duruma örnek olarak BGB § 434/III hükmünü gösterir. Anılan hüküm şu şekildedir: "Değişik bir şeyle ifa veya nicelikçe eksik ifa ayıplı ifa hükmüne tabidir". Görüldüğü gibi anılan hükümle ayıplı ifa ve aliud bir arada düzenlenmiştir: Serozan/Baysal/Sanlı, s. 203.

cun ifasındaki gecikme kanundaki koşullarla birlikte borçlunun temerrüdüne yol açar. Ürünün alımı veya satımından vazgeçilmesi hali için Tarım Kanunu'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında hüküm altına alınmış olan ceza koşulu tarafları çoğu zaman borcun gecikerek ifasından caydıracak niteliktedir. Tarımsal üretim sözleşmesi taraflar için birden çok asli edim yükümü içerir. Taraflar, ürünün alımı veya satımı borcu dışında kalan asli edim yükümlerini de gecikerek ifa etmiş olabilirler. Bu durum için Tarım Kanunu'nda ve ilgili yönetmelikte bir hüküm bulunmadığından Türk Borçlar Kanunu hükümleri kıyasen uygulanır. Tarımsal üretim sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler grubunda yer aldığından bu olasılıkta tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde bağlanan sonuçlardan kıyasen yararlanmak mümkündür.

b. Alıcının Hak ve Yükümlülükleri

Tarım Kanunu'nun 13. maddesinin "a" bendinde tarımsal üretim sözleşmesinde bulunması gereken hususlara yer verilmiş bunlarla ilgili ayrıntıların daha sonra çıkarılacak yönetmelikte yer alacağına işaret edilmiştir. Anılan fıkra hükmü şu şekildedir: *"Sözleşmede yer alan tarafların haklarının korunması ve sorumluluklarının belirlenmesi için sözleşmenin taraflarında aranacak vasıflar, sözleşmeye konu ürünün teslim ve teslimat koşulları, fiyat ve miktardaki değişim oranları, aynı ve nakdi avansın sınırları ile kapsamı ve benzer hususların da içerisinde olduğu sözleşme genel şartları tarımsal faaliyet alanlarına göre Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir"*.

2008 tarihli yönetmelikte tarımsal üretim sözleşmesi ile ilgili pek çok hususa yer verilmişti. Sistematiğe bakıldığında karmaşık bir yapı gösteren yönetmelik yürürlükten kaldırılmış 2023 yılında yeni yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bir önceki yönetmelikte olduğu gibi sözleşmeli üretimin usul ve esaslarını konu olan Yönetmeliğin hazırlanması sırasında bir önceki yönetmelikten faydalanılmadığı dikkati çekmektedir. Mevcut yönetmelik, önceki yönetmeliğe nazaran daha sistematiğe bir görünüm arz etmekle birlikte pek çok soruya yanıt vermede yetersiz kaldığı aşikardır.

Tarım Kanunu'nun 13 maddesinin "a" bendinde sayılan pek çok şeyin yanı sıra "fiyat ve miktardaki değişim oranlarının" çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceği ifade edilmiş olmakla birlikte ne sözü edi-

len hususlara ne de alıcının asli edim yükümlerinden olan bedel ödeme borcuna ilişkin ayrıntılı bir hükme yer verilmiştir. Önceki yönetmelikte konuya ilişkin daha ayrıntılı bir düzenleme yer almaktaydı.³⁹

Yürürlükteki yönetmeliğin 8. maddesinin 4. fıkrasında *ürünlerin fiyatına, fiyat belirleme ve güncelleme usullerine ilişkin bilgilere yer verileceği ifade edilmiştir.* Söz konusu hususlar Bakanlık tarafından hazırlanacağı ifade edilen tip sözleşmede yer alacaktır.

Tarımsal üretim sözleşmesinde alıcının yükümlülüklerinden biri de ürünü satın almaktır. Anılan sözleşmede ürünün zilyetliğinin devri üreticinin asli edim yükümlülükleri arasında düzenlenmiş buna karşılık alıcının da sözleşme konusu ürünün zilyetliğini devralma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir. Tarımsal üretim sözleşmeleri, küçük tarım işletmelerinin alıcı bulamama veya istenilen fiyatlarla ürünlerini satamama risklerini gidermeyi amaçlar. Yürürlükteki yönetmelikte, ürünün zilyetliğini devralma yükümlülüğüne ilişkin bir hükme yer verilmiş değildir. Önceki yönetmelikte bu konuya da ilişkin bir hükme yer verilmişti

2008 tarihli yönetmeliğin 4. maddesinin "c" bendinde alıcının bu yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir: "*Sözleşme ile belirlenen miktarın yalnızca alıcıya satılabileceği ve alıcının sözleşmeye uygun olarak belirtilen ürünü önceden belirlenen zaman takvimine uygun olarak satın almak zorunda olduğuna sözleşmede yer verilmesi zorunludur*".

Ürünün zilyetliğini devralma konusunda yürürlükteki yönetmelikte herhangi bir hüküm yer almadığından bu husustaki boşluğun tarafların iradesiyle tamamlanacağı sonucuna varılabilir.

Tarımsal üretimde kalite ve verimlilik ile girdiler arasında önemli ilişki vardır. Tarımsal girdiler, toprak, işgücü ve sermayeyi etkin hale getirir. Bitkisel üretimde, tohum, gübre, tarım ilacı, tarım alet ve maki-

³⁹ Yönetmeliğin 4. maddesinin "d" fıkrası şu şekildeydi: "Ürün bedelinin ödeme zamanı ve şekli, taksitli ödemelerde ödeme planına göre uygulanacaksa faiz oranlarının sözleşmede belirtilmesi zorunludur". Ürünün fiyatının sözleşmenin kuruluşu sırasında belirlenmemesi halinde ödemeye esas fiyatın veya fiyatlandırma yönteminin sözleşmede gösterilmesi zorunludur. Anılan hüküm, yönetmeliğin "n" bendine 2014 yılında eklenmiştir. Anılan hüküm şu şekildedir: "Üretici ve alıcı arasında belirlenen ürünün ödemeye esas fiyatının veya fiyatının tespitini sağlayacak fiyatlandırma yöntemi ile ödeme zamanının, sözleşmede gösterilmesi zorunludur".

neleri, sulama ve tarımsal kredilerdir. Hayvansal üretimde de girdiler bitkisel üretimle paralellik arz etmektedir. Hayvansal üretimde başlıca girdiler, yem, ilaç, daimî olmayan çoban ücreti, veteriner ücreti, tohumlama ücreti, hayvan sigortası vb'dir.⁴⁰

Tarım Kanunu'nda ve yürürlükteki yönetmelikte üretimde kullanılacak girdilerle ilgili ayrıntılı bir hükme yer verilmemiştir. Ancak bir önceki yönetmelikte üretimde kullanılacak girdiler üç farklı fıkrada hüküm altına alınmıştı. Bu düzenlemede girdilerin finanse edilmesinde Uruguay Turu Tarım Anlaşması (UTTA)⁴¹ da hedeflenen tarımsal üretimin liberalleşmesi amacı doğrultusunda tarım girdilerinin sağlanması konusunda Devlet'in tekeli sona ermiş, sermaye-çiftçi ilişkisi kurulmaya başlamıştır.⁴²

Bir önceki yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasının "e" bendinde sözleşmede yer alan girdiler, bunların fiyatı ve tutarı ve temin şekli ile ilgili bilgilere yer verileceğine işaret edilmiştir. Anılan fıkra hükmü şu şekildedir: *e) Üretim faaliyetlerinin başlangıcından ürünü teslimine kadar olan dönemlerde, her ürün ve üretim faaliyetlerinin kendi özellikleri gereği olarak, üretimin her evresinde gerekli olacak ana madde, yardımcı madde, malzeme ve teçhizat gibi girdilerin, nakdi avansın veya kredilerin; birim fiyatı, tutarı, temin şekli, teslimi, ödeme şekli ve zamanının, sözleşmede gösterilmesi gerekir. Anılan fıkrada girdileri hangi tarafın karşılayacağı belirtilmemiştir. Bu husus taraflarca sözleşmede belirlenecektir. Girdilerin ve nakdi avansın alıcı tarafından karşılanması halinde alıcı her türlü girdi ve nakdi avansın bu sözleşmeli üretimin yapılacağı yerin dışında kullanılmayacağı hususunun sözleşmede kararlaştırılmasını talep edecektir. Söz konusu husus bir önceki yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasının "f" bendinde ifade edilmiştir.*

⁴⁰ Mecbure Aslan/İsmet Boz, "Doğrudan Gelir Desteğinin Tarımsal Amaçlı Kullanımını Etkileyen Faktörler" *Tarım Ekonomisi Dergisi*, C. 11, S. 2, s. 2005, s. 64.

⁴¹ Dünya Ticaret Örgütü (WTO) önderliğinde Uruguay Turu Tarım Anlaşması (UTTA), 1986 yılından başlayan uzun ve çetin pazarlıklar sonucunda, 1993 yılında imzalanabilmiş ve 1994 başından itibaren yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin de imzacı ülkeler arasında bulunduğu UTTA, "mukayeseli üstünlükler temelinde gelişen bir dünya tarım ticareti yapısı" meşruiyet temeli altında, tarımsal üretim ve ticaret koşullarının liberalize edilmesini hedeflemiştir: Aktaş/Altıok/Songur, s. 59.

⁴² Aktaş/Altıok/Songur, s. 60; Kılıç/Bor, s. 115; Teoman/Tartıcı, s. 172.

F. Tarımsal Üretim Sözleşmesinde Hasardan Sorumluluk

Sözleşmenin kurulmasıyla ifası arasında geçen dönemde tarımsal üretim sözleşmesine konu ürünün yok olması, değerinin azalması veya kötüleşmesi ihtimali ile karşılaşılabilmektedir. Tarımsal üretimin riskleri nedeniyle böyle bir ihtimal çoğu zaman taraflardan herhangi birinin sorumlu olmadığı sebeplerden kaynaklanır. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde üreticinin ürünün teslimi borcundan kurtulup kurtulmayacağı, sözleşmenin karşı tarafının her durumda bedel ödemek zorunda olup olmadığı hususunun belirlenmesi gerekir. Borçlar hukuku alanında hasar⁴³ ve hasarın geçişi olarak adlandırılan bu problemin çözümü için Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında satım, eser sözleşmesi gibi birtakım sözleşmeler bakımından özel hükümler sevk edilmiştir.⁴⁴ Ürünün hasara uğraması halinde üreticinin ifa yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği kanunla veya sözleşmeyle hangi tarafın maddi edim hasarına katlanmakla yükümlü kılındığına göre değişir. Maddi edim hasarı, taraflardan birinin kusuru olmayan bir sebeple borcu ifa edememesi halinde, (asli edim yükümlülüğünden ve tali edim yükümlülüğünden) borcundan kurtulmasını ifade eder.⁴⁵

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde maddi edim hasarının yanı sıra bedel hasarından söz edilir.⁴⁶ Bunun için maddi edim hasarının alıcıya geçmesi gerekir. Bedel hasarı, satıcının gereği gibi ifa yükümlüğünden kurtulmasına rağmen alıcının bedelin tamamını ödemek zorunda olmasını ifade eder.⁴⁷

Tarımsal üretim sözleşmesi bakımından hasarın geçişine ilişkin düzenlemeye Tarım Kanunu'nda veya ilgili yönetmelikte yer verilmiş, sadece hangi sebeplerin mücbir sebep sayılacağı ve bu durumun ne şekilde çözüme kavuşturulacağı tarafların iradesine bırakıldığı hüküm altına alınmıştır (Yön. m.8/IV). Hasar, borçlunun edimini ifa

⁴³ Aral/Ayrancı, s. 115; Eren, s. 46; Gümüş, Özel Hükümler, s. 30; Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 52. Serozan/Baysal/Sanlı, s. 151; Wenzel, s. 31.

⁴⁴ TBK m. 208'de satış sözleşmesinde yarar ve hasarın geçişi, TBK m. 483/I'de eser sözleşmesinde hasarın geçişi düzenlenmiştir.

⁴⁵ Aral/Ayrancı, s. 116; Eren, Özel Hükümler s. 49; Gümüş, Özel Hükümler, s. 31; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 151; Wenzel, s. 31.

⁴⁶ Aral/Ayrancı, s. 117; Eren, Özel Hükümler s. 49; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 151; Wenzel, s. 31.

⁴⁷ Aral/Ayrancı, s. 117; Eren, Özel Hükümler, s. 49; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 152; Wenzel, 33.

etmeden önce, ifası gereken edimin zarar görmesi veya yok olmasını ifade eder. Bu zarar görme veya yok olmanın mutlaka mücbir sebepten kaynaklanması gerekmez, hasara neden olan olaylar değişiklik gösterebilir⁴⁸. Böyle olmakla birlikte tarımsal üretimde risk faktörlerindeki belirsizlikler nedeniyle hasarın çoğu zaman mücbir sebepten kaynaklandığı görülür. Hasara mücbir sebep teşkil eden bir halin sebebiyet vermesi durumunda taraflar anlaşarak alıcının ve üreticinin zararının hangi oranda karşılanacağını kararlaştırmış ve bu hususa sözleşmede yer vermiş olabilirler. Böyle bir durumda zararın tazmini bakımından sözleşmede belirtilen miktar esas alınır.

Tarımsal üretim sözleşmesinin konusunu tür borcu oluşturur. Tür borcu söz konusu olduğunda hasarın geçişi bakımından “nevi telef olmaz” prensibini göz ardı etmemek gerekir.⁴⁹ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin konusunu tür borcu bir şey oluşturduğunda maddi edim hasarı satıcıdadır. Alıcı asli edimi veya onun yerine geçen tali edimi talep edebilir. Bu olasılıkta maddi edim hasarı satıcı da olduğundan bedel hasarından söz edilmez. Buradan hareketle taraflar tarımsal üretim sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin bir kural belirlerken bu hususu göz önünde bulundurmalıdır.

G. Tarımsal Üretim Sözleşmesinde Ceza Koşulu

Tarımsal üretim sözleşmesinde taraflardan her biri için edimlerin zamanında ve gereği gibi ifa edilmesi önem taşır. Üreticileri tarımsal üretim modeline yönelten hususlardan biri, gelecekte üretilmesi planlanan ürünlerin satın alınacağı garantisidir.⁵⁰

Sözleşmelerde yer alan ceza koşulu borcun gereği gibi ifasını sağlamayı amaçlar.⁵¹ Ceza koşulu TBK m. 179-182 arasında düzenlenmiştir.

⁴⁸ Kılıçoğlu, Özel Hükümler, s. 52.

⁴⁹ Aral/Ayrancı, s. 118; Gümüş, Özel Hükümler, s. 30; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 157.

⁵⁰ Ürünlerin satın alınacağına ilişkin garanti içeren bir hükme yürürlükteki Tarım Kanunu'nda ve ilgili yönetmelikte yer verilmemiştir. Önceki Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasının “c” bendinde ise şu hükme yer verilmiştir: “Sözleşme ile belirlenen miktarın yalnızca alıcıya satılabileceği ve alıcının sözleşmeye uygun olarak belirtilen ürünü önceden belirlenen zaman takvimine uygun olarak satın almak zorunda olduğu” ifadesine sözleşmede yer verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

⁵¹ Furrer/Muller-Chen/Çetiner, 657; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 991; Larenz/Wolf, s. 203; Schlechtriem, s. 221.

TBK m. 179/I ve II 'de iki farklı ceza koşulu hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hak-kından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadık-ça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir”*. İlk fıkrada seçimlik ceza koşulu ikinci fıkrada ise ifaya eklenen ceza koşulu hüküm altına alınmıştır. Ancak kanun hükmü emredici nitelikte değildir. Taraflar, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde ceza koşulunun, seçimlik ceza koşulu yerine ifaya eklenen ceza koşulu şeklinde olacağını kararlaştırabilirler. Yine bunun tam tersi de mümkündür. Taraflar borcun belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için ceza koşulunu kanundakinin aksine seçimlik ceza koşulu şeklinde kararlaştırabilirler.

Sözleşmede ceza koşuluna yer verilip verilmeyeceğine ve miktarına taraflar kendi iradeleriyle karar verirler,⁵² yine bunun gibi ceza koşulunun türüne de taraflar serbestçe karar verir. Bu haliyle ceza koşulu, koşula bağlı yan edim yükümlülüğü şeklinde nitelendirilir.⁵³

Tarımsal üretim sözleşmelerinde ceza koşuluna hangi durumlarda yer verileceği ve bunun miktarı Tarım Kanunu'nun 13. maddesinin “d” bendinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, *“tarımsal üretim sözleşmelerinde belirtilen mücbir sebepler haricinde sözleşme kapsamında üretilen ürünün alımından veya satımından vazgeçen üretici ya da alıcılar için ceza koşulu belirlenir. Ceza koşulu, alımından ya da satımından kaçınılan ürün miktarının sözleşmedeki bedelinin yüzde yirmisinden az ve yüzde ellisinden fazla olamaz. Et ve Süt Kurumunun taraf olduğu sözleşmelerde üretici için ceza koşulu bu bentte yer alan alt sınırdan daha az olarak belirlenebilir veya ceza koşuluna yer verilmeyebilir”*.

Aynı hükme Yönetmeliğin 13. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiştir. Anılan hükme göre taraflardan birinin ürünün alımından veya satımından kaçınması halinde ceza koşuluna başvurulacağı ifade edilmiştir. O halde ceza koşulu yalnızca borcun hiç ifa edilmemesi hali

⁵² Eren, s. 1323; Gümüş, Genel Hükümler, s. 1030; Larenz/Wolf, s. 203; Schlechtriem, s. 221.

⁵³ Eren, s. 1324; Gümüş, Genel Hükümler, s. 1031; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 994; Schlechtriem, s. 221.

için öngörölmüş, borcun gereği gibi ifa edilmediği veya zamanında ifa edilmediği durumlar için Tarım Kanununda ceza koşulu düzenlenmiştir.

Sözleşmede ceza koşuluna yer verilip verilmeyeceğini de iradi olarak karar veren taraflar bunun miktarını da serbestçe belirler. Ancak Tarım Kanunu'nda hangi hallerde ceza koşuluna başvurulacağı belirtildiği gibi ceza koşulunun oranı da kanunda belirtilmiştir. Taraflar sadece belirlenen oranlar dahilinde ceza koşulunu belirleyebilirler.

H. Tarımsal Üretim Sözleşmesine Konu Ürünlerin Sigorta Edilmesi

Tarımsal üretim kendisine özgü risk faktörlerini bünyesinde barındırır. Kuraklık, don gibi meteorolojik olaylar, bitki ve hayvan hastalıklarının verdiği zarar ile sosyo-ekonomik koşullar bunların başında gelir.⁵⁴ Tarımsal üretimin bu tür zararlar nedeniyle sekteye uğramasını engellemek için pek çok ülkede tarım sigortaları uygulanmaya başlamıştır.

Ülkemizde tarım sigortalarının yaygınlaşmasından önceki dönemde, çiftçilerin uğradığı zararın giderilmesi bakımından Devletin aktif bir rol üstlendiği görülür. Zarara uğrayan çiftçilere yapılan vergi indirimleri veya muafiyetleri, tarımsal kredilerin konsolide edilmesi, düşük faizli kredi verilmesi gibi yardımlar veya sağlanan muafiyetlerle çiftçinin uğradığı zararın en aza indirgenmesi amaçlanmıştır.⁵⁵ Tarım sektörünün geliştiği tüm ülkeler gibi ülkemizde de zaman içerisinde tarım sigortalarına ilişkin uygulama örnekleri görölmeye başlanmış,⁵⁶

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin, s. 58-65; Çiftçi, s. 526; Mürşit Işık/Arzu Kan, Türkiye'de Zorunlu Tarım Sigortalarının Uygulanabilirliği, *Sosyo-Ekonomi Dergisi*, S. 2, 2007, s. 31; Uğur Başer/Mehmet Bozoğlu/Hüsrev Mennan, "Çiftçilerin tarım sigortası yaptırımlarını etkileyen faktörler", *Akademik Ziraat Dergisi*, S. 12, C. 1, 2023, s. 77.

⁵⁵ Devletin zarara uğrayan çiftçilere yönelik yardımı, vergi indirimi veya muafiyeti sağlamak, tarımsal kredileri konsolide etmek, düşük faizli kredi vermek veya üretime çeşitli şekillerde mali veya nakdi sübvansiyonlar ödenmesi vb. şeklinde olabilir: Çetin, s. 66.

⁵⁶ Türkiye'de tarım sigortaları ilk olarak, 1957 yılında Şeker Sigorta A.Ş'nin dolu sigortası yapmasıyla başlamış, 1959 yılında Başak sigorta A.Ş tarım sigortaları alanına girerek, dolu ve hayvan hayat sigortası yapmaya başlanmıştır: Çetin, s. 12; Işık/Kan, s. 31.

2005 yılında Tarım sigortaları⁵⁷ özel bir kanunla düzenlenmiş, Tarım Kanunu ve ilgili Yönetmelikle tarım sigortası zorunlu hale getirilmiştir.

Tarım Sigortaları Kanunu'nun tanımlar başlıklı üçüncü maddesinin "e" bendinde tarım sigortaları tanımlanmıştır. Anılan hükme göre; "Tarım sigortaları: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1316 ilâ 1319 uncu maddelerinde belirtilen sigortalar ile bu Kanun kapsamına alınan sigortaları" ifade eder.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun anılan hükümleri 6102 sayılı yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'na alınmamıştır. Bu nedenle Tarım sigortaları denilince yalnızca Tarım Kanunu'nda yer alan sigortalar kastedilir. Bu husus Yönetmeliğin 4. maddesinin "ş" bendinde tarım sigortaları tanımlanırken şu şekilde ifade edilmiştir. "Tarım sigortaları: 14/6/2005 tarihli ve 5363 sayılı Tarım Sigortaları Kanunu kapsamına giren sigortalar".

Tarım Sigortaları Kanunu'nun 12. maddesi gereğince, sigorta yapılacak ürünlerin hangileri olduğu ve ürünlerin hangi risklere karşı sigortalanacağı Tarım Sigortaları Havuzu Yönetim Kurulu'nun teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir. Günümüzde tarım sigortaları, bitkisel ürün sigortası, köy bazlı kuraklık verim sigortası, küçükbaş hayvan hayat sigortası, büyükbaş hayvan hayat sigortası, sera sigortası, kümes hayvanları hayat sigortası, su ürünleri hayat sigortası, arıcılık sigortası⁵⁸ şeklinde gruplandırılmıştır. Burada sayılan sigorta türlerinden bir kısmı hayat sigortası şeklinde isimlendirilmiş olsa da öğretide tarım ürünlerini konu alan tüm sigortaların mal sigortası olduğu ve gerçek zararın himaye edildiği savunulmuştur.⁵⁹ Anılan sigorta türleri primde ve hasar fazlasında Devlet desteğinden yararlanır.⁶⁰ yönetmeliğin 5. maddesinin 6. fıkrasına göre, "Tarımsal üretim sözleşmesine tabi ürünlere veya üretim varlıklarına sigorta yaptırılması zorunludur. Tarım sigortalarının kapsamı ve şartlarına dair esaslar tarımsal üretim sözleşmesinde düzenlenir". Tarım Kanunu'nun 13. maddesinin "ç" bendinde benzer

⁵⁷ Anılan Kanun 14.06.2005 tarih ve 5363 sayılı Tarım Sigortaları Kanunu'dur.

⁵⁸ tarsim.gov.tr. (22.10.2023).

⁵⁹ Işıl Ulaş/İbrahim Bektaş, Ulaş Sigorta Hukuku, Birinci Cilt, Zarar Sigortaları-I, Ankara, Turhan Kitabevi, 9. Baskı, 2023, s. 488.

⁶⁰ Çiftçi, s. 528; Ulaş/Bektaş, s. 489.

bir ifadeye yer verilmiştir. Anılan hükme göre, *“Tarımsal üretim sözleşmesine tabi ürünlere veya üretim varlıklarına sigorta yaptırılması zorunludur. Bakanlık sözleşmenin tarafı olan kişiler için de ilave sigortaların yaptırılması şartını getirebilir”*.

Anılan düzenlemelerle tarım sigortası yapılması zorunlu kılınmıştır. Zorunlu sigortalar, kamu yararı ve üçüncü kişilerin korunması amacıyla zorunlu kılınmış sigortalardır⁶¹. Zorunlu sigortaların bu amacı sağlayabilmesi sigortanın sürekliliğinin sağlanmasıyla mümkün olur.⁶² Tarım kanunu m. 19/d’ye göre, *“Üreticilerin, üretim materyallerini ve ürünlerini sigorta ettirmelerini teşvik etmek üzere, sigorta prim bedellerinin bir kısmı Devlet tarafından karşılanır. Tarım sigortasından yararlanacak ürünler ile teminat altına alınacak riskler Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenir”*. Anılan hükümden de anlaşılacağı gibi tarım sigortası Devlet destekli sigorta⁶³ grubunda yer alır.

Tarım sigortaları her ne kadar zorunlu sigorta kapsamına alınmış devlet tarafından destekleniyor da olsa, ülkemizde henüz yaygın bir kullanıma ulaşmış değildir. 2023 Nisan ayında yapılan bir araştırmada üreticilerin %29’unun tarım sigortası yaptırmış, %71’inin tarım sigortası yaptırmadığı belirlenmiştir.⁶⁴

I. Tarımsal Üretim Sözleşmesi-Dava Şartı Arabuluculuk

Uyuşmazlıkların çözümünü hızlandırmak, mahkemelerin yükünü hafifletmek gibi amaçlarla pek çok ülkede uyuşmazlık çözüm yöntemleri benzer şekillerde düzenlenmiştir. Ülkemizde hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk, 22.06.2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile hüküm altına alınmıştır. Kanuna farklı tarihlerde hükümler eklenerek güncel durumla uyum sağlanmaya çalışılmıştır. 2018 yılında Kanuna eklenen 18/A maddesiyle

⁶¹ Zorunlu sigortaları farklı görünümde ortaya çıkabilmekle birlikte, zorunlu sigorta ile amaçlananları şu şekilde sıralamak mümkündür: Milli servetin muhafazası, sosyal fayda ve emniyetin tesisi ve nihayet Belli bir rizikoya maruz kalanların korunması şeklinde sıralanabilir: Merih Kemal Omağ, *Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar* (Tebliğ ve Makaleler), İstanbul, 2019, s. 144.

⁶² Işık/Kan, s. 34; Omağ, s. 403.

⁶³ Ulaş/Bektaş, s. 489.

⁶⁴ Sözü geçen araştırma ve araştırmanın sonuçları hakkında bkz. Başer/Bozoğlu/Mennan, s. 79 vd.

“Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” hüküm altına alınmıştır. Doktrin- de kimilerince arabuluculuk kurumunun yapısına uygun düşmediği ifade edilen dava şartı arabuluculuk alanlarının kapsamı her geçen gün daha da genişlemektedir.⁶⁵ Dava şartı arabuluculuk veya zorunlu arabuluculuk şeklinde isimlendirilen bu modelde, tarafların dava yoluna başvurmadan arabulucuya başvurması dava şartı olarak kabul edilir. Arabulucuya başvurmadan dava açılması halinde açılan dava, dava şartı yokluğu sebebiyle herhangi bir işlem yapılmadan, usulden reddedilir.⁶⁶ Ülkemizde en son dava şartı arabuluculuk kapsamına alınan uyuşmazlıklardan biri de tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklardır.⁶⁷

Tarım Kanunu’nun 13. maddesinin “e” bendinde bu hususa işaret edilmiştir. “*Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu uyuşmazlıklarda sözleşmeli üretim*

⁶⁵ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18/A maddesinde ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesinde, iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan maddî ve manevî tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları ayırık olmak üzere, kanuna, bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacaklarıyla tazminatlarını konu alan davalar ile işe iade talebiyle açılan davalar ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A maddesinde, yine aynı Kanun’un 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bağlamında, özel bir dava şartı yaratılmak suretiyle bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalara ek olarak 28 Temmuz 2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a “Dava şartı olarak arabuluculuk” başlığı ile “73/A” maddesi eklenerek tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir.

⁶⁶ Ahmet M. Kılıçoğlu, Arabuluculuk Sözleşmeleri, Ankara, 2022, s. 33; Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/handle/20.500.12416/4655>, 2020, (111-142), s. 112, (18.10.2023); Ömer Ekmekçi/Muhammed Özkes/Murat Atalı/Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Oniki Levha, İstanbul, 2019, s. 153-154.

⁶⁷ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na eklenen 18/B maddesi ile dava şartı arabuluculuğun kapsamı genişletilmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası şu şekildedir: Aşağıdaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır: a) Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanun’a göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar. b) Taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar. c) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar. ç) Komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar. Tarım Kanunu’nun 13. Maddesi uyarınca Tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır.

konusunda uzmanlık eğitimi almış olan arabulucular; bu eğitimi alanların bulunmaması durumunda diğer arabulucular görevlendirilir. Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren iki hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. Bu bendin uygulanmasına ilişkin hususlar Tarım ve Orman Bakanlığının görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikte belirlenir”.

Arabuluculuk ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bu nedenle arabuluculuk sürecinin başlatılması, sürecin işlerlik kazanması ve sona erdirilmesi tarafların iradesine bırakılmıştır.⁶⁸ Ancak dava şartı arabuluculuk kapsamına alınan uyuşmazlıkların varlığı ve bunların kapsamının her geçen gün artması arabuluculuğun tarafların iradesine bağlı bir uyuşmazlık çözüm yolu şeklinde nitelendirilmesini güçleştirmektedir. Dava şartı arabuluculuk modeline karşı doktrinde pek çok eleştiri yöneltmiştir. Bu eleştirilerden bir kısmı dava şartı arabuluculuğun Usul Kanunumuzda yer alan bir takım temel ilkelerle bağdaşmıyor olduğuna ilişkindir.⁶⁹ Anılan modele ilişkin eleştirilerden bir diğeri ise, zorunlu arabuluculuğa konu edilen uyuşmazlıkların kamu düzeninden olmaması gerektiği yönündedir⁷⁰. Doktrinde bu alana örnek olarak tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklar gösterilir. Arabuluculuk suretiyle uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında taraflardan her birinin karşılıklı görüşmelerde menfaatlerini savunabilecek durumda olması ve bu sayede optimal bir çözüme kavuşabilmesi amaçlanır. Doktrinde bu nedenle, arabuluculuğa konu edilen uyuşmazlığın özellikle malî açıdan taraflar arasında büyük ölçüde bir eşitsizliğin bulunmadığı menfaat ilişkilerinden kaynaklanmış olması gerektiğine işaret edilmiştir.⁷¹ Bunların yanı sıra dava şartı arabuluculuk kurumuna yöneltilen biri de söz konusu kurumun varlığı nedeniyle hak arama özgürlüğünün sınırlandırıldığı adaleti sağlama görevinin devlete ait olması kuralının zedelendiği yönündedir⁷².

⁶⁸ Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 28; Kılıçoğlu, Arabuluculuk, s. 33; Tanrıver, s. 112; Barış Toraman, “İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1028.

⁶⁹ Arabuluculuğa başvuru zorunluğunun gerçek bir dava şartı olmadığı yönünde açıklamalar için bkz. Ekmekçi/ Özekes/Atalı/Seven, s. 153-154.

⁷⁰ Tanrıver, 122; Toraman, s. 1036.

⁷¹ Tanrıver, s. 121.

⁷² Kılıçoğlu, Arabuluculuk, s. 33. Benzer nitelikteki eleştiriler için bkz. Kılıçoğlu, Arabuluculuk, s. 33-35.

Tarımsal üretim sözleşmesinin bir tarafını üreticiler, diğer tarafını ise alıcılar oluşturur. Gelecekte üretilecek bir ürünün bedeli karşılığında alımından daha karmaşık ilişkileri konu alan tarımsal üretim sözleşmesinde üretim yükümlülüğü üreticinin asli edim borcu olmakla birlikte, üretimin başarıya ulaşması için gereken girdi desteği, alıcı tarafından sağlanır. Bu nedenle tarımsal üretim sözleşmesinde çoğu zaman ekonomik bakımdan üstünlüğün alıcı tarafta olduğunu söylemek hatalı olmaz. Bu nedenle doktrinde savunulduğu gibi taraflar arasında mali eşitsizliğin bulunduğu diğer durumlar gibi tarımsal üretim sözleşmelerinin dava şartı arbuluculuğa uygun olmadığı savunulabilir.

Mevcut durumda dava şartı arbuluculuk kapsamında yer alan tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların uzman arbulucular eliyle çözüme kavuşturulması isabetli bir çözümdür. Tarımsal üretim sözleşmesi kendisine özgü bir sözleşmedir. Bu yönüyle isimli sözleşmelerden pek çok açıdan ayrılır. Nitekim bu durum göz önünde bulundurularak Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arbuluculuk Yönetmeliği⁷³'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında Tarım Kanunundaki düzenlemeye paralel biçimde tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların arbulucular vasıtasıyla çözümünde önceliğin bu alanda yetişmiş uzman hukukçulara bırakılması gerektiğine işaret edilmiştir.

J. Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Cayma ve Tarımsal Üretim Sözleşmesinin Feshi

Sözleşmeden cayma ve sözleşmenin feshi, borçlandırıcı sözleşmelerin yenilik doğuran bir beyanla sona erdirilmesini konu alır. Yönetmelikte tarımsal üretim sözleşmesinin bu yolla sona erdirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Cayma hakkı, kurulmuş olan bir sözleşmeyi hiçbir gerekçe göstermeksizin ve tazminat ödeme yükümlülüğü olmaksızın sona erdiren bozucu nitelik doğuran bir hakktır.⁷⁴ Bu yönüyle, sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanının geri alınmasını ifade

⁷³ Anılan yönetmelik, 01.09.2023 tarih, 32296 sayılı Tarımsal Üretim Sözleşmesinden Doğan Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Arbuluculuk Yönetmeliği'dir.

⁷⁴ Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2021, s. 389; Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2021, s. 448; Mehmet Demir, Kapıdan işlemlerde Tüketici Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, 2003, s. 276

eden geri alma hakkından ayrılır.⁷⁵ Cayma hakkı, tek taraflı irade beyanını kullanılır. Yenilik doğuran hak şeklinde nitelendirilen cayma hakkı varması gereken bir irade beyanı niteliği taşır.⁷⁶ Maddenin başlığında her ne kadar tarımsal üretim sözleşmesinden caymadan söz edilmişse de metnin içeriğinde cayma hakkından söz edilmemiştir.

Madde başlığında sözü edilen ikinci hal, sözleşmenin feshidir. Yönetmeliğin 13. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“herhangi bir sebep belirtmeksizin, taraflar sözleşmeyi karşılıklı uzlaşısı ile feshedebilirler. Feshedilen sözleşmeler taraflarca on beş iş günü içerisinde il/ilçe müdürlüğüne bildirilir”*. Maddenin başlığında her ne kadar fesih hakkından söz edilse de hükmün içeriği feshin niteliği ile bağdaşmaz. Fesih hakkı, sürekli nitelikteki bir borç ilişkisinin tek taraflı bir beyanla ileriye etkili biçimde sona erdirilmesini konu alır.⁷⁷ Sözleşmenin feshinden söz edebilmek için taraflar arasında yapılan bir anlaşmaya ihtiyaç yoktur. Böyle bir anlaşma fesih hakkının niteliği ile de bağdaşmaz. Madde de sözü edilen sona erme hali, borç ilişkisinin tarafların iradesiyle sona erdirilmesini konu alan ikaledir.⁷⁸ Tarafların ikale yoluyla sözleşmeyi sona erecekleri hususuna da yönetmelikte yer verilmesine ihtiyaç yoktur. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği taraflar böyle bir anlaşmayı istedikleri zaman yapabilirler.⁷⁹

DEĞERLENDİRME

Değişen iklim koşulları, artan dünya nüfusu, kaynakların daha etkin şekilde kullanılmasını gerektirmiştir. Değişen dünya düzenine uyum sağlayabilmenin yollarından biri de üretim yöntemlerinde değişikliğe gitmektir. Tarımsal üretim, kendisine özgü birçok risk fak-

⁷⁵ Aydoğdu/Kahveci, s. 391; Demir, s. 276; Honsell/Vogt/ Wiegand, s. 313; Karş. Geri alma hakkı ve cayma hakkı kavramlarının aynı anlama geldiği yönünde bkz. Çabri, s. 449.

⁷⁶ Aydoğdu/Kahveci, s. 395; Doktrinde yürürlükteki Tüketicinin Korunması Hakkında hüküm altına cayma hakkının hukuken sonuç doğurması için karşı tarafa yönetilmesinin yeterli olacağı görüşü kabul edilmektedir: Şebnem Akipek Öcal/ İlhan Kara, Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 2023, s. 134.

⁷⁷ Demir, s. 272; Eren, s. 1410; Gümüş, Genel Hükümler, 1210; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul, 2023, s. 554.

⁷⁸ Mustafa Aksu, “Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yeniliklerden İbra” *Yaşar Üniversitesi e-Dergisi*, S.8, 2013, s. 99; Eren, Genel Hükümler, s. 1408; Gümüş, 1175;

⁷⁹ Aksu, s. 99; Eren, Genel Hükümler, s. 1408; Gümüş, Genel Hükümler, 1175; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 118.

törünü bünyesinde barındırır. Tarımsal üretimi güçleştiren koşulların tümünü kontrol altına almak mümkün olmasa da söz konusu koşulların yarattığı zararı en aza indirmek mümkündür. Tarımsal üretim modeli yukarıda sözü edilen ihtiyaçlardan doğmuştur.

Üretim faaliyetinin gerçekleşmesinde birçok aktör rol alır. Bu nedenle tarımsal üretim sözleşmesi her ne kadar üretici ve alıcılar arasında kurulan bir hukuki ilişki olarak nitelendiriliyorsa da dikey bütünleşmelerle şekillenen tarımsal üretim modelinin tarımsal üretim sözleşmesi üzerindeki yansımalarını görmek mümkündür.

Tarımsal üretim modeli tarımsal üretim sözleşmesi ile hayat bulur. Anılan sözleşme, toplumsal ihtiyaçların yarattığı isimsiz sözleşmelerden biridir. Tarımsal üretim sözleşmesi, yalnızca alıcı ve satıcıların gelecekte üretilen bir ürünün satışı konusunda anlaştıkları bir sözleşme değildir. Sözleşmenin tarafları her ne kadar üretici ve alıcı ise de devlet bu sözleşmenin gerek şekil gerek içeriğinin belirlenmesinde aktif bir rol oynar. Tarımsal üretim sözleşmelerinin hazırlanmasında Bakanlık tarafından hazırlanan tip sözleşmelerden yararlanır. Yine söz konusu tip sözleşmenin asgari içeriği sözleşmeli üretimi konu alan bir yönetmelikle belirlenmiştir. Devletin tarımsal üretim sözleşmesine dahil, sözleşmenin hazırlanması aşaması ile sınırlı değildir. Tarım politikaları çok eski dönemlerden beri devlet eliyle yürütülmektedir. Neoliberal politikaların etkisiyle şekillenen tarımsal üretim modelinde devlet tarafından sağlanan destek, büyük ölçüde yerini özel teşebbüslerin desteğine bırakmıştır. Gelişmeler çoğunlukla bu yönde olmakla birlikte ülkemizde tarım üreticilerine sağlanan devlet desteği varlığını sürdürmektedir.

Tarımsal üretimin bünyesinde barındırdığı risklerle mücadele edebilmenin bir yolu da tarım ürünlerinin sigortalanmasıdır. Ülkemizde tarım sigortaları devlet destekli zorunlu sigortalardandır. Buna rağmen ülkemizde tarımsal ürünlerin sigortalanması hususunda bir geleneğin olduğundan söz edilebilmesi için biraz daha zamana ihtiyaç olduğu görülmektedir.

Tarımsal üretim sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların uzun yargı süreçlerinin dışında bırakılması amacıyla, tarımsal üretim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar dava şartı arbuluculuk kapsamına dahil edilmiştir. Tarımsal üretim sözleşmesinin tarafları arasında

varolan ekonomik eşitsizliğin arabuluculuk sürecinin işleyişinde birtakım problemlere yol açacağı yönündeki endişemiz bir kenara bırakılacak olursa; arabuluculuk sürecinin başarılı bir şekilde yürütülmesi konusunda en temel engel, bu alanda uzmanlık eğitimi almamış hukukçuların görev almasıdır.

Bu çalışma bize ülkemizde tarımsal üretimi konu alan düzenlemelerin bu alanda yaşanacak sorunların çözümünde yetersiz kalacağını göstermiştir. Sözleşmeli üretimi konu alan yönetmelik çok yakın bir tarihte güncellenmiş olsa da hala bünyesinde önemli eksiklikleri barındırmaktadır. Tarım ülkesi olarak nitelendirilen ülkemizde tarımsal üretim alanındaki ilişkileri sistematik bir şekilde düzenlemek, birden çok katmandan oluşan dikey bütünleşmeler nedeniyle, üreticilerin mağdur olmalarını bir nebze olsun engelleyebilir. Tarımsal üretimin bünyesinden kaynaklanan birtakım risklerin engellenemeyeceği ancak bunlardan doğan zararın azaltılabileceği konusunda bir bilinç oluşturulabilirse bunun sonucundan üreticiler ve ülke tarımı kazançlı çıkacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Antalya Gökhan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, Ankara, 2019.
- Aral Fahrettin/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2023.
- Atamer Yeşim Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001.
- Aydoğdu Murat/Nalan Kahveci, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2021.
- Ayrancı Hasan/Sabure Paket, "Nitelikli Satış Sözleşmesi", *Selçuk Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 29, C. 2, 2021.
- Çabri Sezer Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2021.
- Demir Mehmet Kapıdan işlemlerde Tüketici Koruyan Geri Alma Hakkı, 2003.
- Ekmekçi Ömer/Muhammed Özekes/Murat Atalı/Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Oniki Levha, İstanbul, 2019.
- Eren Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 319; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara, 2021.
- Fikentscher Wolfgang/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10.Auflage. Berlin: de Gruyter Lehrbuch, 2006.
- Furrer Andreas/Markus Muller Chen, Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021.
- Gümüş M. Alper Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara, 2021.

- Gümüş M. Alper, *Özel Hükümler-Kısa Ders Kitabı*, 2017.
- Honsell Heinrich/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Obligationenrecht I Art. 1-529*, Basel, 2011.
- Kılıçoğlu Ahmet M. *Arabuluculuk Sözleşmeleri*, Ankara, 2022.
- Kılıçoğlu Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2022.
- Kılıçoğlu Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2023.
- Larenz Karl/Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, C.H Beck Verlag, München, 2004.
- Oğuzman M. Kemal/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I*, İstanbul, 2023.
- Öcal Şebnem Akipek/İlhan Kara, *Tüketici Hukuku Ders Kitabı*, 2023.
- Özbilen Arif Barış *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, İstanbul, 2016.
- Schlechtriem Peter *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen, 2005.
- Schmidt Rolf *Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil*, Bremen, Rolf Schmidt Verlag, 2004.
- Serozan Rona/Başak Baysal/Keremcem Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, 2018.
- Ulaş Işıl/İbrahim Bektaş, *Ulaş Sigorta Hukuku, Birinci Cilt, Zarar Sigortaları-I*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2023.
- Wenzel Henning, *Schuldrecht Besonderer Teil I*, 3. Baskı, Rolf Schmidt Verlag, 2004.
- Yavuz Cevdet/Faruk Acar/Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2022.

Makaleler

- Aksu Mustafa "Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yeniliklerden İbra" *Yaşar Üniversitesi e-Dergisi*, S.8, 2013.
- Aktaş Erkan/Metin Altıok/Mehmet Songur, "Farklı Ülkelerdeki Tarımsal Destekleme Politikalarının Tarımsal Üretim Üzerine Etkisinin Karşılaştırmalı Analizi", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 15, S. 4, 2015.
- Aslan Mecbure/İsmet Boz, "Doğrudan Gelir Desteğinin Tarımsal Amaçlı Kullanımını Etkileyen Faktörler" *Tarım Ekonomisi Dergisi*, C. 11, S. 2, s. 2005.
- Aydın Bahadır, "Tarımsal Sözleşmeli Üretim Modeli", *Ekonomik Yaklaşım*, C. 18, S. 65, 2007.
- Başer Uğur/Mehmet Bozoğlu/Hüsrev Mennan, "Çiftçilerin tarım sigortası yaptırma- larını etkileyen faktörler", *Akademik Ziraat Dergisi*, S. 12, C. 1, 2023.
- Çetin Bahattin, *Tarım Sigortaları*, Ankara, Nobel Yayınevi, 2007.
- Çiftçi Tuğba "Tarım Sigortalarının Devlet Tarafından Desteklenmesi ve Tarım Sigortaları Havuzu Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, 2014.
- Demirtaş Metin Vedat Gün, "Avrupa ve Türkiye'deki Biyokütle Enerjisi", *Celal Bayar Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, 2007.

- Gedik Yasemin "Tarımsal Pazarlama: Faydaları, Zorlukları ve Stratejileri Üzerine Kavramsal Bir Çerçeve", *Turizm Ekonomi ve İşletme Araştırma Dergisi*, C. 5, S. 1, 2023.
- Işık Mürşit/Arzu Kan, Türkiye'de Zorunlu Tarım Sigortalarının Uygulanabilirliği, *Sosyo-Ekonomi Dergisi*, S. 2, 2007.
- Kılıç İlker/Özgür Bor, "Sözleşmeli Tarım, Devlet ve Hukuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 86, 2009.
- Okur Sinan Türk-İsviçre-Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi, C. 14, 2019.
- Oktay Saibe "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011.
- Omağ Merih Kemal, Özel Sigorta Hukukuna Hâkim İlke ve Kurumlar (Tebliğ ve Makaleler), İstanbul, 2019.
- Özçelik Ahmet/Ahmet Turan/Harun Tanrıvermiş, "Türkiye'de Tarımın Pazara Entegrasyonunda Sözleşmeli Tarım ve Bu Modelin Sürdürülebilir Kaynak Kullanımı ile Gelir Üzerine Etkileri", *Tarımsal Ekonomi Araştırma Enstitüsü*, Ankara, 1999.
- Rona Serozan "Culpa in Contrehendo, Akdin Müspet İhlali, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkileri", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 2 S. 3, 1968.
- Tanrıver Süha "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/handle/20.500.12416/4655>, 2020, (111-142), s. 112, (18.10.2023).
- Teoman Özgür/N. Barış Tartıcı, "Türkiye Tarımında Sözleşmeli Üreticilik-Kapitalist Dönüşümde Bir Halka Olabilir Mi?" *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 2, 2012.
- Toraman Barış, "İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3, 2020.
- Topal Murat E./Işıl Topal, "Ürün Bitkilerinden Yenilenebilir Enerji Kaynağı Biyokütle Enerjisi Potansiyelinin Belirlenmesi: Afyonkarahisar İli Örneği (2006-2010)", *Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, 2012.

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDE GEÇİCİ VE KESİN TEMİNATLARIN GELİR (İRAT) OLARAK KAYDEDİLMESİ*

RECORDING OF TEMPORARY AND DEFINITE GUARANTEES AS INCOME IN PUBLIC PROCUREMENT CONTRACTS

Sarp GÜMÜŞ**

Özet: İdarenin ihaleye çıkmasıyla başlayıp kamu ihale sözleşmesinin sona ermesine kadar geçen hukuki işlemler silsilesini ifade eden kamu ihale sürecinde idare, bu süreçte karşılaşması muhtemel risk ve zararlara karşı muhatabından kendisine bir teminat göstermesini ister. Bu teminat, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, tedavüldeki Türk parası ve devlet iç borçlanma senetleri olabileceği gibi uygulamada daha sık karşılaşıldığı üzere banka teminat mektuplarıdır. Anılan mevzuat gereği, ihaleye katılan isteklilerden istenen geçici teminat mektupları ve yüklenicilerden istenen kesin teminat mektupları, garanti altına aldıkları riskin gerçekleşmesiyle beraber idare tarafından garantör bankaya başvurulmak suretiyle paraya çevrilmekte; hatta bazı durumlarda garanti altına alınan risk gerçekleşmese dahi ödeme talebine konu edilerek hazineye gelir kaydedilmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından kanunun verdiği yetkiye dayanarak şekli standart olarak belirlenen ve "ilk talepte" ödeme kaydını içerdiğinden bankanın ödeme talebine karşı savunma imkanlarını son derece kısıtlayan geçici ve kesin teminat mektuplarının hazineye gelir kaydedilmesi, ancak kanunlarda sayılan sınırlı sebeplerin gerçekleşmesiyle mümkün olmakla birlikte uygulamada idarenin kimi zaman bu yetkisini aştığı, kimi zamansa uğradığı zarar bu yolla karşılayamadığı görülmektedir. Bu çalışmanın amacı, özellikle geçici ve kesin teminat mektuplarının

* Bu çalışma, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında Doç. Dr. Ferhat Canbolat danışmanlığında hazırlanan ve oybirliği ile kabul edilen "Kamu İhale Sözleşmelerinde Banka Teminat Mektupları ve Uygulaması" isimli yayımlanmamış yüksek lisans tezinden türetilmiş olup çalışma, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Arş. Gör. (LLM), Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sgumus@baskent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1105-8833, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.09.2023, Kabul Tarihi: 27.10.2023

idare tarafından hazineye gelir kaydedilmesi sebepleri ve usulü ile uygulamada bu hususta yaşanan problemlerin irdelenmesi ve gerektiğinde çözüm önerileri sunulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: İdare, Kamu İhale Hukuku, Banka Teminat Mektubu, İrat Kaydı

Abstract: In the public procurement process, which refers to the series of legal proceedings starting with the award of the tender by the contracting authority and ending with the termination of the public procurement contract, the contracting authority requests the counterparty to provide it with a guarantee against the possible risks and damages it may encounter in this process. Pursuant to the relevant provisions of the Public Procurement Law No. 4734 and the Public Procurement Contracts Law No. 4735, this collateral may be Turkish currency and government domestic debt securities in circulation or, as is more frequently encountered in practice, bank letters of guarantee. Pursuant to the aforementioned legislation, the provisional letters of guarantee required from the tenderers participating in the tender and the letters of guarantee required from the contractors are converted into money by the administration by applying to the guarantor bank upon the realisation of the risk they guarantee; even if the risk guaranteed is not realised in the event of certain situations, they are subject to a payment request and recorded as revenue to the treasury. Although it is only possible to record temporary and definite letters of guarantee as revenue to the treasury upon the realisation of the limited reasons listed in the law, it is observed in practice that the contracting authority sometimes abuses this authority and sometimes fails to compensate for the loss incurred in this way. The purpose of this study is to examine the reasons and procedures for the revenue recognition of temporary and definite letters of guarantee to the treasury by the administration and the problems experienced in this regard in practice, and to propose solutions when necessary.

Keywords: Contracting Authority, Public Procurement Law, Bank Letter of Guarantee, Recognition of Credit

GİRİŞ

Kamu ihale sürecinde teminatların gelir (irat) kaydedilmesi, hem 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) hem de 4735 sayılı Kanunu'nun (KİSK) muhtelif maddelerinde düzenlenmiştir. İdareye çeşitli risklerin garantisi olarak verilen teminatların idare tarafından hazineye gelir kaydedilebilmesi için bu kanunlarda yer alan sebeplerin (risklerin) gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla kanunda teminatların gelir kaydedildiği durumlardan anlaşılması gereken, aslında taraflar arasındaki hukuki ilişkide hangi olayların risk altına alındığı ve bu risklerin hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağıdır.

Kamu ihale sürecinde idare tarafından teminatın istendiği zamana göre risk, kamu ihale sözleşmesi henüz imzalanmadan gerçekleşme ihtimali olan bir risk olabileceği gibi, kamu ihale sözleşmesinin akdedilmesinden sonra sözleşmenin ifası aşamasında gerçekleşme ihtimali olan bir risk de olabilir. Kamu ihale sözleşmesi henüz imzalanmadan gerçekleşmesi muhtemel ve kanunla belirtilen risklerin garanti altına alınması için idare tarafından istenen teminatlara binaen verilen teminat mektupları geçici teminat mektupları; sözleşme imzalandıktan sonraki risklerin garantisi olarak istenen teminat mektupları ise kesin teminat mektupları adını alır. Öte yandan yine sözleşmenin akdedilmesinden sonra idare tarafından yükleniciye işin görülmesi için gelecekte hakedişlerinden kesinti yapmak üzere ödenen tutarın garantisi olarak avans teminat mektupları da istenebilir.

Her bir teminat mektubunun garanti altına aldığı riskin kanunda belirtilen hallerde gerçekleşmesiyle birlikte idare, garantör bankaya başvurarak bir ödeme talebinde bulunur. Bu ödeme talebinin hukuka uygun olması gerekmeyle birlikte özellikle idareye hitaben düzenlenen ve Kamu İhale Kurumu tarafından standart olarak belirlenen teminat mektuplarının “ilk talepte” ödeme kaydı içermesi sebebiyle banka kural olarak ödeme yapmaktan kaçınmaz.¹ Bu durum da teminat mektubu ilişkisinde lehtar konumunda olan istekli veya yüklenicilerin zarara uğramasına yol açabilir. Dolayısıyla hangi durumlarda teminat mektuplarının ödenmesinin talep edilebileceği ve yapılan ödeme akabinde bu tutarın gelir olarak kaydedilebileceğinin titizlikle incelenme-

¹ Kamu ihale sürecinde idareye sunulan teminat mektuplarının şekli ayrı bir önemi haiz olup istekli veya yüklenicilerin idareye verecekleri teminat mektuplarının Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen kapsam ve şekle aykırı olması halinde bu kimselerin teminatları geçersiz sayılarak bu kimseler ihale dışı bırakılmakta; teklifleri geçersiz sayılmaktadır. Bu konuyla alakalı Kamu İhale Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda: “Geçici teminat mektubunda standart formda geçen “4734 sayılı Kanun ve” ibaresine yer verilmemesi, söz konusu teminat mektubunun Kamu İhale Kurumu tarafından düzenlenen standart forma uygun olmadığı anlamına gelmekte olup söz konusu isteklinin teklifinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir” ifadeleri (03.07.2013 tarih ve 2013/UH.I-2763 sayılı karar); bir başka kararda “Geçici teminat mektubunda ticaret unvanı yazılırken şirket türüne ilişkin ibareye yer verilmemesi esaslı bir eksiklik olup ilgili isteklinin değerlendirme dışı bırakılması gerekir” ifadeleri (19.02.2014 tarih ve 2014/UH.III-994 sayılı karar); başka bir kararda “Geçici teminat mektubunda her şeyin doğru ama ihale kayıt numarasının (İKN) yanlış olması durumunda da mektup reddedilir” ifadeleri yer almıştır (26.08.2015 tarih ve 2015/UY.II-2347 sayılı karar). (Kararlar için bkz. <https://ekap.kik.gov.tr>)

si, muhtemel hak kayıplarının ve idarenin sebepsiz zenginleşmesinin önlenmesi bakımından önem arz eder.

Çalışmamızda, kamu ihale sürecinde idareye hitaben verilen teminatlara ilişkin genel açıklamalarla birlikte uygulamada en çok kullanılan teminat türü olan banka teminat mektuplarının incelenmesine ağırlık verilecektir. Çalışmamızın ilk bölümünde, geçici teminat kavramı ile geçici teminat mektuplarının ödeme talebine konu olabileceği haller ile gelir kaydedilmesi; ikinci bölümünde ise kesin teminat kavramı ile kesin teminat mektuplarının garanti altına aldığı riskler ve idare tarafından gelir kaydedildiği durumlar incelenecektir.

I. GEÇİCİ TEMİNATLARIN GELİR KAYDEDİLMESİ

A. Genel Olarak Geçici Teminatlar ve Geçici Teminat Mektupları

Geçici teminatlar, KİK m. 33 hükmünde düzenlendiği şekliyle ihaleye katılan tüm isteklilerden salt ihaleye katıldıkları için istenen bir teminat olup idare, ihale ilanından sonra ihaleye katılması uygun bulunan isteklilerin her biri aslında bir yüklenici adayı olduğundan, bu isteklilerin ihalenin kendilerine bırakılması halinde kamu ihale sözleşmesini imzalayacaklarının ve ihale konusu edimi borçlanmaya ehil olduklarının kendisine garanti edilmesini isteme hakkına sahiptir. Zira üzerinde ihale bırakılan isteklinin sözleşmeyi imzalamaya yanaşmaması ihtimali her zaman mevcut olduğu gibi ihale sürecinde katılım şartlarını sağlamadığı sonradan anlaşılan ya da ihale mevzuatında öngörülen esas ve usullere aykırı davranan isteklilerin de kamu ihale sözleşmesini imzalaması mümkün olmadığından geçici teminat ile her bir isteklinin sözleşmeyi imzalamama ya da imzalamama riskleri garanti altına alınır.² Bu yönüyle geçici teminat, istekli olduğu işi ya-

² Serhat Şahiner, Kamu İhalelerinde Teminatlar, Ankara, 2016, s. 8; Mesut Ertanhan, "Kamu İhale Kanunu'na Tabi İhalelerde Teklif Dosyası, Teklif Mektubu ve Geçici Teminat", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 2, S. 16, s. 89. Bazı durumlarda ise geçici teminat alınmasına gerek yoktur. Bu durumlardan ilki KİK m. 33 hükmünde düzenlenen danışmanlık hizmeti ihaleleridir. Madde hükmüne göre ihale dokümanında belirtilmesi şartıyla danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir. Bu tür ihalelerde söz konusu alım isteklilerin mali gücüne dayanmayıp isteklilerin uzmanlık ve deneyiminin ön planda olması sebebiyle ihaleyi kolaylaştırmak ve istekli sayısını artırmak maksadıyla bu şekilde bir düzenleme ön-

pabilecek kapsamda belirli ekonomik gücü olanların ihaleye katılmalarını sağlamak, yaptırım aracı olarak kullanmak, tekliflerin daha ciddi bir şekilde hazırlanmasını sağlamak, ihaleye fesat karıştırılmasını önlemek gibi çeşitli amaçlara hizmet eder.³

Geçici teminatın oranı, KİK m. 33 hükmüyle belirlenmiş olup ilgili madde hükmü uyarınca ihalelerde teklif edilen bedelin yüzde üçünden az olmamak üzere istekli tarafından verilecek tutardır. Maddede kanun koyucu tarafından geçici teminata ilişkin sabit bir oran yerine asgari bir oran belirlenmiş olması isabetli olup bu hüküm, tekliflerin gizlenmesi esasına hizmet eder. Zira geçici teminata ilişkin sabit bir oran belirlenmiş olsaydı, isteklilerin birbirlerinin tekliflerini gösterilen teminata bakarak öğrenmelerinin önü açılmış ve bu sebeple tekliflerin gizliliği ilkesi zedelenmiş olurdu.⁴

görölmüştür. Danışmanlık hizmet ihaleleri, hizmet alımı ihalelerinin bir türünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte, diğer hizmet alımı ihalelerine göre danışmanlık hizmetlerinin niteliğinin farklılık arz etmesi sebebiyle bunlar Kanunda ayrı bir kısımda düzenlenmiş ve farklı hükümlere tabi kılınmıştır. Örneğin uygulanacak ihale usulü açısından danışmanlık hizmet alımları farklılık arz eder. (Yasin Sezer/R. Emre Kalkan/M. Emre Şahin, Kamu İhale Hukuku Dersleri, Ankara, 2017, s. 44.) Kanun koyucu bu türden ihaleleri KİK m.48’de belirtmiştir. İlgili maddeye göre: “Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır.” Geçici teminat alınmasına gerek olmayan ikinci durum ise KİK m. 22’de düzenlenmiş olup doğrudan teminle yapılan alımlar hakkındadır. Doğrudan teminle yapılan alımlarda da teminat alınmasına gerek yoktur. Burada da amaç, katılımı artırarak ihalenin yapılmasında kolaylık sağlanmasıdır. Doğrudan teminle alım ile ilgili olarak bkz. Mustafa Atıf/Mustafa Taytak, “Kamu Satın Alımları Kapsamında Doğrudan Temin Uygulamalarının Değerlendirilmesi ve Bir Vaka Analizi”, *Sayıştay Dergisi*, C. 29, S. 110, s. 91 vd. Doğrudan temin usulü, bir ihale usulü olmaktan çıkarıldığından artık bu alımlarda herhangi bir teminat da doğal olarak aranmayacaktır. (4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 15.08.2003 tarihli Resmî Gazete, No: 25200)

³ Mehmet Aksoy, “Kamu Alımlarında Teminatlar, İrat Kaydı, Güncelleme Sorunu ve Çözüm Önerileri”, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 393-421.

⁴ Gizlilik, ihale sürecinin objektif ve hukuka uygun bir şekilde işlemesi bağlamında getirilen sınırlı ve belirli konularda düzenlenmiş bir ilkedir. Tekliflerin gizliliği ilkesi de gizlilik ilkesinin bir sonucudur ve isteklilerin tekliflerini İdareye verirken birbirlerinin tekliflerini görmemeleri ve idarenin de bu teklifleri teklif zarfları açılana kadar bilmemesi anlamına gelir. Bkz. A. Esin Sancar, “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, *Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, s. 165 vd.; Özan Can, *Kamu İhale Hukuku*, Ankara, 2018, s. 40; Aksoy, s. 396. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Te-

Geçici teminat olarak tedavüldeki Türk parası ve Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından ihraç edilen devlet iç borçlanma senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler kabul edilebileceği gibi uygulamada en çok bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen geçici teminat mektupları kullanılmaktadır.⁵

Geçici teminat mektupları, ihaleye katılan gerçek veya tüzel kişi isteklinin ihalenin kendisine bırakılması halinde, teklifinin gereğini yerine getirmemesi, yani önceden belirlenen süre içinde ve ihalede belirtilen şartlara uygun olarak sözleşme imzalanmaması riskine karşı ihaleyi açan idareye hitaben verilen teminat mektuplarıdır.⁶ Bu tür teminat mektuplarında amaç, ihaleye katılan isteklinin ihalenin kendi üzerinde kalması halinde belirlenen süre içerisinde ve şartlarla kamu ihale sözleşmesini akdetmesini güvence altına almak olup teminat mektubuyla garanti edilen risk, isteklinin sözleşmeyi yapmaması

minat oranıyla ilgili dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da bu oranın idare tarafından değiştirilememesidir. İdare, ihale dokümanında geçici teminat oranını kendi isteği doğrultusunda arttırmaz veya azaltamaz. Teminat miktarının kanunen belirlenen asgari yüzde üç oranından fazla olması, ancak isteklilerin inisiyatifindedir.

⁵ Bu noktada 20.02.2004 tarihli ve 25379 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Muhaberat Genel Müdürlüğü Genel Tebliği’nden (Sıra No: 15) bahsetmek gerekir. İlgili Tebliğ’in I-B (Bütçe Emanetinde Kayıtlı Müteahhit Alacaklarının İhalelerde “Geçici Teminat” Olarak Kabul Edilmesi) başlığı altında tahakkuk ettirilerek ödenebilir hale gelmiş gider kaydı yapıldığı halde nakit yokluğundan ödenemediğinden alacaklısı adına bütçe emanetine alınmış müteahhit alacaklarının, bu müteahhitlerin aynı idarenin açacağı ihalelere katılmak istemeleri halinde, aşağıda belirtilen esaslara göre “geçici teminat” olarak kabul edilmesi uygun görülmüştür. Buna göre bütçe emanetine alınmış müteahhit (yüklenici) alacağı da bu alacağını alamamış yüklenicinin alacaklısı olduğu idarenin açmış olduğu bir başka ihaleye girerken geçici teminat göstermesine gerek olmayıp ilgili alacak Tebliğ uyarınca geçici teminat olarak kabul edilecektir. İlgili düzenlemenin ihalede rekabet ve ihaleye katılımın artması amacıyla yapıldığı ileri sürülse de kanaatimize göre KİK ve KİSK’in açık hükümleri karşısında geçici teminat kanununun sınırlı sayıda teminat olarak kabul ettiği değerlerden biri ile gösterilmek zorundadır ve yüklenici alacakları bu değerlerden biri değildir. Dolayısıyla ilgili Tebliğ kanunun düzenlemesine aykırıdır.

⁶ İzzettin Pamukçu, Teminat Mektupları, Ankara, 1976, s. 29-30; Fatma Hatipoğlu, “Banka Garantileri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990, s. 12; Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara, 2003, s. 194; Elif Doğan, “Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 58. Vahit Doğan, Banka Teminat Mektupları, Ankara, 2005, s. 71; Ferhat Canbolat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara, 2009, s. 83; Nami Barlas, Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986, s. 14.

veya yapamaması halinde idarenin uğrayacağı zarardır. Geçici teminat mektubu ile lehtarın (isteklinin) ihale üzerinde bırakıldığında ilgili sözleşmeyi imzalayacağı ve kesin teminat mektubu vereceği garanti altına alınmış olur.⁷

Geçici teminat mektuplarının garanti altına aldığı risklerin gerçekleşmesiyle birlikte idare, banka teminat mektubu ilişkisinde garanti veren konumunda olan bankaya başvurarak teminat olarak gösterilen tutarın kendisine ödenmesini istemek ve akabinde bu tutarı gelir olarak kaydetme hakkını haizdir.

B. Geçici Teminatların Gelir Kaydedilmesi

1. Genel Olarak

İdare ile ihaleye katılan istekliler arasındaki geçici teminat ilişkisinin olağan sona erme yolu, ihale üzerinde bırakılan istekliyle kamu ihale sözleşmesinin imzalanması ve alınan geçici teminatların isteklilere iade edilmesidir. Geçici teminat ilişkisinin olağan dışı sona erdiği yol ise geçici teminatların gelir kaydedilmesi olup kanunun belirlediği bazı hallerde idare, geçici teminatların garanti altına aldığı riskin gerçekleştiğinden bahisle bankaya ödeme talebinde bulunur. Talep üzerine geçici teminat mektubunda garanti edilen tutar idareye ödenir ve ödenen bu tutar, hazineye gelir kaydedilir.

2. Geçici Teminatların Gelir Kaydedildiği Durumlar

Geçici teminat mektubunda belirtilen tutarın banka tarafından idareye ödenip akabinde gelir olarak hazineye kaydedildiği durumlar, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda sınırlı olarak sayılmıştır.

Bu durumlardan ilki, kamu ihale sözleşmesinin isteklinin kusuru ile imzalanmaması veya imzalanamaması halidir. Böyle bir durumda ihale üzerinde bırakılan isteklinin idarenin daveti üzerine kamu ihale sözleşmesini imzalamaması veya kusuru sebebiyle imzalayamaması halinde bu isteklinin geçici teminat mektubu paraya çevrilerek teminat mektubundaki tutar hazineye gelir kaydedilir ve ekonomik açıdan en

⁷ Reisoğlu, s. 143. Doğan V., s. 71.

avantajlı ikinci teklif sahibi istekli, kamu ihale sözleşmesini akdetmeye davet edilir. Ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli de davet edilmesine rağmen sözleşmeyi imzalamaz ya da imzalayamaz ise onun göstermiş olduğu geçici teminat da gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.

Geçici teminatların gelir kaydedildiği ikinci durum, ihale dışı bırakılma sebepleri ve ihaleye katılım şartları ile ilgilidir. İhaleye katılma şartlarını taşımayan isteklilerin ya da ihale dışı bırakılma nedenlerini taşıyan isteklilerin buna rağmen ihaleye katılması halinde, bu isteklilerin göstermiş oldukları teminatlar da gelir kaydedilir.

Son olarak, teklif zarfı içerisinde sundukları belgelerde bilgi eksiklikleri olan isteklilerin, bu eksiklikleri idare tarafından verilen süre içerisinde tamamlamamaları halinde de bu isteklilerin göstermiş oldukları geçici teminatlar gelir kaydedilir.

a. Sözleşmeye Davet Edilen İsteklinin Sözleşmeyi İmzalamaması Nedeniyle

“Sözleşmeye Davet” başlığını taşıyan KİK m. 42 hükmü gereğince, ihale üzerinde bırakılan istekliye, kendisine bu davetin tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. İhale üzerinde kalan istekli, KİK m. 44’e göre aynı kanunun 42 ve 43. maddelerinde belirtildiği şekliyle kesin teminatı göstererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır.⁸

İhale üzerinde bırakılan istekli, idarenin bu davetine icabet eder ve kesin teminatı göstererek kamu ihale sözleşmesini imzalarsa sorun yoktur. İsteklinin vermiş olduğu geçici teminat mektubu iade edilir ve geçici teminat ilişkisi böylelikle son bulur. Ancak bu isteklinin sözleşmeyi imzalamaması veya imzalarsa bile kesin teminatı göstermemesi halinde, göstermiş olduğu geçici teminat mektubu protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın gelir kaydedilir⁹.

⁸ Can, s. 87; Sezer/Kalkan/Şahin, s. 220.

⁹ Aksoy, s. 411. Ayrıca, KİK m.58 uyarınca ihale üzerinde kalan istekli hakkında, mücbir sebepler dışında sözleşme yapmaması halinde altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kanaatimizce kanunda “protesto çekme” ibaresinin kullanılmasına gerek yoktur. Çünkü protesto, kıymetli evrak hukukuna ilişkin bir kurumdur. Protesto, bir kıymetli evrakın kabul edilmediği veya ödenmediğinin

İhale üzerinde bırakılan isteklinin sözleşmeyi imzalamaya yanaşmaması üzerine, KİK m. 44 hükmü gereğince, teklif fiyatının ihale yetkilisince de uygun görülmesi kaydıyla, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliyle de aynı esas ve usullere göre sözleşme imzalanabilir. Yine aynı hüküm uyarınca, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile sözleşme imzalanabilmesi için KİK m. 42’de belirtilen on günlük sürenin bitimini izleyen üç gün içinde bu istekliye KİK m. 42’de belirtilen şekilde tebligat yapılır. KİK m. 44/III’e göre, ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibinin de sözleşmeyi imzalamaması durumunda, bu isteklinin de teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir.¹⁰

b. İhale Dışı Bırakılma Nedenlerini Taşıyan İsteklilerin İhaleye Katılmaları Nedeniyle

İhale dışı bırakma, ihaleden yasaklı olma kavramıyla benzer olsa da iki hukuki kurum birbirinden farklıdır. İhale yasaklılığı, ihale öncesi bir karara dayalı olarak bir kişinin ihaleye katılımını engellerken ihale dışı bırakılma, ihale sırasında alınan bir kararla kişinin istekli sıfatına son verilmesidir.¹¹ Hangi isteklilerin ihale dışı bırakılacağı KİK m. 10’da belirtilmiş olup on bent halinde sayılmıştır:

a) İflas eden, tasfiye halinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

b) İflası ilân edilen, zorunlu tasfiye kararı verilen, alacaklılara karşı borçlarından dolayı mahkeme idaresi altında bulunan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan.

c) Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş sosyal güvenlik prim borcu olan.

d) Türkiye’nin veya kendi ülkesinin mevzuat hükümleri uyarınca kesinleşmiş vergi borcu olan.¹²

resmi bir belge ile tespit edilmesidir. (Bkz. Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara, 2017, s. 205). Banka teminat mektupları ise kıymetli evrak niteliğinde olmadığından bankadan ödeme talebinde bulunulması için zaten protesto çekmeye gerek yoktur.

¹⁰ Aksoy, s. 412.

¹¹ Doğan Şenyüz, “Kamu İhalelerinde İhale Dışı Bırakılma Şartı Olarak Vergi Borcunun Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 509.

¹² Bu bent kapsamında ihale tarihinde isteklinin vergi borcu olmadığını ortaya

e) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, mesleki faaliyetlerinden dolayı yargı kararıyla hüküm giyen.

f) İhale tarihinden önceki beş yıl içinde, ihaleyi yapan idareye yaptığı işler sırasında iş veya meslek ahlakına aykırı faaliyetlerde bulunduğu bu idare tarafından ispat edilen.¹³

g) İhale tarihi itibarıyla, mevzuatı gereği kayıtlı olduğu oda tarafından mesleki faaliyetten menedilmiş olan.

h) Bu maddede belirtilen bilgi ve belgeleri vermeyen veya yanıltıcı bilgi ve/veya sahte belge verdiği tespit edilen.

i) 11'inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılan.

j) 17'nci maddede belirtilen yasak fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilen."

Kanuna göre, bazı durumlara yönelik olarak isteklilerden ihale dışı bırakılma nedenlerini taşımadıklarına ilişkin taahhütname alınır.¹⁴

koyması hususu düzenlenmiş olup isteklinin bunu ilgili idareden alacağı bir belge ile ispat etmesi öngörülmüştür. KİK m. 10 son fıkrasında ise kesinleşmiş vergi borcunun uygulanması bakımından kapsamın belirlenmesi yetkisi Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir. Kurum, bu yetkisini kullanırken Gelir İdaresi Başkanlığı'nın uygun görüşünü almak zorunda olduğu belirtilmiş olup Kurum bu yetkisini 22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Kamu İhale Genel Tebliği" ile kullanmıştır. (Detaylı bilgi için bkz. Doğan Şenyüz, "Kamu İhalelerinde İhale Dışı Bırakılma Şartı Olarak Vergi Borcunun Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 505-535).

¹³ Bu bent kapsamında iş ve meslek ahlakına aykırı davranmanın ölçütü kanaatimizce belirsizdir. Bu ölçütün yasa metninde açık şekilde belirlenmemiş olması idarenin takdir yetkisinin çok geniş olmasına yol açmış ve ihale dışı bırakılma nedenleri istekliler aleyhine genişletilmiştir. İdari yargı mercileri ve Kamu İhale Kurulu da birçok kararında bu ölçütü kısıtlamaya çalışarak istekliyi ihale dışı bırakma kararlarının keyfiyetinin önüne geçmeye çalışmıştır. (Örneğin bkz. Kamu İhale Kurulu'nun 16.04.2003 tarih, 2003/UK. Z-31 sayılı kararı; 11.10.2003 tarih, 2003/UK. Z-579 sayılı kararı) Daha sonra Kurum, 11.11.2005 tarihli ve 25990 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan bir Tebliğ ile de kapsamı daraltmaya ve keyfilik önüne geçmeye çalışmıştır. Bkz. Sadettin Doğanıyığıt, "İsteklilerin Kamu İhalelerine Girmesini Engelleyen Tutum ve Davranış Uygulamaları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 1, S: 1, s. 77-79. Ankara, 2006.

¹⁴ Teklif mektuplarının anılan maddeleri, "İhale tarihinde 4734 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (g) ve (i) bentlerinde sayılan durumlarda olmadığımızı ve olmayacağımızı, anılan maddenin dördüncü fıkrasının (c) ve (d) bentleri hariç, bu hususlara ilişkin olarak durumumuzda değişiklik olması halinde buna ilişkin belgeleri idarenize derhal vereceğimizi; ihalenin üzerimizde kalması halinde ise sözleşme imzalanmadan önce anılan maddenin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (g) bentlerine belirtilen durumlarda olmadığımızı ilişkin belgeleri anılan Kanun ve ilgili mevzuat ile ön yeterlik ve

İhale dışı bırakılmayı gerektiren bu durumlardan hangilerine ilişkin taahhütname sunulacağı, teklif mektubu standart formlarına taahhütname şeklinde dercedilen maddelerle belirlenmiş, belirlenen bu durumlara ilişkin ayrı bir taahhütname oluşturulmasına gerek görülmemiştir.¹⁵

Bu madde kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceğinin Kurum tarafından belirleneceği, gerçeğe aykırı taahhütname sunan istekliler ile taahhüt ettiği durumları tevsik eden belgelerini idareye sunmayan ihale üzerinde bırakılan isteklinin, ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceği de KİK m. 10'da hüküm altına alınmıştır.¹⁶

İhale üzerinde bırakılan istekli veya diğer istekliler tarafından verilmiş taahhütnameye rağmen, isteklilerin gerçek durumu, taahhüt ettikleri durumla uyusmuyor olabilir. Bu durumda istekli, şahsında ihale dışı bırakılma nedenlerinden biri varken buna rağmen idareyi yanıltıcı bir beyanla ilgili taahhütnameyi imzalamıştır. Burada gerçeğe aykırı bir taahhüdün varlığından söz edilir. Bu durumda idare, söz konusu isteklinin taahhüt ettiği şartları taşımadığını tespit edebilir. İdarenin bu tespiti, re'sen yaptığı bir araştırma sonucu olabileceği gibi, bir bildirim, ihbar veya şikâyet üzerine de olabilir. Böyle bir durumun

ihale dokümanında yer alan düzenlemelere uygun olarak idarenize sunacağımızı taahhüt ediyoruz" şeklindedir. İlgili taahhütname ile idare, ihaleye katılan isteklilerin tümünün ihale dışı bırakılma nedenlerinden birinin şahıslarında gerçekleşmediğini taahhüt altına alır. Aynı zamanda bu isteklilerin ihalenin üzerlerine bırakılması halinde de ihale dışı bırakılma nedenlerini taşımayacakları ve buna ilişkin belgeleri idareye verecekleri kararlaştırılmış olur. Aksoy, s. 411-412

¹⁵ Şahiner, s. 182.

¹⁶ İhale üzerine bırakılan istekli, sözleşmeyi imzalamadan önce bu taahhüdünde belirttiği hususları ispat eder nitelikteki belgeleri İdareye sunmak zorundadır. Ancak bu belgelerin ihale üzerine bırakılan istekli tarafından idareye sunulmaması halinde mevzuatta bazı yaptırımlar öngörülmüştür. KİK m.58 hükmü gereğince, üzerine ihale yapıldığı halde, mücbir sebep halleri dışında, usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında, altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, m.2 ve m.3 ile istisna edilenler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Aynı zamanda KİK m.10'un son fıkrasında da, ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi halinde bu isteklinin ihale dışı bırakılarak geçici teminatlarının gelir kaydedileceği belirtilmiştir. Buna göre, ihale üzerinde bırakılan istekli, teklif mektubuna dercedilmiş ve imzalamadığı taahhütnamedeki durumunu ispat edecek belgeleri sözleşmeyi imzalamadan önce idareye sunmaktan kaçınırsa, ihale dışı bırakılır, ihalelere katılmaktan yasaklanır ve göstermiş olduğu geçici teminat mektubu gelir kaydedilir. Bkz. Şahiner, s. 182.

varlığı halinde, ihale üzerine bırakılmış olsa bile artık bu istekliyle kamu ihale sözleşmesinin imzalanması mümkün değildir. Dolayısıyla geçici teminat mektubu ile garanti edilen risk gerçekleşmiş ve bu istekli, kendisinin yol açtığı bir sebeple kamu ihale sözleşmesini akdedemez hale gelmiştir. Bu sebeple gösterilen geçici teminat mektubunun bankadan ödenmesinin talep edilmesi ve akabinde ödenen meblağın gelir kaydedilmesi gerekir.

Uygulama yönetmeliklerinin “İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeye davet edilmesi” ve “İhale üzerinde kalan isteklinin sözleşmeyi imzalamaması” başlıklı maddeleri ile Kamu İhale Genel Tebliği'nin m. 17.6.4. hükmünde de, sunduğu belgeler KİK m. 10 kapsamında taahhüt etmiş olduğu durumlara aykırı hususlar içeren ihale üzerine bırakılan isteklinin, ihale dışı bırakılarak geçici teminatının gelir kaydedileceği düzenlenmiştir. Burada ihale üzerine bırakılan isteklinin taahhütname de taahhüt ettiği durumları ispat eder nitelikteki belgeleri sözleşmeyi imzalamadan önce idareye sunmasından farklı olarak ihaleye katılmaktan yasaklama yaptırımına yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu durumda yalnızca ilgili istekli ihale dışı bırakılır ve göstermiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilir.

c. İhaleye Katılamayacak Olan İsteklilerin İhaleye Katılmaları Nedeniyle

Kamu ihalelerine kimlerin katılamayacağı KİK m. 11’de düzenlenmiştir. Buna göre aşağıda belirtilenler, doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar:

- “a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak idarelerce veya mahkeme kararıyla kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar.*
- b) İlgili mercilerce hileli iflas ettiğine karar verilenler.*
- c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.*
- d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.*

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinimleri.

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin %10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç).

g) Terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kapsamda olduğu Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı tarafından bildirilen yurt dışı bağlantılı gerçek ve tüzel kişiler.

İhale konusu işin danışmanlık hizmetlerini yapan yükleniciler bu işin ihalesine katılamazlar. Aynı şekilde, ihale konusu işin yüklenicileri de o işin danışmanlık hizmeti ihalelerine katılamazlar. Bu yasaklar, bunların ortaklık ve yönetim ilişkisi olan şirketleri ile bu şirketlerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları şirketleri için de geçerlidir.”

İhaleye katılma yasağı yaptırımına giren fiillerin kapsamı ve katılma yasağı kararının üçüncü kişilere etkisi oldukça geniştir. Kanun adeta ihale düzenini bozucu fiil veya davranışta bulunan kişilerle ekonomik ilişki kuran veya kurma ihtimali olan herkesin ihalelere katılmasını yasaklamıştır.¹⁷ İhaleye katılamayacak olan bir isteklinin bu durumu, ihalenin çeşitli aşamalarında anlaşılabilir.

İsteklinin ihaleye katılamayacak kişilerden olduğunun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında anlaşılması halinde, isteklinin ihale dokümanına uygun olarak vermiş olduğu geçici teminat gelir kaydedilir.

Tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında bu durumun fark edilememesi halinde KİK m. 11/IV'e göre bu isteklilerden biri üzerine ihale yapılırsa “teminatlar” gelir kaydedilerek “ihale iptal” edilir. Burada Kanunun kullandığı “teminatlar” ibaresi yerindedir. Çünkü isteklinin ihaleye katılamayacak olduğunun tespiti, teklifler değerlendirildikten sonra ve fakat kesin teminat verilmeden önce yapılabilir. Bu durumda, isteklinin geçici teminatı gelir kaydedilir. İsteklinin ihaleye katılamayacak olduğunun tespiti, istekli tarafından kesin teminat verildikten sonra yapılırsa da isteklinin kesin teminatı gelir kaydedilir.

¹⁷ Sezer/Kalkan/Şahin, s. 281. İhalelerden yasaklama hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Volkan Sırabaşı, “Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, s. 371-380.

Kanunun kullanmış olduğu “ihale iptal edilir” ibaresi ise kanaatimizce doğru olmamıştır. Çünkü ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihaleye katılmayacak durumda olduğunun tespit edilmesi halinde ihalenin iptal edilmesi, kamu ihale sistemindeki hızlılık ve kamu yararı amaçlarına aykırıdır. Aynı zamanda KİK’e göre, ihale üzerine bırakılan isteklinin kamu ihale sözleşmesini imzalamaması halinde ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekliyle bu sözleşmenin imzalanması mümkündür. Zira KİK m. 11 hükmünün ihalenin doğrudan iptalini öngördüğü şeklinde bir yorum, başkaca geçerli tekliflerin bulunduğu ihalelerin dahi salt ihale üzerinde bırakılan isteklinin ihale dışı bırakılması nedeniyle iptal edilmesi anlamına gelir.¹⁸ Dolayısıyla buradaki “ihale iptal edilir” ibaresini, “ihale kararı iptal edilir” şeklinde yorumlamak daha doğrudur.

İhaleye katılmayacağı belirtilen isteklilerin ihaleye katılması ve bunun kamu ihale sözleşmesi imzalanana kadar fark edilmemesi de mümkündür. Kamu ihale sözleşmesinin normalde ihaleye katılmayacağı belirtilen bir istekliyle imzalanması halinde bu durum daha sonradan anlaşılabilir. Bu durumda Kamu İhale Genel Tebliği’nin m. 28.1.8.1. hükmü gereğince sözleşme, KİSK m. 21 hükmüne uygun olarak feshedilir ve hesap genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatlar ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir.

Geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar, KİK m. 11/1’in (a) bendine göre ihaleye katılamaz.¹⁹ Kanun’da, kamu ihalelerinden yasaklamanın tanımı yapılmamıştır. Kamu ihalelerinden yasaklama, kamu ihalelerinde ihale sürecinin hukuka uygun şekilde yürütülmesini engelleyen ve sözleşmenin imzalanmasını sağlamak amacıyla kanunca belirlenmiş olan belirli fiil ve davranışta buldukları tespit edilenlere yönelik getirilmiş bulunan süreli ve konusu kamu ihalelerine girmemek şeklinde olan bir yaptırı-

¹⁸ Şahiner, s. 192.

¹⁹ Begüm İspir, “Kamu İhalelerine Katılma Yasağı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009; Sadettin Doğanyigit, “Haklarında Kamu Davası Açılanların İhale Yasağı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 1, S: 4, s.118-121, Ankara, 2006 (Kamu Davası); Ö. Tuğrul Zor, : “Ceza Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Kararları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 9, S: 90, s.77-85, Ankara, 2014 (Ceza); Cemal Yüksek, Cemal: “Kamu İhalelerinden Yasaklama Yaptırımında Ölçülülük İlkesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C: 10, S: 106, s.33-39. Ankara, 2015.

rımdır.²⁰ KİK m. 58'e göre, idare tarafından tesis edilen kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı, idari bir yaptırım kararı olup idarece uygulanır.²¹

Kanunda belirtilen bazı yasaklama sebepleri (KİK m. 17), aynı zamanda KİK m. 59'a göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil eder. Bu tür durumlarda ihaleden yasaklama kararı geçici olarak verilir. Kalıcı olarak yasaklama kararı, ancak mahkeme kararı ile olur. KİK m. 59 hükmüne göre ihaleye katılmaktan yasaklanan istekliler hakkında, idarenin yapacağı bildirim üzerine ve Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianameye göre kamu davası açılır. Haklarında kamu davası açılmakla birlikte henüz ihale yasağı getirilmemiş ve suçlu olup olmadıkları da yargılama sonuçlanmadığından henüz bilinemeyen bu kişilerin kamu ihalelerine iştiraki ise mümkün değildir.²²

Açılan kamu davası sürmesine rağmen yine de ihaleye katılan isteklilerin haklarındaki yargı kararı kesinleşene kadar geçici teminatlarının gelir kaydedilip kaydedilmeyeceği, kanaatimize göre üzerinde durulması gereken bir konudur. Bu konuya ilişkin iki Düzenleyici Kurul kararından öncesinde bu kimseler, haklarındaki kamu davasının tebliğinden kararın kesinleşmesine kadarki süreçte ihaleye katılmaktan geçici olarak yasaklı kimseler arasında sayılıp geçici teminatları gelir kaydediliyordu.²³ Bu görüş, hakkaniyete uymamakla beraber masumiyet karinesini²⁴ de ihlal etmekteydi. Çünkü yargılama sonucunda kişinin beraat etmesi de mümkün olduğundan idare, haklarında kamu davası açılan bu isteklileri mağdur konuma düşürüyor-

²⁰ Can, s. 101. Benzer bir tanım için bkz. Ö. Tuğrul Zor, "Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi", s. 3. Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006: "Kamu ihalelerinden yasaklama, rekabet, saydamlık, eşitlik ve kamuoyu denetimine açıklık gibi ilkeler merkezli kamu alım sistemini bozmaya yönelik birtakım ihlallerde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin geçici veya sürekli olarak ihalelere katılmaktan menedilmesidir."

²¹ Doğanıçit, Kamu Davası, s. 118. Ayrıca bkz. Danıştay 13.D: E:2011/4274, K.2012/4033. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

²² Doğanıçit, *Kamu Davası*, s. 120. Bu durumun sebebi (KİK m. 59/2'de yer alan "...ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve ..." ibaresidir.

²³ Düzenleyici Kurulun 2010/DK. D-64 sayılı kararı.

²⁴ İdare tarafından verilen yasaklılık kararlarında ceza hukukuna hâkim olan bazı ilkelerinin mutlaka gözetilmesi gerektiğine ilişkin Zor, Ceza, s. 79-85.

du. Sonrasında, bu konuya ilişkin iki Düzenleyici Kurul Kararında,²⁵ hakkında kamu davası açılanlardan ilk derece mahkemesinde yargılaması devam edenlerin ihaleye katıldığıının sözleşme imzalanmadan önce tespit edilmesi halinde ihale dışı bırakılmaları, ancak bu kimselelere geçici teminatları iade edilerek haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını uygulanmamasına karar verilmiştir. Görüldüğü üzere, kanaatimizce de isabetli bir şekilde, anılan kurul kararlarıyla birlikte artık isteklilerin ihalelerden yasaklanmalarından ziyade ihale dışı bırakılması ve göstermiş oldukları teminatların kendilerine iadesi söz konusu olmaktadır.

d. Sunulan Belgelerde Yer Alan Bilgi Eksikliklerinin Tamamlanmaması Nedeniyle

Sunulan belgelerde yer alan belge ve bilgi eksikliklerini düzenleyen KİK m. 37 hükmüne göre: “... teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir.”

Uygulamada özellikle teklif mektuplarında yer alan bazı unsurların eksikliği halinde idare tarafından bu eksiklerin tamamlanması istenebilir. Ancak bu eksikliklerin teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması gerekir.²⁶ Kamu İhale Kurulu da birçok kararında bu durumlara örnek göstermiş; herhangi bir eksiklik halinde bunların düzeltilmesi veya tamamlanması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.²⁷ Bu

²⁵ 2013/DK. D-7 ve 2014/DK. D-21.

²⁶ Teklif mektuplarının şekli ve maddi olarak içermesi gereken zorunlu unsurları hakkında Bkz.: Mesut Ertanhan, “Kamu İhale Kanunu’na Tabi İhalelerde Belge Eksikliği veya Belgelerde Bilgi Eksikliği”, s. 60 vd. *Ankara Barosu Dergisi*, Y: 65, S: 4 (Eksiklik).

²⁷ Örnek olarak teklif mektuplarında yer alan ihale kayıt numarası, teklifin esasını değiştirmeyen ve tamamlanması gereken bir eksiklik olarak değerlendirilebilmiştir. Kurul, 04.05.2004 tarih, 25452 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan bir kararında “...ihale kayıt numarasının olmaması mektubun teklif mektubu olma vasfını ortadan kaldırmayan, ihale mevzuatı açısından teklifin esasını değiştirmeyecek nitelikteki bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir...” şeklinde karar vermiştir. (KİK 2004/UK. Z-382.) Yine, tarih bilgisi (KİK 2004/UK. Z-138, RG:12.03.2004-25400), teklif sahibinin uyruğu (KİK 2003/UK.Z-514, RG:06.11.2003, 25281) gibi durumlar tamamlanması mümkün olan bilgi eksiklikleridir.

eksik bilgilerin tamamlanması için istekliye idare tarafından belirli bir süre verilir. Verilen sürenin sonunda, eksik bilgiler isteklilerce tamamlanmazsa, bu istekliler ihale dışı bırakılarak göstermiş oldukları geçici teminatlar gelir kaydedilir.

Gerek Kanunun gerekse uygulama yönetmeliklerinin bu düzenlemeleri, teklif zarfı (teklif dosyası) içerisinde sunulan her bir belge bakımından geçerlidir.²⁸ Kamu İhale Genel Tebliği m. 16.6 hükmüne göre, geçici teminata ilişkin belgelerin kanunen taşınması zorunlu unsurlarındaki bilgi eksiklikleri, doğrudan teklifin esasını değiştirecek nitelikte kabul edilmiştir. Bu sebeple bu tür eksiklikler, ilke olarak tamamlanmaya konu edilemez. Fakat Tebliğin m. 16.6 hükmünde, başka kurum, kuruluş ya da kişilerce tanzim edilen belgelere ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, zorunlu asli unsurlar dışında, belgenin içeriğine ilişkin tereddüt yaratacak nitelikte olan ve belgeyi düzenleyen kurum, kuruluş ya da kişilerden kaynaklanan bilgi eksiklikleri tamamlanmalıdır. Dolayısıyla bunların idare tarafından tamamlanması yoluna gidilmesi gerekir. Bu tamamlama talebine uyulmaması halinde geçici teminat, gelir kaydedilir.²⁹

Tereddüt yaratacak nitelikte olmayan ve teklifin esasını değiştirmeyecek derecedeki küçük eksiklikler, bazen teklif zarfında yer alan başka belgelerden tespit edilebilir. Bu durumda kanaatimize göre, bu eksikliklerin tamamlanması için süre verilerek bu süre içinde eksiklikler tamamlanmazsa, geçici teminatın gelir kaydedilmesine karar verilmesi doğru değildir. Çünkü bu tür eksiklikler, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmadığı gibi teklif zarfında yer alan diğer belgelerden de ne oldukları anlaşılabilir eksikliklerdir. Bu noktada ortada bir eksiklik olduğunu kabul etmek, hayatın olağan akışına aykırı olacağı gibi idarenin ihtiyacını en hızlı ve uygun şekilde gidermesi gerektiğine yönelik ilkeye de ters düşer.

3. Geçici Teminatların Gelir Kaydedilmeyeceği Durumlar

Geçici teminatların gelir olarak kaydedilebileceği durumlar kanunda sınırlı olarak sayılmış olup bu hallerin dışında, özellikle de KİK m. 17'de sayılan yasak fiil ve davranışların varlığı halinde geçici teminat

²⁸ Şahiner, s. 201.

²⁹ Sezer/Kalkan/Şahin, s. 216.

natın gelir kaydedilmesi mümkün değildir. Ancak uygulamada KİK m. 17'de yer alan sebeplerin gerçekleşmesi halinde de idare tarafından geçici teminatların gelir kaydedildiği ve bu hususa ilişkin Kamu İhale Kurulu tarafından başvurucular lehine kararlar verildiği görülmektedir. Anılan madde hükmünde, belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmanın yasak olduğu; bu yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar hakkında kanunun dördüncü kısmında belirtilen yasaklama ve ceza sorumluluğu hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

Hangi fiil veya davranışların yasak olduğunu belirleyen KİK m. 17 hükmüne göre:

- "a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.*
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.*
- d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.*
- e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak."*

Yukarıda belirtilen hallerde, yasaklanan fiil ve davranışlarda bulunanlara yönelik geçici teminatın gelir kaydedilmesi şeklinde bir yaptırım öngörülmediğinden idarenin bu kimselerin sunduğu geçici teminatları gelir kaydetmesi kanuna aykırı olup Kamu İhale Kurulu bu durumlarda geçici teminatın iadesini öngörmektedir.

Örneğin Kurul tarafından verilen 03.01.2013 tarihli bir kararda:³⁰

"...yılına ait bilançonun öz kaynak oranının yeterli olmaması ve 4734 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin (c) bendi çerçevesinde ihaleye sunulan bilançonun sahte olduğu kanıtıyla değerlendirme dışı bırakılması işleminde mevzuata aykırılık bulunmamakla birlikte, söz konusu değerlendirme dışı bırakılma nedeninin geçici teminatın gelir kaydedileceği durumlar arasında yer almadığı, bu itibarla idarece başvuru sahibinin geçici teminatının gelir kaydedilmesinin mevzuata uygun olmadığı anlaşılmıştır..." ifadeleri,

³⁰ 03.01.2013 tarih ve 2013/UH. II-9 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı.

Yine Kurul tarafından verilen 14.02.2018 tarihli bir kararda:³¹

"...Hangi durumlarda geçici teminat mektubu tutarının gelir kaydedileceği 4734 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmiştir. Bu çerçevede 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 17'nci maddesinin (d) bendi kapsamında sayılan fiil veya davranışlarda bulunanların geçici teminatlarının gelir kaydedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ... tarafından sunulan geçici teminat tutarının gelir kaydedilmesi yönünde tesis edilen işlemin mevzuata uygun olmadığı, bu nedenle başvuru sahibinin geçici teminatının gelir kaydedilmesi işleminin iptali ve söz konusu geçici teminatın iade edilmesi yönünde düzeltici işlem tesis edilmesi gerektiği anlaşılmıştır..." ifadeleri kullanılarak bu hususa vurgu yapılmıştır.

Sonuç olarak, KİK m. 17 hükmünde belirtilen durumlarda ilgililer aleyhine geçici teminatların gelir kaydedilmesi mümkün olmayıp yalnızca kanunun dördüncü kısmında belirtilen yasaklama ve ceza sorumluluğu hükümleri uygulanır.

4. Geçici Teminat Mektuplarının Ödenmesi ve Gelir Kaydedilmesinde Usul

Kanunun getirdiği mecburiyet uyarınca ihaleye katılan isteklinin talimatı üzerine, banka ile idare arasında geçici teminat mektubu sözleşmesi kurulur. Bu sözleşmede banka tarafından garanti edilen risk, ihaleye katılan isteklinin, kamu ihale sözleşmesini imzalamaması veya kendi kusurundan kaynaklanan bir sebeple imzalayacak nitelikte olmaması halidir. Bu durumların gerçekleşmesi halinde, geçici teminat mektubunda garanti altına alınan risk gerçekleştiğinden bankanın, teminat tutarını idareye ödemesi gerekir. Bankanın bu ödemeyi yapabilmesi için idarenin, öncelikle hukuka uygun bir şekilde bankadan bir ödeme talebinde bulunması zorunludur.³²

³¹ 14.02.2018 tarih ve 2018/UH. II-405 sayılı Kamu İhale Kurulu kararı.

³² Hukuka uygun bir ödeme talebinden anlaşılması gereken, ödeme talebinde bulunabilecek kişi bakımından olabileceği gibi talebin şekli, zamanı, içeriği ve teminat mektubu sözleşmesinin şartları bakımından hukuka uygunluktur. Banka, muhatapın usulüne uygun olarak yaptığı ödeme talebi karşısında teminat mektubu metninde yer alan şartları haiz bir ödeme talebinin yapılıp yapılmadığını incelemek zorundadır. (Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, C. I, s. 372, İstanbul, 1988; V. Doğan, s. 187). Kamu ihale sözleşmelerine binaen tanzim edilen teminat mektuplarında muhatap, idaredir. Fakat uygulamada teminat mektubunda muhatap olarak genellikle ihaleyi açan kuruma bağlı bir daire, müdürlük veya alt kuruluş gösterilir. Bilindiği üzere bakanlıkların, devlet tüzel kişiliğinden bağımsız birer tüzel kişilikleri yoktur. Bakanlıkların ayrı tüzel kişiliği bulunmadığından,

Garanti sözleşmelerinin bir türü olan teminat mektubu sözleşmeleri, somut kanuni düzenlemelere konu olmadığından hem sözleşmelerin kuruluşunda hem de ifasında, şekil serbestisi kuralı geçerlidir. Ancak taraflar tanzim ettikleri teminat mektubu sözleşmesinde ödeme talebinin yazılı olacağını kararlaştırabilirler. Uygulamada da idarelere hitaben verilen tüm teminat mektuplarının ödenmesi talebinin yazılı olarak yapılacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla idare, yukarıda belirtilen şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde risk gerçekleşmiş sayılacağından geçici teminat mektubunun ödenmesi talebinde bulunur.

İdarenin bu ödeme talebi, yazılı olmalıdır. Ayrıca mektup metninde, teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmamasına rağmen ödeme talebinin kabulü için (rücu ve kontrgaranta başvuru ilişkisindeki ispat sorunlarıyla karşılaşmamak amacıyla) idare tarafından teminat mektubu metninin de bankaya teslimi, ödeme için bir şart olarak belirtilmekte ve mektup metninin bankaya iadesi yapılmadan, idareye ilgili bedel ödenmemektedir. Kanaatimizce teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmadığından bu şart gerekli değildir. Ancak Kamu İhale Kurumu tarafından idareye hitaben verilecek teminat mektuplarının şekli belirlenirken bu ibare, bankaları koruma amacıyla konulmuştur.

Belirtmek gerekir ki banka, teminat mektubu sözleşmesiyle soyut bir borç tanınması altına girmez. Banka yalnızca idare ile istekli arasındaki ilişkiden doğabilecek riskler sebebiyle idarenin uğrayabileceği

evleliyetle, bakanlıklara bağlı olan dairelerin veya genel müdürlüklerin de tüzel kişiliği bulunmaz. İlk bakışta, hukuken kişi olmayan bir kurum veya kuruluşun muhatap olarak gösterilmesi geçerli görünmeyebilir. Ancak burada hukuken bir problem yoktur, teminat mektuplarında muhatap olarak gösterilen bakanlıklar ve bakanlıklara bağlı kamu idarelerinin hepsi devlet tüzel kişiliği altındadır. Dolayısıyla bakanlıklar ve bakanlıkların alt kuruluşları olan genel müdürlük veya daireler, muhatap olarak gösterilebilir. Bu sayede bu kurum ve kuruluşlar ödeme talebinde de bulunabilir. Aynı zamanda, gösterilen muhatap aslında devlet tüzel kişiliği olunca, bakanlıklara, bu bakanlığın herhangi bir genel müdürlüğüne veya bir dairesine hitaben verilen teminat mektupları, geçerli ve devlete hitaben verilmiş teminat mektuplarıdır. Bu sebeple, yine devleti temsilen hareket eden Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından da bu teminat mektuplarının ödenmesi istenebilir (Reisoğlu, s. 247). Fakat belediyelerin ve kamu ihale sözleşmesi akdedebilecek bazı diğer kurumların devlet tüzel kişiliğinden ayrı birer tüzel kişiliği bulduğundan, bu kurumların muhatap olarak gösterildiği teminat mektuplarına ilişkin ödeme talebinin bizzat bu kurumlar tarafından yapılması gerekir.

zararın tazminini üstlenir. Dolayısıyla idare, bankaya ödeme talebinde bulunurken muhtemel riskin gerçekleştiğini de belirtmelidir. Her ne kadar “ilk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarında bankanın riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olarak araştırma yetki ve yükümü yoksa da ödeme talebinde bulunanın her halükârda bu riskin gerçekleştiğini belirtmesi gereklidir. Bu nedenle tazmin talebine ilişkin idari yazılarda “teminat mektubunu tazmin ediniz” şeklinde genel beyanlara yer verilmesi yeterli değildir.³³

Geçici teminatların gelir kaydedilmesinde taraflar arasında uyumsuzluk konusu olan hususlardan birisi de, geçici teminatlarda kanunen istenilen asgari oran olan teklif bedelinin yüzde üçünden fazla gösterilen teminatların gelir kaydedilmesidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, isteklilerin kanuni oran olan yüzde üçten fazla teminat göstermeleri mümkün olup bu husus ihale sürecinin gizliliği ilkesine hizmet eder. Ancak asgari orandan fazla teminat gösteren isteklinin geçici teminatının gelir kaydedilmesi durumlarından biriyle karşılaşması halinde idarenin bazen kanunun lafzından hareketle bu teminatın tümünü gelir kaydetmesi gündeme gelebilmektedir. Bu durum, hukuka uygun olmayıp asgari tutarın üzerinde gösterilen teminatın istekliye iadesi gereklidir.

Nitekim Danıştay, 22.09.2022 tarihinde vermiş olduğu bir kararda;³⁴

“...4734 sayılı Kanun’un 33. maddesinin gerekçesinde, madde ile geçici teminatın asgari oranının %3 olarak belirlendiği ve isteklilerin bunun üzerinde de teminat vermelerine imkân tanınmak suretiyle tekliflerin gizlenmesi esasının korunduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede, ihaleye teklif sunan istekliler, tekliflerinin %3’ü kadar geçici teminat sunabilecekleri gibi, tekliflerinin gizliliğinin sağlanması amacıyla teklif tutarının %3’ünden daha fazla da geçici teminat sunabileceklerdir. Ancak geçici teminatları irat kaydedilecek isteklilerin, Kanun’un amacına uygun olarak geçici teminatlarının sadece %3’lük kısmı irat kaydedilebilecek, tekliflerin gizliliğinin sağlanması için

³³ Şahiner, s. 207.

³⁴ Danıştay 13. Dairesi: T. 22.09.2022, E. 2019/2559, K. 2022/3274. Aynı şekilde, ihaleye katılan firmanın eksik belge ibraz etmesi ve sunduğu sosyal güvenlik prim borcu olmadığına dair belgenin ihale tarihi itibarıyla olmadığı nedeniyle ihalenin iptal edilerek geçici teminatın gelir kaydedilmesine yönelik bir uyumsuzlukta Danıştay 13. Dairesi T. 17.06.2014, E. 2009/4962, K. 2014/2524 sayılı kararında, geçici teminatın irat kaydedilmesi durumunda geçici teminat miktarının sadece yüzde üçünün irat kaydedilmesine, yüzde üçü aşan kısmın ise iade edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

fazladan yatırmış oldukları teminat miktarlarının aşan kısmı ise iade edilecektir..." ifadeleri ile, geçici teminatlarda asgari tutarın üzerinde gösterilen teminatların istekliye iadesine karar verilmesi gerekliliğini vurgulamıştır.

Kamu İhale Kurulu da Danıştay kararları ile paralellik gösterir şekilde, geçici teminatın asgari tutarının üzerinde kalan kısmın istekliye iadesi yönünde karar vermektedir. Örneğin Kurul'un 08.06.2022 tarihinde vermiş olduğu bir kararda:³⁵

"4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Geçici teminat" başlıklı 33'üncü maddesinde ihalelerde teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınacağı hüküm altına alınmak suretiyle, geçici teminatın yasal alt sınırı çizilmiştir. İsteklilerin teklif bedellerinin gizliliğine olanak sağlanması açısından %3'lük alt sınırı üzerinde de geçici teminat sunabilmeleri imkânı yine Kanun ile getirilmiş olup, geçici teminatın gelir kaydı gereken durumlarda mevzuatın ihaleye katılım koşulu olarak getirdiği yasal alt sınır üzerinden teminatın gelir kaydı gerektiği açık olduğundan, sunulan geçici teminat tutarının teklif edilen bedelinin %3'ünü aşan kısmının başvuru sahibine iadesi gerektiği sonucuna varılmıştır."

Sonuç olarak, kanunda belirtilen asgari oran olan yüzde üçten fazla geçici teminat gösterilen isteklilerin bu orandan fazla geçici teminat göstermeleri durumunda, bu isteklilerin herhangi bir sebeple geçici teminatının gelir kaydedilmesine karar verilirse, gelir kaydedilecek oran yalnızca teminatın yüzde üçü olup aşan kısmın istekliye iadesi gereklidir. Öte yandan bu durumun taraflar arasında ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık olmaktan çıkarılması, mevzuata bu yönde eklenecek bir düzenleme ile sağlanabilir kanaatindeyiz.

II. KESİN TEMİNATLARIN GELİR KAYDEDİLMESİ

A. Genel Olarak Kesin Teminatlar ve Kesin Teminat Mektupları

İhale sözleşmesi, üzerinde ihale bırakılan isteklinin sözleşmeye davet edilmesi ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamalarıyla kurulur.³⁶ Sözleşmenin kurulmasıyla ihale üzerine

³⁵ 08.06.2022 tarih ve 2022/UM. I-698 sayılı karar.

³⁶ Dilek Bilir, "Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi", Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 25; Sezer/Kalkan/Şahin, s. 220-223; Can, s. 86.

birakılan istekli, yüklenici sıfatını alarak ihale konusu edimi idareye borçlanır. İşte bu durumda, yüklenicinin ihale konusu edimin ifası ve sözleşmenin yürütülmesi aşamasında mevzuatın öngördüğü esas ve usullere aykırı hareket etmesi veya sözleşme konusu işi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi riski ortaya çıkar. İdare, bu riskten doğması muhtemel zararı garanti altına almak için, ihale üzerine bırakılan müstakbel yükleniciden sözleşmenin kurulmasından önce belli bir oranda teminat ister. İşte yükleniciden bu durumda alınan teminata kesin teminat adı verilir.³⁷

İhalelerde en önemli teminat türü, kesin teminat olup kesin teminatın alınma amacı KİK m. 43'te "*Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak...*" olarak belirtilmiştir. Gerçekten de ihale sözleşmesiyle beraber taahhüt edilen edimin sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak, idarenin ihale sözleşmesiyle yerine getirmek istediği kamu hizmetini de garanti altına almak anlamına gelir.

Yükleniciden alınacak kesin teminat miktarı KİK m. 43'te hükme bağlanmıştır. İlgili madde hükmüne göre: "*...sözleşmenin yapılmasından önce, ihale üzerinde bırakılan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır.*"³⁸

³⁷ Hüseyin Bilgin, "Son Değişiklikler Işığında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu" *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 38, s. 129; Aksoy, s. 396.

³⁸ Kanun koyucu m. 43/I'de genel kuralı bu şekilde belirlemekle birlikte, bu duruma iki istisna öngörmüştür. İstisnalardan ilki, danışmanlık hizmet alımlarıyla ilgilidir. KİK m.43/II'ye göre: "Danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her hakedişten %6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur." İlgili madde hükmüne göre, danışmanlık hizmet ihalelerinde kesin teminat alınması zorunluluğu kaldırılmamıştır. Kanun koyucu burada yalnızca teminatın alınacağı zaman hakkında bir istisna getirmiştir. Buna göre idare, ihale dokümanında belirtmesi şartıyla danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde sözleşme yapılmadan önce ihale üzerinde bırakılan istekliden kesin teminat almak zorunda değildir. Fakat kesin teminat kamu ihale sözleşmesinin sözleşme sürecindeki ifaya yönelik risklerini garanti altına alan bir teminattır. Bu sebeple bu teminatın istisnalar hariç hiç alınmaması mümkün değildir. Sözleşme yapılmadan önce danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde kesin teminat alınmaması halinde idare, yüklenicinin her hakedişinin %6'sından kesinti yaparak bunu kesin teminat olarak alıkoymaz. Kanun koyucu tarafından getirilen bir diğer istisna, KİK m. 43/III'te yer alır. İlgili madde hükmüne göre: "Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin %6'sından az ve %15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir." Sınır değer, ancak yapım işi ihaleleri

Öte yandan idarenin satın aldığı bazı iş ve hizmetler, fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilir. Aynı zamanda sözleşmenin ifası sırasında da bir iş artışı meydana gelebilir. İşte bu durumlarda, idare tarafından yükleniciden alınan kesin teminata ek bir teminat daha alınması gerekir. Bu alınan ek teminat, niteliği itibariyle kesin teminat olup ek kesin teminat olarak adlandırılır.³⁹ Bu durum, KİSK m. 12' de düzenlenmiş olup ilgili madde hükmüne göre: *"Fiyat farkı ödenmesi öngörülerek ihale edilen işlerde fiyat farkı olarak ödenecek bedelin, sözleşme bedelinde artış meydana gelmesi halinde bu artış tutarının %6'sı oranında teminat olarak kabul edilen değerler üzerinden ek kesin teminat alınır. Fiyat farkı olarak ödenecek bedel üzerinden hesaplanan ek kesin teminat hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de karşılanabilir."* Maddenin lafzından ikili bir ayırım yapıldığı anlaşılır. Buna göre, fiyat farkı ödenmesi halinde alınacak ek kesin teminatlarda doğrudan ödenecek bedelin yüzde altısı oranında teminat alınabileceği gibi hakedişlerden kesinti yapmak suretiyle de bu teminat miktarı karşılanabilir. Ancak iş artışı yapılması halinde sözleşme bedelinde meydana gelen artışın yüzde altısı oranında ek kesin teminat alınır. Zira bu durumda, hakedişlerden kesinti yapmak suretiyle ek kesin teminat tutarını karşılamak mümkün değildir.

Kesin teminatlar da aynı geçici teminatlar gibi tedavüldeki Türk parası, devlet iç borçlanma senetleri veya bunlar yerine geçen belgeler ile verilebileceği gibi uygulamada en çok teminat mektubu şeklinde verilmektedir. Kesin teminat mektuplarında da amaç, diğer kesin teminatlarda olduğu gibi idareye yüklenicinin kamu ihale sözleşmesinde yer alan edimini süresi içinde ve gereği gibi ifa etmemesi rizikosuna karşı güvence sağlamaktır.⁴⁰ Teminat mektubunda lehtar konumunda olan yüklenici, teminat mektubuna dercedilen kamu ihale sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü süresinde kısmen veya tamamen yerine getirmez ise, idarenin ödeme talebi üzerine bankanın garanti edilen bedeli ödeme borcu doğar. Bu mektuplara ifa garantisini de denmekte

ile hizmet alımı ihaleleri bakımından söz konusu olur. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ile Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca bu ihalelerde ihale üzerinde bırakılan istekliden sözleşme imzalanmadan önce teklif fiyatının sınır değere eşit veya üzerinde olması halinde teklif fiyatının %6'sı, sınır değerinin altında olması ise yaklaşık maliyetin %9'u oranında kesin teminat alınır. Ayrıca bkz. Aksoy, s. 396.

³⁹ Bilgin, s. 129; Aksoy, s. 396.

⁴⁰ V. Doğan, s. 78.

olup kesin teminat mektubunun verilmesiyle birlikte banka, temel ilişkinin taraflarından birini oluşturan edimi garanti edilenin (lehtar, yüklenici) garanti altına borçlandığı edimi sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi tehlikesine karşı idareyi güvence altına almaktadır.⁴¹

Kesin teminat mektuplarıyla garanti altına alınan ve kanunda belirtilen risklerin gerçekleşmesiyle birlikte idare, kesin teminat mektubunun ödenmesi talebiyle bankaya başvurarak kendisine ödemenin yapılmasını isteyerek ödenen tutarı gelir olarak kaydetmek hakkını haizdir.

B. Kesin Teminatların Gelir Kaydedilmesi

1. Genel Olarak

Kesin teminat, ihale üzerinde bırakılan istekliden, kamu ihale sözleşmesi imzalanmadan istenen bir teminat türüdür. İstekli, kesin teminat mektubunu sunarak idarenin kamu ihale sözleşmesini akdetme çağrısına uymak zorundadır. Aksi takdirde, sözleşmenin tarafı olma hakkını kaybedeceği gibi göstermiş olduğu geçici teminat mektubu da idarenin ödeme talebine konu olur. Kesin teminatın garanti altına aldığı risk ise, isteklinin kamu ihale sözleşmesini imzalayıp yüklenici sıfatını almasıyla üstlendiği edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesidir. Kesin teminat mektubunun idareye sunulmasıyla birlikte kamu ihale sözleşmesi akdedilir ve yüklenici, yüklendiği edimin ifasına başlar.

Bazı durumlarda, kesin teminat mektubuyla garanti altına alınan risk gerçekleştiğinden idarenin bankaya başvurarak zararının giderilmesini isteme hakkı doğar. Bu durumların neler olduğu, KİK ve KİSK'te sınırlı olarak sayılmıştır. Yani mevzuatın gösterdiği durumlar gerçekleştiğinde yüklenicinin, yüklendiği edimi tam veya gereği gibi yerine getiremediği veya yüklenicinin şahsının bu edimi yerine getirebilecek kişilerden olmadığı anlaşılmış olur. Bunun üzerine idare, kamu ihale sözleşmesini fesheder ve bu feshin bir sonucu olarak yüklenicinin lehine banka tarafından kendisine sunulmuş olan kesin teminat mektubunun ödenmesini isteyerek zararının bir kısmını tazmin eder ve bu tutar, hazineye gelir kaydedilir.

⁴¹ Canbolat, s. 82.

Kesin teminatların gelir kaydedileceği durumlar, kamu ihale sözleşmesinin idare tarafından feshedilebileceği durumlarla örtüşür. Bunun en bariz örneği, yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi, yani yüklenicinin temerrüdüdür. Bunun yanında yüklenicinin mali acz içinde bulunması veya yüklenicinin ihale veya sözleşmenin yürütülmesi aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması da kesin teminat mektubunun ödenmesi talebine konu olabilecek durumlardır. Aynı zamanda yüklenicinin sözleşmeyi usulsüz olarak devretmesi ya da gerçek kişi yüklenici veya ortak girişim yüklenicinin ortaklarından birinin iflası, ağır hastalığı veya tutukluluğu da yine bankaya başvuru imkânı sağlar.

2. Kesin Teminatların Gelir Kaydedildiği Durumlar

a. Yüklenicinin Taahhüdünü Yerine Getirmemesi (Yüklenicinin Temerrüdü) Nedeniyle

Borçlunun temerrüdü, muaccel bir borcun borçlu tarafından borç ilişkisine uygun olarak yerine getirilmemesini ifade eder.⁴² Temerrüt, borcun tam veya gereği gibi ifa edilmemesi, borca aykırı davranılmasıdır.

İdare, KİSK m.20/I'in (a) bendi uyarınca, yüklenicinin kamu ihale sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi durumuna dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.⁴³ İdare, fesih hakkını kullanmadan önce yükleniciye ifa yükümlülüklerini sözleşmeye uygun olarak yerine getirmesi için on günlük bir süre vermek zorundadır. Yüklenici, bu on günlük süre içerisinde de yüklendiği edimi gereği gibi ifa etmiyorsa idare, yüklenicinin temerrüdüne dayanarak kamu ihale sözleşmesini fesheder ve bu fesihle beraber KİSK m. 20/II uyarınca kesin teminatlar ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir. Yani idare, muhatabı olduğu kesin teminat mektubuna dayanarak bankadan ödeme talebinde bulunabilir.

⁴² Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2022, s. 874; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2022, s. 1222.

⁴³ Meltem Zorba, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi", *Kamu İhale Dünyası Dergisi*, S: 8, Ekim-Aralık, 2017; Zeliha Yazıcı, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri ve Hukuki Sonuçları", *İller Bankası A.Ş. uzmanlık Tezi*, 2018, s. 53; Ferhat Memmedzade, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Yüklenicinin Konkordato İlan Etmesinin Sözleşmeye Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 150, s. 360; Bilir, s. 111.

Yüklenici, kamu ihale sözleşmesiyle beraber yüklendiği edimi yerine getirmese idarenin yüklenicinin temerrüdü sebebine dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı doğar. Yüklenicinin bu davranışında iki tip edim yükümüne aykırılık söz konusu olup söz konusu aykırı davranış hem gereği gibi ifa etmemeyi hem de süresinde ifa etmeme de dahil hiç ifa etmemeyi kapsar.⁴⁴ Günlük ceza gerektiren borca aykırılık halleri, edimin ifasına engel teşkil etmiyorsa, feshin gerekçesi olamaz. Ancak dürüstlük kuralları gereğince, günlük ceza gerektiren borca aykırılık halleri, edimin ifasına engel teşkil eder niteliğe gelmiş ise artık günlük ceza kesmek yerine sözleşmenin feshi yoluna gidilmesi daha uygun bir davranış olur.⁴⁵ Öte yandan, yüklenicinin iş programına uymaması veya işe hiç başlamaması da kötü ifa ve yanlış ifa da sözleşmenin feshi için geçerli sebeplerdir.⁴⁶

İhale dokümanını oluşturan teknik şartname ile varsa genel ve özel şartnameler kamu ihale sözleşmesinin bir parçası olarak karşılıklı edimlerin yerine getirilmesinde tarafların yükümlülüklerini belirler.⁴⁷ Yüklenici, bu şartnameler doğrultusunda akdettiği sözleşmeyi tam ve gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğüne uymadığı takdirde yüklenici borca aykırı davranmış olur. Borçlunun borcuna aykırı davranması sonucunda alacaklı, kural olarak borçluyu temerrüde düşürür. Alacaklı, TBK m. 117/I'e göre bunu borçluya ihtarıyla yapar. Bu hükme paralel bir şekilde KİSK m. 20'ye göre de alacaklı konumunda olan idarenin, yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi için ihtarda bulunması gerekir.

Belirli vadeli borçlar bakımından ise Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun Türk Borçlar Kanunu sisteminden ayrıldığı görülür. Ortada belirli vadeli bir borç olsa bile KİSK m. 20 lafzından, yüklenicinin temerrüde düşürülebilmesi için ihtarın gerektiği anlaşılır. Bu ihtar, herhangi bir şekle bağlı olmamakla birlikte gerekçeli olmalı ve ispat hukukunda kolaylık sağlaması açısından noter vasıtasıyla yapılmalı-

⁴⁴ Bilir, s. 111.

⁴⁵ D. Ali Demirboğa, Kamu İhale Sözleşmesinin Feshi, Ankara, 2013, s. 131.

⁴⁶ Yusuf Uslu: "Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları", s. 45. Kamu İhale Kurumu Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006. Bu durumda hem KİSK m. 20/a, hem de TBK hükümleri uygulama alanı bulur. (Bilir, s. 112); Ayrıca bkz. Yaşar Gök, Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması, Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2002; Memmedzade, s. 362; Zorba, s. 3.

⁴⁷ Sezer/Kalkan/Şahin, s. 31; Demirboğa, s. 131.

dır. İdare tarafından çekilen bu ihtar ile yükleniciye on günlük bir süre verilir. Bu on günlük süre, yüklenicinin edimini ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesi için verilir. Sürenin idarenin takdirine göre on günden fazla olması da mümkündür. Keza KİSK m. 20, “en az on gün” ibaresiyle yükleniciye verilen sürenin arttırılabileceğini belirtmiştir.

Yüklenicinin idare tarafından verilen bu süre sonunda da yüklenildiği edimi tam veya gereği gibi ifa etmemesi halinde borçlunun temerrüdü söz konusu olur. Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde idare, kamu ihale sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. KİSK m. 22 uyarınca, KİSK m. 20’de belirtilen ihtar süresinin bitimi itibarıyla, yüklenici temerrüde düşmüş sayılır. Bu tarihi izleyen yedi gün içerisinde idare tarafından fesih kararı alınır ve bu karar beş gün içerisinde yükleniciye bildirilir. Fesih hakkının kullanılmasıyla beraber, kanunun emredici hükmü gereği idare, garanti altına alınan riskin gerçekleştiğinden bahisle bankaya ödeme talebinde bulunarak kesin teminat mektubu ile garanti altına alınmış tutarın kendine ödenmesini isteyebilir. Ödenen tutar hazineye gelir kaydedilir ve hesap, genel hükümlere göre tasfiye edilir.

b. Yüklenicinin Mali Acz İçinde Bulunması Nedeniyle

“Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetmesi” başlığını taşıyan KİSK m. 19: “Sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep halleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi halinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir” hükmünü içerir.

Kanaatimizce kanun koyucu, madde başlığı ile madde lafzı karşılaştırıldığında, madde başlığının seçiminde yanılıcı davranmıştır. Keza maddenin lafzında yüklenicinin yalnızca mali acz içinde olduğunu idareye bildirmesi söz konusu olup yüklenici tarafından bir fesih yapılmamaktadır. Anılan maddede, yükleniciye kendi mali durumu ve bunun sözleşmenin ifa edilmesindeki engel teşkil eden yönünü bildirmekten başka bir yetki tanınmamıştır⁴⁸. Fesih, yüklenicinin bildi-

⁴⁸ Bilir, s. 149-150; Memmedzade, s. 362; Zorba, s. 5.

rimi akabinde idare tarafından yapılır. Dolayısıyla bu hüküm, yükleniciye haklı sebeplerle bir sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi vermeyip yüklenicinin mali acz durumunda bulunmasından dolayı idare tarafından sözleşmenin sona erdirilmesini düzenler.⁴⁹

Yüklenicinin mali acz içinde bulunması, ödeme güçlüğünden çok gelecekte de meydana gelebilecek yükümlülüklerinin ifası konusunda ödeme yeteneğinin geniş bir oranda kaybedilmesi, yüklenicinin ödemelerini yapamaz halde olması anlamına gelir.⁵⁰ Örneğin yüklenicinin çeklerini zamanında ödememesi ya da senetlerinin protesto edilmesi, mali acz için tek başına yeterli değildir⁵¹. Ancak borçların ödenmemesinden dolayı yüklenici aleyhine yapılan icra takibi sonucunda yükleniciye borç ödemediği belgesi verilmesi, yüklenicinin mali acz durumunda olduğunu gösterir niteliktedir.

Yüklenici, mali acz içerisinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini idareye gerekçeleriyle birlikte yazılı olarak bildirmelidir.⁵² Yapılan bu bildirim ile KİSK m. 22 uyarınca sözleşmenin feshedilmesi istenir. Yine aynı madde uyarınca idare tarafından fesih kararı alınır ve yükleniciye bildirilir.

Yüklenicinin mali acz içinde olması sebebine dayanarak idarenin kamu ihale sözleşmesini feshedebilmesi için mali acze sebep olan durumun bir mücbir sebep olmaması gerekir.⁵³ Yüklenicinin mali aczine bir mücbir sebep yol açmışsa, mali acz ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi arasındaki illiyet bağı kopar. Dolayısıyla idare, aradaki illiyet bağı koptuğundan mali acz sebebine dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Bu durumda, gerekirse yükleniciye süre uzatımı verilerek sözleşmeden doğan edimi ifa imkânı verilir ya da sözleşme feshedilse bile verilen kesin teminat mektubu iade edilir.⁵⁴

Kanundaki şartlara uygun bir şekilde yüklenici tarafından mali aczin idareye bildirilmesi sonucunda, kamu ihale sözleşmesi feshedi-

⁴⁹ İbrahim Kaplan, "İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri", Ankara, 2013, s. 308.

⁵⁰ Mali acz ve aciz belgesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2023, s. 432 vd.

⁵¹ Demirboğa, s. 128.

⁵² Şahiner, s. 212.

⁵³ Memmedzade, s. 362.

⁵⁴ Demirboğa, s. 129.

lir ve bankadan kesin teminat mektuplarının ödenmesi talep edilerek ödenen meblağ hazineye gelir kaydedilir.

c. Yüklenicinin İhale Sürecinde Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle

Yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunması, kamu ihale sözleşmesinin feshi sebeplerinden biridir. Bu sebebe dayanarak sözleşmenin feshedilebilmesi için yüklenicinin ihale sürecindeki yasak fiil ve davranışları, kamu ihale sözleşmesinden doğan edimin ifası sırasında fark edilmelidir. Bu durumda da kural olarak kamu ihale sözleşmesinin feshi gerekir⁵⁵. Keza yüklenicinin davranışları sebebiyle bu sözleşmede tarafların karşılıklı olarak duyduğu güven temeli sarsılmış olup bu sözleşmeye devamda kamu yararı bulunmaz.⁵⁶ İhale sürecinde Kamu İhale Kanunu'na göre yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilen yüklenicinin KİSK m. 21'e göre kesin teminatı ile varsa ek kesin teminatları gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesap, genel hükümlere göre tasfiye edilir.

İhale aşamasındaki yasak fiil ve davranışlar KİK m. 17'de sayılmıştır. Bu fiil ve davranışlar şunlardır:

- a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.
- b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.
- c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

⁵⁵ Dinçer Gönen/Hikmet Işık, Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Birinci Bası, Ankara, 2003; M. Emin Karaca, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Ankara, 2009; Ali Özek/Osman Kaya, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş II. Bası. Ankara, 2003; İ. Hakkı Sayın, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2008; Harun Kale, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Feshin Sonuçları" (https://www.turkhukusitesi.com/makale_1250.html); Zorba, s. 3.

⁵⁶ Demirboğa, s. 135

- d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekâleten birden fazla teklif vermek.
- e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak.”

Yüklenici tarafından ihale sürecinde yukarıdaki fiil ve davranışlarda bulunduğu tespitini ile birlikte idare, kamu ihale sözleşmesini fesheder ve bunun akabinde kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebinde bulunur.

Kamu ihale sözleşmeleri hukuki niteliği itibariyle kanaatimizce her ne kadar birer özel hukuk sözleşmesi olsa da bu sözleşmelerin kamu yararını amaçladığı açıktır.⁵⁷ Dolayısıyla kanun koyucu, kamu

⁵⁷ Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda öğretide bir görüş ayrılığı bulunmakta olup bazı yazarlara göre bu sözleşmeler birer idari sözleşme, bazı yazarlara göre ise birer özel hukuk sözleşmesidir. Kamu ihale sözleşmelerinin idari birer sözleşme olduğunu savunan yazarlar, bu sözleşmelerin “kamu hizmetinin yürütülmesi” saiki ile yapıldığı ve mevzuatta bu sözleşmelerin özel hukuk rejimine tabi olacağını ayrıca belirlenmemiş olmasından bahisle özel hukuk sözleşmesi sayılmayacağı görüşündedir (Bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. II, Güncellenmiş 3. Baskı*, s. 53 vd. Bursa, 2019; Onur Karahanoğulları, *İdare Hukuku*, 1. Baskı, s. 337 vd. Ankara, 2022, Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, C. 55, s. 222 vd. Ankara, 2006). Kanaatimizce, KİSK m. 4 hükmünün açıkça tarafların eşit olduğunu ifade etmesi, idarenin bu eşitliği bozacak düzenlemeler yapmaktan men edilmesi ve KİSK m. 36 hükmünün Türk Borçlar Kanunu’na yaptığı atfı, kanun koyucunun kamu ihale sözleşmelerini birer özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlemek istendiğinin ispatı olup salt sözleşmenin içerdiği edimin niteliğine bakılarak bu sözleşmelerin idari birer sözleşme olduğunun ifade edilmesi mümkün değildir. Kamu ihale sözleşmelerinin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde ayrıca bkz. E. Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, s. 601 vd. Ankara, 2023; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, s. 554 vd. Ankara, 2023. Kamu ihale sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. Ceren Şakar, “Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın, 2016; Abdullah Uz, *İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri*, Ankara, 2010; Fatma Ayhan, “İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012; Erkan Küçükgüngör/Şebnem Akipek, “Kamu İhale Sözleşmeleri”, *Mali Hukuk Dergisi*, Y. 18, S. 103, s. 39-50, Ankara, 2013; Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2 (1-2), s. 141-195, Ankara, 1998. Yerleşik mahkeme içtihatları da kamu ihale sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda çözülmesi gerektiğini, nitekim bu sözleşmelerin birer özel hukuk sözleşmesi olduğu yönündedir. Bkz. Danıştay 6. Daire: E. 1996/3976, K. 1997/3037, T. 17.06.1997; Danıştay 10. Daire:

yararını korumak adına, bu tür fiil ve davranışlar yapılmış olsa bile, idareye sözleşmeyi devam ettirme hakkı tanımıştır. Bu hak, kamu ihale sözleşmesiyle üstlenilen taahhüdün ne kadarının bittiğine bakılarak kullanılabilir. KİSK m. 21, yüzde seksenlik bir oran belirlemiştir. Taahhüt edilen işin yüzde sekseninin belirlenmesinde, ilk sözleşme bedeli dikkate alınır.⁵⁸ Buna göre, kamu ihale sözleşmesiyle üstlenilen taahhüdün yüzde sekseni ifa edilmemişse kamu ihale sözleşmesinin idarece feshi zorunludur.

İdarenin kanunun belirlediği şartlara göre bazı durumlarda sözleşmeyi devam ettirme hakkı da vardır. KİSK m. 21'e göre taahhüdün yüzde sekseninin tamamlanması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla; ivediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının ekonomik veya hukuken mümkün olmaması veya yasak fiil ve davranışın taahhüdün tamamlanmasını engelleyecek nitelikte olmaması halinde idare, sözleşmeyi feshetmeyebilir. Bu konuda idarenin takdir hakkı vardır. Takdir hakkının işin devamı yönünde kullanılması halinde yüklenici, taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Bu şekilde idarenin takdir yetkisinin sonucu olarak taahhüdüne devam eden yüklenicinin sözleşmesi feshedilmez ve teminatları gelir kaydedilmez.⁵⁹

d. Yüklenicinin Sözleşmenin Yürütülmesi Aşamasında Yasak Fiil ve Davranışlarda Bulunması Nedeniyle

Yüklenici tarafından sözleşmenin yürütülmesi aşamasında KİSK m. 25'te yer alan fiillerin işlenmesi halinde herhangi bir ihtar veya mehile gerek kalmaksızın sözleşme feshedilir⁶⁰. İlgili madde hükmünde yer alan yasak fiil ve davranışlar şunlardır:

E. 1986/469, K. 1988/1048, T. 09.06.1988; Uyuşmazlık Mahkemesi: E. 1987/2, K. 1987/7, T. 02.03.1987 (Aktaran: Gözler, s. 50-51); Yargıtay 13. HD: E. 1982/6438, K. 1982/6996, T. 18.12.1982 (Kazancı).

⁵⁸ Demirboğa, s. 136.

⁵⁹ Şahiner, s. 217.

⁶⁰ Buz'a göre, yüklenicinin ihale sürecinde yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu sözleşme yapıldıktan sonra tespit edilmesi halinde sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki bir sakatlık söz konusu olduğundan fesih veya dönme değil, iptal söz konusudur. Vedat Buz, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007, s. 297 vd.; aynı görüşte Bilir, s. 227 vd.

"a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak.

d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek.

e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek.

f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek.

g) Sözleşmenin 16'ncı madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması."

Yukarıdaki durumların sözleşme imzalandıktan sonra gerçekleşmesi gerekir. Sözleşmenin yürütülmesinden kasıt, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından, yapım işlerinde kesin kabule, mal alımı sözleşmelerinde garanti süresi varsa garanti süresi sonuna, yoksa malın kabulüne kadar geçen süreyi kapsar.⁶¹ Sözleşmenin yürütüldüğü sırada bu yasak fiil ve davranışların gerçekleştiğinin idare tarafından tespiti halinde, sözleşme, herhangi bir ihtar veya mehile gerek kalmaksızın idare tarafından feshedilir.⁶²

Fesihle birlikte, KİSK m. 20 uyarınca yüklenicinin kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatının gelir kaydedilebilmesi mümkün hale gelir. Bu durumda idare, riskin gerçekleştiğinden bahisle verilen kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebiyle bankaya başvurur ve ödenen meblağ, hazineye gelir kaydedilir.

e. Yüklenicinin Sözleşmeyi Usulsüz Olarak Devretmesi Halinde

Kamu ihale sözleşmelerinin devri KİSK m. 16'ya göre mümkündür. Sözleşmenin devriyle beraber yüklenici, kamu ihale sözleşmesini bir başkasına devreder. Bu yeni yüklenici, idare ile kamu ihale sözleşmesi ilişkisi içine girer. Sözleşmenin devriyle beraber eski yüklenici,

⁶¹ Demirboğa, s. 134.

⁶² Bilir, s. 144; Memmedzade, s. 363; Yazıcı, s. 54.

artık kamu ihale sözleşmesinden doğan herhangi bir hak ve borç süjesi olmaz. Ancak Kanun, sözleşmenin devrini belli bazı şartlara bağlamıştır. Buna göre sözleşme, ancak zorunlu hallerde ve ihale yetkilisinin yazılı izniyle başkasına devredilebilir. Aynı zamanda isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içerisinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez ya da devralınmaz.

Kanun koyucu, kamu ihale sözleşmesinin devrinin şartlarını belli bazı durumlar dâhilinde zorlaştırmıştır. Kamu ihale sözleşmesinin devri için öncelikle zorunlu bir halin bulunması gerekir. Tarafların serbest iradesi ile sözleşmenin devri mümkün değildir. Zorunluluktan anlaşılması gereken, kamu ihale sözleşmesinin ifası için belli bazı somut engellerin ortaya çıkmasıdır.⁶³ Yani yükleniciden veya sözleşmenin konusundan kaynaklanan ve sözleşmenin ifasını engelleyen olguların ortaya çıkması halinde zorunluluğun doğduğundan bahsedilebilir.⁶⁴ Zorunluluğun her bir kamu ihale sözleşmesi bakımından ayrıca incelenmesi gerekir.

Kanunun aradığı bir diğer şart, ihale yetkilisinin bu devre izin vermesidir. İhale yetkilisi KİK m. 4'te tanımlandığı şekliyle, idarenin, ihale ve harcama yapma yetki ve sorumluluğuna sahip kişi veya kurulları ile usulüne uygun olarak yetki devri yapılmış görevlilerini ifade eder. İzinden maksat, devir sözleşmesinin geçerli olması için verilen bir izin olup iznin devir sözleşmesinden önce alınması gerekir.⁶⁵ Öte yandan, sözleşmeyi devralan yüklenicinin devreden ile aynı şartları haiz olması gerekir. Bunun değerlendirilmesi, ihale dokümanında yer alan yeterlik kriterleri dikkate alınarak yapılır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun yanı sıra, kamu ihale sözleşmelerinin devriyle ilgili olarak Kamu İhale Genel Tebliği'nde de bir düzenleme yer alır. KİGT m. 27'ye göre, bir kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici, devir tarihinden itibaren üç yıl içinde başka bir kamu ihale sözleşmesini devredemez veya devralamaz. Bu yasak, kamu ihale sözleşmesini devreden yüklenici açısından öngörülmüş bir yasak olup bir kamu ihale sözleşmesini devralan bir yüklenici başka sözleşmeyi devredebilir.⁶⁶ Ger-

⁶³ Sadettin Doğanıyığıt, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2016, s. 1450.

⁶⁴ Bilir, s. 155.

⁶⁵ Demirboğa, s. 118.

⁶⁶ Kaplan, s. 380.

çekten de KİSK m. 16/1'in üçüncü cümlesinde yer alan "aynı yüklenici tarafından" ibaresi, yasağın devreden yüklenici açısından olduğunu ortaya koyar.⁶⁷

Sözleşmenin öngörülen şartlara aykırı olarak devri durumunda, usulsüz devirden bahsedilir.⁶⁸ Kamu ihale sözleşmesinin usulsüz devri halinde hem sözleşmeyi devreden hem de sözleşmeyi devralan açısından bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Buna göre KİSK m.16'ya göre sözleşme feshedilerek bu kişiler hakkında KİSK m. 20, KİSK m. 22 ve KİSK m. 26'da yer alan yaptırımlar uygulanır. Ayrıca, sözleşmenin KİSK m. 16 hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devralınması, KİSK m. 25'te de yasak fiil ve davranışlar arasında sayıldığından, sözleşmenin usulsüz devri halinde KİSK m. 20 çerçevesinde de yine aynı yaptırımların uygulanması gerekir.⁶⁹ İlgili maddeler incelendiğinde, sözleşmenin sona erdirilmesiyle beraber devreden yüklenicinin kesin ve ek teminatlarının paraya çevrilerek gelir kaydedilmesi ve her iki tarafın da kamu ihalelerine geçici olarak katılmaktan yasaklanması söz konusudur.⁷⁰

f. Gerçek Kişi Yüklenicinin İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu ya da Özgürlüğü Kısıtlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyeti Nedeniyle

Yüklenicinin iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu ya da özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti halinde kamu ihale sözleşmesinin

⁶⁷ Demirboğa, s. 119.

⁶⁸ Zorba, s. 4; Memmedzade, s. 360; Yazıcı, s. 40; Bilir, s. 158.

⁶⁹ Şahiner, s. 225.

⁷⁰ Sözleşmeyi devir yasağı uygulamasının temini ve kontrolü için Kamu İhale Kurumu tarafından elektronik ortamda Sözleşme Devri Teyit ve Bildirim Sistemi geliştirilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliğinin m. 27.10'a göre: "...İdarelerin sözleşmenin devrine ilişkin işlemi onaylamadan önce, sözleşmeyi devreden ve devralanın son üç yıllık süre içerisinde başka bir sözleşmeyi devredip devretmediğini veya devralıp devralmadığını Kurumumuz internet sayfasında bulunan Kamu Satınalma Platformu Sonuç İşlemleri modülünde yer alan Sözleşme Devir İşlemleri seçeneğini kullanarak elektronik ortamda teyit ettirmeleri gerekmektedir. Teyit işleminden sonra, Sözleşme Devri Teyit Belgesinin çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, 4735 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinde öngörülen fesih ve müeyyide hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Devir sözleşmesi yapıldıktan sonra, idarece Sözleşme Devri Bildirimi Belgesi doldurularak elektronik ortamda Kuruma bildirilir. Sözleşme Devri Belgesinin de çıktısı alınarak ihale işlem dosyasında muhafaza edilir." (Aktaran: Bilir, s. 158)

akıbetinin ne olacağı KİSK m. 17 hükmünde düzenlenmiştir. Bu durumlardan ağır hastalık, tutukluluk ya da özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet, ancak gerçek kişi yükleniciler bakımından söz konusu olabilir. Bu durumların her biri, kamu ihale sözleşmesinin ifasına engel durumlardır ve sözleşmenin sona erme sebeplerindedir. İflas ise gerçek kişi tacir yüklenici bakımından söz konusu olabileceği gibi tüzel kişiler bakımından da söz konusu olabilir.

İflas, borcunu ödemediği için belli usuller çerçevesinde ticaret mahkemesince iflasına karar verilen bir borçlunun iflas masasına giren bütün mal, hak ve alacaklarının cebri icra yolu ile paraya çevrilerek bu para ile bilinen bütün alacaklıların tatmin edilmesini sağlayan bir cebri takip yoludur.⁷¹ İflas, iflas eden kişinin tüzel kişiliğini sona erdirmemekle birlikte tasfiye amacıyla sınırlı bir faaliyet alanına sokar.⁷² Dolayısıyla iflas sebebiyle kişinin faaliyetleri kısıtlandığından kamu ihale sözleşmesini ifa etmesi de kendisinden beklenemez bir hal alır. Bu sebeple, yüklenicinin iflası, kamu ihale sözleşmesinin sona erdiği bir sebep olarak düzenlenmiştir.

Yüklenicinin iflas etmesi halinde KİSK m.17/b hükmüne göre sözleşme feshedilerek⁷³ yasaklama hariç yüklenici hakkında KİSK m. 20 ve KİSK m. 22 uyarınca işlem yapılır. Kanaatimizce bu atfın iflas kurumunun yapısına uygun olarak uygulanması gerekir. Yüklenicinin iflası halinde kamu ihale sözleşmesini fesheden idare, yüklenicinin göstermiş olduğu kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebiyle bankaya başvurarak ödenen meblağı hazineye gelir kaydeder. Eğer teminat mektubu tutarı, idarenin zararını karşılamıyorsa, İİK m. 206 uyarınca adi bir alacak niteliğinde olan bakiye tutar için idarenin fesih beyanıyla birlikte kesin teminat ve ek kesin teminatların güncellenerek gelir kaydedildiği ve varsa eksik kalan kısmın iflas masasına alacak

⁷¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 556.

⁷² Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2022, s. 466 vd.

⁷³ Öğretide bir görüşe göre, kamu inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin iflası halinde sözleşme kendiliğinden sona erer (Karaca, s. 94). Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise sözleşmenin infisah ettiğine ilişkin Karaca'nın görüşünün aksine, idarenin iflasın açılmasına ilişkin verilen mahkeme kararı üzerine sözleşmeyi feshedebileceği görüşüne üstünlük tanınmalıdır. (Bkz. Yaşar Gök, Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması, Ankara, 2002, s. 527; Ali Özek/Osman Kaya, Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması, Ankara, 2003 s. 544)

olarak kaydedilmesini içeren beyanını iflas masasına bildirmesi gerekir.⁷⁴ İflas masası, müflise ait mal, alacak ve hakların toplamını ifade eder ve tasfiye işlemlerini yapan ve özel bir iflas organı olan iflas idaresi tarafından yönetilir.⁷⁵ İflas masasının her ne kadar tüzel kişiliği bulunmasa dahi İİK m. 226/I hükmü uyarınca masanın kanuni temsilcisi iflas idaresi olup masanın idare ve tasfiyesi için gerekli bütün işlemlerde masayı iflas idaresi temsil eder.⁷⁶ Bu sebeple, idarenin başvuracağı ve bu başvuruyu değerlendirecek makam, iflas idaresidir.

Yüklenicinin ağır hastalığı, tutukluğu veya mahkûmiyeti halinde de kamu ihale sözleşmesi kural olarak sona erer.⁷⁷ Burada kanun koyucu, sözleşmelerin kamu yararı içermesi sebebiyle yüklenicinin her halükârda kusuru varmışçasına hareket ederek ağır hastalık hali ile tutukluluk veya mahkûmiyet halini aynı hukuki sonuçlara tabi tutmuştur. Bu kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Gerçekten de düzenleme mantığı, ölüm ile ağır hastalık halinde sözleşmenin feshinin aynı hukuki sonuçlara tabi olmasını gerektirirken tutukluluk veya mahkûmiyet hali ile ağır hastalığın bir tutulması doğru olmamıştır.⁷⁸

KİSK m. 17/d hükmüne göre:

“Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi halinde, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin teklif edeceği ve ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil tayin edilmesi koşuluyla taahhüde devam edilebilir. Ancak, yüklenicinin kendi serbest iradesi ile vekil tayin edecek durumda olmaması halinde, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir yasal temsilci tayin edilmesi istenebilir. Bu hükümlerin uygulanmaması halinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22’nci maddeye göre işlem yapılır.”

Madde hükmünde, kamu ihale sözleşmesinin her halükârda feshedilmeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre ağır hastalık, tutukluluk

⁷⁴ Demirboğa, s. 124.

⁷⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 606. Detaylı bilgi için bkz. Ejder Yılmaz, İflas İdaresi, Ankara, 1976.

⁷⁶ Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Yakup Oruç, İflas İdaresi, Ankara, 2019; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 640-641.

⁷⁷ M. Oğuz Tuna, “Kamu İhale Sözleşmelerinin Değiştirilmesi ve Devri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 37; Bilir, s. 165; Memmedzade, s. 362; Yazıcı, s. 45; Zorba, s. 4.

⁷⁸ Demirboğa, s. 125.

veya mahkûmiyet durumlarından biri gerçekleştiğinde yüklenici, bu olayın gerçekleştiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde taahhüdünü gerçekleştirmesi için bir vekil atayıp bu kişiyi idareye önerebilir. İdarenin de bu kişiyi uygun bulması halinde, sözleşme feshedilmez ve taahhüdün görülmesine devam edilir. Yüklenicinin koma durumunda olduğu gibi özgür iradesini açıklayacak bir durumda olmaması halinde ilgililer,⁷⁹ aynı süre içerisinde bir yasal temsilci atanmasını sağlar ve bu yasal temsilcinin uygun bulunması halinde taahhüdün ifasına yine devam edilir. Bir vekil veya yasal temsilci atanmaması veya idarenin bu kimseleri uygun bulmaması halinde ise kamu ihale sözleşmesi feshedilir ve yüklenici hakkında yasaklama hariç KİSK m. 20 ve m. 22’de yer alan yaptırımlar uygulanır. Yani bu durumda idare, kendisi lehine verilmiş olan kesin teminat mektubunun ödenmesini isteyerek bu meblağ kendisine ödendikten sonra hazineye gelir kaydedebilir.

g. Ortak Girişim Yüklenicinin Ortaklarından Birinin İflası, Ağır Hastalığı, Tutukluluğu, Özgürlüğü Kısıtlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyeti ya da Ortak Girişimin Dağılması Nedeniyle

Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkûmiyet durumunda sözleşmenin akıbetini KİSK m. 18 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre: *“Ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz.”*

Kamu ihale sözleşmelerinde ortak girişimden kasıt, konsorsiyum iş ortaklığıdır. Borçlar hukuku anlamında konsorsiyum iş ortaklığı, bir adi şirkettir. Bu ortaklığın adi şirket olması sebebiyle, TBK m. 638 hükmüne uygun olarak ortaklığı oluşturan ortaklar sözleşmenin yerine getirilmesinden müştereken ve müteselsilen sorumludur.⁸⁰ Dolayısıyla yüklenicinin ortak girişim olması halinde, ortaklardan birinin

⁷⁹ İlgililer deyimi, sözleşmeye taraf olan idareyi, yüklenicinin menfaat birliği olan akrabalarını, bazı hallerde yetkili makamları (Cumhuriyet Savcılığı gibi), hatta yüklenici ile alacak veya akit ilişkisi olan kişileri (alt yükleniciler gibi) ifade eder. Yasal temsilci tayin edecek mahkeme, öncelikle talepte bulunanın “ilgili” olup olmadığını tespit edecektir. (Bilir, s. 65; Gönen/Işık: s. 239; Özek/Kaya, s. 545.)

⁸⁰ O. Hami Şener, Ortaklıklar Hukuku, s. 82. Ankara, 2019.

ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkûmiyeti kural olarak kamu ihale sözleşmesini sona erdirmez.⁸¹ Fakat kural bu olmakla birlikte KİSK m. 18/Y'in devamında: “Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet veya dağılma hallerinde, sözleşme feshedilerek yasaklama hariç haklarında 20 ve 22'nci maddeye göre işlem yapılır” hükmü yer alır. Dolayısıyla, pilot veya koordinatör ortağın⁸² yukarıdaki hallere maruz kalması durumunda, sözleşme feshedilerek teminatı gelir kaydedilir. Aynı zamanda genel hükümlere göre tasfiye yaptırımları da uygulanır.

Kanun koyucu, kamu ihale sözleşmelerinin kamusal niteliğini de göz önünde tutarak yine aynı maddede “Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde de teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu sebeple, ilgili durumlar gerçekleşse bile bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde diğer ortakların teklifi ve idarenin uygun görmesi halinde eski koşullarla sözleşme yenilenerek taahhüdün ifasına devam edilebilir. Bu durumda artık teminatların gelir kaydedilmesi söz konusu olmaz.

3. Kesin Teminat Mektuplarının Ödenmesi ve Gelir Kaydedilmesinde Usul

Kanunda kesin teminatların ne zaman gelir kaydedilebileceği detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenen bu durumlar, banka teminat mektubu sözleşmesinde garanti edilen riskin gerçekleştiğini gösteren durumlardır. Dolayısıyla kanunda düzenlenen durumlar gerçekleştiğinde aslında banka tarafından teminat mektubuyla

⁸¹ Bilir, s. 166; Yazıcı, s. 49.

⁸² Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan (özel ortaklardan) birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması durumunda ise, taahhüde devam edip etmeme hususunda diğer ortakların herhangi bir takdir hakkı bulunmayıp, özel ortağın sorumluluğunu üstlenerek taahhüde (sözleşmeye) devam etmesi zorunludur. Ancak bu durumda diğer ortaklar, şahsından doğan imkânsızlık nedeniyle ortak girişimden ayrılan ortağın taahhütlerini üstlenmezler ise, iş sahibi YİĞŞ. m. 47/(a) ve KİSK. m. 20/(a) bendi gereğince sözleşmeyi sona erdirebilir.

garanti edilen risk gerçekleşmiş olur. Böylelikle idarenin ödeme talebinde bulunma hakkı doğar. İdare, bu hakkını bankaya bu yöndeki yazılı olarak yapacağı bir talep ile kullanır. İdarelere hitaben verilen teminat mektupları “ilk talepte” kaydını içeren teminat mektuplarıdır. Dolayısıyla idarenin yaptığı ödeme talebi üzerine banka, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaksızın idareye derhal ödeme yapmakla yükümlüdür.

Teminat mektupları, kıymetli evrak niteliğinde olmadığından kural olarak mektup metninin bankaya iadesi zorunlu değildir. Ancak idarelere hitaben verilen teminat mektupları metinlerinde “...*Bu teminat mektubu ././.. tarihine kadar geçerli olup bu tarihe kadar elimize geçecek şekilde tarafınızdan yazılı tazmin talebinde...*” ibaresi bulunur. Bu ibarede yer alan “*elimize geçecek şekilde*” ibaresi, bankanın mektup metninin de kendisine iade edilmesini şart koştuğunu gösterir. Dolayısıyla, idarenin teminat mektubu metnini de yazılı talebiyle beraber bankaya iade etmesi gerekir. Ancak yine teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğini haiz olmamasından dolayı teminat mektubu metninin aslının kayıp ya da zayi olması halinde teminat mektubunun tarih ve sayısı da belirtilmek suretiyle bir idari yazı ile ödeme talebinde bulunulması geçerli kabul edilmelidir.⁸³

Kesin teminat mektuplarının ödenmesi talebi halinde, mektup tutarıyla birlikte talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen süreye ait faizin de idareye ödenmesi gerekir. Teminat mektubunun Türk lirası üzerinden düzenlenmesi halinde kanuni faiz oranı, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun hükümlerine göre belirlenir. Teminat mektubunun döviz üzerinden düzenlenmesi halinde ise 3095 sayılı Kanun m. 4/a uyarınca yabancı para borcunun faizinde devlet bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.

Asgari kesin teminat oranı KİK m. 43 hükmü gereğince ihale beldelinin yüzde altıdır. Fakat m. 43/III gereğince Kamu İhale Kurumu, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin yüzde altısından az ve on beşinden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin

⁸³ Şahiner, s. 235.

düzenlemeler yapabilir. Eğer yüklenici asgari yüzde altı oranın üzerindeki bir tutarda kesin bir teminat vermişse, aynı geçici teminatlarda olduğu gibi kesin teminatın da yalnızca ilgili orana tekabül eden kısmı gelir kaydedilmelidir.⁸⁴

İdare ile yükleniciler arasında kesin teminatlara ilişkin yaşanan uyuşmazlıklardan biri de teminatın güncellenmesi hususudur. Yüklenici tarafından gösterilen kesin ve ek kesin teminatların güncellenmesini düzenleyen KİSK m. 22'ye göre:

“19, 20 ve 21 inci maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkraya hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.”

Anılan madde hükmü, gelir kaydedilmesi gereken zamanda kesin ve ek kesin teminatların enflasyon vb. sebeplerle değer kaybına uğramasının önüne geçilerek idarenin zarara uğrama riskini telafi amacı gütmektedir. Nitekim kamu ihale sözleşmesi ile başlayan ifa sürecinin uzun sürmesi halinde gösterilen kesin ve ek kesin teminatlar zamanla değer kaybına uğramakta ve bu teminatların gelir kaydedilmesini gerektiren durumlar ortaya çıktığında idare zarara uğrayabilmektedir. İşte anılan düzenleme ile gösterilen teminatlara kanunen bir güncelleme mecburiyeti getirilerek idarenin muhtemel kaybı telafi edilmek istenmiştir. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak idare tarafından gelir olarak kaydedilecek tutar, güncellenen tutar olur. Ancak özellikle banka teminat mektuplarında banka, teminat mektubunda sorumlu olduğu tutarı mektup metninde göstererek sorumluluğunu bu tutarla sınırladığından bu tutarın dışında kalan güncelleme farkını ödememektedir. Zira banka tarafından tanzim edilen teminat mektubundaki taahhütte güncelleme farkının ödeneceğine ilişkin bir ibare de bulunmadığından bankanın güncellenen tutar için idareye ödeme yapması beklenemez.

⁸⁴ Şahiner, s. 229.

Bu durumda, yüklenici güncellenen teminat tutarında yeni bir teminat göstermez veya farkı ödemez ise idarenin güncelleme farkı tutarında bir zararı ortaya çıkmakta ve hatta teminatın güncellenmemesi sebebiyle idarenin artması gereken kaynağında artmayan tutar kadar kamu görevlileri mali sorumluluk altına girebilmektedir.⁸⁵ Kanaatimize göre, idarenin uğramış olduğu zararın tazmini amacıyla bir özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz kamu ihale sözleşmesinin yüklenicinin borca aykırı davranışı ile ihlalinden bahisle yüklenici aleyhine özel hukuk hükümlerine dayanılabilir. Nitekim güncelleme farkının tahsiline ilişkin KİSK m. 22 hükmü, emredici nitelikte bir kural olup kamu ihale sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin edim yükümlülüklerinden birini düzenlemektedir. Böylelikle, güncelleme farkını ödemekte temerrüde düşen borçlu yüklenici aleyhine TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması suretiyle idarenin uğramış olduğu zararı tazmin etmesi mümkündür.⁸⁶

SONUÇ

Kamu ihale sürecinde özel bir önemi haiz olan teminatlar, idarenin karşılaşması muhtemel risklerini garanti altına almak için istekli veya yüklenicilerden kanun gereğince talep edilen ve Türk lirası, devlet iç borçlanma senetleri veya banka teminat mektubu şeklinde gösterilebilen değerlerdir. Uygulamada en çok gösterilen teminat türü banka teminat mektubu olup kamu ihale sözleşmesinin akdedilmesinden önce

⁸⁵ 22.03.2017 tarih ve 42892 sayılı, 21.12.2016 tarih ve 42054 sayılı Temyiz Kurulu kararı. (Naklen: *Aksoy*, s. 418.)

⁸⁶ Aksoy'a göre, düzenlemesi Kamu İhale Kurulu tarafından yapılan standart kesin teminat ve ek kesin teminat mektuplarına güncelleme farkının da banka tarafından ilgili idareye ödeneceğine yönelik bir ibare konulabilir. Böylece bankalar güncelleme farkını da ilgili idareye ödeyeceklerini başlangıçta taahhüt etmiş olurlar. Bize göre de bu şekilde bir düzenleme yerinde olur. Ayrıca bu durum, banka teminat mektuplarındaki "belirlilik" ve "belirlenebilirlik" ilkelerini de zedelemeyiz. Banka teminat mektuplarındaki belirlilik ilkesi, riskin ve bankanın sorumluluğunun kapsamının yapılan garanti sözleşmesinde önceden kararlaştırılmasını ifade eder. (Bkz. İzzet Başara, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.83, s. 305, 2009). Belirlenebilirlik ise, Yargıtay'ın ifadesi ile "belirlenmeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer alması" anlamına gelir (Y. 19. HD: T. 28.04.2000, E.2000/14, K.2000/3252). Nitekim KİSK m. 22 hükmünde, güncelleme farkının ne şekilde tespit edileceği belirlenmiş olup banka teminat mektubunda bankanın sorumlu tutulacağı tutarın bu şekilde belirlenmesi noktasında teminat mektubunun geçerliliğini etkileyen herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

gösterilen teminat mektupları geçici teminat mektupları, sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte gösterilen teminat mektupları ise kesin teminat mektupları adını alır. İdarenin kanunda belirtilen risklerin gerçekleşmesiyle birlikte gösterilen bu teminat mektuplarında banka tarafından garanti edilen tutarın kendisine ödenmesini isteme ve bu tutarı hazineye gelir kaydetme yetkisi bulunmaktadır.

Teminatların ne zaman gelir olarak kaydedilebileceği 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda sınırlı olarak sayılmış olup belirtilen bu sebepler dışında teminatların gelir olarak kaydedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla geçici teminatların gelir kaydedilmesi, yalnızca sözleşmeye davet edilen isteklinin sözleşmeyi imzalamaması, ihale dışı bırakılma nedenlerini taşıyan veya ihaleye katılamayacak olan isteklilerin ihaleye katılması halleri ile istekliler tarafından sunulan belgelerde yer alan bilgi eksikliklerinin tamamlanmaması haline münhasırdır. İdare, yalnızca bu hallerde geçici teminatları gelir kaydedebileceği gibi gelir olarak kaydedilecek tutar, isteklilerin kanun gereğince göstermek zorunda oldukları asgari tutarın üstünde teminat göstermeleri durumunda asgari tutarın üstünde kalan kısmın gelir kaydedilmesi de mümkün olmayıp artan kısmın istekliye iade edilmesi gerekir. Aynı kural, kesin teminatların gelir kaydedilmesi bakımından da geçerli olup kesin teminatların gelir kaydedilmesi de yalnızca yüklenicinin temerrüdü, mali acz içinde bulunması, ihale sürecinde veya sözleşmenin yürütülmesi aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması, sözleşmeyi usulsüz olarak devretmesi, gerçek kişi yüklenicinin veya ortak girişim yüklenicinin ortaklarından birinin iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu ya da özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkum edilmesi veya ortak girişimin dağılması sebebiyle gerçekleşebilir.

Öte yandan gelir olarak kaydedilecek teminatın tutarı, istekli veya yükleniciler tarafından daha fazla teminat gösterilmiş olsa dahi yalnızca kanun ile belirlenen asgari oranlarda mümkün olup bu oranı aşan tutarın iadesi gereklidir. İdarenin bu oranlar üzerinde yapmış olduğu gelir kayıtları hukuka aykırı olup asgari oran üzerinde teminatı gelir olarak kaydeden idare aleyhine geçici teminatlar bakımından idari yargı yolu açık iken kesin teminatlar bakımından adli yargı mercilerine başvurulabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki idare, KİSK m. 22 hükmü uyarınca teminat tutarlarını güncellemeyen yükleniciler aleyhine

sözleşmeye aykırılıktan bahisle özel hukuk hükümleri uyarınca yasal yollara başvurulabilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, "Türk İdare Hukuku", Seçkin Yayınevi 17. Baskı.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, "İcra ve İflas Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Atay E. Ethem, "İdare Hukuku", 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- Barlas Nami, "Banka Teminat Mektupları", İstanbul, 1986.
- Buz Vedat, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları", Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Can Ozan, "Kamu İhale Hukuku", Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Canbolat Ferhat, "Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler" Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Doğan Vahit, "Banka Teminat Mektupları", Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 2005.
- Doğanyigit Sadettin, "Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu", Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016 (Kamu İhale).
- Eren Fikret, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Gök Yaşar, "Yapı İşleri ve Hakediş Uygulaması", 2. Baskı, Ankara, 2002.
- Gönen Dinçer /Işık Hikmet, "Açıklamalı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat", 1. Baskı, Ankara, 2003.
- Gözler Kemal, "İdare Hukuku, C. II", Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Kaplan İbrahim, "İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri", Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Karaca Mehmet Emin, "Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Mütelahtan Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi", Ankara, 2009.
- Karahanoğulları Onur, İdare Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Kılıçoğlu Ahmet, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Oruç Yakup, "İflas İdaresi", Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özek Ali/Kaya Osman, "Açıklamalı Kamu İhale Rehberi, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uygulaması", 2. Baskı, Ankara, 2003.
- Pamukçu İzzettin: "Teminat Mektupları", Ankara, 1976.
- Pekcanitez Hakan/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, "İcra ve İflas Hukuku", Ankara, 2022.
- Pulaşlı Hasan, "Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları", Adalet Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2017.

- Reisoğlu Seza, "Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler", Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Sayın, İsmail Hakkı, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2008.
- Sezer Yasin/Kalkan Emre/Şahin Emre, "Kamu İhale Hukuku Dersleri", Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Şahiner Serhat, "Kamu İhalelerinde Teminatlar", Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Şener Oruç Hami, "Ortaklıklar Hukuku", Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Uz Abdullah, İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerin Hukuksal Rejimi Bakımından Kamu İhale Sözleşmeleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Yılmaz Ejder, "İflas İdaresi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976.

Makaleler

- Aksoy Mehmet, "Kamu Alımlarında Teminatlar, İrat Kaydı, Güncelleme Sorunu ve Çözüm Önerileri", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 10, S. 2, s. 393-421.
- Atuğ Mustafa/Taytak Mustafa, "Kamu Satın Alımları Kapsamında Doğrudan Temin Uygulamalarının Değerlendirilmesi ve Bir Vaka Analizi", *Sayıştay Dergisi*, Cilt:29, Sayı:110, s.91-123. Temmuz-2018.
- Başara İzzet, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.83, 2009.
- Bilgin Hüseyin, "Son Değişiklikler Işığında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:4, Sayı:38, s.123-137. Ekim-2009.
- Doğanyigit Sadettin, "Haklarında Kamu Davası Açılanların İhale Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:1, Sayı:4, s.118-121. Aralık-2006. (Yasak)
- Doğanyigit Sadettin, "İsteklilerin Kamu İhalelerine Girmesini Engelleyen Tutum ve Davranış Uygulamaları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, s.77-79. Eylül, 2006. (Engel)
- Ertanhan Mesut, "Kamu İhale Kanunu'na Tabi İhalelerde Belge Eksikliği veya Belgelerde Bilgi Eksikliği", *Ankara Barosu Dergisi*, Y: 65, S: 4, s. 60-82.
- Ertanhan Mesut, "Kamu İhale Kanunu'na Tabi İhalelerde Teklif Dosyası, Teklif Mektubu ve Geçici Teminat" *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 16, s.79-91.
- Memmedzade Ferhat, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Yüklenicinin Konkordato İlan Etmesinin Sözleşmeye Etkisi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 150, Şubat 2019.
- Küçükgüngör Erkan/Akipek Şebnem, "Kamu İhale Sözleşmeleri", *Mali Hukuk Dergisi*, Y. 18, S. 103, s. 39-50, Ankara, 2013.
- Odyakmaz Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2 (1-2), s. 141-195, Ankara, 1998.
- Sancar Ayşe Esin, "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinde Yer Alan Temel İlkelerin Değerlendirilmesi", *Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:2, Sayı:2. Aralık, 2014.

- Sırabaşı Volkan, "Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama Süresi, Sürenin Başlanğı ve Hukuki Niteliğı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/4, s. 371-380.
- Şenyüz Doğan, "Kamu İhalelerinde İhale Dışı Bırakılma Şartı Olarak Vergi Borcunun Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 505-535.
- Tekinsoy Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, C. 55, Ankara, 2006.
- Zorba Meltem, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Ermesi", *Kamu İhale Dünyası Dergisi*, S: 8, Ekim-Aralık, 2017.

İnternet Kaynakları

- Kale Harun, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Feshi ve Feshin Sonuçları" (https://www.turkhukuksitesi.com/makale_1250.html)
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<https://www.kazanci.com.tr/>)
- Lexpera (<https://www.lexpera.com.tr/>)
- <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx?KararTip=1>
- <https://www.ihale.gov.tr/>

Diğer Kaynaklar

- Ayhan Fatma, "İdarenin Taraf Olduğı Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- Bilir Dilek, "Kamu İhale Mevzuatına Tabi İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010.
- Doğan Elif, "Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- Hatipoğlu Fatma, "Banka Garantileri", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1990.
- İspir Begüm, "Kamu İhalelerine Katılma Yasağı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- Şakar Ceren, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi", Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın, 2016.
- Tuna Mustafa Oğuz, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Değıştirilmesi ve Devri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- Uslu Yusuf, "Yapım İşlerine İlişkin Sözleşmelerin Feshi ve Hukuki Sonuçları", Kamu İhale Kurumu, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006.
- Yazıcı Zeliha, "Kamu İhale Sözleşmelerinin Sona Erme Sebepleri ve Hukuki Sonuçları", İller Bankası A.Ş. Uzmanlık Tezi, Haziran, 2018.
- Zor Ömer Tuğrul, "Kamu İhale Mevzuatında Yasaklama Müessesesi", Kamu İhale Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2006.

ANONİM ŞİRKETLERDE KURULUŞTAN SONRA DEVRALMA İŞLEMLERİNİN (TTK M. 356) ÖRTÜLÜ SERMAYE İADELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

EVALUATION OF THE ACQUISITION AFTER ESTABLISHMENT
IN JOINT STOCK COMPANIES (ART. 356 OF THE TURKISH
COMMERCIAL CODE) FROM THE PERSPECTIVE OF DISGUISED
REPAYMENT OF CAPITAL

Munise Seray GÖNCÜ DÖNER**

Özet: Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 356. maddesinde; şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler (kuruluşta sonra devralma) bakımından birtakım şartlar düzenlenmiştir. İlgili şartlara uyulmadığı takdirde ise yapılan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Maddenin uygulanabilmesi için sözleşmenin karşı tarafı bakımından ise herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafının pay sahibi olduğu durumlarda da TTK m. 356 uygulama alanı bulmaktadır. Ancak sözleşmenin bir tarafının pay sahibi olduğu hâllerde kuruluşta sonra devralmaya ilişkin işlemler, örtülü bir sermaye iadesine de sebep olabilmektedir. Bunun sonucu olarak, böyle bir sözleşme TTK'nın 480/3. maddesinde düzenlenen sermayenin iadesi yasağının ihlali anlamına gelmektedir. Kuruluşta sonra devralmanın söz konusu olduğu sözleşmelerin hangi hâllerde örtülü sermaye iadesine de sebep olabileceğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Ayrıca yapılan sözleşmenin aynı zamanda hem TTK m. 356'ya hem de 480/3'e aykırı olması durumunda hangi hükmün uygulanacağı ve TTK m. 356'da düzenlenen şartların varlığının, TTK m. 480/3 hükmünün uygulanmasına engel teşkil edip etmeyeceği de tespiti gereken diğer hususlardır. Doküman inceleme yöntemiyle ele alınan bu çalışmada;

* TÜBİTAK'a, çalışmaya 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Bursu Programı kapsamında sağlamış olduğu destekten dolayı teşekkürlerimi sunarım.

** Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, seray.goncudoner@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1539-8205, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.04.2023, Kabul Tarihi: 24.11.2023

kuruluştan sonra devralmayı konu alan sözleşmelerin aynı zamanda örtülü bir sermaye iadesine sebep olduğu hâller hem hükümlerin uygulanması hem de meydana getirdikleri hukuki sonuçlar bakımından ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Sermayenin İadesi Yasağı, Kuruluştan Sonra Devralma, Örtülü Sermaye İadesi, Pay Sahibi

Abstract: Article 356 of the Turkish Commercial Code stipulates certain conditions for the agreements regarding the acquisition or lease of a company or real estate for a consideration exceeding one tenth of the share capital within two years after the registration of the company (acquisition after establishment). If the relevant conditions are not met, the agreements are absolutely null and void. There is no restriction on the contracting party for the application of this article. Therefore, article 356 of the Turkish Commercial Code is also applicable in cases where the counterparty to the agreement is a shareholder. However, in cases where one party to the agreement is a shareholder, the transactions related to the acquisition after the establishment of the company may also result in a disguised repayment of capital. Consequently, such an agreement constitutes a violation of the prohibition on repayment of capital regulated by Article 480/3 of the Turkish Commercial Code. It is important to determine the circumstances under which agreements on acquisition after establishment may also result in a disguised repayment of capital. In addition, it must be determined which provision applies in the event that the agreement violates both Article 356 of the Turkish Commercial Code and Article 480/3 of the Turkish Commercial Code, and whether compliance with the conditions of Article 356 of the Turkish Commercial Code prevents the application of Article 480/3 of the Turkish Commercial Code. This study, which is based on the document review method, has attempted to examine in detail the cases where the agreements on acquisition after establishment also lead to a disguised repayment of capital, both in terms of the application of the provisions and the legal consequences they bring about.

Keywords: Joint Stock Companies, Prohibition on Repayment of Capital, Acquisition After Establishment, Disguised Repayment of Capital, Shareholders

GİRİŞ

TTK'nın 356. maddesinde; *"Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir"* düzenlemesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere TTK m. 356'da kuruluştan sonra devralmalara iliş-

kin olarak belirli geçerlilik şartları düzenlenmiştir. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında genel kurul kararı verilmeden önce, yönetim kurulunun talebi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesi tarafından atanacak bilirkişinin şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlara değer biçeceği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu kuruluştan sonra devralmalara özel bir önem atfetmiş ve değer biçme işlemini tamamen şirketin inisiyatifine bırakmamıştır.

TTK m. 480/3 düzenlemesinde ise sermayenin iadesi yasağına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *“Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler”*. Sermayenin iadesi yasağının ihlali açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü bir aktarım sonucu da gerçekleşebilir. Yasağın şirket malvarlığı bakımından kapsamı ise hukukumuz açısından oldukça tartışmalıdır. TTK m. 356 açısından, yapılan hukuki işlemin sübjektif kapsamı herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığından, pay sahipleriyle yapılan işlemlerde de ilgili hüküm uygulanacaktır. Bu şekilde hukuki işlemin bir tarafının pay sahibi olduğu bazı durumlarda TTK m. 356’da yer alan düzenleme ile TTK m. 480/3 düzenlemesinde yer alan sermayenin iadesi yasağının uygulama alanı kesişmektedir. Hangi hâllerde kuruluştan sonra devralma işlemlerinin, örtülü bir sermaye iadesine sebebiyet verdiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme yapılırken ise öncelikle örtülü sermaye iadesi kavramı üzerinde durulmalıdır. Örtülü malvarlığı aktarımlarında pay sahiplerine görünüşte geçerli olan başka bir hukukî işlemin ardında gizli bir şekilde yapılan dağıtımlar bulunmaktadır. Ancak bu durum yeterli olmayıp yapılan aktarımın, örtülü sermaye iadesi sayılabilmesi için birtakım başka şartların da bulunması gerekmektedir.

Şirket ile pay sahipleri arasında kuruluştan sonra devralmaya ilişkin birtakım işlemler bazen hem TTK m. 356’nın ihlaline sebep olurken hem de örtülü bir sermaye iadesi gündeme gelmektedir. Bununla birlikte bazı durumlarda ise TTK m. 356’ya aykırılık olmamasına rağmen örtülü bir sermaye iadesi söz konusu olabilir. Bu ihtimallerde TTK’nun hangi hükmünün uygulama alanı bulacağına tespiti önem taşımaktadır. Bu nedenle hükümlerin uygulama alanları ve sınırlarının tespiti ile her iki hükmün, bir diğerinin uygulamasını dışlayıp dışlamadığı da incelenmesi gereken diğer bir konudur.

Bu çalışmanın konusunu; TTK'nın 356. maddesinde düzenlenen kuruluşta sonra devralmaya ilişkin işlemlerin, örtülü sermaye iadesine sebep olduğu haller ile TTK m. 356 ve m. 480/3 hükümlerinin birlikte değerlendirilerek ele alınması oluşturmaktadır. Bu bağlamda öncelikle TTK m. 356 düzenlemesi hakkında bilgi verilmiştir. Çalışmanın ilerleyen bölümünde ise sermayenin iadesi yasağı ve örtülü sermaye iadesi kavramı incelenmiştir. Son bölümde ise, kuruluşta sonra devralmaya ilişkin işlemlerin örtülü bir sermaye iadesine sebep olduğu haller hem hükümlerin uygulanması hem de hukuki sonuçları açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Ayrıca çalışmanın ilgili bölümlerinde hükümlerin mukayeseli hukukta nasıl düzenlendiği de açıklanmıştır.

I. TTK 356. MADDE HÜKMÜNE GENEL BAKIŞ VE HÜKMÜN AMACI

TTK'nın 356. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletmenin ve aynın devralınması veya kiralanmasına ilişkin olarak koruyucu düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre; *“Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz. Bu sözleşmelerin onaylanmasından ve tescilinden önce, bunların ifası amacıyla yapılmış olan ödemeler dâhil, her türlü tasarruf geçersizdir. Genel kurul kararını vermeden önce, yönetim kurulunun istemi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişi, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve aynılara değer biçer. Rapor resmî nitelik taşır”*. Görüldüğü üzere şirketin tescilinden itibaren iki yıl içerisinde bir aynın devralınmasında veya kiralanmasında TTK'nın 356. maddesine uyulmadığı takdirde ilgili sözleşme geçersizdir. Bu bağlamda şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın devralınmasına ilişkin sözleşmelerin genel kurul tarafından onaylanması ve ticaret siciline tescil edilmesi gerekmektedir. İlgili sözleşmenin geçerliliği bakımından genel kurul kararı ve ticaret siciline tescil yeterli değildir. Bununla birlikte hükmün ikinci fıkrasında şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişilerin devralınacak veya kiralanacak aynılara değer biçmesi gerekmektedir. Hükmün dördüncü fıkrasında ise düzenlemeye bir istisna getirilmiş olup şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebrî

icra yoluyla iktisap edilen ayınlar ve işletmeler bakımından TTK m. 356 hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Hüküm emredici bir şekilde kaleme alınmış olup tarafların farklı şekilde tasarrufta bulunmaları mümkün değildir.¹

İlgili hüküm ile amaçlanan kuruluşun sonra, aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasının önlenmesidir.² Bu nedenle de kanuna karşı hile olarak nitelendirilmiştir.³ Zira TTK aynı sermayenin getirilmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler öngörmektedir.⁴ TTK m. 356 hükmü ile ilgili bu düzenlemelerin şirketin tescilinden itibaren iki yıl daha uygulanabilmesine imkân tanınmaktadır.⁵ Hüküm bu sayede sermayenin eksiksiz bir şekilde teşkil edilmesine hizmet etmektedir.⁶ Dolayısıyla hükmün başlıca amaçlarından birisini şirket sermayesinin korunması oluşturmaktadır. Ayrıca anonim ortaklık malvarlığı sınırlı sorumluluk gereği alacaklıların garantisini teşkil etmektedir.⁷ Bu nedenle de ilgili malvarlığının korunması şahıs şirketlerine oranla

¹ Andreas Pentz, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalls), München, 2019, AktG § 52, Rn. 6; Wolfgang Hölters/Markus Weber/Dirk Solveen, Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, (Herausgegeben von: Wolfgang/ Hölters/Markus Weber), München, 2022, AktG § 52, Rn. 29.

² Martin Henssler/Lutz Strohn GesR/Eberhard Vetter/Voker Schulenburg, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Herausgegeben von: Martin Henssler/Lutz Strohn), München, 2021, AktG § 52 Rn. 1; Jens Koch (Uwe Hüffer/Jens Koch), Aktiengesetz, 17. Auflage, München, 2023, AktG § 52, Rn. 1; Ünal Tekinalp, "TTK m. 311 Anlamında Bedele İlişkin İlke ve Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1974, C. 39, S. 1-4, (1974), s. 200; Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 352; Cevdet Yavuz, "Anonim Ortaklıklarda Kuruluşun Sonra Devralma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1984, C. 50, S. 1-4, s. 388; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 2; Hans Christoph Grigoleit/Karl Christian Vedder, Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, (Herausgegeben von: Hans Christoph Grigoleit), München, 2020, AktG § 52 Rn. 1.

³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 352.

⁴ Yavuz, s. 388.

⁵ BeckOGK/Heidinger, AktG § 52 Rn. 5.

⁶ Tim Drygala, "Die aktienrechtliche Nachgründung zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung", *Festschrift für Ulrich Huber*, 2006, s. 694.

⁷ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 247; Şaban Kayıhan, Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 159; Fahiman Tekil, Şirketler Hukuku İkinci Cilt Anonim Şirketler, İstanbul, 1976, s. 84; Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 314; Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 204.

daha fazla önem arz etmektedir.⁸ TTK m. 356 düzenlemesi ile de ortaklığa aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılması engellenerek alacaklıların güvencesini teşkil eden ortaklık malvarlığının azalması önlenmektedir.⁹ Bu bakımdan hükmün alacaklıları ve ortaklık malvarlığını koruma amacının da bulunduğu açıktır.¹⁰

II. HÜKMÜN MUKAYESELİ HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

TTK m. 356 hükmü ile benzer düzenlemeler Alman ve Avusturya hukuklarında yer almaktadır. İsviçre hukukunda ise TTK m. 356 hükmüne benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bölümde Alman hukuku ve Avusturya hukukunda, hükmün nasıl düzenlendiği üzerinde durulacaktır.

Alman Hukukunda

Alman hukukunda TTK m. 356'nın mehası olan düzenleme Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz (AktG)) § 52'de (*Nachgründung*) yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca; şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıl içerisinde, kurucular veya yüzde ondan fazla paya sahip olan pay sahiplerinin, şirket sermayesinin onda birini aşan bir bedel karşılığında bir işletme veya aynın devralınmasına ilişkin sözleşmeler ancak genel kurulun onayı ve ticaret siciline tescil ile geçerlidir. Genel kurul onayı ve tescilden önce yapılmış olan hukuki işlemler ise hüküm doğurmaz. Alman hukukunda hükmün kapsamı bakımından sözleşmenin tarafları, hukukumuzda yer alan düzenleme ile karşılaştırıldığında daha sınırlı tutulmuş olup hüküm yalnızca kurucular ve yüzde ondan fazla paya sahip olan pay sahiplerini kapsamaktadır.

AktG § 52 uyarınca ayrıca, başka bir şekil şartı yer almıyorsa sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekir. Burada yazılı şekil şartı bir

⁸ Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005, s. 41; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirket Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 239-240.

⁹ Drygala, s. 694.

¹⁰ Pentz, AktG § 52, Rn. 6; Yavuz, s. 389; Hüseyin Ülgen, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklığın Kuruluşta Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969, (1969), s. 23-24.

geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş olup uyulmaması sözleşmenin geçersizliğine sebep olmaktadır.¹¹ Ancak nitelikli yazılı şekil şartının öngörüldüğü durumlarda ilgili nitelikli şekil şartına uyulması gerekmektedir.¹² Ayrıca Genel kurul karar vermeden önce, denetim kurulu ve bilirkişiden/bilirkişilerden rapor alınmalıdır (AktG § 52/ 3-4). Raporun alınmasından sonra, genel kurul kararı alınabilmesi için aranan çoğunluk bakımından ikili bir ayırım yapılmıştır. Buna göre; genel kurul kararı alınabilmesi için, karar anında temsil edilen sermayenin en az dörtte üçünün çoğunluğu gereklidir (AktG § 52/5). Ancak sözleşme şirketin ticaret siciline tescilinden sonraki ilk yıl içinde yapılmış ise, sözleşmeyi onaylayan çoğunluğun hisseleri de toplam sermayenin en az dörtte birine ulaşmalıdır.¹³ Sözleşme genel kurul tarafından onaylandıktan sonra, yönetim kurulunun sözleşmeyi ticaret siciline tescil ettirmesi gerekmektedir.

Alman hukuk öğretisinde hükmün amacının; kurucuların, aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümleri dolanmasının önlenmesi ve sermayenin güvence altına alınmasının sağlanması olduğu ifade edilmiştir.¹⁴ Ayrıca hükmün alacaklıların korunmasına ek olarak, yönetim kurulunu kurucuların saldırlı davranışlarından korumak amacı taşıdığı da belirtilmektedir.¹⁵

AktG § 52/9'da hükmün uygulanamayacağı işlemler; şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla veya borsada yapılan iktisaplar olarak sayılmıştır. Bu tarz işlemler bakımından hüküm uygulanmamaktadır. Mevzuat Alman hukukunda, hukukumuzda yer alan düzenlemeden farklı olarak borsada yapılan iktisaplar da hük-

¹¹ Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 20; Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 6, 13; Pentz, AktG § 52, Rn. 27; Hölter/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 11; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 8; Andreas Heidinger, beckenline.Grosskommentar, (Gesamtherausgeber: Martin Henssler), München 2023, AktG § 52, Rn. 8.

¹² Pentz, AktG § 52, Rn. 27.

¹³ Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 27; Hölter/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 12; Pentz, AktG § 52, Rn. 35; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 10; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 74.

¹⁴ Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 1; Pentz, AktG § 52, Rn. 6; Hölter/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 2; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 1.

¹⁵ BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 7; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 1; Pentz, AktG § 52, Rn. 6; Hölter/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 2; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 1.

mün kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu işlemler bakımından istisna tanınmasının, borsa veya cebri icradan yapılan iktisapların, aynı sermayeye ilişkin hükümleri etkisiz hâle getirmesinin beklenmediği, düşüncesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir.¹⁶

Alman hukuku bakımından AktG § 52 kapsamında yapılacak sözleşmeler oydan yoksunluk hâli olarak düzenlenmemiştir.¹⁷ Bu nedenle sözleşmenin tarafı olan pay sahibi de genel kurulda yapılacak oylamada oy kullanabilir.¹⁸

Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda; kuruluştan sonra ayın veya işletme devirlerine ilişkin olarak aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolaşmasını önlemek amacıyla Avusturya Anonim Şirket Kanunu (öAktG) § 45, § 46 hükümleri düzenlenmiştir. öAktG § 45 uyarınca; şirketin, bir kurucudan sermayenin en az yüzde onuna tekabül eden bir bedel karşılığında bir işletme ya da aynı devralmasını öngören sözleşmelerin geçerli olabilmesi için, şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren ilk iki yıl içinde yapılmış olmaları hâlinde, genel kurulun onayının alınması ve ticaret siciline tescil edilmeleri gerekir; genel kurulun onayı ya da ticaret siciline tescil olmaksızın bunların icrasına yönelik işlemler de hukuken etkisizdir. Genel kurul kararı verilmeden önce, denetim kurulundan ve bir veya daha fazla bilirkişiden rapor alınması gerekmektedir. Ayrıca genel kurul kararı verilebilmesi bakımından aranan oy çoğunluğu Alman hukuku ile benzer şekilde düzenlenmiştir.

Avusturya hukukunda yer alan düzenlemeler Alman hukukuna oranla bazı noktalarda daha dar kapsamda iken bazı hususlarda ise daha geniş kapsamlıdır.¹⁹ Bu açıdan öncelikle Avusturya hukukunda hükmün sübjektif kapsamının Alman hukukuna oranla daha dar tutulmuş olduğunu söyleyebilir. Avusturya hukukunda hüküm yalnızca kurucularla yapılan sözleşmeleri kapsamaktadır. Ayrıca Avusturya hukukunda hüküm, konusu bakımından da bazı noktalarda Alman

¹⁶ Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 18a, 19, 20; Pentz, AktG § 52, Rn. 60.

¹⁷ Pentz, AktG § 52, Rn. 6.

¹⁸ Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 27; Pentz, AktG § 52, Rn. 6.

¹⁹ Janine Wendt, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), München, 2019, AktG § 52, Rn. 75.

hukukundan ayrılmaktadır. Sözleşmeye konu devralmanın bedeli bakımından Avusturya hukukunda yer alan düzenlemenin kapsamı daha geniştir. Zira Alman hukukunda, sermayenin en az yüzde onundan fazlasına tekabül eden bir bedel karşılığında devralmaları öngören sözleşmelere AktG § 52 hükmü uygulanmakta iken, Avusturya hukukunda sermayenin en az yüzde onuna tekabül eden bir bedel karşılığında devralmalar hükmün kapsamında bulunmaktadır.²⁰ Yine Avusturya hukukunda yer alan düzenleme sözleşmenin şekli bakımından da Alman hukukundan ayrılmaktadır. Avusturya hukuku bakımından sözleşme yazılı olmasa dahi geçerli kabul edilmektedir.²¹

öAktG § 46/4 düzenlemesinde, öAktG § 45 ve § 46 hükümlerinin uygulanmayacağı işlemler; devralınan malvarlığının şirketin işletme konusunu oluşturması veya cebri icra yoluyla iktisap edilmesi hâlleri olarak sayılmıştır. Alman hukukundan farklı olarak borsa aracılığıyla yapılan devralmalar hükmün kapsamının dışında bırakılmamıştır.²² Ancak Avusturya hukuk öğretisinde bazı yazarlar tarafından borsa aracılığıyla yapılan devralmaların da hükmün kapsamı dışında bırakılabileceği ileri sürülmüştür.²³

Avusturya hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi öAktG § 45 ve § 46 hükümleri bakımından genel kurulda yapılan oylamada sözleşmenin tarafı olan kurucunun oy kullanmasına engel olan bir düzenleme bulunmamaktadır.²⁴

III. TTK 356. MADDE HÜKMÜNÜN KAPSAMI

Hükmün Konu Bakımından Kapsamı

Hüküm bir işletme ve aynın devralınması veya kiralanması konusunu içeren sözleşmeleri kapsamaktadır. Yukarıda da belirttiği-

²⁰ Wendt, AktG § 52, Rn. 76.

²¹ Wendt, AktG § 52, Rn. 89; yazar, sözleşmenin yazılı olmasının bir geçerlilik şartı olmadığını, ancak sözleşmenin yazılı olmamasının ticaret siciline tescili bakımından birtakım sorunlara sebep olabileceğini belirtmektedir; Wendt, AktG § 52, Rn. 89.

²² Wendt, AktG § 52, Rn. 79.

²³ Wendt, AktG § 52, Rn. 177; Peter Doralt/Christian Nowotny/Susanne Kalss/Mathias Ettl, Aktiengesetz Kommentar, 3. Auflage, 2021, § 46, Rn. 17 (Aktaran: Wendt, AktG § 52, Rn. 177).

²⁴ Eveline Artmann/Martin Karollus/Jörg Zehetner, Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Band, 6. Auflage, 2018, öAktG § 45, Rn. 24.

miz üzere hükmün başlıca amacı aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasının önlenmesidir. Hükmün amacından hareketle, TTK'nın 356/1. maddesi anlamında bir aynı devralınmasına ilişkin sözleşmelerin konu bakımından kapsamının, "aynı sermayeye ilişkin" hükümler doğrultusunda belirlenmesi gerekmektedir.

TTK'nın 127. ve 342. maddelerinde anonim şirkete aynı sermaye olarak getirilebilecek unsurlar belirtilmiştir. Nakit sermaye dışında olan, ekonomik değeri bulunan, devredilebilir ve şirketin amaç ve konusuna uygun nitelikteki malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak kabul edilmektedir.²⁵ Taşınır ve taşınmaz mallar dışında çeşitli ekonomik haklar da aynı sermaye kapsamında yer almaktadır.²⁶ TTK'nın 127. maddesine göre; fikri mülkiyet hakları, taşınır ve taşınmaz mallar, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, ticari işletmeler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler ile devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilebilir.²⁷ Görüldüğü üzere madde de yer alan sayım sınırlayıcı olmayıp devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer aynı sermaye olarak getirilebilmesi mümkündür. TTK'nın 342. maddesinde ise; üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil olmak üzere malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak getirilebileceği düzenlenmiştir. TTK 356. maddede yer alan "aynı" kavramının taşınır ve taşınmaz malların yanı sıra bu unsurları da kapsadığının kabulü gerekir. Bu sonuca hükmün amacından hareketle varılmaktadır. TTK m. 356 hükmünde yer alan aynı kavramının, sınırlı olarak anlaşılması ve aynı sermaye olarak getirilebilecek tüm değerlerin hükmeye dahil edilmemesi durumunda, aynı sermayeye getirilmesine ilişkin kuralların kolaylıkla dolanılması mümkün hâle gelecektir. Dolayısıyla TTK'nın 127. ve 342. maddelerinde

²⁵ Mehmet Özdamar, "6102 sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Ankara 2015, S. 1, s. 145; Necla Akdağ Güney/Mustafa Alper Gümü, "Taşınır Anonim Şirketlere Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", *Reges- ta Dergisi*, İstanbul 2013, C. 3, S. 3, s. 8-11.

²⁶ Özdamar, s. 145.

²⁷ Özdamar, s. 145.

yer alan aynı sermayeye ilişkin değerlerin devrini veya kiralanmasını içeren sözleşmelerin TTK m. 356/1 hükmü kapsamında olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu bağlamda TTK m. 356/1 anlamında değerlendirilecek malvarlığı değerleri; mali bir değer taşınabilir ve devredilebilir olmalıdır.²⁸

Başka bir şirket hissesi devrini içeren sözleşmelerin TTK m. 356 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun da incelenmesi gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere anonim şirkete, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer aynı sermaye olarak getirilebilmesi mümkündür. Başka bir şirket hissesi devrinin de bu kapsamda kabul edileceği açıktır. Bu bağlamda hisse devrini içeren sözleşmelerin de TTK m. 356/1 kapsamında bir ayın olarak kabul edilmesi ve TTK m. 356/1'deki usule uyulması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi durumda sermaye koyma borcu kapsamında, başka bir şirketteki hissesini devredecek ortakların, aynı sermaye getirilmesine ilişkin Kanun hükümlerini dolanmaları için açık bir kapı bırakılmış olacaktır.

Anonim şirkete sermaye olarak getirilmek istenen malvarlığı unsurlarının üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunması durumunda, bunlar şirkete sermaye olarak getirilemez (TTK m. 342). Aynı sermaye getirilmesi bakımından aranan bu şartlar TTK m. 356/1 bakımından aranmamıştır. Dolayısı ile tescilinden itibaren iki yıl içinde bir aynın veya işletmenin devralınması veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde, sözleşme konusu unsurların üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunması, sözleşmenin yapılmasına engel teşkil etmemektedir.

Kanun koyucu şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin tüm sözleşmeleri hükmün kapsamına almamış olup sözleşmelerin bedeline ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, bir işletme veya aynın devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında yapılması, durumunda TTK m. 356/1 hükmü uygulanmaktadır. Dolayısıyla ilgili sözleşmenin sermayenin onda birini aşmayan bir bedel karşılığında yapılması durumunda ilgili

²⁸ Ülgen, 1969, s. 46-47.

hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak sermayenin onda birlik sınırının aşılması için bir sözleşmenin, birden fazla sözleşmeye bölünmesi şeklinde işlem yapılamayacağını da belirtmek gerekir.²⁹ Böyle bir durumun varlığı hâlinde aslında tek bir sözleşme olarak planlanan sözleşmelerin tamamı; tek bir sözleşme olarak kabul edilmeli ve TTK m. 356'nın kapsamında yer almalıdır.³⁰ Kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde onda birlik sınırın hesabında çıkarılmış sermaye esas alınmalıdır.³¹ Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içerisinde esas sermaye artırımı yapılması durumunda onda birin hesabında *-sözleşme sermaye artırımından sonra yapılmış ise-* sermaye artırımı neticesinde artan sermaye dikkate alınmalıdır.³² Sermaye azaltılması durumunda da aynı şekilde hareket edilmelidir.³³ Anonim şirketin başka bir anonim şirketin paylarını satın alması durumunda ise borçlanılan bedel payın nominal bedeli olduğundan, TTK m. 356'nın uygulanması bakımından da bu bedel dikkate alınmalıdır.³⁴

Kira sözleşmeleri açısından onda birin hesabı bakımından öğretide ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre; şayet kira bedeli peşin olarak ödeniyor ise, peşin ödenen miktarın tümünün onda birin hesabında dikkate alınması gerektiği, diğer durumlarda, belirli süreli kira sözleşmesi söz konusu ise, süre sonuna kadar ödenecek bedel toplamı, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise ilk feshi bildirim süresi sonuna kadar hesaplanacak bedelin esas alınması gerektiği belirtilmektedir.³⁵

²⁹ Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 9; Pentz, AktG § 52, Rn. 25; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 42; Halil Arslanlı, Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959, s. 82; Tekinalp, 1974, s. 200; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 14.

³⁰ Yavuz, s. 403-404; Pentz, AktG § 52, Rn. 25.

³¹ Pentz, AktG § 52, Rn. 22.

³² BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 43; Yavuz, s. 401; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 19.

³³ Yavuz, s. 401.

³⁴ Yavuz, s. 403.

³⁵ Pentz, § 52, Rn. 23; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 9; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 14; İsmail Kırca (Feyzan Hayal Şehirali Çelik/Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 382; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat); bu görüşün belirsiz süreli kira sözleşmelerine uygulanmasının 356. madde hükmünün dolanılması sonucunu doğurabileceğini belirtmektedir. Yazar; "feshi ihbar süresi esas alındığında, bu hakkın kullanılmadığı durumlarda çok uzun yıllar sürecek bir kira sözleşmesinde, duruma göre 3 gün, 3 ay, 6 aylık gibi fesih bildirim süreleri (bkz. TBK m. 329, 330, 368) esas alın-

TTK m. 356/4 düzenlemesinde birtakım işlemler hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre; şirketin işletme konusunu oluşturan veya cebri icra yoluyla iktisap edilen ayınlar ve işletmeler hakkında ilgili hüküm uygulanmamaktadır. Hükme getirilen ilk istisna ilgili maddede şirketin işletme konusunu oluşturan işlemler olarak belirtilmiştir. Anonim şirketlerde işletme konusu, şirketin amacına ulaşmak için faaliyet gösterdiği ve esas sözleşmede zorunlu olarak yer alması gereken faaliyet alanını ifade etmektedir.³⁶ Anonim şirketin somut olarak faaliyette bulunduğu iş kolu, şirketin işletme konusu oluşturmaktadır.³⁷ Hükümde her ne kadar işletme konusunu oluşturan işlemlerin madde kapsamı dışında bulunduğu belirtilmiş ise de öğretide; buradan işletme konusu dışında kalan işlemlerin madde kapsamına girdiği sonucunun çıkarılamayacağı, bu hususun mehaz Alman hukukundan bir çeviri hatasından kaynaklandığı belirtilmektedir.³⁸ Bu sebeple öğretide; TTK 356. maddenin kapsamına, duran varlıkların girdiği dönen varlıkların ise kapsam dışında olduğu kabul edilmektedir.³⁹ İlgili husus somut bir örnek ile açıklanacak olursa; konusu halı üretimi olan bir şirkette iplik alımı dönen varlık, halı dokuma tezgâhı alımı ise duran varlıkla ilgili bir hukuki işlemdir.⁴⁰ Yine bir şirketin işletme konusunun, taşınmaz alım satımı olması durumunda taşınmaz edinimi de dönen varlıklarla ilgilidir.⁴¹

Maddenin kapsamı belirlenirken duran varlığın taşınmaz, ticari işletme vb. maddi, marka, patent vb. gayri maddi veya başka şirketlere

rak toplam kira bedeli, dolayısıyla bunun sermayenin onda birini aşip aşmadığı belirlenecektir. Hattâ konut ve çatılı işyerini konu alan belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kiracıya her zaman sözleşmeyi fesih imkânı tanınmıştır (TBK m. 347/11). Bu son hâlde onda birin hesabına esas alınacak bir kira bedeli de olmayabilecektir" ifadeleri ile bu hususunun gerekçesini açıklamaktadır, Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 382.

³⁶ Muhammet Emin Bingöl, "Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2018, C. 5, S. 2, s. 198.

³⁷ Hüseyin Ülgen, "Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (2000), s. 1285; Bingöl, s. 198.

³⁸ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 378.

³⁹ Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 379; Yavuz, s. 392; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 26; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 11; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 21; Ülgen, 1969, s. 55.

⁴⁰ Benzer nitelikte örnek için bakınız Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 379.

⁴¹ Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 26; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 16.

iştirak gibi mali duran varlık olması arasında fark yoktur.⁴² Zira dönen varlıkları konu alan işlemler şirketin olağan olarak sürekli yapmakta olduğu işlemlerdir.⁴³ Bu işlemler bakımından; kanun koyucu, aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasına ilişkin bir niyetin var olmadığını kabul etmiş ve ilgili işlemlere bir istisna tanımıştır.⁴⁴

Şirketin işletme konusunu oluşturan işlemlerin yanı sıra Kanun'un 356. maddesinin dördüncü fıkrasında cebri icra yoluyla iktisaplar bakımından da bir istisna getirilmiştir. Cebri icra yoluyla devralınacak ayın veya işletmeler bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış olup cebri icra yoluyla yapılan her türlü devralma istisna kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda devralınan ayın veya işletmenin şirketin işletme konusuna dahil olup olmaması da önem taşımamaktadır. Ancak bu durumda şirketin üçüncü şahısla anlaşarak ilgili malvarlığı değerini, bedelini ödeyerek iktisap edebilmesi mümkün değildir.⁴⁵ Dolayısıyla iktisabın cebri icrada, yani açık artırmada gerçekleşmiş olması zorunludur.⁴⁶ Cebri icra yoluyla yapılan devralmaların hükmün kapsamının dışında bırakılmasının nedeni ticari faaliyetlerin aşırı derecede kısıtlanmasının önlenmesidir.⁴⁷ Bununla birlikte bu şekilde gerçekleşen devralmalarda aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılma amacının bulunduğunu söylemek oldukça güçtür.⁴⁸ Zira bu tür devralmalarda, şirketin ve pay sahiplerinin etkisi çok azdır. Ayrıca TTK m. 356/2' de yer alan prosedürü uygulamak şirketin açık artırmaya katılması yönünden büyük engel teşkil edecek ve bu durum şirketin ekonomik olarak zarara uğramasına neden olabilecektir.⁴⁹

Hükmün Sübjektif Kapsamı

TTK m. 356 maddesinin uygulama alanı bakımından bir ayının devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde; sözleşmenin devralan veya kiralaan tarafında anonim şirket yer almaktadır.

⁴² Ülgen, 1969, s. 46-50; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 380.

⁴³ Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 18a; Pentz, AktG § 52, Rn. 55.

⁴⁴ Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 11; Pentz, AktG § 52, Rn. 55.

⁴⁵ Arslanlı, s. 83-84.

⁴⁶ Arslanlı, s. 83.

⁴⁷ BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 22; Pentz, AktG § 52, Rn. 58.

⁴⁸ Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 19; Yavuz, s. 409; Pentz, AktG § 52, Rn. 58; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 27; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 11.

⁴⁹ Pentz, AktG § 52, Rn. 55.

Bununla birlikte anonim şirketin hakimiyetinde yer alan bağlı ortaklıklar ve işletmeler de bazı durumlarda hükmün kapsamında bulunabilir. Bu durum ancak; ilgili ortaklığın veya işletmenin anonim şirket adına hareket etmesi ve sözleşmenin sanki anonim şirket ile yapılmış gibi etkiler doğurması hâlinde mümkündür.⁵⁰ Başka bir anlatımla yapılan sözleşmenin anonim şirket tarafından yapılan sözleşmeye eş değer kabul edilebildiği durumlarda bağlı ortaklıkların veya işletmelerin yaptığı sözleşmeler bakımından da TTK m. 356 uygulama alanı bulacaktır. Çünkü burada anonim şirket adına hareket edilmekte ve sözleşme etkilerini, anonim şirketin malvarlığı üzerinde göstermektedir.

TTK m. 356'nın mehzazını teşkil eden AktG § 52 düzenlemesinde sözleşmenin, bir aynı veya işletmeyi devreden veya kiraya veren tarafında sadece kurucular ve sermayenin en az yüzde 10'una sahip olan pay sahipleri yer almaktadır.⁵¹ AktG § 52 uyarınca bu kişiler dışında kalan pay sahipleri veya üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler hükmün kapsamında yer almamaktadır.⁵² Kurucular ise herhangi bir oran aranmaksızın hükmün kapsamındadır. Hukukumuzda ise mehzaz Alman hukukundan farklı olarak sözleşmenin bir aynı veya işletmeyi devreden veya kiraya veren tarafı bakımından bir sınırlandırma yapılmamıştır. Bu bağlamda anonim şirketle, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynı, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşme yapan herkes hükmün kapsamında yer almaktadır. Kanun koyucu burada hükmün kapsamını pay sahipliği sıfatı ile sınırlamamıştır. Dolayısıyla pay sahibi olmayan kişiler de hükümde yer alan sözleşmeler bakımından hükmün kapsamındadır. Ayrıca pay sahipleri de sermayenin ne kadarına sahip olduklarına bakılmaksızın TTK m. 356 düzenlemesine tabidir. Yine hüküm kuruculara da uygulanacak olup işlem tarihinde pay sahibi olup olmamaları önem taşımamaktadır.

İnceleme konumuz kapsamında sözleşmenin bir tarafını pay sahiplerinin oluşturduğu durumlar özellik arz etmektedir. Zira işlemin tarafının kim olduğu, hükmün uygulanabilirliği açısından önem arz

⁵⁰ Pentz, AktG § 52, Rn. 15.

⁵¹ BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 25; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 6; Pentz, AktG § 52, Rn. 15.

⁵² Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 3; Pentz, AktG § 52, Rn. 15; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 825.

etmese de meydana getirebileceği sonuçlar bakımından önemlidir. Bazı durumlarda üçüncü taraflarla yapılan sözleşmeler de pay sahibine atfedilebilmektedir. Özellikle pay sahibi ile ilişkili kişiler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bunun sonucu olarak da pay sahibi ile ilişkili üçüncü kişilerle yapılan işlemler, hukuki sonuçları bakımından, pay sahibi ile yapılmış gibi değerlendirilmelidir. Bununla birlikte yapılan sözleşmenin pay sahibine atfedilebilmesi için, bu kişi ile yapılan sözleşmenin, pay sahibinin yararına olması gerekir. Bu şekilde gerçekleşen işlemlerde, sözleşmenin tarafı üçüncü bir kişi olsa dahi pay sahibi ile eşit kabul edilmelidir.⁵³ Örneğin, pay sahibinin hâkim şirket olması durumunda bağlı şirketlerle yapılan sözleşmeler ile pay sahibinin ailesi ile yapılan sözleşmeler, diğer şartların da bulunması durumunda, pay sahibi ile yapılmış gibi hukuki sonuçları meydana getirmelidir.⁵⁴ Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi bu işlemin pay sahibine atfedilebilmesi için bu işlemde pay sahibinin ekonomik bir kazanç elde etmesi gerekmektedir.⁵⁵ Mukayeseli hukuk bakımından Avusturya hukukunda bu husus açıkça hükme bağlanmıştır. İlgili öAktG § 45/1 düzenlemesine göre; bir kurucunun ana şirket olması ve bağlı şirketle yapılan sözleşmeler ve bir kurucunun yakın akrabaları kuruculara eşdeğer sayılır. Ancak belirtmek gerekir ki, Avusturya hukuk öğretisinde ilgili düzenleme dar kapsamlı olması sebebiyle eleştirilmektedir.⁵⁶

Hükmün Zamansal Kapsamı

İşletme veya aynın devralınması veya kiralanmasına ilişkin TTK m. 356 hükmü yalnızca şirketin ticaret siciline tescilinden sonraki ilk iki yıl içinde akdedilen sözleşmeleri kapsamaktadır. İki yıllık süre tescil gününden başlamaktadır.

⁵³ Walter Bayer, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), München, 2019, AktG § 57, Rn. 112; Peter Doralt/Martin Winner, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), München, 2019, AktG § 57, Rn. 375.

⁵⁴ Pentz, AktG § 52, Rn. 15; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 6; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 26.

⁵⁵ Bayer, AktG § 57, Rn. 112.

⁵⁶ Wendt, AktG § 52, Rn. 84.

TTK m. 356/1 maddesinde yer alan iki yıllık sürenin kapsamında genel kurulun onay kararın da yer alıp almadığının tespiti önem taşımaktadır. Kanun'un açık lafzı karşısında iki yıllık sürenin sözleşmenin yapılması bakımından geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Bu anlamda tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarının dolayısı ile sözleşmenin kurulmasına ilişkin icap ve kabulün, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içerisinde yapılması durumunda, TTK m. 356 hükmü uygulama alanı bulmaktadır.⁵⁷ Sözleşmenin bu süre içerisinde yapılmasından sonra, genel kurul onayının, daha geç bir zamanda olması TTK m. 356'nın uygulanması bakımından engel teşkil etmemektedir.⁵⁸ Aynı sonuca geciktirici şarta bağlı sözleşmeler bakımından da varmak mümkündür. Başka bir anlatımla, sözleşmenin iki yıllık süre içerisinde yapıldığı durumlarda, geciktirici şartın iki yıllık süreden sonra gerçekleşmesi hâlinde de ilgili sözleşme, TTK m. 356'ya tabidir.⁵⁹ Ayrıca şirketin devralma veya kiralama karşılığı olan ücreti, iki yıllık süreden önce veya sonra ödemesi de önem taşımamaktadır.⁶⁰ Yine sözleşmenin bir kısmının iki yıllık süre içerisinde bir kısmının ise iki yıldan sonra ifa edilmesinde de durum aynıdır.⁶¹ İki yıllık süre içerisinde birden fazla devralma veya kiralama işlemi gerçekleşmiş ise, TTK m. 356 her bir işlem bakımından ayrı ayrı uygulanmalıdır.⁶² İki yıllık sürenin esas sözleşme ile kısaltılması gibi uzatılabilmesinin de mümkün olmadığı görüşündeyiz.⁶³

TTK m. 356'ya aykırı olarak yapılan sözleşmeler, anonim şirketin tescilinin üzerinden iki yıl geçtikten sonra, kendiliğinden geçerli hâle gelmez.⁶⁴ Yönetim kurulunun da temsil yetkisini kullanarak bunları geçerli hâle getirebilmesi mümkün değildir.⁶⁵

⁵⁷ Wendt, AktG § 52, Rn. 86; Pentz, AktG § 52, Rn. 21.

⁵⁸ Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 6; Pentz, AktG § 52, Rn. 21.

⁵⁹ Pentz, AktG § 52, Rn. 21; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 8.

⁶⁰ Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 8; Pentz, AktG § 52, Rn. 21; Yavuz, s. 399.

⁶¹ Yavuz, s. 399.

⁶² Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 381.

⁶³ Yavuz, s. 399.

⁶⁴ Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 14.

⁶⁵ Yavuz, s. 399.

III. TTK 356. MADDE HÜKMÜ BAKIMINDAN YAPILAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Genel Kurul Kararı ve Tescil

Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin geçerliliği bakımından genel kurul kararı alınması öngörülmüştür. Ayrıca ilgili sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi de gerekmektedir. Hükümde öngörülen genel kurul kararı ve tescil geçerlilik koşuludur ve emredici olarak düzenlenmiştir.⁶⁶

Genel kurul kararının, yapılmış olan devralma veya kiralama sözleşmesi ile doğrudan ilgili olması gerekmektedir.⁶⁷ Bu anlamda Pentz; yönetim kurulunun ibrasının sözleşmenin geçerli olması bakımından yeterli olmadığını belirtmekte, genel kurul kararının ilgili sözleşme ile açıkça ilgili olması zorunluluğunun altını çizmektedir.⁶⁸ Genel kurulun henüz akdedilmemiş bir sözleşme taslağına onay verip veremeyeceği de değerlendirilmesi gereken bir konudur. Kanun'un lafzı incelendiğinde, akdedilmiş bir sözleşmenin varlığının arandığı görülmektedir. Ayrıca TTK 356/4 maddesinde sözleşmenin genel kurulun onay kararıyla birlikte tescil ve ilan olunacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla genel kurul kararından sonra taraflara sözleşme yapmaları için bir imkân tanınmamıştır. İlgili düzenlemeden de Kanun koyucunun henüz akdedilmemiş sözleşmeleri madde kapsamına dahil etmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca henüz akdedilmemiş sözleşmeler hakkında da genel kurulun karar verebileceğinin kabul edildiği ihtimalde, sözleşmenin gerçekten kabul edilen karardaki taslağına göre mi yoksa farklı şekilde mi yapıldığı da ayrı bir sorun olarak ortaya çıkacaktır.⁶⁹ Bu durumda tekrar bir denetim mekanizmasının işletilmesi, şirketin ticari faaliyetlerinin oldukça yavaşlamasına sebebiyet verebilir. Kanun'un açık lafzı ve belirtmiş olduğumuz hukuki sorunlar göz önüne alındığında kanaatimizce, genel kurul ancak akdedilmiş bir sözleşme hakkında karar verebilir.⁷⁰

⁶⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 352.

⁶⁷ Pentz, AktG § 52, Rn. 34.

⁶⁸ Pentz, AktG § 52, Rn. 34; aynı yönde, Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 15; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 12.

⁶⁹ Pentz, AktG § 52, Rn. 34.

⁷⁰ Genel kurulun eksiksiz ve denetlenmiş bir sözleşme taslağına onay vermesi ve sözleşmenin de denetlenmiş taslağına uygun olarak akdedilmesi koşuluyla sözleş-

Alınacak genel kurul kararı bakımından, toplantı ve karar nisabına TTK m. 421/3 ve 421/4'ün uygulanması gerekmektedir (TTK m. 356/3). Buna göre; TTK m. 356/1 anlamındaki sözleşmeler hakkında, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla karar alınabilir (TTK m. 421/3). İlk toplantıda bu nisaba ulaşılamaması durumunda izleyen toplantılarda da aynı nisap aranmaktadır (TTK m. 421/4). Görüldüğü üzere genel kurul kararı bakımından nitelikli çoğunluk düzenlenmiştir. Hükmün amacı göz önüne alındığında, nitelikli bir çoğunluk aranmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Zira bu madde aşağıda açıklayacağımız üzere sermayenin iadesi yasağı ve malvarlığının korunması ilkeleri ile doğrudan bağlantılıdır. Bu anlamda kuruluştan sonra aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasına engel olunması sayesinde sermayenin eksiksiz olarak teşkili sağlanmış olmaktadır.⁷¹ Ayrıca yapılan sözleşmenin taraflarından birinin pay sahibi olması durumunda, bu kişi TTK m. 436/1 uyarınca genel kurulda oy kullanamaz. TTK m. 436/1'de yer alan oydan yoksunluk hâli yalnızca pay sahibi ile de sınırlı değildir. Buna göre; pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelik taşıyan bir işe veya işleme ilişkin müzakerelerde oy kullanamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, genel kurul kararı sözleşmenin geçerliliği bakımından yeterli olmayıp sözleşmenin tescili de gerekmektedir.⁷² Genel kurulun onay kararı ve tescil olmadan yapılan sözleşme nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilerin de bir hak ileri sürebilmesi mümkün değildir.⁷³ TTK m. 356 uyarınca sözleşmenin ilanı da öngörülmüştür. Ancak ilan bir geçerlilik şartı olmayıp sözleşme tescil ile geçerlilik kazanmaktadır.⁷⁴

menin geçerli olacağı hususunda görüş için bakınız; Koch (Hüffer/Koch), AktG §52, Rn.13; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 12; Pentz, AktG § 52, Rn. 34; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 21; Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 8; Arslanlı; sözleşmenin tasdik kararından önce veya sonra yapılmış olabileceğini, önce yapılmış ise, kararla birlikte hüküm ifade edeceğini, sonra yapılmışsa, yönetim kurulunun re'sen sözleşmeyi yapmaya yetkili kılınmış olduğunu, ancak her iki durumda da sözleşmenin onay kararı ve tescil ile hüküm ifade edeceğini belirtmektedir, Arslanlı, s. 82.

⁷¹ Özlem Akıncı Albayrak, Anonim Şirketler Hukukunda Şirket Malvarlığının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 388-389.

⁷² Pentz, AktG § 52, Rn. 37.

⁷³ Arslanlı, s. 82.

⁷⁴ Yavuz, s. 418.

İşletme veya Ayına Değer Biçilmesi

Yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımız üzere, TTK m. 356/1 uyarınca akdedilen sözleşmelerin geçerliliği için genel kurul kararı alınması gerekmektedir. Ancak şirket yapılan sözleşme konusunu oluşturan ayın veya işletmenin devralma veya kiralama değerini belirlemede tamamen bir serbestiye sahip değildir. Bu bağlamda henüz genel kurul kararı verilmeden önce, yönetim kurulunun istemi üzerine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişinin, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlar değer biçmesi gerekmektedir. Bilirkişi raporu alınmaması durumunda ise taraflar arasındaki hukuki işlem geçersizdir.⁷⁵

Kuruluştan sonra bir ayın veya işletmenin devralınmasında da aynı sermaye getirilmesindeki prosedür ile benzer bir düzenleme kabul edilmiştir. TTK m. 343 uyarınca getirilen aynı sermaye ile kuruluştan sonra devralınacak ayınlar ve işletmeler bakımından, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce, değer biçilmesi gerektiği öngörülmüştür. TTK 356 hükmü ile aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasının engellenme amacı bu düzenleme ile de açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü değer biçilme hususu kurucuların takdir hakkına bırakılmayarak uzman bilirkişilerce yapılacaktır. Bu husus sözleşmenin diğer tarafında pay sahibinin yer alması durumunda sermayenin eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesine katkı sağlamaktadır. Ayrıca işlemin diğer tarafının pay sahibi olmadığı hâllerde ise, değer biçilmesine ilişkin bu düzenleme, anonim şirketinin malvarlığının korunmasına hizmet etmektedir.

Değerleme raporunun içeriği hakkında TTK'nun 343. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *"Değerleme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342'nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanır"*. Kanaatimizce TTK m. 343'ün, TTK m. 356 uyarınca alınacak olan değerlendirme

⁷⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 353.

raporlarına da kıyasen uygulanması gerekir.⁷⁶ Zira her iki hüküm de sermayenin eksiksiz olarak oluşturulmasına hizmet etmektedir.

IV. TTK 356. MADDE HÜKMÜNÜN ÖRTÜLÜ SERMAYE İADELERİ İLE İLİŞKİSİ

Sermayenin İadesi Yasağına Genel Bakış

Sermayenin iadesi yasağı; Türk Ticaret Kanunu'nun 480. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "*Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler*". Madde metni incelendiğinde; tasfiye payına ilişkin istisna dışında pay sahiplerinin şirkete vermiş oldukları sermayeyi geri isteyemeyecekleri hususunun emredici olarak düzenlendiği görülmektedir. Sermayenin iadesi yasağına ilişkin madde hükmü lafzi olarak yorumlandığında; pay sahiplerinin yalnızca "*sermaye olarak verdiklerini*" geri isteyemeyeceği sonucuna varılabilir. Ancak yasağın, şirket malvarlığı bakımından kapsamı hukukumuz bakımından son derece tartışmalı bir konudur.

Sermayenin iadesi yasağının kapsamı bakımından karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Alman hukukunda anonim şirketler bakımından sermayenin iadesi yasağına ilişkin temel düzenlemenin AktG §57/1 hükmünde yer aldığı görülmektedir. AktG §57/1'in birinci cümlesinde yer alan düzenleme uyarınca; "*sermaye pay sahiplerine geri verilemez*". Hükümde her ne kadar katılım payı/sermayeden söz edilmiş olsa da öğreti ve uygulamada yasağın sadece sermaye ile sınırlı olmadığı tüm malvarlığını kapsadığı kabul edilmektedir.⁷⁷ Avusturya hukukunda ise sermayenin iadesine ilişkin yasak öAktG § 52 hükmünde düzenlenmiştir. Avusturya hukukunda da yasağın kapsamı Alman hukuku ile benzer şekilde değerlendirilmektedir. Buna göre yasağın kapsamında yalnızca sermayenin karşılığını temsil eden değerlerin değil şirket malvarlığının tamamının yer aldığı belirtilmektedir.⁷⁸ Sermayenin ia-

⁷⁶ Aynı yönde bakınız; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 384.

⁷⁷ Bayer, AktG § 57, Rn.7; Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 9th Edition, München, 2010, AktG § 57, Rn, 2; Rainer Koll/Möllenhoff, Das Prinzip des Festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht, 2004, s. 160; Andreas Cahn/Michael Schild von Spannenberg, beck-online.Grosskommentar, (Gesamtherausgeber: Martin Henssler) München 2023, AktG § 57, Rn. 2.

⁷⁸ Doralt/Winner, AktG § 57, Rn. 357.

desi yasağı İsviçre hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht (OR)) Art. 680/2'de düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca pay sahibi ödemiş olduğu sermayeyi geri isteyemez. Düzenleme lafzi açıdan Alman hukuku ile oldukça benzer olmasına rağmen İsviçre hukuk öğretisinde farklı yorumlanmaktadır. İsviçre hukukunda öğretide yer alan hâkim görüş uyarınca; yasağın kapsamında esas sermayenin karşılığını oluşturan varlıkların yer aldığı belirtilmektedir.⁷⁹

Sermayenin iadesi yasağının ortaklık malvarlığı bakımından kapsamı hususunun hukukumuzda son derece tartışmalı bir konu olduğunu belirtmiştik. Bu kapsamda, doktrinde yer alan bir görüşe göre,⁸⁰ sermayenin iadesi yasağının kapsamında şirketin esas sermayesine karşılık gelen öz varlıklar ve agio yer almaktadır. Doktrinde yer alan başka bir görüş uyarınca ise; yasağın kapsamında yalnızca esas sermaye bulunmaktadır.⁸¹ Yasağın kapsamında sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin bulunduğu da doktrinde ileri sürülen görüşlerden bir diğeridir. Bu görüşe göre,⁸² TTK'nın 480/3 maddesinde yer alan yasağın kapsamında anonim şirketin bağlı malvarlığı değerleri yer almaktadır. Doktrinde yer alan son görüş uyarınca ise⁸³ sermayenin iadesi yasağı; yalnızca esas sermaye ve bağlı malvarlığını değil hukuka uygun dağıtımlar haricinde kalan tüm şirket malvarlığını kapsamaktadır.

⁷⁹ Peter M. Binder, *Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht*, Bern, 1981, s. 28-31; Dieter Friedrich Unger, *Das Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung bei der Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Deutschland, Österreich und Schweiz*, 2005, s. 340-341.

⁸⁰ Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 438-440.

⁸¹ Hediye Bahar Sayın, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.122; Yazara göre, sermayenin iadesi yasağı, pay sahiplerine yapılan esas sermaye karşılığını azaltıcı tüm işlemleri kapsamaktadır.

⁸² Emek Toraman Çolgar, *Şirkete Borçlanma Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 99, 245; Alihan Aydın, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*, Arıkan Basım Yayımları, İstanbul, 2008, s. 18-19, 23.

⁸³ Beşir Fatih Doğan, "Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2005, S. 56, C. 18, s. 49; Funda Özdin, "Sermayenin İadesi Yasağı'nın (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu -Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak", *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, MEF Üniversitesi, İstanbul 2020, s. 103; Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s. 126-130; Mehmet Mülazımoğlu, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 188-192.

Çalışmamızın kapsamını aşmamak adına ilgili görüşlerin ayrıntılarına yer vermeyerek; yalnızca sermayenin iadesi yasağının hukuka uygun dağıtımlar haricinde kalan ortaklığın tüm malvarlığını kapsadığı görüşünde olduğumuzu ve çalışmanın bundan sonraki kısmında açıklamalarımıza bu görüş doğrultusunda devam edeceğimizi belirtmekle yetineceğiz.

Örtülü Sermaye İadesi Kavramı ve Unsurları

Sermayenin iadesi yasağına aykırılık malvarlığından örtülü bir aktarım (*Verdeckte Zuwendung*) sonucu da gerçekleşebilir. Hatta malvarlığından yapılan açık aktarımların tespitinin kolay olması sebebiyle çoğu zaman pay sahiplerine örtülü malvarlığı aktarımı yapılmaktadır.⁸⁴ Örtülü malvarlığı aktarımı pay sahiplerine görünüşte geçerli olan başka bir hukukî işlemin perdesi altında, gizli bir şekilde yapılan dağıtımlardır.⁸⁵ Başka bir anlatımla burada şirket tarafından pay sahibine ödeme yapılması hususunda alınmış bir karar bulunmamakta görünüşte geçerli bir hukuki ilişkinin örtüsü altında pay sahibine gizli bir şekilde hukuka aykırı aktarım yapılmaktadır.⁸⁶

Anonim şirket ile pay sahipleri arasında sözleşme serbestisi ilkesi gereğince borçlar hukuku temelli hukuki ilişkiler kurulabilir. TTK'nın 395. maddesinde yer alan yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapmasına ilişkin düzenleme ve TTK m. 356'da yer alan hüküm dışında pay sahiplerinin şirketle hukuki ilişkilerini yasaklayan genel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁷ Bu kapsamda şirket pay sahipleriyle de üçüncü kişilerle olduğu gibi hukuki işlemler yapabilir. Bu nedenle pay sahibi ile şirket arasındaki her hukuki ilişki sermayenin iadesi neticesini doğurmamaktadır. Çünkü şirketle yapılan hukuki işlemlerde pay sahibi de anonim şirketin edimine karşı bir karşı edim yükümündedir. Ancak şirket ile yapılan hukuki işlem nedeniyle pay sahibi, pay sahipliği sıfatı nedeniyle farklı avantajlar elde ediyor ise sermayenin iadesi yasağı ihlal edilmiş olmaktadır.⁸⁸ Dolayısıyla şirket ile yapılan hukuki işlemde pay sahibi, şirketin üçüncü kişilerle yap-

⁸⁴ Sevi, s. 461.

⁸⁵ Özdin, s. 100; Sevi, s. 461-462.

⁸⁶ Özdin, s. 100.

⁸⁷ Sevi, s. 462.

⁸⁸ Doğan, s. 51; Şener, s. 316.

cağı hukuki işlemlerle, eşit şartlara sahip ise ilgili hukuki işlem hukuka uygun kabul edilecektir.⁸⁹ Burada şirket ile pay sahibi arasındaki işlemin “pay sahipliği statüsünden” kaynaklanmaması ve pay sahibi olmayan herhangi bir kişiyle de aynı işlemin yapılabilecek olması ölçüt olarak alınmalıdır.⁹⁰

Bu bağlamda pay sahibi ile şirket arasında yapılan hukuki işlem ile sermayenin örtülü olarak iade edildiğinin kabulü için birtakım unsurların bulunması aranmaktadır. Aşağıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere; sermayenin örtülü olarak iade edildiğinin kabulü bakımından objektif unsurun mutlaka bulunması gerekmektedir. Sermayenin örtülü olarak iadesi açısından objektif unsur yanında sübjektif unsurun da bulunmasının gerekip gerekmediği ise öğretilerde tartışmalı bir konudur.

Sermayenin örtülü olarak iade edildiğinin kabulü bakımından aranan objektif unsur; şirketle yapılan hukuki işlem ile pay sahibine veya ona yakın kişiye maddi bir menfaatin aktarımı ile edimler arasında bir dengesizliğin bulunmasıdır.⁹¹ Dolayısıyla öncelikle şirketin malvarlığını azaltıcı bir işlem neticesinde pay sahibinin maddi bir menfaat elde etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda pay sahibi veya ona yakın kişinin manevi bir menfaat elde ettiği durumlarda sermayenin iade edildiğinden söz edilebilmesi mümkün değildir.⁹² Örtülü sermaye iadesinden söz edebilmek için şirket tarafından pay sahibine veya ona yakın kişiye maddi bir menfaatle bulunulması yeterli olmayıp aralarındaki hukuki işlemde edimler arasında uyumsuzluk da bulunması gerekir.

Örtülü sermaye iadeleri bakımından şirketin, pay sahibine, edimler arasında uyumsuzluk bulunarak maddi bir menfaat aktardığını bilerek hareket etmesinin, sübjektif unsur olarak dikkate alınıp alınmayacağı ise öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde yer alan bir görüşe göre;⁹³ örtülü sermaye iadesinin varlığından söz edilebilmesi için objektif unsur yanında sübjektif unsurunun da varlığı gerekir. Bu görüşe göre edimler arasındaki uyumsuzluk şirketçe bilinçli bir şekilde yapılmış ise örtülü bir şekilde sermaye iade edilmiş olacaktır. Ancak şirket, ser-

⁸⁹ Doralt/Winner, AktG § 57, Rn. 368.

⁹⁰ Bayer, AktG § 57, Rn. 50.

⁹¹ Doğan, s. 51; Sevi, s. 465.

⁹² Sevi, s. 466.

⁹³ Dieter C. Probst, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Bern, 1981, s. 19-20; Doğan, s. 52.

mayenin örtülü olarak iade edildiğini bilmeden pay sahibi ile edimler arasında uyumsuzluk bulunan bir hukuki işlem yapmış ise sermayenin örtülü iadesinden söz edilemeyecektir.⁹⁴

Bizim de katıldığımız öğretilerde yer alan diğer görüşe göre ise;⁹⁵ objektif unsurun gerçekleşmesi sermayenin iadesi bakımından yeterli olup ayrıca subjektif unsurun varlığı aranmaz. Aksi durumun kabulü, Kanun'un amacına aykırı olarak sermayenin iadesi bakımından açık bir kapı bırakılması anlamına gelmektedir.⁹⁶

V. TTK 356. MADDE HÜKMÜNDE YER ALAN DÜZENLEMENİN ÖRTÜLÜ SERMAYE İADELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Genel Açıklamalar

TTK m. 356'da yer alan düzenlemenin malvarlığının korunması ilkesiyle ve dolayısıyla sermayenin iadesi yasağı ile güçlü bağlantıları mevcuttur.⁹⁷ Zira TTK m. 356'nın şirket malvarlığının korunması amacı da bulunmaktadır ve malvarlığının korunması ilkesinden kaynaklanmaktadır.⁹⁸ Ancak belirtmek gerekir ki, ilgili hükmün sermayenin iadesi yasağı ile bağlantısı ancak; işlemin tarafının, bir pay sahibi veya pay sahibine yakın kişiler⁹⁹ olması durumunda söz konusudur.

TTK m. 356 hükmü hem konu bakımından hem de süre bakımından sınırlandırılmıştır. Bu durumun, alacaklıların haklarının ve ortaklık malvarlığının korunması bakımından, yeterliliği tartışmaya açıktır. Sermayenin onda birinden fazla bir bedel sınırını aşmayan devralmalar veya kiralamar bakımından, değerinin çok üzerindeki edinimler-

⁹⁴ Doğan; sermayenin örtülü bir şekilde iade edildiğinin kabulü için objektif ve subjektif unsurun bir arada bulunması gerektiğini belirtmekle birlikte, bazı durumlarda, subjektif kriter aranmaksızın tek başına objektif kriterin gerçekleşmesinin de sermayenin iadesine sebep olabileceğini ifade etmektedir. Yazar; buna örnek olarak, bir hukuki işlemin doğası gereği yalnızca şirket ile hissedarlar arasında yapılabildiği durumları göstermektedir, Doğan, s. 52.

⁹⁵ Marcus Lutter, Köln Kommentar zum Aktiengesetz, C.1, 2. Bası, Köln - Berlin - Bonn - München, 1988, AktG § 57, Rn. 26; Bayer, AktG § 57, Rn. 66; Sevi, s. 471.

⁹⁶ Sevi, s. 471.

⁹⁷ Koch (Hüffer/Koch), § 52, Rn. 9; Drygala, s. 694; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 6.

⁹⁸ Yavuz, s. 393.

⁹⁹ Yakın kişi kavramı için bakınız; "B. Hükmün Subjektif Kapsamı" başlığı.

de alacaklıların haklarının ihlal edileceği açıktır. Ayrıca TTK m. 356 hükmü, şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıl içerisinde yapılan sözleşmeleri kapsamaktadır.¹⁰⁰ Bu bağlamda miktar ve sınır olarak TTK m. 356'nın kapsamında yer almayan işlemlerin korumasız olduğu ve tamamen geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, bedele ilişkin sermayenin yüzde onluk sınırı ve süreye ilişkin iki yıllık sınır yalnızca kuruluşta sonra devralmalara ilişkin TTK m. 356 hükmünün uygulanması yönünden bir kriterdir. Süre ve bedel yönünden bu belirlemelerin dışında kalan işlemler bakımından sermayenin örtülü iadesinin söz konusu olduğu durumlarda TTK m. 480/3 uygulanacaktır. Başka bir anlatımla, şirketin pay sahibinden; sermayenin onda birinden daha az bedel ile bir devralma veya kiralama yapması durumunda ya da bu devralma veya kiralamanın sermayenin onda birinden fazla olmasına rağmen şirketin tescilinden iki yıldan daha fazla bir süre sonra yapılması hâlinde işlem, TTK m. 356'ya tabi olmasa dahi TTK m. 480/3'e tabidir. Dolayısıyla bu işlem örtülü bir sermaye iadesine sebep oluyor ise TTK m. 480/3'ün hukuki sonuçları gündeme gelecektir.

TTK m. 356 ve TTK m. 480/3 düzenlemesi arasında bağlantı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Burada ortaya konulması gereken husus her iki hükmün uygulama sınırlarının nasıl çizilmesi gerektiğidir. Yani bir hukuki işlemin; her iki hüküm kapsamına da girdiği veya yalnızca bir hükmün ihlaline sebebiyet verdiği durumlarda nasıl değerlendirme yapılması gerektiğinin, tespiti önem taşımaktadır. Bu değerlendirme yapılırken hükümlerin hukuki sonuçları da dikkate alınmalıdır.¹⁰¹

TTK m. 356 ile TTK m. 480/3 Hükümlerinin Yarışması Hakkında Değerlendirmeler

Anonim şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıl içinde bir ayın veya işletmenin, sermayenin onda birini aşacak bir bedel karşılığında kiralanmasına veya devralınmasına ilişkin sözleşmeler bakımından TTK m. 356'nın uygulama alanı bulacağı ve işlemin geçerliliği

¹⁰⁰ Yavuz, hükümdede yer alan iki yıllık sürenin yeterli olmadığını, maddenin amacından hareketle ilk yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin nazara alınmasının daha uygun olacağını belirtmektedir, Yavuz, s. 400.

¹⁰¹ Drygala, s. 700.

bakımından maddenin aradığı şartların yerine getirilmesi gerektiği noktasında şüphe bulunmamaktadır. Esasen burada değerlendirilmesi gereken husus; şirketin ticaret siciline tescilinden itibaren iki yıllık süre içerisinde, pay sahibinin şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın devretmesi veya kiralaması durumunda, TTK m. 480/3'ün ihlalinin söz konusu olup olmayacağı ve hangi hükmün öncelikli uygulanması gerektiğidir.

Öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus; pay sahibi tarafından anonim şirkete bir ayın devri veya kiralanması ile sermayenin iadesi yasağına aykırılığın söz konusu olup olmayacağıdır. Pay sahibinin nakdi sermaye koyma taahhüdünde bulunmasının ardından şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın devretmesi veya kiralaması neticesinde sermaye koyma borcu buradan elde edilen miktar ile yerine getirilebilir.¹⁰² Bu ihtimalde şirket pay sahibinden gerçek değerinin üstünde bir ayın devralarak veya kiralarak örtülü bir şekilde sermayenin iadesine sebep olmaktadır.¹⁰³ Ayrıca pay sahibi tarafından nakdi sermaye koyma taahhüdünde bulunulması ile ayın devredilmesi veya kiralanması arasında bir bağlantı bulunmalıdır.¹⁰⁴

Pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmesinden sonra da şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın veya işletme devretmesi veya kiralaması söz konusu olabilir.¹⁰⁵ Böyle bir durumda da pay sahibi gerçek değerinin üzerinde bir kazanım elde etmekte ve örtülü olarak sermayenin iadesi gerçekleşmektedir. Dolayısıyla gerek sermaye koyma taahhüdünde bulunulmasından gerekse de sermaye koyma borcu yerine getirildikten sonra şirket tarafından pay sahibinden gerçek değerinin üstünde bir ayın devralınır veya kiralanır ise TTK m. 480/3 maddesi ihlal edilmiş olmaktadır. Ancak burada, elbette ki yukarıda belirtmiş olduğumuz örtülü sermaye aktarımının objektif unsurunun da bulunması gerekir. Dolayısıyla işlemin aynı veya benzer şartlarda bir üçüncü kişiyle yapıp yapılmayacağı değerlendirilmelidir.

¹⁰² İsmail Atamulu/Aydın Alber Yüce, "Anonim Şirketin Sermaye Borcunun Ödenmesi İçin Pay Sahiplerine Hukuka Aykırı Olarak Finansal Destek Sağlaması", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Ankara 2021, C. 7, S. 2, s. 221.

¹⁰³ BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 93.

¹⁰⁴ Yusuf Ziyaeddin Sönmez, "Anonim Ortaklıklarda Örtülü Aynı Sermaye Konulması Sorunu", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 1040.

¹⁰⁵ BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 93.

Görüldüğü üzere kuruluşta sonra devralma işlemi sonucunda da sermayenin iadesi yasağına aykırılık söz konusu olabilmektedir.¹⁰⁶ Burada tespiti gereken bir diğer durum ise; TTK m. 356'da yer alan düzenleme çerçevesinde yukarıda belirttiğimiz şartların yerine getirilmesine rağmen, gerçek değerinin üzerinde bir ayın veya işletme devri veya kiralanması söz konusu olmuş ise, sermayenin iadesi yasağına aykırılığın söz konusu olup olmayacağıdır. Daha kısa bir anlatımla "TTK m. 356'nın şartlarına uyulması sermayenin iadesi yasağına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel midir?" sorusuna cevap verilmedi.

TTK m. 480/3 düzenlemesi malvarlığının korunması ilkesinin temel normu niteliğindedir.¹⁰⁷ Bu bağlamda TTK m. 356'da yer alan düzenlemenin, sermayenin iadesi yasağının ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, TTK m. 480/3'ün uygulamasını dışlamayacağı kabulü gerekir.¹⁰⁸ Aksine, kanun boşluğu söz konusu olduğunda, malvarlığının korunması ilkesi bakımından temel norm niteliğinde olan TTK m. 480/3, içerik açısından uygun olduğu sürece TTK m. 356 bakımından da uygulanmalıdır.¹⁰⁹ Zira her iki düzenlemenin de malvarlığının korunmasına ilişkin hükümler doğrultusunda aynı amaca hizmet etmelerinin unutulmaması gerekir.¹¹⁰ Bir ilkenin önlemek istediği durum varlığını sürdürüyorsa, yalnızca lafzi ve dar bir yorumda bulunulması doğru değildir.¹¹¹ TTK m. 356 ve TTK m. 480'de yer alan düzenlemeleri katı bir şekilde sınırlandırmak hükümlerin amacına aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda TTK m. 356'da yer alan düzenleme karşısında TTK m. 480'in ikincil nitelikte olduğunu söylemek de doğru olmaz. Zira böyle bir kabul TTK m. 356'da yer alan şartlar sağlandığında sermayenin iadesi yasağına aykırılığın söz konusu olmayacağı anlamına gelmektedir. Burada her iki hükmün de malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucu¹¹² olduğu unutulmamalıdır. Bir hükmün salt bir genel prensipten kaynaklandığını ileri sürmek doğru bir yaklaşım de-

¹⁰⁶ BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 6.

¹⁰⁷ Sevi, s. 460.

¹⁰⁸ Koch (Hüffer/Koch), § 52, Rn. 9; Drygala, s. 699.

¹⁰⁹ Drygala, s. 699.

¹¹⁰ Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 10; Drygala, s. 699; Ünal Tekinalp, "Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (2010), s. 1685, 1687.

¹¹¹ Tekinalp, 1974, s. 200.

¹¹² Güzin Üçışık/Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 56; Bilgili ve Demirkapı, s. 204.

ğildir.¹¹³ Bu nedenlerle; pay sahibi ile anonim şirket arasında yapılan hukuki işlem, sermayenin iadesi yasağına aykırı ise, işlemin TTK m. 356'ya uygun olması TTK m. 480/3'ün uygulanmasına engel olmamalıdır. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde sermayenin iadesi yasağına aykırılığın hukuki sonuçları gündeme gelmelidir. Başka bir anlatımla, TTK m. 356 kuruluşun devralma söz konusu olduğunda TTK m. 480'in yerini alan bir düzenleme değildir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, TTK m. 356 hükmünün ihlali aynı zamanda sermayenin örtülü bir şekilde iadesi sonucunu doğurduğunda, TTK m. 356'nın mı yoksa TTK m. 480/3'ün mü öncelikli olarak uygulanması gerektiğidir. Bu anlamda akla ilk olarak, TTK m. 356 hükmünün konu itibarıyla daha özel bir hüküm olması nedeniyle genel nitelikteki TTK m. 480/3'e oranla öncelikle uygulanması gerekeceği düşüncesi, gelmekte ise de kanaatimizce bu görüşün benimsenmesi yerinde olmayacaktır. Çünkü TTK m. 356, TTK m. 480/3'e göre teknik anlamda bir özel hüküm değildir.¹¹⁴ Yalnızca konu itibarıyla TTK m. 480/3'e göre daha özel bir düzenleme olup her iki hüküm birbirinden bağımsız niteliktedir.¹¹⁵ Bu bağlamda, şirket pay sahibinden TTK m. 356'da yer alan düzenlemeye uyulmadan bir ayın devraldığı veya kiralandığında, hukuki işlem aynı zamanda örtülü bir şekilde sermayenin iadesi sonucunu doğuruyorsa, sermayenin iadesi yasağı, malvarlığının korunması ilkesinin temel normu niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanmalıdır.¹¹⁶ Ancak belirtmek gerekir ki, her hükme aykırılık da işlemin kesin olarak hükümsüz olması yaptırımına neden olacağından hangi görüşün benimsendiğinin meydana gelecek hukuki sonuç bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

TTK m. 480/3'ün Varlığı Karşısında TTK m. 356'da Yer Alan Düzenlemenin Gerekliliğinin Değerlendirilmesi

TTK m. 356'da yer alan düzenleme bulunmasaydı, pay sahipleri ve şirket arasında, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme

¹¹³ Yavuz, s. 393.

¹¹⁴ Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı bakımından benzer yönde değerlendirme için bakınız; Sevi, s. 460, Binder, s. 91.

¹¹⁵ Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı bakımından benzer yönde değerlendirme için bakınız; Sevi, s. 460, Binder, s. 91; Tekinalp (Poroy/Çamoglu), s. 654.

¹¹⁶ Anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabı bakımından benzer yönde değerlendirme için bakınız; Sevi, s. 460, Binder, s. 92.

veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler bakımından da TTK m. 480/3 uygulama alanı bulabilecekti. Bu anlamda çalışmamız kapsamında TTK m. 356'nın, TTK m. 480/3 varlığı karşısında gerekli olup olmadığı incelenmelidir.

TTK m. 356'nın gerekliliği bakımından öğretide birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Domaniç'e göre;¹¹⁷ TTK m. 356 yersiz bir düzenlemedir. Zira, TTK m. 356'nın amaçladığı koruma TTK'da yer alan başka hükümlerle de sağlanabilir. Ayrıca alım, satım, trampa gibi işlemlere ilişkin hükümler de hileli sözleşmeleri önlemeye yöneliktir. Yazara göre; ilgili düzenleme ayrıca yetersizdir. Hükmün amaçladığı korumayı sağlayabilmesi mümkün değildir. Yazar bu görüşünün gerekçesi olarak hükmün sınırlı bir kapsama sahip olmasını ifade etmiştir. Yavuz'a göre ise;¹¹⁸ TTK m. 356'nın uygulanmasından doğabilecek birtakım sakıncalar doktrin ve içtihatlarla önlenemeyecek kesinliktedir. Bu durumun varlığı bile TTK m. 356'nın TTK'da yer almaması yolundaki görüşün uygunluğu konusunda yeterlidir. Yazara göre; TTK m. 356'nın getirdiği formaliteler sebebiyle üçüncü kişilerin böyle bir şirketle sonunun ne olacağı belli olmayan sözleşmeler yapması mümkün olmayacak ve bu durum şirketi zarara uğratacaktır.

TTK m. 480/3 yalnızca pay sahipleri ve onlara yakın kişilerin işlemleri bakımından bir koruma sağlamaktadır. TTK m. 356'da ise işlemin devreden veya kiralaayan tarafı bakımından böyle bir sınırlama söz konusu değildir. Bu anlamda öncelikle TTK m. 356'nın, TTK m.480/3'e oranla tarafları bakımından daha geniş bir koruma sağladığını ifade edebiliriz. Bununla birlikte örtülü sermaye iadesinin varlığı ve dolayısı ile TTK m. 480/3'ün ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuki işlemin üçüncü kişilerle aynı veya benzer şartlarda yapılamıyor olması gerekmektedir. TTK m. 356 ise böyle bir ayırım yapmadan şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerde uygulanmaktadır. Daha açık bir anlatımla şirketin bir zarara uğrayıp uğramadığına bakılmaksızın maddede yer alan şartlara uyulmadığın-

¹¹⁷ Hayri Domaniç, Anonim Şirketler, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978, s. 355-356.

¹¹⁸ Yavuz, s. 396.

da sözleşme geçersiz olmaktadır. Bu anlamda TTK m. 356'nın, TTK m. 480/3'e oranla daha katı bir uygulama şartı benimsediği açıktır.

Kanun koyucu, kuruluşun sonra devralma işlemlerinde, ilgili malvarlığı değerinin nasıl belirleneceği hususunu, kuruluşun sonra iki yıl içerisinde şirketin kendi takdirine bırakmak istememiş, bu değer için uzman bilirkişiler tarafından hesaplanmasını şart koşturmuştur.¹¹⁹ Bu sayede, değer için üzerinde bir bedel belirlenmesinin, engellenmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.¹²⁰ Burada, aynı sermaye getirilmesine ilişkin olarak, kuruluş aşamasının çok ötesine uzanan ek bir koruma sağlanması istendiği açıktır.¹²¹ Eğer TTK m. 356 hükmü olmasa ve koruma TTK m. 480/3 ile sağlanacak olsaydı, devralınan veya kiralanmış ayınların değeri şirket tarafından belirlenecekti. Ayrıca yine işlemin aynı veya benzer şartlarla üçüncü kişilerle yapılıp yapılmayacağı da göz önünde bulundurulacaktı. Böyle bir durumun ise, aynı sermayenin getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasını önleme amacının tamamen kaçırılmasına sebep olabileceği açıktır.¹²²

Domaniç ve Yavuz'un yukarıda belirtmiş olduğumuz TTK m. 356'nın uygulanması bakımından görüşlerine, belirli noktalarda katılmaktayız. Bu bağlamda özellikle TTK m. 356'da yer alan düzenlemeler, üçüncü kişilerin maddenin öngördüğü prosedür nedeniyle, böyle bir şirketle sözleşme yapmaktan kaçınmasına ve bu durumun şirketi zarara uğratmasına, sebebiyet verebilecektir. Ayrıca ilgili hükümlerin uygulanması bakımından bir denetim öngörülmemiş olması hükümlerin kolayca ihlaline sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu nedenle taraflar kolaylıkla hükmü dolanarak sözleşmeler akdedebilirler.¹²³ Ayrıca, konu ile ilgili çok fazla yargı kararına rastlanılamamış olması da hükmün gerektiği gibi uygulanmadığını düşündürmektedir. Ancak gerek TTK m. 356 hükmünün subjektif kapsamının daha geniş ve şartlarının daha katı olması gerekse de sermayenin iadesi yasağına ilişkin hükümde öngörülmemiş bir bilirkişi incelemesi düzenlenmesi bir arada değerlendirildiğinde; TTK m. 356 olmasaydı, aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılması amacı bakımından ye-

¹¹⁹ Drygala, s. 701.

¹²⁰ Drygala, s. 701.

¹²¹ Drygala, s. 701.

¹²² Drygala, s. 704.

¹²³ Domaniç, s. 355- 356.

terli korumanın TTK m. 480/3 ile sağlanabileceği görüşünde değiliz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi TTK m. 356, TTK m. 480/3'ün uygulamasını dışlayacak nitelikte değerlendirilmemelidir. TTK m. 356, TTK m. 480/3'ün yanında aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasına karşı yan bir koruma sağlamaktadır.¹²⁴ Bu nedenle her iki düzenleme kısmen örtüşen iki küme gibi değerlendirilerek bazen sadece kuruluşta sonra devralmaya ilişkin hükümlere aykırılık bazen ise örtülü sermaye iadesi gerçekleştirilebileceği gibi kimi zamanda her iki durum bir arada bulunabilir.¹²⁵ Bu bağlamda TTK m. 480/3'ün sağlamayı amaçladığı korumaya ek bir koruma getirilebilecek nitelikte olan TTK m. 356'nın işlevsiz olduğu düşüncesinde değiliz. Tarafların kolaylıkla TTK m. 356'da yer alan düzenlemeleri dolanabilme sakıncasının da yine TTK m. 480/3 koruması ile bertaraf edilebileceği görüşündeyiz.

TTK m. 356 Anlamında Yapılacak Ödemelerin Ortaklık Malvarlığı Bakımından Kapsamı Hakkında Değerlendirmeler

Kuruluşta sonra devralma yoluyla da pay sahiplerine örtülü bir şekilde sermaye iadesinin gerçekleştirilebileceğini yukarıda açıklamıştık. Böyle bir durumda kuruluşta sonra bir aynın devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin ödemelerin ortaklık malvarlığının hangi kısmından yapıldığı da önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, öğretide, TTK m. 356'nın uygulanabilmesi açısından ödemenin kaynağı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretide yer alan bir görüşe göre,¹²⁶ ödemenin ortaklık bağlı malvarlığından yapılması durumunda TTK m. 356'nın uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüş uyarınca; eğer ücret kârdan ödeniyor ise, bedel Kanun'un öngörmüş olduğu onda birlik sınırı aşsa bile TTK m. 356 uygulanmamalıdır.

Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise;¹²⁷ ödemenin ortaklığın bağlı malvarlığından yapıp yapılmadığı önem taşımamaktadır. Bu görüşe göre bedelin kaynağı sermaye, yedek akçe veya kâr olabilir. Bu

¹²⁴ Benzer yönde bakınız; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 58.

¹²⁵ Benzer yönde bakınız; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 58.

¹²⁶ Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 5a.

¹²⁷ BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 45; Yavuz, s. 393; Ülgen, 1969, s. 23-24; Tekinalp, 1974, s. 202.

anlamda ödemenin kârdan yapıldığı durumlarda da bedel onda birlik sınırı aşıyorsa TTK m. 356 uygulama alanı bulmaktadır.

Kanaatimizce de TTK m. 356'nın uygulanabilmesi için ödemenin kaynağının sermaye veya yedek akçeler olması gerekmemektedir. Bu anlamda kârdan yapılan ödemeler de madde kapsamında yer almaktadır. Bu hususa, maddenin amacından hareketle kolaylıkla ulaşmak mümkündür. Çünkü madde ortaklık malvarlığının korunmasını da amaçlamaktadır. Ayrıca bu anlamda kârdan yapılacak ödemelerin kapsam dışında tutulması, kârdan haksız olarak ödenen bedelin, pay sahiplerinin alacağı kâr payı üzerinde etkili olmasına neden olmaktadır.¹²⁸ Yine, işlemin bir tarafının pay sahibi olduğu durumlarda kârdan, sözleşme konusunun değerinin üzerinde ödeme yapılmasının eşit işlem ilkesine de aykırılık oluşturacağı açıktır.

Yukarıda sermayenin iadesi yasağının Kanun'a uygun dağıtımlar dışında tüm ortaklık malvarlığını kapsadığı görüşünde olduğumuzu belirtmiştik. Benimsemiş olduğumuz bu görüşten hareketle TTK m. 356'nın yalnızca ortaklık bağlı malvarlığından yapılan ödemeler bakımından söz konusu olduğu görüşü kabul edilse dahi, değerinin üzerinde bir ödeme söz konusu ise *-ödeme kârdan yapılırsa dahi-* TTK m. 480/3 uygulama alanı bulacaktır. Zira burada bir örtülü sermaye iadesi söz konusu olmaktadır. Her ne kadar TTK m. 356'nın örtülü aktarımları önleme gibi bir fonksiyonu bulunmamakta ise de TTK m. 480/3 örtülü iadeler bakımından da bir yasak getirmektedir. Bu açıdan kuruluşun sonra devralmada yapılan ödemenin kaynağı ne olursa olsun TTK m. 480/3'teki yasak uygulanmaya devam etmektedir. Dolayısı ile TTK m. 356 bağlamında yapılacak ödemelerin kaynağı konusunda hangi görüş benimsenirse benimsensin, örtülü bir sermaye iadesi söz konusu olduğu durumlarda, TTK m. 480/3 uygulama alanı bulmaktadır.

TTK m. 356 ile TTK m. 480/3 Hükümlerinin Hukuki Sonuçları Bakımından Değerlendirmeler

TTK'nın 480. maddesinde sermayenin iadesi yasağına aykırılığın yaptırımı hakkında herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca TTK'da sermayenin iadesi yasağının yaptırımına ilişkin genel bir dü-

¹²⁸ Yavuz, s. 393.

zenleme de yer almamaktadır. Ancak hükmün emredici olarak kaleme alınmış olması nedeniyle yaptırımının Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 27. maddesi uyarınca belirlenmesi gerekir. Buna göre; sermayenin iadesi yasağına aykırı işlemler kesin olarak hükümsüzdür. Burada kesin hükümsüzlük yaptırımı hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi bakımından söz konusu olmaktadır.¹²⁹ Pay sahibinin sermayenin iadesi yasağına aykırı olarak bir menfaat elde etmesi durumunda ise bunu ortaklığa iade etmesi gerekir.¹³⁰ Sermayenin iadesi yasağına aykırılık örtülü bir aktarım sonucu meydana gelmiş ise de hukuki sonuç değişmez. Örtülü sermaye iadesine sebep olan işlemin üçüncü kişilerle yapılan emsal işlemlere uygun hâle getirilmesi gibi bir çözüm yolu da benimsenemez.¹³¹ Zira tarafların emredici nitelikteki hükümlere aykırı bir sözleşmeyle değişen koşullarda bağlı tutulabilmesi mümkün değildir.¹³² Alman Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında bu hususu benimsemiştir.¹³³ Bu bağlamda örtülü bir sermaye iadesi söz konusu ise pay sahibinin elde ettiği menfaatleri şirkete iade etmesi gerekmektedir.

TTK m. 356'da ise yukarıda da belirttiğimiz üzere genel kurul kararı verilmesi ve tescil geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. Genel kurul kararı verilinceye kadar ilgili sözleşme askıda geçersizdir.¹³⁴ İlgili şartlar yerine getirilirse geçerlilik geriye etkili olur ve sözleşme yapıldığı andan itibaren geçerli hâle gelir.¹³⁵ Genel kurul kararı ve tescil şartı yerine getirilmediğinde Kanun'un emredici bir hükmüne aykırılık söz konusu olmaktadır ve ilgili sözleşme TBK m. 27 uyarınca kesin olarak hükümsüzdür. TTK m. 356'da yer alan hükme aykırı olarak elde edilen menfaatlerin iadesine ilişkin herhangi bir düzenleme ise yer almamaktadır.

¹²⁹ Doğan, s. 58; Hüffer, AktG § 57, Rn. 23; Lutter, AktG § 57, Rn. 62-63; Bayer, AktG, § 57, Rn. 144.

¹³⁰ Doğan, s. 59; Sevi, s. 512.

¹³¹ Bayer, AktG § 57, Rn. 236.

¹³² Bayer, AktG § 57, Rn. 236.

¹³³ Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof (BGH)) AG 2013, 431, (Bayer, AktG § 57, Rn. 236).

¹³⁴ Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 11; Wendt, AktG § 52, Rn. 88; Pentz, AktG § 52, Rn. 34; Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 8; Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 14; Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 30; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 83.

¹³⁵ Hölters/Weber/Solveen, AktG § 52, Rn. 14; Yavuz, s. 412; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 90.

Yukarıdaki açıklamalarımızda görüldüğü üzere TTK m. 356 ve TTK m. 480/3 hükümlerine aykırılık durumunda ilgili hukuki işlemler kesin hükümsüzdür. Burada değerlendirilmesi gereken husus; sermayenin iadesi yasağına aykırılık bakımından benimsenen iade yükümlülüğünün TTK m. 356'ya aykırılık durumunda da uygulanıp uygulanamayacağıdır. Şirket ile pay sahibi veya pay sahibine yakın kişi arasında TTK m. 356'da yer alan şartlara uyulmadan yapılan hukuki işlemin aynı zamanda örtülü bir sermaye iadesine sebebiyet vermesi durumunda iade yükümlülüğünün doğacağı hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu bağlamda burada incelenmesi gereken husus ilgili hukuki işlemin örtülü bir sermaye iadesine sebep olmadığı hâllerde de iade yükümlülüğünün doğup doğmayacağıdır. Dolayısıyla iade yükümlülüğünün yalnızca sermayenin iadesinin bir sonucu olarak mı uygulanacağı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce burada da hükümlerin amacından hareket edilmesi gerekmektedir. Özellikle her iki hükmün de malvarlığının korunması ilkesine hizmet ettiği değerlendirildiğinde sermayenin iadesine aykırılık bakımından kabul edilen iade yükümlülüğünün TTK m. 356 bakımından da uygulanması gerekmektedir.¹³⁶ Zira hukukumuzda iade yükümlülüğünün açıkça yer aldığı düzenleme TTK m. 512'dir. Buna göre; haksız yere ve kötüniyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahiplerinin, bunları geri vermesi gerekmektedir. Haksız ve kötüniyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alınmasına ilişkin getirilen bu düzenleme de malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucudur. Bu doğrultuda TTK m. 356'nın ihlali durumunda farklı davranılması için hiçbir neden bulunmamaktadır.¹³⁷ Ayrıca iade yükümlülüğünün yalnızca sermayenin iadesi yasağının ihlal edildiği hâllerde uygulanacağını kabulünün de hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Aksine her iki hükümde malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucudur ve burada iade yükümlülüğü bakımından işlemin örtülü bir sermaye iadesine sebep olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, anonim şirketler bakımından iade talebinin, kuruluş sonrası devralmalara ilişkin hükme tabi olan işlemler bakımından da söz konusu olduğunun kabulü gerekir.¹³⁸

¹³⁶ Henssler/Strohn GesR/Vetter/Schulenburg, AktG § 52, Rn. 12; Koch (Hüffer/Koch), AktG § 52, Rn. 9.

¹³⁷ Drygala, s. 703.

¹³⁸ Drygala, s. 703.

Her iki hükmün ihlali durumunda iade yükümlülüğünün doğacağı kanaatinde olduğumuzu yukarıda belirttikten sonra bu noktada, şirketin pay sahibinden olan iade talebinin hangi hukuki sebepten doğacağı ise her iki hüküm açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Öncelikle TTK m. 356'ya aykırı olarak yapılan anonim şirket ve pay sahibi arasındaki hukuki işlemin aynı zamanda örtülü bir sermaye iadesine sebep olması durumunda iade yükümlülüğünün hangi hukuki sebepten doğacağı değerlendirilmelidir. Pay sahiplerinin sermayenin iadesine aykırı olarak elde ettikleri menfaat nakdi bir malvarlığı, taşınır veya taşınmaz eşyaya ilişkin olabilir. Ancak elde edilen menfaatin taşınır veya taşınmaz eşya olmasında konu özellik arz etmektedir. Pay sahibi, sermayenin iadesi yasağına aykırı olarak anonim şirketten bir taşınır veya taşınmaz mal elde etmiş ise, bunlar üzerinde mülkiyet hakkını kaybetmediği sürece bunları istihkak davası ile geri isteyebilir.¹³⁹ Ancak pay sahibinin veya iyiniyetli üçüncü kişilerin¹⁴⁰ ilgili malvarlığı üzerinde mülkiyeti kazanmaları durumunda iade yükümlülüğünün hukuki dayanağı konusunda öğretilerde görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretilerde ileri sürülen ilk görüş uyarınca,¹⁴¹ yasağa aykırılık hâlinde şirketin iade talep hakkı, TBK m. 77 ve devamında düzenlenen sebepsiz zenginleşmeye ilişkin genel hükümlerden doğmaktadır. Ancak bu görüşe göre; sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya değil anonim şirketin niteliğine uygun olarak uygulanması gerekir. Bu hususa ilişkin öğretilerde yer alan bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise;¹⁴² yasağa aykırı olarak menfaat elde eden pay sahibinin sermaye koyma borcu yeniden canlanmaktadır. Sermaye koyma borcunun yeniden canlanacağına dair herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamasına rağmen anonim şirketlerin kendine özgü yapısından ve ilgili kuralların yorumundan bu sonuca varılması mümkündür. Bu hususlardan ve hükmün amacından hareketle alacaklıların ve malvarlığının en etkili biçimde korunmasını sağlayan yol, sermaye borcunun yeniden canlandırılmasının kabulüdür. İskat müessesinin uygulanabilmesi de ancak sermaye koyma borcunun yeniden doğacağına kabulü hâlinde mümkündür.¹⁴³

¹³⁹ Sevi, s. 513.

¹⁴⁰ Sevi, s. 514.

¹⁴¹ Binder, s. 38 - 40.

¹⁴² Arslanlı, s. 179; Sevi, s. 516-518; Beat Spörri, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Zürich, 1996, s. 267.

¹⁴³ Sevi, s. 517.

Anonim şirket ve pay sahibi arasındaki hukuki işlem, yukarıda da belirttiğimiz üzere, TTK m. 356 hükmüne aykırı olmasına rağmen sermayenin iadesi yasağını ihlal etmemiş olabilir. Böyle bir ihtimalde iade yükümlülüğünün hukuki dayanağı ise kanaatimizce sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler olmalıdır.¹⁴⁴ Zira bu durumda sermaye iadesi söz konusu olmadığından, sermaye borcunun yeniden canlandırılmasının kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla ıskata ilişkin hükümlerin uygulanmasına da gerek bulunmamaktadır.

Özetle belirtmek gerekir ki, gerek TTK m. 356 hükmüne aykırılık gerekse de TTK m. 480/3 hükmüne aykırılık söz konusu olduğunda yapılan hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca ilgili hükümlere aykırı olarak elde edilen menfaatlerin iade edilmesi gerekmektedir. Hükümlerin hukuki sonuçları bakımından kesin hükümsüzlük yaptırımı ve iade yükümlülüğü ortak olmakla birlikte, pay sahibinin iade yükümlülüğünün doğduğu hukuki sebep farklılık göstermektedir. Bu açıdan, pay sahibi ile şirket arasındaki TTK m. 356'ya aykırı hukuki işlemin; aynı zamanda örtülü olarak sermayenin iadesine sebep olup olmadığının tespiti, ortaya çıkan iade yükümlülüğünün hukuki sebebi bakımından önem arz etmektedir.

SONUÇ

Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içerisinde bir aynın devralınmasında veya kiralanmasında TTK'nın 356. maddesine uyulmadığı takdirde ilgili sözleşmelerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu bağlamda şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmesi için genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmesi şarttır. Ayrıca genel kurul kararı verilmeden önce, yönetim kurulunun istemi üye-

¹⁴⁴ Grigoleit/Vedder, AktG § 52, Rn. 39; BeckOGK/Heidinger, AktG § 52, Rn. 88. Alman hukukunda karşılıklı taleplerin temelini §§ 812 ff. BGB hükümlerinin oluşturduğu belirtilmekle birlikte, işlemin diğer tarafının pay sahibi olması durumunda AktG § 62 uyarınca da talepte bulunulabileceği ifade edilmektedir. Ancak Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında; AktG § 62 hükmünün, AktG § 57 hükmü bağlamı dışında, anonim şirket ile pay sahibi arasında şirketler hukuku hükümleri uyarınca geçersiz olan sözleşmeleri iptal etmek için, genel bir talep hükmü olarak uygulanamayacağını belirtmiştir (BGH NJW 2007, 3425 (3427), (Neue Juristische Wochenschrift, <http://beck-online.beck.de>))

rine şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişinin, şirket tarafından devralınacak ya da kiralanacak işletme ve ayınlara değer biçmesi de gerekmektedir. İlgili hükmün başlıca amacını aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlerin dolanılmasının önlenmesi oluşturmaktadır. Hüküm bu bağlamda sermayenin eksiksiz bir şekilde oluşturulmasına katkı sağlamaktadır. Hükümün bu şekilde sermayenin korunmasına ilişkin işlevi de göz önüne alındığında şirket malvarlığının korunması ilkesine hizmet ettiği açıktır.

Anonim şirketle sözleşme yapan herkes hukukumuz bakımından TTK m. 356 hükmünün kapsamında yer almaktadır. Bu açıdan Kanun koyucu herhangi bir sınırlama yapmamıştır. Çalışma konumuz kapsamında ise işlemin bir tarafının pay sahibi olduğu hâller özel önem taşımaktadır. Zira bu durumlarda örtülü bir sermaye iadesi söz konusu olabilmektedir. Sermayenin iadesi yasağı; Türk Ticaret Kanunu'nun 480. maddesinin üçüncü fıkrasında; "*Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler*" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili yasağın şirket malvarlığı bakımından kapsamı hukukumuz bakımından son derece tartışmalı bir konudur. Kanaatimizce sermayenin iadesi yasağı, hukuka uygun dağıtımlar haricinde, ortaklığın tüm malvarlığından yapılan dağıtımları kapsamaktadır.

Sermayenin iadesi yasağına aykırılık malvarlığından örtülü bir aktarım sonucu da gerçekleşebilmektedir. Örtülü aktarımlarda; şirket tarafından pay sahibine ödeme yapılması konusunda alınmış bir karar bulunmamakta görünüşte geçerli bir hukuki işlemin örtüsü altında pay sahibine gizli bir şekilde hukuka aykırı aktarım yapılmaktadır. Ancak pay sahibi ile şirket arasındaki her hukuki ilişki elbette ki örtülü bir sermaye iadesi anlamına gelmemektedir. Bu açıdan pay sahibi ile şirket arasında yapılan hukuki işlem ile sermayenin örtülü olarak iade edildiğinin kabulü için; şirketle yapılan hukuki işlem ile pay sahibine veya ona yakın kişiye maddi bir yarar aktarımı yapılması ile edimler arasında bir dengesizliğin bulunması gerekmektedir. Ayrıca şirket ile yapılan hukuki işlem nedeniyle pay sahibi, pay sahipliği sıfatı dolayısıyla birtakım farklı avantajlar elde ediyor ise, sermayenin iadesi yasağı ihlal edilmiş olmaktadır.

Pay sahibi ile anonim şirket arasından kuruluştan sonra devralma-ya ilişkin sözleşmeler yoluyla da örtülü sermaye iadesi gerçekleşebilir. Bu şekilde örtülü sermaye iadesine sebep olan hâller şunlardır;

Pay sahibinin nakdi sermaye koyma taahhüdünde bulunmasının ardından şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın devretmesi veya kiralaması neticesinde sermaye koyma borcu buradan elde edilen miktar ile yerine getirilebilir.

Pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmesinden sonra da şirkete gerçek değerinin üstünde bir ayın veya işletme devretmesi veya kiralaması yoluyla da pay sahibi gerçek değerinin üzerinde bir kazanım elde edebilir.

Kuruluştan sonra devralma işlemi sonucunda da sermayenin iadesi yasağına aykırılığın söz konusu olabileceğini belirttikten sonra; TTK m. 356'da yer alan koşullara uyulmasının, sermayenin iadesi yasağına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, TTK m. 480/3 düzenlemesinin malvarlığının korunması ilkesinin temel normu niteliğinde olması nedeniyle; pay sahibi ile anonim şirket arasında yapılan hukuki işlem sermayenin iadesi yasağını ihlal ediyor ise, işlemin TTK m. 356'ya uygun olmasının, TTK m. 480/3'ün uygulanmasına engel olmayacağının kabulü gerekir. Burada, her iki hükmün de malvarlığının korunması ilkesinin bir sonucu olduğundan hareket edilmesi doğru bir yaklaşımdır.

Şirket ile pay sahibi arasındaki sözleşme hem TTK m. 356 hükmünün ihlali hem de sermayenin örtülü bir şekilde iadesi sonucunu da doğurabilir. Böyle bir durumda kanaatimizce, TTK m. 356 hükmü, TTK m. 480/3'e göre teknik anlamda bir özel hüküm olmayıp sadece konu itibariyle daha özel bir düzenleme niteliğinde olduğundan; her iki hükmün birbirinden bağımsız nitelikte bulunduğu göz önünde tutulmalıdır. Bunun sonucu olarak da sermayenin iadesi yasağı malvarlığının korunması ilkesinin temel normu niteliğinde olması nedeniyle öncelikle uygulanmalıdır.

Kanaatimizce TTK m. 356'nın uygulanabilmesi için ödemenin kaynağının yalnızca sermaye veya yedek akçeler olması yönünde bir zorunluluk söz konusu değildir. Bu anlamda kârdan yapılan ödemeler de madde kapsamında yer almaktadır. Ancak sermayenin iadesi yasağının kapsamının, Kanun'a uygun dağıtımlar dışında tüm ortaklık malvarlığını kapsadığı görüşünde olmamız sebebiyle; TTK m. 356'nın yalnızca ortaklık bağlı malvarlığından yapılan ödemeler bakımından söz konusu olduğu görüşü kabul edilse dahi değerinin üzerinde bir

ödeme söz konusu ise, ödeme kârdan yapılmış olsa da TTK m. 480/3 uygulama alanı bulacaktır.

TTK m. 356 ve TTK m. 480/3 hükümlerine aykırı olan hukuki işlemler kesin hükümsüzdür. Ayrıca yapılan hukuki işlem örtülü bir sermaye iadesine sebep olsa da olmasa da tarafların iade yükümlülüğü doğmaktadır. Ancak iade yükümlülüğünün hukuki sebebi bakımından, her iki hüküm açısından farklı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıncı Albayrak Özlem, Anonim Şirketler Hukukunda Şirket Malvarlığının Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Ansay Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005.
- Arslanlı Halil, Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1959.
- Aydın Alihan, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2008.
- Artmann Eveline/Karollus Martin/Zehetner Jörg, *Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Band, 6. Auflage, 2018.*
- Ayhan Rıza/Çağlar Hayrettin/Özdamar Mehmet, Şirket Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Bayer Walter, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), München, 2019, AktG § 57.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.
- Binder Peter M., Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Bern, 1981.
- Cahn Andreas/v. Spannberg Michael Schild, beck-online.Grosskommentar, (Gesamtherausgeber: Martin Henssler), München 2023, AktG § 57.
- Domanıç Hayri, Anonim Şirketler, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978.
- Doralt Jörg/Winner Martin, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalss), 5. Auflage, München, 2019, AktG § 57.
- Grigoleit Hans Christoph/Vedder Karl Christian, Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, (Herausgegeben von: Hans Christoph Grigoleit), München, 2020, AktG § 52.
- Heidinger Andreas, beck-online.Grosskommentar, (Gesamtherausgeber: Martin Henssler), München 2023, AktG § 52.
- Henssler Martin/Strohn Lutz GesR/Vetter Eberhard/Schulenburg Voker, Gesellschaftrecht, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Martin Henssler/Lutz Strohn), München, 2021, AktG § 52.

- Hölter Wolfgang/Weber Markus/Solveen Dirk, Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, (Herausgegeben von: Wolfgang/ Hölter/Markus Weber), München, 2022, AktG § 52.
- Hüffer Uwe, Aktiengesetz, 9. Auflage, München, 2010.
- Hüffer Uwe/Koch Jens, Aktiengesetz, 17. Auflage, München, 2023.
- Kayıhan Şaban, Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Kırca İsmail/Şehirli Çelik Feyzan Hayal/Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Koll Rainer/Möllenhoff, Das Prinzip des Festen Grundkapitals im europäischen Gesellschaftsrecht, 2004.
- Lutter Marcus, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, C.1, 2. Bası, Köln – Berlin – Bonn – München, 1988.
- Mülazımoğlu Mehmet, Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Pentz Andreas, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kals), München, 2019, AktG § 52.
- Probst Dieter C., Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Bern, 1981.
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Sayın Hediye Bahar, Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Sevi Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Spörri Beat, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Zürich, 1996.
- Şener Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Tekil Fahiman, Şirketler Hukuku İkinci Cilt Anonim Şirketler, İstanbul, 1976.
- Tekinalp Ünal/Poroy Reha/Çamoğlu Ersin), Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Toraman Çolgar Emek, Şirkete Borçlanma Yasağı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Unger Dieter Friedrich, Das Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung bei der Aktiengesellschaft im Rechtsvergleich Deutschland, Österreich und Schweiz, 2005.
- Üçışık Güzin/Çelik Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Ülgen Hüseyin, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklığın Kurulmadan Sonra Malvarlığı Değerlerini Devir Alması (Alman Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969, (1969).

Wendt Janine, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, (Herausgegeben von: Wulf Goette/Mathias Habersack/Susanne Kalls), München, 2019, AktG § 52.

Makaleler

Akdağ Güney Necla/Alper Gümüş Mustafa, "Taşınurların Anonim Şirketlere Esas Sermaye Olarak Getirilmesi", *Regesta Dergisi*, İstanbul 2013, C. 3, S. 3, ss. 3-30.

Atamulu İsmail/Alber Yüce Aydın, "Anonim Şirketin Sermaye Borcunun Ödenmesi İçin Pay Sahiplerine Hukuka Aykırı Olarak Finansal Destek Sağlaması", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Ankara 2021, C. 7, S. 2, ss. 213-237.

Bingöl Muhammet Emin, "Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2018, C. 5, S. 2, ss. 197-218.

Doğan Beşir Fatih, "Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2005, S. 56, C. 18, ss. 48-60.

Drygala Tim, "Die aktienrechtliche Nachgründung zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung", *Festschrift für Ulrich Huber*, 2006, ss. 691 - 704.

Özdamar Mehmet, "6102 sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Ankara 2015, S. 1, ss. 143-155.

Özdin Funda, "Sermayenin İadesi Yasağı'nın (TTK m. 480/3) Örtülü Malvarlığı Aktarımının Önlenmesi Açısından Geniş Yorumlanması Zorunluluğu -Alman ve İsviçre Hukukları ile Karşılaştırmalı Olarak", *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu-MEF Üniversitesi*, İstanbul 2020, ss. 85-122.

Sönmez Yusuf Ziyaeddin, "Anonim Ortaklıklarda Örtülü Aynı Sermaye Konulması Sorunu", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Tekinalp Ünal, "TTK m. 311 Anlamında Bedele İlişkin İlke ve Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1974, C. 39, S. 1-4, ss. 199-202, (1974).

Tekinalp Ünal, "Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (2010).

Ülgen Hüseyin, "Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (2000).

Yavuz Cevdet, "Anonim Ortaklıklarda Kuruluştan Sonra Devralma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul 1984, C. 50, S. 1-4, ss. 385-421.

Mahkeme Kararları

BGH AG 2013, 431.

BGH NJW 2007, 3425 (3427).

Elektronik Kaynaklar

<http://beck-online.beck.de>

**KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU 90'INCI
MADDESİNDE 2021 YILINDA YAPILAN VE
ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İPTAL
EDİLEN DEĞİŞİKLİĞİN ZORUNLU TRAFİK
SİGORTASI ZARAR TAZMİN SİSTEMİNE
ETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**
ASSESSMENT ON THE EFFECT OF THE AMENDMENT MADE
IN ARTICLE 90 OF THE HIGHWAY TRAFFIC LAW IN 2021
AND CANCELED BY THE CONSTITUTIONAL COURT ON THE
COMPENSATION SYSTEM OF COMPULSORY MOTOR THIRD
PARTY LIABILITY

Gözde MURTAZ*
Özgür AKPINAR**

Özet: Karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk (zorunlu trafik) sigortasında tazminatın çerçevesi 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m.90 ile çizilmektedir. Anılan madde, 09.06.2021 tarihli ve 7327 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olup tazminatın hesaplanmasında esas alınacak birtakım parametreler belirlenmiştir. Düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.2022 gün, 2021/82 E. ve 2022/167 K. no.lu kararı ile iptal edilmiş olsa da yürürlükte kaldığı süre zarfında yenilikçi bir uygulama getirmiştir. Bu makalede, kanun değişikliği sonrasında zorunlu trafik sigortası tazminat sisteminde ortaya çıkan yeni durum konu edilmektedir. Çalışmamızda zorunlu trafik sigortasının genel yapısı ile hukuku mahiyeti tartışılmış; tazminat sistemine etki edebilecek yasal düzenlemelere ve değişikliklere kronolojik olarak yer verilmiştir. Sigorta kapsamında talep edilebilecek tazminatlar ise maddi zarar ve bedeni zarar ayrımında yapılan kanun değişikliğiyle ilişkilendirilerek irdelenmiştir. Bu çerçevede kanun değişikliği-

* Doktora Öğrencisi; Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü Sigortacılık Anabilim Dalı. gozde.murtaz@seddk.gov.tr, ORCID: 0000.0003.2593.8751

** Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Finansal Bilimler Fakültesi Sigortacılık Bölümü, oakpinar@marmara.edu.tr, ORCID: 0000.0003.2084.2662, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.11.2022, Kabul Tarihi: 07.12.2023

nin adil, hızlı ve eşit bir zarar tazmin sistemi sağlayıp sağlayamadığı tartışılmıştır.

Anahtar kelimeler: 2918 sayılı Kanun, Trafik Kazası, Destekten Yoksun Kalma, Geçici İş Göremezlik, Sürekli Sakatlık, Değer Kaybı, Zorunlu Trafik Sigortası, Tazminat

Abstract: The framework of compensation in compulsory motor third party liability insurance is set with Article 90 of the Highway Traffic Law No. 2918. That article has been amended by the Law No. 7327 dated 09.06.2021 and some parameters to be based on calculation of compensation has been determined. In this article, new status in compensation system of compulsory motor insurance after the law amendment is set forth. Although the provision is annulled with the decision of the Constitutional Court dated 29.12.2022, numbered 2021/82- 2022/167, it brought an innovative practice during the time it was in effect. In our study, general structure and legal nature of compulsory motor insurance are discussed; legal regulations and amendments which may affect the compensation system are given chronologically. Compensation claims under insurance are studied in the distinction of material damage and bodily injury in relation to the law amendment. In this context, it is discussed whether the amendment of law provides a fair, fast and equal compensation system.

GİRİŞ

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, başka bir deyişle zorunlu trafik sigortası, ülkemizde gerçekleşen trafik kazalarından kaynaklanan maddi ve bedeni zararları teminat altına alması bakımından üstün kamu menfaatinin esas alındığı, bundan dolayı da hem araç işletenleri tarafından yaptırılması hem de sigorta şirketleri tarafından sunulması zorunlu bir sigorta olup devlet tarafından sıkı gözetim ve denetime tabi tutulmaktadır. Bu sebeple sigortalılık oranının artırılması amacıyla azami prim uygulaması, basamak sistemi, havuz uygulaması, yasal kesintiler gibi doğrudan prim fiyatlamasına etki eden birtakım yasal düzenlemeler yürürlüğe koyulmuştur. Bunlara ek olarak, üçüncü kişinin haklarını etkileyen bir sigorta olması sebebiyle zarar tazmin sistemi de yine devlet eliyle belirlenmiştir.

Bu belirleme, öncelikle doğrudan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları¹ (Genel Şartlar) aracılı-

¹ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, 14.05.2015 tarihli ve 29355 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 02.02.2016 tarihli ve 29612 sayılı Resmî Gazete'de, 02.08.2016 tarihli ve 29789 sayılı Resmî Gazete'de, 20.03.2020 tarihli ve 31074 sayılı

ğıyla yapılmaya çalışılmış, ancak temel hak ve hürriyetlerin Anayasa uyarınca yalnızca kanunla sınırlandırılabilmesi mümkün olduğundan bu uygulama sıkça tartışma konusu edilmiş ve yargı mercileri tarafından dikkate alınmamıştır. Bu sebeple 2016 yılında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda değişiklik yapılarak Genel Şartlara kanuni dayanak kazandırılmaya çalışılmış ancak değişiklik, muhtelif gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bunun üzerine 09.06.2021 tarihli ve 7327 sayılı Kanun ile m.90 tekrar değiştirilerek tazminat hesaplamalarına dair birtakım temel kriterler kanun düzeyinde belirlenmiştir. Değişiklik ile tazminatlara dair temel çerçeve çizilmiş ve Genel Şartlar ile tazminat hesaplamalarına ilişkin genel kurallar düzenlenmiş; ancak bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.2022 gün, 2021/82 E. ve 2022/167 K. no.lu kararı ile iptal edilmiştir.

Çalışmamızın amacı, zorunlu trafik sigortası tazminat sisteminde yapılan değişikliklerin hukuki mahiyetini tartışarak kişi hakları üzerindeki yansımalarının incelenmesi, bu şekilde anılan sigortanın önemi ile yürürlüğe koyulan düzenlemelerin avantaj ve dezavantajlarıyla uygulamaya etkilerinin ortaya koyulmasıdır. Bu bağlamda çalışmamızda, iptal kararına kadar olan süreç değerlendirilmiş, iptal kararı ve etkilerine, bunların müstakil bir çalışma konusu olduğu değerlendirilerek yer verilmemiştir.

I. ZORUNLU TRAFİK SİGORTASININ GENEL YAPISI

Zorunlu trafik sigortası temelde 20.04.1959 tarihinde imzalanan "Motorlu Taşıtlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" (Avrupa Sözleşmesi) ne² dayanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90 hükmü doğrultusunda sözleşme, 04.11.1999 tarihli ve 4477 sayılı "Motorlu Taşıtlar Zorunlu Malî Sorumluluk Si-

Resmî Gazete'de yayımlanan değişikliklerle toplam üç kez değişikliğe uğratılmıştır ve halihazırda da yürürlüktedir.

² Orijinal adı: "European Convention on Compulsory Insurance against Civil Liability in respect of Motor Vehicles", Strasbourg, 20.IV.1959. Anılan sözleşme, 20.04.1959 tarihinde üye ülkelerin imzasına açılmış olup 26.06.1974 tarihinde Hükümetimiz tarafından bazı maddelere çekince koyularak imzalanmıştır. Sözleşmenin tam metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020104006029_ing.pdf (Erişim: 09.10.2022) https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020103906029_tur.pdf (Erişim: 09.10.2022)

gortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" ile TBMM tarafından onaylanarak kanun hükmü statüsü de kazanmıştır.

Avrupa Sözleşmesi m.1/1' de yer alan "*Âkit Tarafların her biri, işbu sözleşmenin kendisi bakımından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç altı ay içinde, kendi toprakları üzerinde herhangi bir motorlu taşıtın zarar verdiği kimselerin haklarının, işbu sözleşmenin ek hükümlerine (Ek:1) uygun zorunlu bir sigorta sisteminin kurulması yoluyla teminat altına alınmasını taahhüt eder.*" hükmü ile m.1/3' te yer alan "*Âkit Tarafların her biri, motorlu taşıtların zorunlu sigorta sistemini kuran kendi mevzuat ve belli başlı yönetmelik tedbirlerine ilişkin resmî belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterine iletacaktır. Genel Sekreter bu belgeleri diğer Âkit Taraflara ve Avrupa Konseyine üye diğer devletlere ulaştıracaktır.*" hükmüne istinaden sözleşmeye taraf tüm ülkelere, kendi topraklarında gerçekleşen trafik kazalarından kaynaklanan zararları tazmin etmek üzere yerel mevzuatlarında düzenleme yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşmenin ilk etkileri 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda (mülga) görülmüş olup halihazırda da yürürlükte olan 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile tam anlamda hayata geçirilmiştir. Bu kapsamda 2918 sayılı Kanun, trafik kazasından kaynaklanan hukuki sorumluluğun sınırlarını çizen ana mevzuattır.

Avrupa Sözleşmesi m.9/2' de yer alan "*Her Âkit Tarafın yurttaşları, bir önceki paragrafta öngörülmüş hakkı bir başka Âkit ülkede o devletin yurttaşları ile aynı ölçüde ileri sürme hakkına sahip olacaklardır*" hükmünden ise sözleşmeye taraf ülke vatandaşlarının birbiri karşısında kazanın gerçekleştiği ülkenin yerel mevzuatında öngörülen haklar bakımından eşit statüde kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple de Avrupa Sözleşmesi kapsamında yabancı plakalı araçlar için düzenlenen yeşil kart belgesi, zorunlu trafik sigortası yerine geçmekte ve yeşil kartlı araçlar, hak ve yükümlülükleri bakımından ülkemizde zorunlu trafik sigortası yapılmış gibi muamele görmektedir.³ Bu çerçevede devletimiz de özetle, Avrupa Sözleşmesine taraf tüm ülke vatan-

³ Taraf ülkeler, 13.07.2011 tarihli ve 27993 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Ülkemizde İşletilmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk İçin Yaptırılacak Sigortaya İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" kapsamında getirilen trafik sigortası yapma zorunluluğundan muaf tutulmaktadır.

daşlarının Türkiye’de gerçekleşen trafik kazalarında uğradığı zararları, Türk vatandaşları ile eşit şartlarda tazmin etmeyi ve bunu güvence altına alan hukuki yapılar ile yasal mevzuatı sağlamayı taahhüt etmiş olup aynı şekilde Türk vatandaşlarının sözleşmeye taraf diğer ülkelerde uğradığı zararın tazminini Avrupa Sözleşmesine dayanarak ilgili teşekküller aracılığıyla talep edebilmektedir.⁴ Bu durumda 2918 sayılı Kanun’un ve bu kanunla getirilen zorunlu trafik sigortası tazminat sisteminin, vatandaşlık ayrımı yapılmaksızın Türkiye sınırları içerisinde gerçekleşen tüm trafik kazaları için esas alınacak ana düzenleme olduğu sonucuna varılmaktadır.

II. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU TAZMİNAT SİSTEMİNİN HUKUKİ MAHİYETİ

13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun sigorta ile ilgili hükümleri “Hukuki Sorumluluk ve Sigorta” başlıklı Sekizinci Kısımda yer almaktadır. Bunlardan m.85 ila m.90 hukuki sorumluluk bakımından m.91 ila m.101 ise doğrudan sigorta bakımından düzenlemeler içermektedir.

Son yıllarda zorunlu trafik sigortasında en çok tartışma konusu olan husus, trafik kazasından kaynaklanan zararların giderimi, başka bir deyişle tazminat sistemidir. Zira, 2918 sayılı Kanun m.90’ın ilk hali, “*Maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır*” şeklinde idi. Bu haliyle trafik kazası sebebiyle maddi veya bedeni zarara uğrayan kişilere ödenecek tazminat ile diğer haksız fiiller sebebiyle zarara uğrayan kişiye ödenecek tazminat, aynı esaslara yani doğrudan Borçlar Kanunu’na tabiydi. Borçlar Kanunu’nda ise maddi, bedeni ve manevi tazminatlara ilişkin genel çerçeve çizilmiş olup tazminat hesaplamalarının nasıl yapılacağı hakkında düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu şekilde Yargıtay kararları ışığında uygulamada tazminat hesaplamala-

⁴ Nuray Ekşi, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1. Baskı, 2012, s.37; Yasemin Tufan, “Uluslararası Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası ve Yeşil Kart Sistemi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), s.52-53; Musa Aygül, “Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Karışıklıkları Kazalardan Dolayı Yeşil Kart Sigortası Kapsamında Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna Dava Açılması”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 79, Sayı 2, 2021, s.523.

rına dair birtakım kriterler getirilmiştir. Öte yandan Yargıtay'ın emsal kararları incelendiğinde tazminat hesaplamalarına dair esasların belirlendiği ancak hesaplamaların tam olarak nasıl yapılacağı detaylı şekilde belirlenmediğinden farklı hesaplama yöntemleri ile varsayımların benimsendiği görülmektedir.⁵

14.04.2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu m.90 metni "*Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fillere ilişkin hükümleri uygulanır*" halini almıştır. Anılan düzenleme, idarenin takdir yetkisi ile belirlediği genel şartlar aracılığıyla kişilerin talep edebileceği tazminat miktarının belirlenmesi sebebiyle eleştiri konusu olmuştur. Öte yandan tazminat hesaplamaları daha önce tamamen Türk Borçlar Kanunu'na tabi kılınmış iken düzenleme sonrasında Genel Şartlarda belirlenen usule bağlandığından Genel Şartların 2918 sayılı Kanun m.90 ile dolaylı olarak kanun gücü kazanarak Türk Borçlar Kanunu'nun önüne geçtiği şeklinde yorumlara da sebebiyet vermiştir. Bu durumun ise haksız fiilin trafik kazası sebebiyle söz konusu olması

⁵ Örn. Yargıtay 17. HD. 18.01.2016 gün, 2014/4903 E. ve 2016/532 K. sayılı; Yargıtay 21. HD. 28.12.2016 gün, 2015/18535 E. ve 2016/15717 K. sayılı; Yargıtay 10. HD. 07.11.2016 gün 2016/13164 E. ve 2016/13486 K. sayılı kararlarında aktif pasif dönem ayırımında tazminat hesabı yapılması ve bakiye ömür hesabında olay tarihinin dikkate alınması gerektiğine hükümlenmiştir. Yargıtay 17. HD. 08.09.2014 gün, 2014/14500 E. ve 2014/11317 K. sayılı; 18.10.2014 gün, 2013/5369 E. ve 2014/5163 K. sayılı; 04.12.2014 gün 2014/20190 E. ve 2014/17673 K. sayılı kararlarında pasif dönem hesaplamasında esas alınan ücretin, "bir çalışmanın karşılığı değil, ekonomik bir değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinin karşılığı olduğu", bu çerçevede pasif dönem hesaplamasında asgari geçim indiriminin ücretten düşülmesi gerektiğine hükümlenmiştir. Diğer yandan Yargıtay 17. HD. 18.10.2014 gün, 2013/5369 E. ve 2014/5163 K. sayılı kararında aktif dönemde mutlaka asgari geçim indirimi dahil ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Ölen kişi hakkında yapılacak evlenme yaşı, çocuk sahibi olma, destek payı ayırma gibi hususlarda da farklı kararlara rastlanmaktadır. Yargıtay HGK. 21.04.1982 gün, 1979/4-1528 E. ve 1982/412 K. sayılı; Yargıtay 17. HD. 13.05.2019 gün, 2016/13745 E. ve 2019/593 K. sayılı; 10.06.2019 gün, 2016/15644 E. ve 2019/7231 K. sayılı; 27.11.2019 gün, 2017/79 E. ve 2019/11197 K. sayılı; 17.12.2019 gün, 2018/1026 E. ve 2019/12123 K. sayılı; 10.02.2020 gün, 2019/2137 E. ve 2020/936 K. sayılı; 02.03.2020 gün, 2019/2559E. ve 2020/2414 K. sayılı; 02.06.2020 gün, 2019/6636 E. ve 2020/3039 K. sayılı kararı. (Kararların tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası ve Corpus İçtihat Bankası)

durumunda diğer haksız fiil hesaplama yöntemlerinden ayrıldığı ve özellikle bedeni zararlarda kişinin hayatına etkisinin aynı olmasına karşılık tazminat rejiminde farklılıklara sebep olduğu yönünde eleştirileri de beraberinde getirmiştir.⁶

Anılan tartışmalara karşılık kanun metni iptal davasına konu edilmemiş, Yargıtay nezdinde de Genel Şartlar tazminat hesaplamalarında esas alınmaya başlanmış, birkaç yıllığına da olsa tazminat sistemi kurala bağlanmıştır. Öte yandan anılan hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki itirazlar, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış olup 09.10.2020 tarihli ve 31269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2020 gün, 2019/40 Esas ve 2020/40 Karar No'lu kararı ile 2918 sayılı Kanun m.90 için kısmi iptale hükmedilmiştir. İptal sonrası m.90 metni, "*Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun (...) öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun (...) düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fillere ilişkin hükümleri uygulanır.*" şekline gelmiş olup böylece tazminat hesaplamalarına dair usul ve esasların Genel Şartlar ile düzenlenmesine temel dayanak olan ibareler, iptal edilmiştir. İptal kararı gerekçesinde kısaca, Genel Şartlar ile sözleşme hürriyetine yapılan müdahalenin öncelikle temel hak ve hürriyetlerin ölçülülük kriterine uymak şartıyla ancak "kanunla" sınırlandırılabilmesine dair hüküm içerir Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırı olduğu, aynı zamanda mülkiyet hakkının ancak "kamu yararı gerekçesiyle" ve "kanunla" sınırlandırılabilmesine dair hüküm içerir Anayasa'nın 35'inci maddesine aykırılık gösterdiği, 6098 sayılı Türk

⁶ Bu yönde görüşler için bkz. Rauf Karasu, "Sigorta Tahkimi İle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 26, 2016, s.68. Serap Amasya, "Trafik Sigortası Genel Şartlarında Yapılan Son Değişikliklerin Yol Açtığı Sorunlar", Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 199-243. Yıldırım Keser, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Destegin Tam Kusurlu Olması Halinde Destek Görenlerin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Talep Edebilmesi Sorunu", *YÜHFD*, Cilt XVIII, 2021/1, s.183 vd. Orhan Gürgen, "Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararının Eleştirisi", *TAAD*, Yıl 11, Sayı 41, 2020, s.467-468. Çelik Ahmet Çelik, "Sigorta Anlaşmazlıklarında Tahkim Yolu", internet makalesi.<https://www.tazminat hukuku.com/guncel-konular/sigorta-anlasmazliklarinda-tahkim-yolu.htm> (Erişim:09.10.2022).

Borçlar Kanunu ile maddi ve manevi tazminata dair usul ve esaslar belirleniyor iken Genel Şartlar ile bu tazminat hakkının idarenin takdirine göre sınırlandırılmasının taraflar arasındaki menfaat dengesini idarenin tercihlerine göre bozabileceği, taraflar arasındaki menfaat dengesi ve eşitliğin sağlanmasının Anayasa'nın 5'inci maddesi uyarınca devletin vazifelerinden olduğu hususlarına yer verilmiştir. Bununla birlikte kararda, her ne kadar aynı Kanun m.93 de itiraza konu edilse de idarenin genel şartlar düzenleme yetkisi olduğu ve bunun gerekliliği belirtilmiş ancak bu takdir yetkisinin sınırlarının da yine kanunla çizilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁷

İlk metin	2016 değişikliği	İptal kararı sonrası metin
Maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.	Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.	Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun (...) öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun (...) düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.

Haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemleri, haksız fiilin niteliği, gerçekleştiği yer, dahil olan kişilerin birtakım özellikli hallere sahip olması, aralarındaki hukuki ilişki gibi unsurlardaki farklılıklar sebebiyle tek bir mevzuata bağlı olmayıp birden fazla hukuk branşının konusuna girebilmekte, bu sebeple de her birinin kendi mevzuatı da ayrıca göz önüne alınmaktadır. Örneğin bir işçinin mesleki faaliyetini ifa ederken kaza geçirerek hayatını kaybetmesi ile aynı kişinin trafik kazasında hayatını kaybetmesi, zarara sebep olan "fiil" bakımından aynıdır ve her iki durumda da ölenin maddi olarak katkıda bulunduğu kişilerin destekten yoksun kalma tazminatı talep etmeleri müm-

⁷ Kararın tam metni için bkz: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/10/20201009-17.pdf>

kündür. Benzer durum, kamusal sigorta için de geçerlidir. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bedeni zararlara dair yapılan ödemelerde de ister aynı ister farklı adlar altında ödeme yapılıyor olsun tazminatın temel çerçevesi aynıdır. Ancak bunlar her ne kadar tazminatın temel çerçevesi aynı olsa da şartları ve hesaplama detaylarında birbirinden farklılaşmaktadır.⁸ Bu şekilde oluşan zarar, her bir hukuk branşının kendi esasları çerçevesinde belirlenerek kişilerin uğradığı gerçek zararın tazmini ile benzer durumdaki kişiler için eşitlik ve hakkaniyet sağlanmaya çalışılmaktadır. Zorunlu trafik sigortasında da aynı amaç benimsenmiştir. Zira aksinin kabulü, devletin zorunlu kıldığı bir sigortayı devletçe belirlenen prim aralığı ve yine devletçe belirlenen sözleşme şartlarıyla akdeden vatandaşların zararları aynı olsa dahi farklı tazminatlar elde etmelerine, farklı düzeylerde zaman ve para harcamalarına cevaz vermek olacaktır. Bu durum ise zorunlu trafik sigortası sisteminin kurulma amacına tamamen ters düşmekte, 2918 sayılı Kanun'un sigortaya dair hükümlerinin genel mantığı ile bağdaşmaktadır.

2918 sayılı Kanun'un diğer hükümlerine bakıldığında oluşturulmaya çalışılan tazminat sisteminde kişilerin en hızlı şekilde zararının giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Örneğin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.1427 uyarınca tazminat ödeme borcu, sigortacının araştırmaları tamamlanınca ve her halükârda ihbardan itibaren 45 gün⁹ sonra muaccel olmakta iken 2918 sayılı Kanun m.99 uyarınca zo-

⁸ Diğer hesaplama yöntemleri için bkz. Çelik Ahmet Çelik, *Trafik-İş Kazaları*, 2.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.219-248. İrfan Taşkın, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat ve Hesaplanması*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.71-120. Mehmet Yaşar Şahin, *Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.63-104. Kemal Tahir Gürsoy, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", *AÜHFD*, Cilt 29, Sayı 1, 1972, s.174 vd. Özgür Hakan Çavuş, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2020, s.41-58. Murat Demircioğlu ve Sergül Balsever, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", *İÜHFD*, Cilt 74, 2016, s.1172-1173. Fatma Zeynep Altınar, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIII, Sayı 3-4, s.278-284 ve 288-289. Turabi TURAL, "Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Peşin Değer ve Beklenen Ömür Tabloları Üzerine Bir Çalışma", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 67, Sayı 4, 2009, s.105-116. Çelik Ahmet ÇELİK, *Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

⁹ 6102 sayılı Kanun m.1427/2 uyarınca can sigortalarında bu sürenin 15 gün olduğu düzenlenmiştir.

runlu trafik sigortasında sigortacının ödeme yapabilmesi için ihbardan itibaren sadece 8 iş günü bulunmaktadır. Her ne kadar maddede bu 8 iş günü sürenin, hak sahibinin Genel Şartlarda belirlenen belgeleri sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren başladığı düzenlense de uygulamada eksik evrakla ihbar yapılarak m.97 uyarınca yazılı başvurudan itibaren 15 gün geçtikten sonra doğrudan yargı yoluna başvurulduğu görülmektedir. Bu çerçevede kanun koyucu her ne kadar zarar görenin zararının en kısa sürede ve en hakkaniyetli şekilde tazmini amaçlanmış olsa da uygulamada, sıklıkla yargı yoluna başvurulduğu görülmektedir.¹⁰ Zira her ne kadar sigortacı ve hak sahibinin uzlaşması mümkün olsa da uzlaşılan tazminat miktarının “yetersiz veya fahiş olduğu” iddiasıyla iki yıl içinde dava yoluna gidilmesi mümkündür.¹¹ Görüldüğü üzere kanun koyucu, mağdurların sigortacı karşısında korunarak her anlamda haklarını en geniş şekilde kullanabilmelerini ve zararlarının tazmininin sağlanması için kanuni ortamın sağlanmasına çalışmıştır. Ancak, trafik kazası sebebiyle birden fazla mağdurun zarar görebildiği ve her bir mağdurun birden fazla zararının oluşabildiği, kaza hakkında ayrıca adli süreçler yürütülebildiği, diğer kurum ve kuruluşlardan bilgiye ihtiyaç duyulabildiği, tazminat hesaplaması için gerekli belgelerin tedarikinin zaman gerektirmesi gibi hususlar değerlendirildiğinde zararın tazmini için tanınan 15 günlük sürenin yetersiz kaldığı açıktır. Bu durum ise her bir trafik kazası sonrası sigortacıya iletilen öngörülemez sayıda zarar talebi ve dolayısıyla davayı beraberinde getirmektedir. Diğer yandan sigorta sözleşmesinden kaynaklanan ve sigortacının taraf olduğu uyuşmazlıklarda Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurularak özellikle belirli bir meblağın altındaki uyuşmazlıkların¹² itiraz ve temyiz yoluna tabi olmaması sebebiyle uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha az masrafla sonuçlandırılması imkânı bulunmaktadır. Ancak

¹⁰ Karasu, 2016, s.55 vd. Çelik, “Sigorta Anlaşmazlıklarında Tahkim Yolu”.

¹¹ Bkz. 2918 sayılı Kanun m.111; “Bu Kanun’la öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir.”

¹² Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından istih-sal edilen 16.04.2022 tarihli ve 31811 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Sigortacılık Kanununun 30 uncu Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ” uyarınca halihazırda geçerli itiraz sınırı 8.000,00-TL ve temyiz sınırı 107.000,00-TL’dir.

anılan başvurularda da yalnızca sunulan evrak üzerinden yargılama yapılabiliyor olması, eksik evrakla kişilerin talep edilebilir gerçek zararının tam olarak tespit edilememesine, hak edilenin üzerinde ya da aşağısında tazminatlara hükmedilmesine sebebiyet verebilmektedir.¹³ Kaldı ki kişilerin zararının tam anlamıyla giderilebilmesi ve hakkaniyetli bir zarar tazmin sistemi sağlanması için önemli olan en hızlı şekilde tazminat ödenmesi değil kişinin gerçek zararının doğru şekilde tespit edilerek giderilmesi olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Netice itibarıyla da ister mahkeme ister tahkim yoluna başvurulsun, her iki yöntemde de zararın ancak uyumsuzluk yaratılarak çözümlenmesi mümkün olduğundan halihazırda ortaya çıkan uygulamanın, kanun koyucunun yaratmaya çalıştığı, hak sahiplerinin en hızlı ve adil şekilde zararlarının giderilmesini sağlamaya yönelik zarar tazmin sisteminin mantığıyla örtüşmediği açıktır. Bu durumun çözümünün ise ancak zarar bildirimini, evrak sunumu ile tazminat hesaplama ve ödeme süreçlerinin ayrıntılı şekilde düzenlenerek daha sistematik bir şekilde tek merkezden yürütülmesinin sağlanması ile mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.¹⁴

Buraya kadar anlatılanlar aynı zamanda zorunlu trafik sigortasının kanundan gelen kendisine özgü uygulamalarını göstermekte; dolayısıyla da trafik kazası ile ortaya çıkan haksız fiillerin diğerlerinden farkını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla trafik kazalarından kaynaklanan haksız fiiller için getirilen zarar tazmin sistemi, diğer haksız fiillerden ayrılmasa dahi talep ve dava hakkı farklılaşmakta; hatta benzer nitelikteki diğer sigorta branşlarından dahi ayrı bir statüye koyulmakta, yani her halükârda trafik kazaları için kendine özgü bir sistem yaratılmaktadır. Yani m.90'ın yürürlükte olup olmaması trafik kazalarının diğer haksız fiillerden ayrılması durumunu etkilememek-

¹³ Karasu, 2016, s.55 vd. Çelik, "Sigorta Anlaşmazlıklarında Tahkim Yolu". Ecehan Yeşilova Aras ve Bilgehan Yeşilova, "Sigortacılık Tahkimi Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi Aydın Zevkileri'e* Armağan, Sayı 8, 2013, s.369-370.

¹⁴ Benzer uygulama olarak Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından 01.07.2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe koyulan 2022/12 sayılı "Değer Kaybı Ekspertiz İşlemlerine İlişkin Genelge" gösterilebilir. Anılan Genelge ile zorunlu trafik sigortası kapsamındaki değer kaybı tazminatı taleplerinin Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi tarafından sağlanan sistem üzerinden alınması ve yine aynı sistem üzerinden rapor tanzimi mümkün kılınmıştır.

tedir. Öte yandan sadece 2021 yılında 1 milyon 186 bin 353 adet trafik kazası gerçekleştiği; bu kazaya karışan araçlarda maddi hasarların da olduğu, 5 bin 362 kişinin hayatını kaybettiği ve 274 bin 615 kişinin yaralandığı¹⁵ değerlendirmeye alındığında konunun önemi daha net ortaya çıkmakta olup kanun koyucunun trafik kazaları için özel bir sistem benimsemesinin kaçınılmaz hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, trafik sigortasından kaynaklanan haksız filler ile diğer haksız fillerin aynı usul ve esaslara tabi olması gerektiğine dair görüşlere katılmamaktayız.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde 2918 sayılı Kanun m.90 çerçevesinde trafik sigortası kapsamındaki tazminatlar Genel Şartlarda belirlenen usul ve esaslara göre ödenmekteydi. Söz konusu karar sonrasında ise sigorta kapsamındaki tazminatların belirlenmesinde Genel Şartların esas alınması kanunî dayanağını yitirmiş olup, tazminatların ne şekilde belirleneceği hususunda belirsizlik ortaya çıkmıştır. Her ne kadar kural olarak Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağı ifade edilmiş olsa da anılan kanunda tazminat hesaplanmasına dair temel çerçeve çizilmiş olup hesaplamaların ne şekilde yapılacağı hakkında hüküm yer almamaktadır. Bu sebeple oluşan belirsizlik ortamında, Genel Şartlar kapsamında tazminat hesaplamasına cevaz veren mahkemeler ile birlikte Yargıtay da görüş değiştirerek tazminat hesaplamalarında Genel Şartların uygulanamayacağına hükmederek farklı hesaplama yöntemleri benimsemiştir.¹⁶ Bu durum ise sigorta sözleşmesinin yürürlük tarihi ve uğradıkları zarar türü aynı olan kişilerin, sadece taleplerini farklı tarihlerde dava etmeleri sebebiyle kendilerine farklı tazminat rejimi uygulanmasına yol açarak kişiler arasında adaletsiz bir durum ortaya çıkarmıştır. Buna ek olarak doğrudan sigorta şirketi tarafından ödenebilecek pek çok tazminat dosyasının yargıya taşınarak yoğun bir iş yükü doğmasına da sebebiyet vermiştir. Öte yandan şirketler açısından da mali anlamda öngörülebilirlik ortadan kalmış olup mali tablolarının ve prim hesaplamalarının olması

¹⁵ Kaynak: TÜİK, Karayolu Trafik Kaza İstatistikleri, 2021.

¹⁶ Örn. Yargıtay 17. HD. 14.01.2021 gün, 2020/2598 E. ve 2021/34 K. sayılı; 02.03.2020 gün, 2019/3713 E. ve 2020/2420 K. sayılı kararı; Yargıtay 4. HD. 21.10.2021 gün, 2021/5783 E. ve 2021/7345 K. sayılı kararı; Yargıtay 10. HD. 21.09.2020 gün, 2019/5184 E. ve 2020/4678 K. sayılı kararı, Yargıtay 21. HD. 17.09.2019 gün, 2018/6549 E. ve 2019/5177 K. sayılı kararı.

gereken şekilde yapılamadığı gözlemlenmiştir.¹⁷ Her ne kadar bu durumun sadece sigorta şirketlerini olumsuz etkilediği şeklinde yanlış bir algı ortaya çıksa da sigortacının ortaya çıkan zararını yine sigorta ile gidereceği gerçeği, aslında yine vatandaşların aleyhine bir durum ortaya koymaktadır. Ancak gözden kaçırılmaması gereken diğer bir konu da iptal kararı sonrası ortaya çıkan belirsizlik, yoğun davalasma ve hakkaniyete aykırı uygulamalara benzer etkilerin, sıkça yapılan mevzuat değişiklikleri neticesinde de görülmesidir. Bu çerçevede, idarenin de kanunla verilen yetkinin, amacı dışında kullanıldığı hakkında şüphe uyandıracak şekilde düzenleme yapma yetkisini sık kullanmaması hem kişi haklarına hem de uygulamaya göre en hakkaniyetli ve sistematik tazminat sistemine hizmet eder kapsamlı genel şartları yürürlüğe koyduktan sonra yalnızca elzem durumlarda değişiklik yapması, başka bir deyişle yerleşik bir zarar tazmin sistemi benimsemesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Ortaya çıkan belirsizliğin giderilmesi için m.90'da 09.06.2021 tarihli ve 7327 sayılı Kanun ile tekrar değişiklik yapılarak madde metni, şu hale getirilmiştir:

“Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanunda (...) öngörülen usul ve esaslara tabidir. Bu tazminatlardan; a) Değer kaybı tazminatı, aracın; piyasa değeri, kullanılmışlık düzeyi, hasara uğrayan parçaları ile hasar tutarı dikkate alınarak, b) Destekten yoksun kalma tazminatı, ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu ve zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı esas alınarak hayat anüiteleri ile genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun olarak, c) Sürekli sakatlık tazminatı, ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu, zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı ve sürekli sakatlık oranı esas alınarak hayat anüiteleri ile genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun olarak, hesaplanır. Söz konusu tazminatlar ve manevî tazminata ilişkin olarak bu

¹⁷ Cüneyt Tunç ve Özgür Akpınar, “Zorunlu Trafik Sigortasındaki Mevzuat Kaynaklı Değişikliklerin Prim Üretimine Etkisinin Analizi”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl XI, Sayı Eylül-2018, s.233 vd. Ayrıca bkz. Abdülhaim Temur, “Türkiye’de Trafik Sigortalarının Branş Karlılığını Etkileyen Faktörler ve Bu Faktörlerin Sigorta Sektörü Karlılığına Etkisi”, *Akademik Hassasiyetler Dergisi*, Cilt 5, Sayı 10, 2018, s.305-330. Muharrem Umut, “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Fiyatlandırma Rejimi ve Riskli Sigortalılar Havuzuna İlişkin Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2020, s.363.

Kanunda (...) düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir." Metinden de anlaşıldığı üzere zorunlu trafik sigortası kapsamında olan maddi tazminatlardan yalnızca değer kaybı tazminatı ile bedeni tazminatlardan yalnızca destekten yoksun kalma ve sürekli sakatlık tazminatı için esas alınacak temel kriterler kanunda belirlenmiştir.

Değişiklik sonrası, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce süregelen uygulamaların tazminat rejiminde farklılaşmalar ortaya çıkması, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile yeni maddenin yürürlüğe girdiği tarih arasındaki dönemde benimsenecek tazminat sisteminin belirlenememesi, Yargıtay'ın halihazırda bu hususta emsal bir kararının yayımlanmaması, yerleşik bir uygulamaya varılmasını zorlaştırmaktadır. Öte yandan idarenin takdir yetkisini kullanarak kişilerin zararlarını belirlemesinin Anayasa'ya aykırılığına dair tartışmalar da yeniden alevlenmiştir. Bununla birlikte yeni metinle, tazminat hesaplama yöntemine dair pek çok kafa karışıklığının giderilmiş, temel unsurların netleştirilmiş, bu şekilde kişi bazlı olmayan genel geçer bir zarar tazmin sistemi getirilmeye çalışılmış olduğu da bir gerçektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki bu konuda yapılan tartışmalarda çoğu zaman zorunlu trafik sigortasının kamusal yönüne odaklanılmakta, trafik sigortasının da bir sigortacılık ürünü olduğu, başka bir deyişle sigortacılık faaliyetinin bir parçası olduğu gerçeği göz ardı edilmektedir. Sigortacılık tekniğine göre poliçenin yürürlük süresi boyunca sigortacının üstlendiği risk ile bunlara karşılık gelen primin uyumlu olması gerekmektedir. Bunun tespiti ise sözleşme akdedilmeden önce sigortacı tarafından yapılmakta, risk ve prim dengesi göz önünde bulundurulurken prim teklifi, başka bir deyişle sigortacının üstlendiği riskin gerçekleşme ihtimaline göre katlanabileceği maliyet, sigorta ettirene iletilmektedir. İhtiyari sigorta branşlarına dahil olan ürünlerde, serbest tarife uygulandığından sigortacı tarafından kendi nezdinde belirlenen esaslara göre tazminat hesaplaması yapılması mümkündür. Ancak trafik sigortası, zorunlu bir sorumluluk sigortası türü olduğundan, hasar frekansının da yüksekliği göz önüne alınarak idare tarafından belirlenen tarifeye tabi kılınmıştır. Bununla birlikte anılan tarife, tek fiyat uygulaması olmayıp araç türü, kayıtlı olduğu il ve geçmiş yıl hasarı göz önüne alınarak bir üst sınıra tâbi olması şeklindedir. Bu

çerçevede, sigortacının hala bir risk değerlendirmesi yaparak prim tutarını belirleme yetkisi bulunmaktadır.¹⁸ Öte yandan 6102 sayılı Kanun m.1401'den de anlaşılacağı üzere kişinin "para ile ölçülebilir bir menfaatini" zarara uğratan tehlike teminat altına alınmaktadır. Sorumluluk sigortaları da zarar sigortalarına dahil olduğundan "ölçülebilirlik" kriteri, trafik sigortası için de geçerlidir. Bu sebeptendir ki sigortacının trafik kazası gerçekleştiğinde ödemek zorunda kalacağı tazminat tutarının ölçülebiliyor olması gerekmektedir. Yine bu sebeptendir ki trafik kazasından kaynaklanan zararın tespiti için temel esasların belirlenmesi, sigorta ilişkisinin kurulması için de kaçınılmazdır. Kaldı ki yukarıda daha ayrıntılı şekilde anlatıldığı üzere 2918 sayılı Kanun sisteminde sigortacıya yapılan başvurudan sonra temerrüt ve dava şartı için tanınan sürelerin oldukça kısa tutulması, kanun koyucunun trafik kazası mağdurlarının en kısa sürede zararlarının tazminini sağlama amacını benimsediğini göstermekte, yani sigortacıya başvuru yapıldığında tazminatın hesaplanarak ivedilikle ödenmesi hedeflenmektedir. Bu durum ise ancak tazminat hesaplama esaslarının kanunda gösterilmesi ile sağlanabilecek olup aksinin kabulü tüm başvurular için yarıya başvurulmasını beraberinde getirecektir. Enflasyonist ekonomiye sahip olan ülkemizde dava süreçlerinin de uzun sürdüğü göz önüne alındığında, kişilerin uğradığı zarara kaza tarihinden itibaren kanuni faiz işletilmesiyle tazminatın gelecekteki değerine ulaşılması amaçlansa da¹⁹ tazminata karşılık parasal değer in aslında zararın doğduğu tarihteki değerinden daha düşük olacağı gerçeğinin her halükârda kişilerin aleyhine bir durum yarattığı açıktır. Bu çerçevede, en hızlı sürede ve herkes için eşit şartlarda tazminat hesaplaması yapılmasının kişilerin en lehine olan zarar tazmini yönteminin açık olduğu, dolayısıyla

¹⁸ Temur, 2018, s.323. s.160. Ülgen Aslan Düzgün, "Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları ile Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 14, 2019, s. 160. Umut, 2020, s.369.

¹⁹ Tüzel kişilerde ticari faiz türleri de talep edilmekte olup kanuni faiz uygulaması kural olarak gerçek kişilerin (hususî kayıtlı olarak tescil edilmiş araçların) taleplerinde geçerlidir. Halihazırda kanuni faiz yıllık %9 olarak uygulanmaktadır. Emsal kararlar için bkz. Yargıtay 17. HD; 26.10.2020 gün, 2019/1717 E. ve 2020/6220 K. sayılı; 09.06.2020 gün, 2019/4356 E. ve 2020/3280 K. sayılı; 21.03.2019 gün, 2016/8858 E. ve 2019/3377 K. sayılı; 22.10.2019 gün, 2019/3614 E. ve 2019/9775 K. sayılı; 02.07.2018 gün, 2017/5378 E. ve 2018/6575 K. sayılı; 18.02.2016 gün, 2014/7215 E. ve 2016/1911 K. sayılı; 21.10.2010 gün, 2010/5321 E. ve 2010/8610 K. sayılı kararları. (Kararların tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası ve Corpus İçtihat Bankası)

2918 sayılı Kanun ile düzenlemenin kişilerin lehine olduğu değerlendirilmektedir.

III. ZORUNLU TRAFİK SİGORTASI ZARAR TAZMİN SİSTEMİ

Zorunlu trafik sigortası kapsamında sigorta şirketleri tarafından araç hasarlarında; harici onarım durumunda araç onarım bedeli ve hasar sebebiyle aracın satış değerinde oluşan farazi kayba dair değer kaybı tazminatı, bedensel zararlarda ise kazada yaralanan kişinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanan tutarı aşan tedavi giderleri, belirli süre çalışmaması sebebiyle ödenen geçici iş göremezlik tazminatı ve kaza sebebiyle hayatını idame ettirirken kaza öncesinden daha fazla efor sarf edecek olması sebebiyle ödenen sürekli sakatlık tazminatı, kazada can kaybının söz konusu olması durumunda, ölüm hemen gerçekleşmemişse Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanan tutarı aşan tedavi giderleri tazminatı, cenaze giderleri tazminatı, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilere ödenen destekten yoksun kalma tazminatı ile zararın tespiti için yapılan ekspertiz ücreti, adli tıp kurul raporu ücreti, yol masrafı gibi diğer makul masraflar karşılanmaktadır.²⁰ Zorunlu trafik sigortası teminatlarına, 2918 sayılı Kanunda yer verilmemiş olup Kanun'un 93'üncü maddesinden gelen yetki ile Genel Şartlarda belirlenmiştir. Bununla birlikte, anılan teminatların hiçbirisi 2918 sayılı Kanun'da ya da Genel Şartlarda tanımlanmamış, sadece içeriklerinin ne olduğu ifade edilmiştir.

Genel Şartlarda ise trafik sigortası kapsamında sunulan teminatlar, "Maddi Zararlar Teminatı", "Sağlık Giderleri Teminatı" ve "Sürekli Sakatlık Teminatı" olarak üç ana gruba ayrılmıştır. Bunlardan "Sağlık Giderleri Teminatı" kapsamındaki tazminatlar, 2918 sayılı Kanun'un 98'inci maddesi uyarınca sigorta şirketleri tarafından yazılan primlerin veya Güvence Hesabı tarafından tahsil edilen katkı paylarının belirli bir yüzdesinin²¹ iletilmesi karşılığında Sosyal Güvenlik Kurumuna

²⁰ Bkz. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları "A.5. Kapsama Giren Teminat Türleri" maddesi.

²¹ 2918 sayılı Kanun m.98/2 uyarınca anılan oran, "Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda; sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve Güvence Hesabınca tahsil edilen katkı paylarının %15'ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak" Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından maktu veya nispi olarak belirlenmektedir.

devredilmiştir. Bu çerçevede, bu teminat kapsamında yapılan ödemeler, doğrudan alınan sağlık ve tedavi hizmeti ile ilişkilendirilip Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından gerçekleştirilmektedir.²² Dolayısıyla bu teminata ilişkin tazminat hesaplaması ya da belirsizlik söz konusu olmadıktan 7327 sayılı Kanun ile değişik m.90'da bu teminata ilişkin herhangi bir düzenleme yer verilmemiştir.

Maddi Zararlara İlişkin Yenilikler

Genel Şartların "A.5. Kapsama Giren Teminat Türleri" maddesinde "*Maddi Zararlar Teminatı: Hak sahibinin bu Genel Şartlarda tanımlanan ve zarar gören araçta meydana gelen değer kaybı dahil doğrudan malları üzerindeki azalmadır.*" hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca maddi zararlar teminatında aracın kaza sebebiyle uğradığı değer kaybı dahil olmak üzere kişinin doğrudan malvarlığında meydana gelen zararlar karşılanmaktadır. Araç onarım bedeli, aracın pert olması durumunda araç bedeli ile hasar sebebiyle aracın satış değerinde oluşan farazi kayba dair değer kaybı tazminatı bu teminattan karşılanmaktadır.

Genel Şartlar kapsamında değer kaybı hesaplamaları için farklı tarihlere farklı değer kaybı formülleri yürürlüğe konulmuş olup bunlardan bir kısım hükümler, Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Emsal Danıştay kararlarından varılacak sonuç, halihazırda teminat üst sınırı varken değer kaybı hesaplamasında araç türü ya da hasar bölgesi bazlı birtakım istisnalarla değer kaybı formülü belirlenmesinin yerinde olmadığı, hasar tutarı bakımından muafiyet getirilemeyeceği, belirli kilometrenin üzerindeki araçlarda değer kaybı oluşmayacağı kabul edilemeyeceği, aracın kullanım türünün değer kaybı tazminatı için ek sınırlama getirmesinde kullanılamayacağıdır.²³

²² 2918 sayılı Kanun m.98 uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğu, yalnızca Sağlık Uygulama Tebliği'nde (SUT) yer alan alacak kalemleri ve tutarlar ile sınırlı olup aşan zarardan sigorta şirketlerinin sorumluluğu devam etmektedir.

²³ Anılan iptal kararları için bkz. Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/8948 E. ve 2018/6096 K. sayılı; 2015/6282 E. ve 2018/609 K. sayılı; 2015/6111 E. ve 2018/6093 K. sayılı; 2015/6039 E. ve 2018/6089 K. sayılı; 2015/5619 E. ve 2018/6098 K. sayılı; 2015/5029 E. ve 2018/6097 K. sayılı; 2015/9165 E. ve 2018/6102 K. sayılı; 2015/8728 E. ve 2018/6095 K. sayılı; 2015/6110 E. ve 2018/6092 K. sayılı; 25.09.2018 gün, 2015/8848 E. ve 2018/6447 K. sayılı kararları. (Kararların tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası ve Corpus İçtihat Bankası)

2015, 2020 ve 2021 yıllarında yürürlüğe koyulan genel şartlar değişiklikleri kapsamında farklı değer kaybı tazminatı hesaplama formülleri yürürlüğe konulmuştur. 2015 yılında yürürlüğe konulan formülde²⁴; hasarlanan aracın birtakım parça gruplarında yapılan değişim ve onarım işlemleri için belirlenen katsayılar ile eksper takdirine göre belirlenen katsayılarla araç rayiç değeri üzerinden hesaplama yapılmaktadır. Öte yandan aracın kilometre bilgisinin 15.000'den fazla veya az olmasına göre farklı formüller benimsenmiş olup bu formülasyonda kilometre bilgisi 165.000 üzeri olan araçlarda değer kaybı oluşmaması²⁵ sebebiyle formülün gerçek değer kaybını ortaya koymadığı açıktır. 2020 formülünde²⁶ ise araç rayiç değeri üzerinden belirlenen katsayı ile hasar tutarının araç rayicine oranına göre belirlenen hasar boyutu ve aracın kilometre bilgisine göre belirlenen kullanılmışlık katsayısına göre hesaplanacağı düzenlenmiştir. Öte yandan formülasyon, sayılan parametreler için belirlenen katsayıların gerçek durumu yansıtacak şekilde belirlenmediği, bu sebeple her araç için eşit şekilde tazminat tutarı hesaplanmadığı, pek çok olay bakımından saptalara sebep olduğu konusunda eleştiri konusu olmuştur. 2021 yılında yürürlüğe konulan formülde²⁷ ise 2918 sayılı Kanun m.90 yürürlüğe girdikten sonra uygulamaya konulmuş olup maddede sayılan parametrelerin tamamı esas alınarak; aracın rayiç değeri ve kullanılmışlık düzeyine göre, ayrıca araç türü göz önünde bulundurularak parça ve yapılan işlem bazlı olarak, aracın geçmişte hasara uğrayıp uğramadığı da değerlendirilerek belirlenen katsayılar üzerinden hesaplama yapılmaktadır. Genel Şartlar 04.12.2021 tarihinde yürürlüğe konulmuş olup uygulamada henüz anılan formülasyona ilişkin ciddi bir eleştiri ya da hukuka aykırılığına ilişkin bir yargı kararına rastlanılmamıştır.

Yargıtay'ın değer kaybının aracın kaza öncesi piyasa değeri ile kazadan sonraki piyasa değeri arasındaki farka göre hesaplanacağına dair değerlendirmesinden hareketle "piyasa araştırması metodu" ya da "piyasa analiz yöntemi" olarak adlandırılan bir yöntemin de kul-

²⁴ Bkz. 14.05.2015 tarihli ve 29355 sayılı Resmî Gazete.

²⁵ Günay Deniz Dursun ve Yaşar Uysal, "Trafik Kazalarına Karışan Araçların Onarım Sonrası Piyasa Rayicindeki Değer Kaybı ve Kaza Analizi", *Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 15, 2019, s.33.

²⁶ Bkz. 20.03.2020 tarihli ve 31074 sayılı Resmî Gazete.

²⁷ Bkz. 04.12.2021 tarihli ve 31679 sayılı Resmî Gazete.

lanılmaya başlandığı görülmektedir. Piyasa araştırması, 2015 yılında yürürlüğe giren Genel Şartlarda yer alan değer kaybı hesaplama formülünde, aracın piyasa değerinin tespiti için kullanılmış olup bilimsel gerçeklikten uzak ve tutarsız sonuçlar verdiği için gerçek zararın tespitinde kullanılmasının mümkün olmadığı açıkça ortaya çıkmıştır. Zira, bu yöntem, hiçbir resmî bilgiye ya da bilimsel dayanağa sahip olmayan, araç alım satımı ile ilgili ilanların yer aldığı ve bu alanda birçok kişi tarafından referans kabul edilen çeşitli internet sitelerinden, araçla aynı özellikte olmayan ancak “benzer” birtakım niteliklere sahip araçların, yine bu internet sitelerinde gösterilen ortalama fiyatı esas alınarak “kanaatle” belirlenmesi şeklindedir. Yani bu yöntemle aracın kaza öncesi ve kaza sonrası değerinin açık ve net şekilde tespit edilmesi imkânı bulunmamaktadır. Zira her araç kullanım şekli, geçmiş hasarları, parçaların durumu gibi kendine özgü unsurları sebebiyle aynı model diğer araçlardan ayrılmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu internet siteleri özel teşebbüsler olup sitede yayımlanan ilanlar ya da ilan sahipleri doğrulanmaksızın araçlar, arzu edilen bedelde satışa sunulmaktadır. Dolayısıyla bir kimsenin asılsız ilanlar yayımlayarak herhangi bir aracın piyasa bedelini kolaylıkla yükseltmesi ya da azaltması mümkündür. Yani bu yöntemde aracın ortalama değerinin tespitine yönelik dikkate alınan muadil araçlara ilişkin ilanlarda yer alan tutarlar, gerçekleşmiş satış tutarları değil, satıcının aracını satmayı arzu ettiği tutarlardır. Dolayısıyla bu yöntem, spekülâtorlerin etkisine açık olup gerçek rayiç bedelinin belirlenmesinde yetersiz kalmaktadır.²⁸ Ek olarak bu sitelerle, aracın tüm özelliklerinin aynı olduğu emsal bir aracın bulunması, dolayısıyla aracın gerçek piyasa değerinin tespiti mümkün değildir. Eksper kanaatinin oldukça etkili olduğu bu yöntemde, eksperin kanaatini araç değerini arttırıcı yönde kullanmasında hak sahibi lehine ve sigortacı aleyhine, eksperin kanaatini araç değerini azaltıcı yönde kullanmasında ise hak sahibi aleyhine ve sigortacı lehine bir durum ortaya çıkmaktadır ki her iki halde de gerçek zararın tespitinden ve tazmininden söz etmek mümkün değildir. Öte yandan bu yöntemin savunucuları tarafından sıklıkla aracın “gerçek” değer kaybının tespiti için piyasa araştırması yönteminin uygulanması gerektiği savunulmakta olup anılan yöntem, hesaplama yapan her bir

²⁸ Dursun ve Uysal, 2019, s.24-25.

sigorta eksperleri tarafından farklı sonuçlar elde edildiği, hak sahipleri arasında eşitsizlik yarattığı ve birtakım kişiler tarafından manipüle edilerek sebepsiz zenginleşmeye yol açtığı için bilimsel gerçeklikten uzak bu yöntemin savunulmasının mantıkla da hakkaniyetle de bağdaşmadığı değerlendirilmektedir.²⁹

7327 sayılı Kanun ile değişik m.90 metninde ise değer kaybı tazminatı hesaplaması için aracın “piyasa değeri, kullanılmışlık düzeyi, hasara uğrayan parçalar, hasar tutarı” parametrelerinin esas alınması gerektiğine yer verilmiştir. Sayılan bu parametreler, bir aracın değer kaybına uğrayıp uğramadığının tespitinde eksiksiz şekilde dikkate alınması gereken unsurlardır.

“Piyasa Değeri”; aracın marka, model ve yıl bilgisine göre ortalama fiyatını ortaya koymaktadır. Aracın kaza öncesi piyasa değeri, araçta kaza sonrası oluşacak değer kaybı hesaplaması için en önemli parametrelerden biridir. Zira değer kaybı hesaplamalarının hareket noktası, aracın kaza tarihindeki piyasa değeridir. “Kullanılmışlık Düzeyi”; aracın emsallerine göre yıpranma payının değerlendirmeye katılarak gerçek değerinin tespitini sağlamaktadır. Kullanılmışlık düzeyi çoğu araç gruplarında kilometre düzeyi üzerinden hesaplanmakla birlikte, traktör, iş makinesi ve tarım makinesi gibi araçlarda çalışma süresi üzerinden hesaplanmaktadır. Dolayısıyla aracın kaza tarihindeki kullanılmışlık düzeyi arttıkça, araçta kaza sonrası oluşacak değer kaybı azalmaktadır. Örneğin; 50.000 kilometredeki bir otomobilde oluşacak değer kaybı, aynı kazayı yapan 5.000 kilometredeki aynı araçta oluşacak değer kaybından çok daha düşük olacaktır. “Hasara Uğrayan Parçalar” parametresi ise aracın hasarlandığı bölgeye göre hasarın büyüklüğü ve aracın değerine etkisi değişiklik gösterdiğinden gerçek zararın tespitini sağlamaktadır. Örneğin; aracın motor kaputunun zarar göresi ile tamponunun zarar görmesi, aracın değerini aynı ölçüde etkilememektedir. Aracın hasara uğrayan parçalarının onarımı mümkünse onarılma, onarımı mümkün değilse değiştirilme ve boyanma işlemi görme durumu aracın kaza sonrası oluşacak değer kaybının temel belirleyicilerindendir. Dolayısıyla, değer kaybı tazminatı hesaplanırken sigorta eksperinin aracın kazada zarar gören parçalarını tetkik ederek, bu parçalara hangi işlemlerin (onarım, değiştirme, boyama gibi) uy-

²⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Dursun ve Uysal, 2019, s.33.

gülandığını göz önünde bulundurması gerekmektedir. “Hasar tutarı” ise; sigorta şirketi tarafından maddi hasara ilişkin ödenen zarar gören parçalar ile işçilik ücretlerinin toplamından oluşmaktadır. Hasar tutarı arttıkça kazanın araç üzerindeki orantısal etkisi de artacağından araçta oluşacak değer kaybı daha fazla olacaktır. Örneğin; 150.000,00-TL piyasa değerindeki bir araçtaki 10.000,00-TL toplam hasarla, 50.000,00-TL piyasa değerindeki bir araçtaki 10.000,00-TL toplam hasar, aynı değer kaybına sebep olmayacak, teoride ikinci aracın daha çok değer kaybına uğradığı kabul edilebilecektir. Bu parametrelerin her biri okuyan herkes tarafından kolaylıkla anlaşılabilir kavramlar olup kaza sonrasında araçta oluşacak değer kaybının tespitinde esas alınacak tüm temel parametreleri teşkil ettiğinden hesaplama yapılırken hepsinin bir arada değerlendirmeye alınması gerekmektedir.

Bu çerçevede m.90’da değer kaybı tazminatı için sayılan unsurlar incelendiğinde; hem geçmişte yürürlüğe koyulan tüm formülasyonlardaki parametreleri hem de piyasa araştırması yöntemini içerecek şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bu şekilde, hangi formül uygulanırsa uygulansın maddede sayılan tüm unsurların dikkate alınarak hesaplama yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Değer kaybına etki edebilecek tüm unsurların da maddede sayıldığı göz önüne alınarak kanun değişikliği ile eksik değerlendirmeye tazminat hesaplaması yapılmasının engellenebileceği, piyasa araştırması metodu gibi bilimsellikten uzak ve tamamen kanaate dayalı yöntemleri bertaraf edebileceği, bu bakımdan kanun değişikliğinin adil bir tazminat sistemi getirilmesinde faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Bedeni Zararlara İlişkin Yenilikler

Genel Şartların “A.5. Kapsama Giren Teminat Türleri” maddesinde “*Sakatlanma Teminatı: Üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, bu Genel Şartların Ek2’inde yer alan esaslara göre belirlenen tazminatları içeren teminatıdır. Trafik kazası nedeniyle mağdurun geçici iş göremezliği ve sürekli sakatlığı bu teminattan karşılanır. Mağdurun tedavi sürecinin tamamlanması sonrasında sakatlık oranının ve geçici iş göremezlik süresinin belirlenmesinde, Kurul Raporu dikkate alınır. ... Geçici iş göremezlik süresi ve sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan ve tibben gerekli olan sürekli bakıcı giderleri de bu teminat kapsamındadır.*” hükmü yer almaktadır.

Bu çerçevede sakatlanma teminatında, kişinin tedavisi tamamlandıktan sonra bedeni durumundaki eksilmenin stabil hale gelmesinden sonra ortaya çıkan zararın, başka bir deyişle efor kaybının³⁰ ve buna ilişkin giderlerin karşılanması amaçlanmaktadır. Yani kişinin sürekli sakatlığından dolayı ekonomik hayata eksik katılımı sebebiyle uğrayacağı maddi kayıplar bu teminattan karşılanmaktadır. Öte yandan kişinin sürekli olarak ihtiyaç duyabileceği bakıcı giderleri de yine bu teminattan karşılanmaktadır. Teminat kapsamı içerisinde sürekli bakıcı giderinin sayılması ancak geçici bakıcı giderinin sayılmaması ise söz konusu giderin hangi teminat kapsamında olduğu hakkında tereddüde sebebiyet vermekle birlikte kişinin efor kaybının kesinleşmesine kadar olan süreçteki giderlerin sağlık giderleri teminatından karşılanıyor olması sebebiyle geçici bakıcı giderinin de anılan teminat kapsamına girdiği düşünülmektedir.³¹

Genel Şartların "A.5. Kapsama Giren Teminat Türleri" maddesinde ayrıca "*Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı: Üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla ölenin desteğinden yoksun kalanların destek zararlarını karşılamak üzere bu Genel Şartların Ek-3'ünde yer alan esaslara göre belirlenen tazminatları içeren teminattır*" hükmü de yer almaktadır. Metinden de anlaşıldığı üzere ölüm teminatında diğer teminatlardan farklı olarak hak sahibi, doğrudan zarar gören kişi değil trafik kazası sebebiyle hayatını kaybeden kişinin desteğinden mahrum kalan kişilerdir.³² Yani ölüm teminatında yansıma hak sahipliği söz konusudur.³³

³⁰ Yıldırım Keser, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Geçici İş Göremezlik Tazminatı", *YÜHFD*, Cilt XVIII, Sayı 2, 2021, s.1042. Sakatlık tazminatının efor kaybına ilişkin olduğuna dair emsal kararlar için bkz. Yargıtay 17. HD 16.02.2021 gün, 2020/511 E. ve 2021/1377 K. sayılı; 26.11.2018 gün, 2018/959 E. ve 2018/11263 K. sayılı; 29.01.2018 gün, 2015/6586 E. ve 2018/357 K. sayılı; 09.12.2015 gün, 2014/1724 E. ve 2015/13653 K. sayılı kararları. (Kararların tam metni için bkz. Corpus İçtihat Bankası)

³¹ Benzer yönde bkz. Yıldırım KESER, Geçici İş Göremezlik, s.1053. Ayrıca bkz. Yargıtay 17. HD; 17.11.2020 gün, 2019/6028 E. ve 2020/7134 K. sayılı; 03.12.2020 gün, 2019/6271 E. ve 2020/8104 K. sayılı; 28.05.2019 gün, 2016/16097 E. ve 2019/6856 K. sayılı kararları. (Kararların tam metni için bkz. www.yargitay.gov.tr)

³² Habib Yıldız, "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Poliçesi Kapsamının Sürücünün Tam Kusuru Halinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı Hakkında Yaklaşımlar", *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 11, 2021, s.31. Çavuş, 2020, s.51-53. Gürsoy, 1972, s.145.

³³ Destekten yoksun kalma zararının yansıma zarar olmasına ilişkin bkz. Yıldız, 2021, s.32-34. Çavuş, 2020, s.42. Demircioğlu ve Balseven, 2016, s.1174-1175. Seda

7327 sayılı Kanun ile değişik m.90'da destekten yoksun kalma tazminatı ve sürekli sakatlık tazminatı için "ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu", "zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı", "zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı ve sürekli sakatlık oranı", "hayat anüiteleri" ile "genel kabul görmüş aktüerya kurları" olarak bedeni tazminat hesaplamasına dair birtakım unsurların belirlendiği görülmektedir. Bedeni tazminat hesaplamalarında değer kaybı tazminatından farklı olarak tazminat hesaplamasına esas tüm parametrelerin sayılması yoluna gidilmemiş, yalnızca temel unsurlar belirtilmiştir.

Bunlardan "Ulusal Doğum ve Ölüm İstatistikleri Kullanılarak Hazırlanan Hayat Tablosu"; ülkedeki yaşama ve ölüm istatistiklerine göre elde edilen sonuçlardan, her bir yaş için bir yıl içerisinde kaç kişinin hayatta kalacağını ve öleceğinin öngörüldüğü, bu haliyle kişinin olası yaşam süresinin belirlendiği tablolardır.³⁴ Bu tablolar, geçmiş yıllara ait nüfus verileri kullanılarak elde edildiğinden gelecekte de benzer yaşama ya da ölüm olasılıklarının gerçekleşeceği varsayılmaktadır.³⁵ Bu şekilde zarar gören kişinin muhtemel bakiye ömrü bu tablolara göre belirlenerek kişinin kalan ömrü boyunca kaza sebebiyle oluşan efor kaybıyla yaşamak zorunda kaldığından hareketle tazminat hesaplaması yapılmaktadır.

İrem Çakırca, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2012, s.166 ve s.168-169. Emre Gökyayla, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.58. Gürsoy, 1972, s.145. Mehmet Serkan Ergüne, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Sigorta Hukuku Sempozyumları, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018, s.12. Mustafa Kılıçoğlu, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Bilge Yayınevi, 2019, s.28 vd.

³⁴ Fikri Akdeniz ve Funda Erduğan, Aktüerya Matematiği ve Yaşam Analizi, 3.Baskı, Adana: Akademisyen Kitabevi, Adana 2016, s.52. Şule Şahin, Ezgi Nevruz, Başak Bulut Karageyik, Güven Şimşek, İş Göremezlik Tazminatı Hesaplama Yöntemleri", Ankara: Seçkin Yayınları, 2021, s.25.

³⁵ Şule Şahin, Ezgi Nevruz, Başak Bulut Karageyik, Güven Şimşek, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplama Yöntemleri", 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, s.23. Atilla Altıp, "Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 sayılı ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları ile Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt 8, Sayı Özel, 2013, s.172-173.

Bir ülkedeki doğum ve ölüm oranları kullanılarak hazırlanan hayat tabloları, cinsiyete, bölgeye, meslek grubuna göre farklılaştırılabilen, alınan veri setine göre farklı tablolar oluşturulabilmektedir. Yargıtay tarafından uzun yıllar boyunca PMF 1931 tabloları benimsenmiştir. Fransa'da dönemin verileri esas alınarak cinsiyet ayrımı yapılmaksızın oluşturulduğundan bu tabloda kişilerin beklenen yaşam süresi oldukça kısadır.³⁶ Öte yandan tabloya esas veriler ülkemizin demografik yapısıyla da örtüşmediğinden kişilerin uğradığı zararın tespitinde kullanılmasının yerinde olmadığı açıktır.³⁷ Bununla birlikte, Türkiye verileri göz önüne alınarak 2010 yılında, Hazine Müsteşarlığı tarafından yürütülen çalışma sonucu "Türkiye Kadın-Erkek Hayat Tabloları" (TRH 2010) oluşturulmuştur. TRH 2010 tabloları, Genel Şartlar kapsamında 2015 yılından itibaren bedeni tazminat hesaplamalarında sigortacılık sektöründe esas alınmakta olup Yargıtay tarafından da benimsenmiştir.³⁸

Her ülkenin ölüm oranları, o ülkeye özgü çeşitli demografik özelliklerin yanı sıra ekonomik ve coğrafi faktörlerin de etkisi altındadır. Nüfusların karakteristik özelliklerinin önemli ölçüde farklılıklar taşıması nedeniyle ölüm oranları ülkeden ülkeye değişmektedir. Buradan hareketle, her ülkenin kendi demografik verileriyle hazırlanmış olan hayat tablolarını kullanması ve bu tabloların belirli zaman aralıklarında güncellenmesi âdil, doğru ve isabetli prim ve tazminat hesaplanması noktasında önem arz etmektedir.³⁹ Bu sebeple, 7327 sayılı Kanun ile değişik m.90'da yer verilen "ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu" ibaresi ile bedeni tazminat hesaplamalarında Türkiye'ye özgü hazırlanmış bir hayat tablosunun uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu çerçevede, PMF 1931 tablolarının bedeni tazminat hesaplamalarında kullanılması halihazırda kanuna da aykırı olacaktır. Kaldı ki Yargıtay'ın muhtelif kararlarında

³⁶ Uğur Karabey, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Aktüerya", Sigorta Hukuku Sempozyumları, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018, s.27.

³⁷ Şahin ve diğerleri, 2020, s.12. Şahin ve diğerleri, 2021, 13-14.

³⁸ Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından da hâlihazırda tazminat ödemelerinde bu tablolar esas alınmaktadır. Bkz. 28.09.2008 tarihli ve 27011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası Bakımından İşverenin, Üçüncü Kişilerin ve Sigortalıların Sorumluluğu ile Peşin Sermaye Değerlerinin Hesaplanmasıyla İlgili İşlemler Hakkında Tebliğ".

³⁹ Şahin ve diğerleri, 2020, s.23.

da bedeni tazminat hesaplamalarında TRH 2010 tablolarının kullanılmasının yerinde olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰

Maddedeki bir diğer parametre, “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Yüzde 2’yi Geçmemek Üzere Belirlenen İskonto Oranı” dır. Bedeni tazminat hesaplamalarında trafik kazası sebebiyle kişinin yaşadığı efor kaybı, o kişinin vücut tamlığı bozulmasaydı ömür boyu elde edeceği kazanç üzerinden kaza sebebiyle oluşan sakatlık oranı kadar mahrum kaldığı kazanç toplamı ile ölçülmektedir.⁴¹ Bu şekilde efor kaybı, kişinin bakiye ömrü boyunca 1 yıllık dönemler halinde hesaplanmakta ve bu dönemler toplanarak nihai tazminat tutarı elde edilmektedir. Örneğin; 40 yaşında erkek bireyin, kaza sebebiyle %30 malul olması halinde TRH 2010 (Erkek) tablosuna göre bakiye ömrü yaklaşık 39 yıldır. Bu kişinin %30 malul kalması sonrası, kaza gerçekleşmeseydi 39 yıl boyunca efor harcamaksızın kendiliğinden elde edebileceği kazancın %30’u için fazladan efor harcayacağı varsayımıyla bu fazla eforun karşılığı olarak kendisine toplu tazminat ödemesi yapılmaktadır. Kişinin kalan ömrü boyunca 1 yıllık dönemler halinde yapılması gereken ödemelerin bugün topluca yapılması sebebiyle gelecekteki tazminatın bugünkü değerinin hesaplanması gerekmektedir. Gelecekte ödenmesi gereken tutarın bugünkü değeri ise finans matematiği gereğince ödemelerin belirli bir oranda iskonto edilmesi ile hesaplanmaktadır.⁴² Yani iskonto oranı, bedeni tazminatlar için hesaplanan tazminat tutarının bugünkü değerinin (peşin değerinin) bulunmasında esas alınmaktadır. Zira yukarıdaki örnekte bu kişi, trafik kazası gerçekleşmeseydi 39 yıllık kazancını topluca elde edemeyecek, 39 yıl boyunca bu kazancı elde etmek için efor sarf edecekti. Bu çerçevede ödemede temerrüde düşen borçlu, borç tutarına işletilen faizle birlikte ödemek zorunda kalıyor başka bir deyişle borç tutarı ödeme tarihindeki değerine getiriliyorsa benzer şekilde örnekte de zarar gören kişinin 39 yıl sonra alması gereken tutardan belirli bir oranda iskonto edilerek tazminat hesaplanması, başka bir ifadeyle 39

⁴⁰ Örn; Yargıtay 17. HD. 22.12.2020 gün, 2019/5206 E. ve 2020/8874 K. sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesi tarafından m.90’da kısmi iptale hükmolündükten sonra TRH 2010 tablosunun %0 teknik faizle (iskonto) kullanılabileceğine hükmolunmuştur.

⁴¹ Erhan Günay, Trafik Kazalarından Kaynaklanan Davalar, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s.157.

⁴² Şahin ve diğerleri, 2020, s.17.

yıl boyunca yapılacak ödemenin bugünkü değerine getirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede iskonto, kişinin gerçek zararının tespiti için elzem bir unsur olup borçlar hukukunun “gerçek zararın tazmini ilkesi” ile “sebepsiz zenginleşme yasağına” da uygundur.⁴³

7327 sayılı Kanun ile değişik m.90'da “%2'yi geçmemek üzere belirlenen” iskonto oranı ibaresi yer almakta olup iskonto oranının, değişen ekonomik koşullar ve finansal piyasalardaki gelişmeler çerçevesinde yeniden hesaplanıp idare tarafından tekrar belirlenebilmesi ihtiyacı hasıl olabileceğinden maddede net bir iskonto oranı belirlenmemesinin yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Öte yandan idareye bırakılan iskonto oranı belirleme yetkisinin de sınırsız olmayıp %2 ile sınırlandırılmış olmasının da Anayasa Mahkemesi gerekçesine uygun olduğu düşünülmektedir.⁴⁴

Maddede yer alan “Hayat Anüiteleri” unsuru ise tazminat hesaplamalarında uygulanacak olan hesaplama formülünü işaret etmektedir. Hayat anüitesi, sigorta matematiği terimi olup, gelecekte belirli bir dönem boyunca yapılacak ödemeler dizisinin belirli bir iskonto oranı ile “ödeme yapılacak kişinin yaşama olasılıkları dikkate alınarak” bugünkü peşin değerinin hesaplanmasını ifade etmektedir.⁴⁵ Örneğin; trafik kazasında yaralanan 40 yaşındaki bir erkek bireyin TRH 2010 hayat tablosuna göre bakiye ömrü, 35 yıldır. Adli Tıp Kurul Raporuna göre %5 sakatlık oranı tespiti yapılan bu bireyin, sakatlığı oluşması sebebiyle kalan 35 yıl boyunca harcayacağı ilave eforun parasal karşılığının toplamı, hayat anüitesi ile hesaplanmaktadır. Bununla birlikte hayat anüiteleri ile yapılan hesaplamalara, kişinin yaşama olasılığı da dahildir. Bu bağlamda kişinin gerçekten uğramış olduğu zararı tespiti en uygun yöntemdir. Zira kişinin hayatta kalma olasılığı hesaba katılmadan yapılan hesaplamalar, kişinin aslında hayatta olmadığı ve

⁴³ Aynı yönde görüş için bkz Şaban Kayıhan ve Atakan A. Selanik, “Karar İncelemesi – Sigorta Tazminat Hesaplaması – TRH Hesap Tablosu Kullanılması – Teknik Faiz İşletilmesi Hususu”, internet makalesi, (www.lexpera.com.tr Erişim: 10.10.2022) Uğur Karabey, 2018, s.25-29.

⁴⁴ Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından istihsal edilen, 04.12.2021 tarihli ve 31679 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Genel Şartlar’da bu yetki halihazırda %1,65 iskonto oranı uygulanması şeklinde kullanılmıştır.

⁴⁵ Şahin ve diğerleri, 2020, s.25 vd.; Şahin ve diğerleri, İş Göremezlik, 2021, s.29 vd.; Akdeniz ve Erdugan, 2016, s.129-130.

elde edemeyeceği tutarlar üzerinden tazminat kazanımına başka bir ifadeyle haksız kazanç sebebiyet verecektir. Öte yandan Yargıtay tarafından bir dönem benimsenen “progresif rant yöntemi” de tam olarak bu şekilde işlemektedir.

Progresif rant yönteminde, kişinin kalan yaşam süresi boyunca yıllar itibarıyla elde edebileceği ve sakatlık oranına karşılık gelen tutar, kişinin ilgili yaşta hayatta kalma ihtimali göz ardı edilerek, yani kişinin hayat tablosunda yer alan yıl kadar mutlaka yaşayacağı, hesaplama yapıldığı yıllar boyunca mutlaka hayatta olduğu kabulüyle hesaplama yapılmaktadır. Bu yöntemin en büyük eksikliği, kişilerin yaşları ilerledikçe hayatta kalma olasılıklarının azaldığı gerçeğinin göz ardı edilmesidir. Örneğin; trafik kazası sonucu 30 yaşında sürekli sakatlığa maruz kalan bir kadının 49 yıl boyunca kesin olarak yaşayacağı varsayımı üzerinden 79 yaşına kadar sürekli sakatlık tazminatı hesaplanmaktadır. Halbuki, 30 yaşında olan bir kadının 79 yaşından önce vefat edebilme ya da 79 yaşından sonra yaşama ihtimali de mevcuttur. Hayat anüitelerinde kişinin o yaşta hayatta kalma olasılığı da göz önüne alınırken bu yöntemde göre, 30 yaşında olan kadının kesinlikle 79 yaşında vefat edeceği şeklinde hatalı bir varsayım yapılmaktadır. Progresif rant yönteminin diğer bir eksikliği ise iskonto uygulaması hakkındadır. Yargıtay emsal kararlarından da kişi gelirleri üzerinden belirli bir oranda iskonto uygulanarak bugünkü peşin sermaye değerinin bulunması hususunda görüş birliği olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan her ne kadar Yargıtay kararlarında progresif rant yönteminde, kişinin gelirlerinin önce %10 arttırılması ve arttırılan tutarın %10 iskonto edilmesi şeklinde peşin sermaye değerinin tespit edilmesi gerektiği ifade edilse de⁴⁶ uygulamada, progresif rant yöntemindeki %10 artırım ve %10 indirim kuralı, katsayılar birbirini nötrleyecek şekilde uygulanmakta, yani aslında hiçbir iskonto uygulanmamaktadır.⁴⁷ Bu

⁴⁶ Progresif rant yönteminin uygulanmasına ilişkin emsal kararlar için bkz. Yargıtay HGK. 21.03.1990 gün, 1989/4-586 E. ve 1990/199 K. sayılı; Yargıtay 17. HD. 07.11.2017 gün, 2015/8788 E. ve 2017/10179 K. sayılı; 06.02.2017 gün, 2014/17434 E. ve 2017/1037 K. sayılı kararları.

⁴⁷ Karabey, 2018, s.28. Hesaplama yöntemi hakkında bkz. Şahin ve diğerleri, 2020, s.11-12. Şahin ve diğerleri, 2021, s.13. Kayıhan ve Selanik, internet makalesi, Çelik Ahmet Çelik, “Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s.784.

çerçevede, uygulamada kullanılan progresif rant yönteminin, Yargıtay tarafından benimsenen esasları dahi yerine getirmekte eksik kaldığı açıktır. Öte yandan Yargıtay'ın %10 arttırım ve arttırılmış tutardan %10 indirim kuralının ise hangi bilimsel ilkelere göre hangi hesaplamalar sonucu belirlendiği, ne kadar sağlam dayanaklara sahip olduğu, tartışma konusudur.

Hesaplamalarda hayat anüiteleri kullanılması, 2015 yılında yayımlanan Genel Şartlar ile yürürlüğe girmiş olup bir dönem hangi yöntemin uygulanacağı tartışma konusu edilmiş, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı öncesinde ise Yargıtay kararlarında da benimsenmiş ve uygulaması yerleşmişken iptal sonrası tekrar hangi yöntemin uygulanacağı hakkında tereddütler ortaya çıkmıştır.⁴⁸ Bu çerçevede, 7327 sayılı Kanun ile değişik m.90 hükmü ile progresif rant yöntemi yerine bilimsel temellere dayanan hayat anüiteleri uygulanarak aktüeryal hesaplama yapılmasının netleştirilmesi, ortaya çıkan tereddüdün giderilmesi bakımından daha faydalı olmuştur.

Maddede yer alan "Genel Kabul Görmüş Aktüerya Kuralları" parametresi ise mevzuata uygun şekilde prim, teknik karşılık, tazminat ve kâr payı hesaplamalarında kullanılmak üzere emsal yargı kararları, sigortacılık tekniği ve sektör uygulamaları göz önüne alınarak olasılık ve istatistik teorilerinin uygulanmasıyla oluşan kurallar bütününe karşılık gelmektedir. Trafik kazası sonucu hak sahiplerine ödenecek bedeni tazminata ilişkin hesaplamalarda ise tazminat hesaplaması yapan uzman, aktüer ve bilirkişiler tarafından bilimsel teoriler, ekonomik koşullar, teknoloji ve tıpta yaşanan gelişmeler göz önünde bulundurularak kullanılan teknik enstrümanlar bütünü genel kabul görmüş aktüerya kuralları olarak değerlendirilmektedir. Anılan kuralların bir kısmı, uygulanacağı konuya göre sigorta şirketlerinin kendi iç uygu-

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 09.10.2020 tarihli ve 31269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 17.07.2020 gün, 2019/40 Esas ve 2020/40 Karar sayılı kararıyla 2918 sayılı Kanun m.90 için verilen kısmi iptal kararı sonrası Yargıtay'ın emsal kararlarındaki görüşü TRH 2010 tablosunun ve progresif rant yönteminin kullanılması şeklindedir. Konu hakkındaki emsal kararlar için bkz. Yargıtay 4. HD. 11.10.2021 gün, 2021/19605 E. ve 2021/6472 K. sayılı; 27.09.2021 gün, 2021/5243 E. ve 2021/5461 K. sayılı; 25.05.2021 gün, 2021/3191 E. ve 2021/1675 K. sayılı; 14.06.2021 gün, 2021/14963 E. ve 2021/2953 K. sayılı; 17. HD. 01.03.2021 gün, 2019/6425 E. ve 2021/2044 K. sayılı kararları. (Kararların tam metni için bkz. Corpus İçtihat Bankası)

lamalarına bırakılmış bir kısmı ise Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından ikincil mevzuat ile düzenlenmektedir.

“Genel kabul görmüş aktüerya kuralları” terimi, sigortacılık tekniğinin gerekliliği olup sigortacılık mevzuatında sıklıkla kullanılarak sigorta hukuku terminolojisi içerisinde yerini almıştır. Örneğin; 5684 sayılı Kanun “Tarifeler” başlıklı m.12/1; “*Sigorta tarifeleri, sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenir. Ancak, bu Kanuna ve diğer kanunlara göre ihdas edilen zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Bakan tarafından tespit olunur ve Resmî Gazetede yayımlanır.*” hükmüne amirdir. 6102 sayılı Kanun’un “Sigortadan ayrılma” başlıklı m.1500/1; “*Sigorta ettiren, en az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, istediği zaman sözleşmeyi sona erdiren sigortadan ayrılabilir. Ayrılma değeri, ayrılmanın istenildiği andaki genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun bir biçimde hesaplanan değerdir.*” hükmünü ve aynı Kanun’un “Ödünç verme” başlıklı m.1501/1 ise; “*En az bir yıldan beri yürürlükte bulunan ve bir yıllık primi ödenmiş olan sigorta sözleşmelerinde, sigorta ettirenin istemesi hâlinde sigortacı, istem anındaki, genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun bir biçimde hesaplanan değer üzerinden sigortalıya ödünç para vermek zorundadır.*” hükmünü haizdir. Söz konusu Kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, “genel kabul görmüş aktüerya kuralları” kanun düzeyinde mevzuata yerleşmiş, yıllardır da yürürlükte olan teknik bir terimdir. Bu çerçevede m.90’ da bu kavrama yer verilmesinin anılan hükmün sigortaya ilişkin olması sebebiyle hükmün mahiyetiyle uyduğunu, ayrıca hak sahiplerinin gerçek zararlarının bilimsel ve teknik ilke ve kurallar ile hakkaniyetli şekilde hesaplanmasını vurguladığını değerlendirilmektedir.

Son olarak maddede, “sakatlık oranı” parametresi de yer almakta olup buna dair esasların Genel Şartlarda belirleneceği vurgulanmaktadır. Sakatlık oranı, tazminat hesaplamasının temel parametrelerinden biri olup Genel Şartlarda spesifik bir oran belirlenmesinden ziyade sakatlık oranının tespiti açısından esas alınacak yönetmeliğin işaret edilmesi şeklindedir.⁴⁹ Bu yetki, trafik sigortalarına özel sakatlık oranı

⁴⁹ Genel Şartlarda halihazırda sakatlık oranının tespitinde ilgisine göre 20.02.2019 tarihli ve 30692 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Erişkinler İçin Engellilik De-

tespitine dair bir yönetmelik bulunmamakta olup ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürürlüğe koyulan yönetmeliklerden mahiyetine en uygun olanın esas alınması şeklinde kullanılmaktadır.⁵⁰ Dolayısıyla bu yetkiye dayanarak Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından bir düzenleme yapılmayıp halihazırda yürürlükte olan yönetmeliklerden birisinin işaret edilmesi hakkında yetki alınması şeklinde uygulanmaktadır. Kişinin uğradığı kazaya ilişkin sakatlığının ölçülmesi amacıyla farklı kişi veya durumlara ilişkin olarak yürürlüğe koyulmuş yönetmelikler göre farklı sakatlık oranları üzerinden talepte bulunulması uygulamasının sıklıkla görülmesi, uygulamada birliğin sağlanmasına ve kişiler arasında hakkaniyetin teminine engel teşkil edeceğinden genel şartlarda düzenleme yapma yetkisinin kanun düzeyinde verilmesinin yerinde olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

2918 sayılı Kanun'un 7327 sayılı Kanun ile değişik m.90 metni incelendiğinde; trafik sigortasında tazminat hesaplamalarına dair temel çerçeveyi oluşturduğu söylenebilmektedir. Öte yandan çalışmamızda da ayrıntılı şekilde bahsettiğimiz üzere ilgili maddede, tazminat hesaplamalarında esas alınmak üzere getirilen parametrelerin tamamı, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve bedeni zararların tazmini açısından ayrıca önem taşımaktadır. Zira, tüm tazminat hesaplamaları, ayrı bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektirmekte olup dava aşamasından önce ilgisine göre aktüerler ve sigorta eksperleri, dava aşamasında ise aktüeryal hesaplama alanındaki bilirkişiler tarafından mevzuat hükümleri, yüksek mahkeme emsal içtihatları ile aktüerya bilimine dair temel ilkeler göz önünde bulundurularak hesap yapılmaktadır. Yargıtay tarafından ise herhangi bir içtihadı birleştirme kararı verilmemekle birlikte mahkemeler nezdinde verilen kararların denetlenebilirliği ve

ğerlendirmesi Hakkında Yönetmelik" ve "Çocuklar İçin Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik" in esas alınacağı düzenlenmiştir.

⁵⁰ Genel Şartlarda belirtilen yönetmeliğe göre alınan sakatlık raporu ile ücret durumunu gösterir evrak esas alınarak aktüeryal hesaplama yapılmasının tazminatın kolayca ve kısa sürede tespitine imkân verdiği hakkında görüş için bkz Vural SEVEN, Zorunlu Trafik Sigortası'nda Esas Alınacak Sağlık Kurulu Raporu Hakkında Değerlendirme", Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk- Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, Kıbrıs 2019, s.361.

dava kapsamında yapılan hesaplamaların anlaşılabilir olması için birtakım kriterler getirilmiştir. Bunlar yapılırken ise sadece vizyoner bir bakış açısıyla hareket edilerek dünya uygulamalarıyla benzer şekilde bilimsel yöntemler benimsenmiştir. Bu kapsamda madde metninin trafik kazalarından kaynaklı tazminat hesaplamalarına dair pek çok sorunlu konuyu çözüme kavuşturacağı değerlendirilmektedir.

Öte yandan, yıllar itibariyle trafik sigortasında gerek kanun düzeyinde gerekse genel şartlar düzeyinde yapılan *düzenlemelerin kalıcı olmadığı*, sıkça mevzuat değişikliklerine gidildiği, Yargıtay ve Danıştay emsal kararlarında yer alan değerlendirmeler ile bu metinlerin zaman zaman çeliştiği, neticesinde bazı hükümlerin iptal edilmesine ya da yargı mercilerindeki uygulama ile düzenlemelerin farklılaşmasına, nihayetinde de Anayasa Mahkemesi'nde iptal kararı verilmesine varan bir süreç yaşandığı *görülmektedir*. *Sıkça yapılan* değişiklikler, yerleşik bir tazminat sisteminin oluşmasına engel olmakta ne sektör ne de yargı organları konu hakkında bir karara varamadan tekrar değişiklik yapılmakta, tüm sorunlar mevzuatla çözülmeye çalışılmaktadır. Bu yöntemin ise tazminat sisteminin kısa aralıklarla farklılaşmasına, sadece gün farkıyla kişilerin benzer durumlarda talep edebilecekleri tazminat tutarlarının *değişmesine*, sonuç olarak trafik sigortası sistemine duyulan güvenin olumsuz etkilenmesine sebep olduğu düşünülmektedir.

Çalışmamızda ayrıntılı şekilde ortaya koyulduğu üzere 2918 sayılı Kanun m.90'da 7327 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle halihazırda yürürlükte olan Genel Şartlar *hükümleri* birlikte değerlendirildiğinde tazminat tespit ve tanzim süreçlerinin kişilerin hak kaybını en aza indirecek, en hızlı, eşit ve adil şekilde tazminatlarına kavuşmalarını sağlayacak biçimde kurgulandığı, aynı zamanda zarar tazminine dair kuralların benimsenmesi halinde sağlanan öngörülebilirlik sebebiyle getirilen uygulamanın uzun vadede sigorta şirketlerinin hasar maliyetlerinin de dengelenmesini sağlayacağı yorumu yapılabilmektedir. Netice itibariyle *böyle bir* zarar tazmin sisteminin uzun yıllar sürecektir istikrarlı bir uygulama neticesinde pek çok ülkede olduğu gibi *ülkemizde* tüm aktörlerin lehine sonuçlara yol açması beklenmektedir.

7327 sayılı Kanun ile değişik m.90 hükmüyle, tazminat hesaplamalarına dair temel parametreler ilk kez kanun düzeyine taşınmıştır. Maddenin tekrar Anayasa Mahkemesi'ne taşınarak iptalinin, iptal

gerekçesi ne olursa olsun tazminat hesaplamasına ilişkin kanun düzeyinde parametreler belirlenmesinin ve bunların kullanılmasının meşruluğunun sorgulanmasına sebep olduğu açıktır. Bunun yanı sıra halihazırda, uygulamada tazminat hesaplama yöntemlerinde tekrar tereddüt yaşandığı ve birbirinden tamamen farklı uygulamaların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu durumda tarafımızca idarenin önünde iki ihtimal olacağı değerlendirilmektedir. Birincisi, birtakım ülkelerde olduğu üzere kapsamlı bir tazminat kanunu yürürlüğe koyulması için çalışma heyeti oluşturulmasının sağlanmasıdır. Kanaatimizce, böyle bir kanun yürürlüğe koyulsa dahi tazminat hesaplamalarında kişilerin kendilerine ilişkin birtakım özellikli durumlarda genelden ayrılması, dolayısıyla da kişiye özel varsayımların yapılması gerektiğinden söz konusu kanun çok kapsamlı olsa dahi birtakım hususlara yer verilemeyeceği ve her hâlükârda birtakım durumların tazminat sistemi dışına itilmesinin, netice olarak kişilerin aleyhine bir uygulama doğmasının kaçınılmaz olduğu açıktır. İkinci ihtimal ise idarenin konu hakkında hiçbir düzenleme yapmamasıdır ki bu yöntemde, 2918 sayılı Kanun'un yaratmak istediği hızlı ve adil zarar tazmin sistemine uymadığı, herhangi bir kural söz konusu olmadığından tüm hasar taleplerinin yargıya götürülmesi gerektiği, yargı merciine göre farklılaşmalar ortaya çıkabileceği, sonuçta bu ihtimalin de kişilerin aleyhine sonuçlar doğuracağı değerlendirilmektedir. Kanaatimizce, en mantıklı çözüm, halihazırda Genel Şartlarda belirlenen ve tazminat hesaplamasına temel teşkil eden kuralları ve formülleri içerir müstakil bir kanunun, tüm tazminat türleri için ayrıca düzenlemelere yer vermek üzere çeşitli çıkar gruplarının görüşleri de alınarak hazırlanması olacaktır. Bu kanunda tazminat hesaplamalarında kullanılacak bilimsel ve teknik esaslar ile genel kuralların belirlenmesinin, kanunda tanımlanan belirli ve sınırlı yetki çerçevesinde idareye takdir yetkisi sağlanmasının en yerinde uygulama olacağı düşünülmektedir. Öte yandan bilimsel ve teknik kavramlar ile kurallar içerir böyle bir metnin hazırlanma ve yasalaşma süreçlerindeki zorluk ve alacağı vakit değerlendirmeye alındığında, yürürlüğe koyulmasının kolay olmayacağı ancak hakkaniyetli ve eşit bir tazminat sistemi sağlanmasında elzem olduğu değerlendirilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akdeniz Fikri ve Erdugan Funda, Aktüerya Matematiği ve Yaşam Analizi, 3.Baskı, Ankara: Akademisyen Kitabevi, 2016.
- Amasya Serap, "Trafik Sigortası Genel Şartlarında Yapılan Son Değişikliklerin Yol Açtığı Sorunlar", Sigorta Genel Şartlarının Düzenlenmesi, Denetlenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Sempozyumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 199-243.
- Çakırca Seda İrem, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı*, İstanbul: Yetkin Yayıncılık, 2012, s.166 ve 168-169.
- Çelik Çelik Ahmet, Trafik-İş Kazaları, 2.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Çelik Çelik Ahmet, Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksunluk, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ekşi Nuray, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.
- Ergüne Mehmet Serkan, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Sigorta Hukuku Sempozyumları, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018, s.11-24.
- Gökyayla Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Günay Erhan, Trafik Kazalarından Kaynaklanan Davalar, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Karabey Uğur, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Aktüerya", Sigorta Hukuku Sempozyumları, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018, s.25-29.
- Kılıçoğlu Mustafa, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara: Bilge Yayınevi, 2019.
- Şahin Mehmet Yaşar, *Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Şahin Şule, *Nevruz Ezgi, Karageyik Başak Bulut, Şimşek Güven, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplama Yöntemleri*", 1.Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Şahin Şule, *Nevruz Ezgi, Karageyik Başak Bulut, Şimşek Güven, İş Göremezlik Tazminatı Hesaplama Yöntemleri*", 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- Seven Vural, "Zorunlu Trafik Sigortasında Esas Alınacak Sağlık Kurulu Raporu Hakkında Değerlendirme", Bedensel Zararlardan Dolayı Hukuki Sorumluluk- Uluslararası Kongre, Türkiye Barolar Birliği, Kıbrıs, 2019.
- Taşkın İrfan, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat ve Hesaplanması, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Şahin Mehmet Yaşar, *Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı*, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Makaleler

- Altın Fatma Zeynep, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIII, Sayı 3-4, 2009, s. 265-289.

- Altop Atilla, "Trafik Kazaları Nedeniyle İleri Sürülen Destekten Yoksun Kalma Taleplerine İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 Tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 Sayılı ve 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları ile Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Cilt 8, Sayı Özel, 2013, s.151-184.
- Aras Yeşilova Ecehan ve Yeşilova Bilgehan. "Sigortacılık Tahkimi Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Aydın Zevkçiler'e Armağan, Sayı 8, 2013, s. 275-380.
- Aslan Düzgün Ülgen, "Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları ile Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 14, 2019, s. 153-193.
- Aygül Musa, "Yabancı Plakalı Motorlu Kara Taşıtlarının Karıştıkları Kazalardan Dolayı Yeşil Kart Sigortası Kapsamında Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna Dava Açılması", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, Cilt 79, Sayı 2, 2021, s. 519-542.
- Çavuş Özgür Hakan, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Cilt 10, Sayı 1, 2020, s. 41-58.
- Çelik Çelik Ahmet, "Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s.765-802.
- Demircioğlu Murat ve Balsever Sergül, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 74, 2016, s.1171-1187.
- Dursun Günay Deniz ve Uysal Yaşar, "Trafik Kazalarına Karışan Araçların Onarım Sonrası Piyasa Rayicindeki Değer Kaybı ve Kaza Analizi", *Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 15, 2019, s.18-39.
- Gürsoy Kemal Tahir, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29, Sayı 1, 1972, s.143-201.
- Gürgen Orhan, "Trafik Sigortası Genel Şartlarının Hukuki Mahiyeti ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararının Eleştirisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 11, Sayı 41, 2020, s.463-482.
- Karasu Rauf, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 26, 2016, s.49-69.
- Keser Yıldırım, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Desteğin Tam Kusurlu Olması Halinde Destek Görenlerin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Talep Edebilmesi Sorunu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XVIII, Sayı 1, 2021, s. 170-192.
- Keser Yıldırım, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Geçici İş Göremezlik Tazminatı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XVIII, Sayı 2, 2021, s.1037-1054. (Geçici İş Göremezlik)
- Temur Abdül'naim, "Türkiye'de Trafik Sigortalarının Branş Karlılığını Etkileyen Faktörler ve Bu Faktörlerin Sigorta Sektörü Karlılığına Etkisi", *Akademik Hassasiyetler Dergisi*, Cilt 5, Sayı 10, 2018, s.305-330.
- Tunç Cüneyt ve Akpınar Özgür, "Zorunlu Trafik Sigortasındaki Mevzuat Kaynaklı

Değişikliklerin Prim Üretimine Etkisinin Analizi”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl XI, Sayı Eylül-2018, s.221-236.

Tural Turabi, “Sosyal Güvenlik Kurumu’nun Peşin Değer ve Beklenen Ömür Tabloları Üzerine Bir Çalışma”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 67, Sayı 4, 2009, s.105-116.

Umut Muharrem, “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Fiyatlandırma Rejimi ve Riskli Sigortalılar Havuzuna İlişkin Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2020, s.358-371.

Yıldız Habib, “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Poliçesi Kapsamının Sürücünün Tam Kusuru Halinde Destekten Yoksun Kalma Tazminatını Kapsayıp Kapsamadığı Hakkında Yaklaşımlar”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 11, 2021, s.29-43.

Tezler

Tufan Yasemin, “Uluslararası Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ve Yeşil Kart Sistemi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).

İnternet kaynakları

Çelik Çelik Ahmet, “Sigorta Anlaşmazlıklarında Tahkim Yolu”, internet makalesi. <https://www.tazminathukuku.com/guncel-konular/sigorta-anlasmazliklarinda-tahkim-yolu.htm> (Erişim:10.10.2022).

“European Convention on Compulsory Insurance against Civil Liability in respect of Motor Vehicles”, Strasbourg, 20.IV.1959.

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020104006029_ing.pdf (Erişim:09.10.2022)

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020103906029_tur.pdf (Erişim:09.10.2022)

Kayıhan Şaban ve Selanik Atakan A., “Karar İncelemesi – Sigorta Tazminat Hesaplaması – TRH Hesap Tablosu Kullanılması – Teknik Faiz İşletilmesi Hususu”, internet makalesi, (www.lexpera.com.tr Erişim: 10.10.2022)

Kararlar

Anayasa Mahkemesi 17.07.2020 gün, 2019/40 E. ve 2020/40 K.

Yargıtay HGK. 21.04.1982 gün, 1979/4-1528 E. ve 1982/412 K.

Yargıtay HGK. 21.03.1990 gün, 1989/4-586 E. ve 1990/199 K.

Yargıtay 17. HD. 07.11.2017 gün, 2015/8788 E. ve 2017/10179 K.

Yargıtay 17. HD. 06.02.2017 gün, 2014/17434 E. ve 2017/1037 K.

Yargıtay 17. HD. 18.01.2016 gün, 2014/4903 E. ve 2016/532 K.

Yargıtay 21. HD. 28.12.2016 gün, 2015/18535 E., 2016/15717 K.

Yargıtay 10. HD. 07.11.2016 gün 2016/13164 E., 2016/13486 K.

Yargıtay 17. HD. 08.09.2014 gün, 2014/14500 E. ve 2014/11317 K.

Yargıtay 17. HD. 18.10.2014 gün 2013/5369 E. ve 2014/5163 K.

404 Karayolları Trafik Kanunu 90'ıncı Maddesinde 2021 Yılında Yapılan ve Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilen Değişikliğin Zorunlu Trafik Sigortası Zarar Tazmin Sistemine Etkisinin Değerlendirilmesi

- Yargıtay 17. HD. 04.12.2014 gün 2014/20190 E. ve 2014/17673 K.
Yargıtay 17. HD. 18.10.2014 gün, 2013/5369 E. ve 2014/5163 K.
Yargıtay 17. HD. 13.05.2019 gün, 2016/13745 E. ve 2019/593 K.
Yargıtay 17. HD. 10.06.2019 gün, 2016/15644 E. ve 2019/7231 K.
Yargıtay 17. HD. 27.11.2019 gün, 2017/79 E. ve 2019/11197 K.
Yargıtay 17. HD. 17.12.2019 gün, 2018/1026 E. ve 2019/12123 K.
Yargıtay 17. HD. 10.02.2020 gün, 2019/2137 E. ve 2020/936 K.
Yargıtay 17. HD. 02.03.2020 gün, 2019/2559E. ve 2020/2414 K.
Yargıtay 17. HD. 02.06.2020 gün, 2019/6636 E. ve 2020/3039 K.
Yargıtay 17. HD. 14.01.2021 gün, 2020/2598 E. ve 2021/34 K.
Yargıtay 17. HD. 02.03.2020 gün, 2019/3713 E. ve 2020/2420 K.
Yargıtay 4. HD. 21.10.2021 gün, 2021/5783 E. ve 2021/7345 K.
Yargıtay 4. HD. 11.10.2021 gün, 2021/19605 E. ve 2021/6472 K.
Yargıtay 4. HD. 27.09.2021 gün, 2021/5243 E. ve 2021/5461 K.
Yargıtay 4. HD. 25.05.2021 gün, 2021/3191 E. ve 2021/1675 K.
Yargıtay 4. HD. 14.06.2021 gün, 2021/14963 E. ve 2021/2953 K.
Yargıtay 17. HD. 01.03.2021 gün, 2019/6425 E. ve 2021/2044 K.
Yargıtay 10. HD. 21.09.2020 gün, 2019/5184 E. ve 2020/4678 K.
Yargıtay 21. HD. 17.09.2019 gün, 2018/6549 E. ve 2019/5177 K.
Yargıtay 17. HD. 26.10.2020 gün, 2019/1717 E. ve 2020/6220 K.
Yargıtay 17. HD. 09.06.2020 gün, 2019/4356 E. ve 2020/3280 K.
Yargıtay 17. HD. 21.03.2019 gün, 2016/8858 E. ve 2019/3377 K.
Yargıtay 17. HD. 22.10.2019 gün, 2019/3614 E. ve 2019/9775 K.
Yargıtay 17. HD. 02.07.2018 gün, 2017/5378 E. ve 2018/6575 K.
Yargıtay 17. HD. 18.02.2016 gün, 2014/7215 E. ve 2016/1911 K.
Yargıtay 17. HD. 21.10.2010 gün, 2010/5321 E. ve 2010/8610 K.
Yargıtay 17. HD. 16.02.2021 gün, 2020/511 E. ve 2021/1377 K.
Yargıtay 17. HD. 26.11.2018 gün, 2018/959 E. ve 2018/11263 K.
Yargıtay 17. HD. 29.01.2018 gün, 2015/6586 E. ve 2018/357 K.
Yargıtay 17. HD. 09.12.2015 gün, 2014/1724 E. ve 2015/13653 K.
Yargıtay 17. HD. 17.11.2020 gün, 2019/6028 E. ve 2020/7134 K.
Yargıtay 17. HD. 03.12.2020 gün, 2019/6271 E. ve 2020/8104 K.
Yargıtay 17. HD. 28.05.2019 gün, 2016/16097 E. ve 2019/6856 K.
Yargıtay 17. HD. 22.12.2020 gün, 2019/5206 E. ve 2020/8874 K.
Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/8948 E. ve 2018/6096 K.
Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/6282 E. ve 2018/609 K.
Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/6111 E. ve 2018/6093 K.
Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/6039 E. ve 2018/6089 K.

Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/5619 E. ve 2018/6098 K.

Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/5029 E. ve 2018/6097 K.

Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/9165 E. ve 2018/6102 K.

Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/8728 E. ve 2018/6095 K.

Danıştay 15.Dairesi 27.06.2018 gün, 2015/6110 E. ve 2018/6092 K.

Danıştay 15.Dairesi 25.09.2018 gün, 2015/8848 E. ve 2018/6447 K.

ZORUNLU DEPREM SİGORTASI VE KAHRAMANMARAŞ MERKEZLİ DEPREMLERDE DOĞABİLECEK HUKUKİ İHTİLAFLAR

COMPULSORY EARTHQUAKE INSURANCE AND LEGAL DISPUTES THAT MAY ARISE IN KAHRAMANMARAŞ EARTHQUAKES

Metin SARIASLAN*

Özet: Kahramanmaraş merkezli depremlerde Doğal Afetler Sigortası Kurumu (DASK) zorunlu deprem sigortası kapsamında 25.11.2022 tarihinden önce akdedilen sözleşmelere ilişkin zeyilname (ek sözleşme) yaptırmayanlar eski tarife üzerinden tazminat ödemektedir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesi gereği sigorta sözleşmesi kurulurken, eksik sigorta olmaması halinde sigorta süresince enflasyondan dolayı eksik sigorta oluşmayacağından, zeyilname yapılmasına gerek olmadığı, buna ilaveten mevzuatta ve poliçelerde sigorta ettirene zeyilname yaptırma yükümlülüğü yüklenmediği ve mevzuata göre sigorta süresince önemli sayılabilecek hususlarda yazılı bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği tespit edilmiştir. Buna ilaveten DASK'ın uygulamalarının çok sayıda hukuki ihtilafa neden olacağı tahmin edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Deprem Sigortası, DASK, Zeyilname, Sigorta

Abstract: In Kahramanmaraş earthquakes, Natural Disasters Insurance Institution (DASK) pays compensation over the old tariff to those who do not have an addendum (additional agreement) for the contracts concluded before 25.11.2022 within the scope of compulsory earthquake insurance. However, in accordance with Article 1401 of the Turkish Commercial Code, there is no need to make an addendum, since under insurance will not occur due to inflation during the insurance period if there is no under-insurance during the establishment of the insurance contract, in addition, there is no obligation to make an addendum to the policyholder in the legislation

* Doç. Dr., Sakarya Üniversitesi, msariaslan@sakarya.edu.tr, ORCID 0000 0001 8942 6873, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.11.2023, Kabul Tarihi: 06.12.2023

and policies, and there are written matters that can be considered important during the insurance period according to the legislation. It has been determined that the notification obligation has not been fulfilled. In addition, it is estimated that DASK practices will cause many types of legal disputes.

Keywords: Compulsory Earthquake Insurance, NDII, Addendum, Insurance

GİRİŞ

Doğal Afet Sigortaları Kurumu ("DASK"), 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen ve büyük can ve mal kaybına neden olan Marmara Depremi akabinde deprem maddi zararlarının en aza indirilmesi amacıyla 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile kurulmuş ve 27 Eylül 2000 tarihinde faaliyete başlamıştır. 18 Ağustos 2012'de yürürlüğe giren 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu ile DASK daha sağlam bir yasal çerçeveye kavuşmuş ve tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumu haline gelmiştir.

Dünyada doğal afete sıklıkla maruz kalan Fransa, Japonya, Yeni Zelanda ve ABD gibi bazı ülkelerde bu sigortalar özel kurumlar aracılığı ile devlet gözetiminde tek elden yürütülmekte ve böylece reasüransı sağlanabilmektedir. Ülkemizde DASK uygulaması bu ülkelerdeki örnekler değerlendirilerek uygulamaya sokulmuştur.¹

06.02.2023 tarihinde Kahramanmaraş ili Pazarcık merkezli 7.7 büyüklüğünde ve Elbistan Merkezli 7.6 büyüklüğünde iki deprem meydana gelmiştir. Depremlerin ardından 01.03.2023 tarihi itibarıyla 11.020 artçı deprem meydana gelmiştir². Kahramanmaraş'ta 06.02.2023 tarihinde gerçekleşen iki depremin etkilediği 10 ilde DASK tarafından düzenlenen poliçe sayısı, toplam verilen teminat ve sigortalılık oranı (penetrasyon) aşağıdaki gibidir.³

¹ Şaban Kayıhan, "Zorunlu Deprem Sigortası", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 8 S.1-2, 2004, s. 515

² <https://www.afad.gov.tr/kahramanmarasta-meydana-gelen-depremler-hk-36> (Erişim Tarihi: 19.11.2023)

³ <https://www.dunya.com/sectorler/sigortacilik/depremin-vurdugu-10-ilde-zorunlu-deprem-sigortasi-orani-yuzde-49-haberi-685142> (Erişim Tarihi: 18.04.2023)

İl*	Toplam konut	Yaşayan poliçe	Sigortalılık oranı (%)
Kahramanmaraş	210.000	113.011	53,8
Hatay	315.000	126.413	40,1
Osmaniye	101.000	42.839	42,4
Gaziantep	339.000	218.678	64,5
Kilis	25.000	14.929	59,7
Şanlıurfa	198.000	104.824	52,9
Diyarbakır	231.000	77.935	33,7
Malatya	188.000	97.959	52,1
Adana	479.000	219.889	45,9
Adıyaman	89.000	39.941	44,9
Toplam	2.175.000	1.056.418	49,0

*Afet bölgesi listesine sonradan dahil edilen Elazığ'a ilişkin veri olmadığından, Tabloya dahil edilmemiştir.

Buna göre, deprem bölgesinde deprem esnasında yürürlükte olan toplam 1 Milyon adedin üzerinde ZDS poliçesi mevcut olup, sigortalılık oranı %49'dur. Bu oran depremden en çok etkilenen Kahramanmaraş'ta %54, Adıyaman'da %45, Hatay'da ise %40'tir.

Bu çalışmada, Zorunlu Deprem Sigortası mevzuatı kapsamında uygulama ve zeyilname konusu ele alınarak Kahramanmaraş depremlerinde DASK'ın yüzbinlerce sigortalıya eski tarifeden tazminat ödenmesinin sigorta hukuku ve sigortacılık icapları açısından durumu ve hukuki ihtilaflara neden olabilecek hususları ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu kapsamda ilk olarak ZDS'nin amacı ve kapsamı, ikincisi olarak ZDS'nin zorunluluk durumu, üçüncüsü olarak ZDS'nin mevzuat çerçevesi, dördüncüsü DASK'ın tazminat hesabı ve eksik/aşkın sigorta durumları, beşincisi sigorta hukuku ve sigortacılık icaplarına göre zeyilname hususu ve son olarak hukuki ihtilaflara neden olabilecek uygulamalar ele alınacaktır.

I. ZORUNLU DEPREM SİGORTASININ AMACI VE KAPSAMI

6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun 1. maddesinde Kanunun amacı, binalarda deprem sonucu meydana gelebilecek maddi zarar-

ların karşılanmasını teminen yaptırılacak zorunlu deprem sigortası ("ZDS") ile sigorta şirketlerince teminat verilemeyen veya teminat verilmesinde güçlükler bulunan çeşitli afetler ve riskler sonucu meydana gelebilecek maddi ve bedeni zararların karşılanabilmesini teminen sunulacak sigorta ve reasürans teminatlarına ilişkin usul ve esasları belirlemek şeklinde düzenlenmiştir. Ancak şu ana kadar sadece zorunlu deprem sigortasına ilişkin alt düzenlemeler yapılmış, diğer afet ve risklere yönelik bir çalışma yapılmamıştır.

Zorunlu Deprem Sigortası ile aşağıda tanımlanmış binalar güvence altına alınmaktadır:

- Tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar,
- 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler,
- Bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler,
- Doğal afetler nedeniyle devlet tarafından yaptırılan veya verilen kredi ile yapılan meskenler.
- Zorunlu Deprem Sigortası (ZDS) ayrıca yukarıdaki koşullara uyan;
- Kat irtifakı tesis edilmiş binalar,
- Tapuda henüz cins tashihi yapılmamış ve tapu kütüğünde vasfı "arsa vs." olarak görünen binalar,
- Tapu tahsisi henüz yapılmamış kooperatif evleri için de geçerlidir.

Henüz bağımsız tapusu olmayan ve 2000 yılından önce inşa edilmiş meskenlerin sigortaları, sigorta ettirenin beyanına dayanılarak ve arsa tapusuna ait bilgilerle yapılabilmektedir.

Bu sigorta ile depremin doğrudan neden olduğu maddi zararlar ile deprem sonucu meydana gelen yangın, infilak, dev dalga (tsunami) veya yer kaymasının sigortalı binalarda neden olacağı hasarlar (temeller, ana duvarlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, bahçe duvarları, istinat duvarları, tavan ve tabanlar, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar, çatılar, bacalar ve yapının benzer nitelikteki tamamlayıcı kısımlarında meydana gelenler de dahil olmak üzere), sigorta bedeline kadar ZDS poliçesi ile teminat altına alınmaktadır.

Aşağıdaki sayılan binalar ise sigortanın kapsamı dışındadır.

- 09.11.1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu'na tâbi olan veya kamu hizmet binası olarak kullanılan binalar ve bağımsız bölümler,
- Köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca köy yerleşik alanları ve civarında ve mezralarda yapılan binalar,
- Tamamı ticari veya sınai amaçla kullanılan binalar,
- Projesi bulunmayan ve mühendislik hizmeti görmemiş binalar,
- Taşıyıcı sistemi olumsuz yönde etkileyecek şekilde tadil edildiği veya zayıflatıldığı tespit edilen binalar,
- Taşıyıcı sistemi olumsuz yönde etkileyecek şekilde ilgili mevzuata ve projeye aykırı olarak inşa edilen binalar,
- Yetkili kamu kurumları tarafından yıkılmasına karar verilen binalar ile mesken olarak kullanıma uygun olmayan, bakımsız, harap veya metruk binalar.

Köylerdeki yapılar, buralarda belediye denetiminin olmayışı, genel olarak gelir düzeyinin düşük olması ve sigorta yapmanın zor olması gerekçeleriyle ZDS kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak eskiden köy olup şimdilerde mahalleye dönüşen yerlerdeki konutlar ZDS kapsamındadır.

Zorunlu Deprem Sigortası, bireyler açısından mesken güvencesi sunmakta, böylece bir deprem sonrası ortaya çıkan yıkımın yaralarının sarılması ve ihtiyaç sahiplerine etkin ve hızlı maddi destek sağlanması amacıyla sigortalılardan tahsil ettiği primler ile ülkemiz açısından bir teminat havuzu oluşturmaktadır.⁴ Ancak söz konusu şekilde oluşturulan prim havuzu tek başına başta beklenen İstanbul depremi olmak üzere gelecekteki büyük depremlere yeterli olmayacağı düşüncesiyle, DASK başlangıçtan beri reasürans anlaşmaları yoluyla başta yurtdışı reasürans şirketleri olmak üzere önemli tutarda reasürans koruması da satın almaktadır.

⁴ Mustafa Hakan Şimşek, Coşkun Karaca, "Davranışsal İktisat Politikaları Perspektifinden Türkiye'de Zorunlu Deprem Sigortası Sistemi", *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:10, Sayı:3, 2022, s.1210

II. ZORUNLU DEPREM SİGORTASININ ZORUNLU OLMASI

TTK'nın 1451. maddesinde sigorta hukuku kitabında hüküm olmayan konularda TBK hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle özel hukukun diğer alanlarında olduğu gibi sigorta hukukunda da sözleşme özgürlüğü ilkesi benimsenmiş; ancak bazı durumlarda bu ilkedan uzaklaşmıştır. Zira, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi bu yönde, Cumhurbaşkanı'na, kamu yararı açısından gerekli gördüğü hallerde, mevcut bir sigortanın zorunlu hale getirilmesi ya da daha önce uygulaması olmayan bir sigortanın zorunlu sigorta şeklinde ihdası konusunda yetki tanımıştır. Zorunlu hale getirilebilecek sigortalar ilke olarak sorumluluk sigortaları olmakla birlikte, mal sigortalarının da zorunlu sigorta kapsamına dahil edilmesinde kamu yararı bulunabileceği saikiyle Kanun'da, mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'ndan (SMK) farklı olarak zorunlu hale getirilecek sigortalardaki sorumluluk sigortası sınırlandırması kaldırılmıştır.⁵

1999 yılı depremlerine kadar ülkemizde deprem zararlarının giderilmesi, 7269 sayılı "Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirler ile Yapılacak Yardımlara Dair Kanun" çerçevesinde devletçe sağlanmaktaydı. Bunun yanı sıra yapılan bir sigorta sözleşmesine -ki çoğunlukla yangın sigortası sözleşmesine- konulan özel şartlarla özel sigorta himayesine de alınabilmekteydi. Ancak sigortalılık oranının düşüklüğü göz önüne alındığında bu yöntemle yapılan korumanın etkisiz olacağı açıktır. Keza yukarıda belirtilen Kanun çerçevesinde devletçe zararların karşılanması da bürokratik işleyişteki sorunlar sebebiyle randımanlı bulunmamakta ve zararların devlet bütçesinden karşılanması ekonomiye ciddi mali yükler getirmektedir.⁶

Deprem sigortası, sadece kişilerin menfaatini korumaya yönelik değildir; zira sosyal ve ekonomik görevlerini kolaylaştırdığından devletin de yararınadır. Böylece deprem riski ile karşı karşıya kalanlar, karşılarında güçlü bir devlet, risk taşıyıcı bulacaklarından kamu yara-

⁵ Serdar Demirci, "Deprem Riskine İlişkin Sigorta ve Tazmin Sürecine Dair Güncel Sorunlar", *Ankara Baro Dergisi* Cilt: 81 Sayı: Özel Sayı- Deprem Özel Sayısı-II (Özel Hukuk), 2023, s. 4

⁶ Mehmet Somer, "Zorunlu Deprem Sigortasının Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi", *Sigorta Hukuku Dergisi* S.1, 2001, s.113.

rı, güveni ve bu arada milli servet de korunmuş olacaktır.⁷ Ayrıca halkın sigortacılık bilincinin düşüklüğü de dikkate alınarak yaptırılması zorunlu kılınmıştır.

6305 sayılı Kanunu'nun "Zorunlu Deprem Sigortası Kapsam ve Sigorta Yapma Zorunluluğu" başlıklı 10. maddesine göre 23.06.1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar, bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler ile doğal afetler nedeniyle Devlet tarafından yaptırılan veya sağlanan kredi ile yapılan meskenler için malikler veya intifa hakkı sahipleri tarafından zorunlu deprem sigortası yaptırılması ve bu sigortanın her yıl yenilenmesi zorunludur. Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarında ise "C.1- Sigorta Ücretinin Ödenmesi, Doğal Afet Sigortaları Kurumunun Sorumluluğunun Başlaması ve Sona Ermesi" başlıklı maddesinde, ZDS kapsamında olan yapıların malikler veya varsa intifa hakkı sahiplerinin, sigorta sözleşmelerini her yıl yenilemek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Ancak, sigorta yaptırılması zorunlu olmasına rağmen, sigorta yaptırmayanlar için müeyyide uygulamak yerine kamu hizmetlerinden dışlanma şeklinde caydırıcılık içeren politikalar uygulanmaktadır.⁸

6305 sayılı Kanunu'nun "Yükümlülerin saptanması ve sigortanın kontrolü" başlıklı 11. maddesine göre tapu müdürlükleri, maliklerin veya intifa hakkı sahiplerinin taleplerine bağlı olarak tapu kütüğünde bu sigortaya tâbi bağımsız bölümler ve binalarla ilgili tescil işlemlerini veya tapuya kayıtlı taşınmazın kayda tâbi olmayan bir taşınmaza dönüşmesi hâli hariç olmak üzere terkin işlemlerini zorunlu deprem sigortasının yaptırıldığı ve işlem tarihi itibarıyla geçerli olduğu belgelenmedikçe yapılamayacağını ve zorunlu deprem sigortasının kapsamına giren binalar ve bağımsız bölümlerle ilgili olarak yaptırılan su ve elektrik abonelik işlemlerinde, ilgili kuruluşça zorunlu deprem sigortasının varlığı kontrol edilmesi öngörülmüştür.

⁷ Nuray Barlas, "Afet Sigortaları Kanunu'na Göre Zorunlu Deprem Sigortası Sözleşmesinin Tarafları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XV, S. 3-4, 2011, s. 115

⁸ Mustafa Hakan Şimşek, Coşkun Karaca, s.1210

ZDS yaptırılmamasının sonuçlarına ilişkin olarak 7269 sayılı “Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunu’nun 29. maddesinin sekizinci fıkrasında “Zorunlu deprem sigortası kapsamındaki binalar için, bu Kanundan ve ilgili diğer mevzuattan doğan Devletin konut kredisi açma ve bina yaptırma yükümlülükleri, zorunlu deprem sigortası yaptırılmamış olmasının tespit edilmesiyle birlikte ortadan kalkar.” hükmüne yer verilerek gerçek bir müeyyide getirilmiştir. Bunun birlikte, anılan Kanuna eklenen geçici 26. maddede ise geçmişte gerçekleşen bütün depremler sayılarak, afetzedelere bu Kanun hükümleri gereğince hak sahibi olmak veya borçlandırmaları yapılmak kaydıyla kredi desteği sağlanmasına ilişkin olarak yukarıda verilen maddenin son fıkrasında belirtilen şartlar aranmaksızın işlem yapılacağı ve birinci fıkrada belirtilen işlemlerin yapılmasında maddenin üçüncü fıkrasında yer alan kısıtlamaların uygulanmayacağı öngörülmüştür. 13.04.2023 tarih ve 32162 sayılı Resmi Gazete’de ilan edilen Olağanüstü Hal Kapsamında Afet ve Acil Durum Yönetimi Alanında Alınan Bazı Tedbirlere Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 2. maddesinin beşinci fıkrasında “6/2/2023 tarihinde meydana gelen depremler nedeniyle genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı fen heyetleri tarafından tespit edilmiş olan yıkık veya ağır hasarlı konut, işyeri ve ahır sahibi afetzedeler için 7269 sayılı Kanun hükümleri gereğince hak sahibi olmak ve borçlandırmaları yapılmak kaydıyla konut, işyeri, ahır ve her türlü altyapı ve sosyal donatıların inşası veya kredi desteği sağlanmasına ilişkin olarak anılan Kanun’un 29’uncu maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen hususlar aranmaksızın işlem yapılır. Ayrıca belirtilen işlemlerin yapılmasında aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan kısıtlamalar da uygulanmaz” hükmüne yer verilerek, Kahramanmaraş depremleri olarak kabul edilen depremlerde Devletin konut ve konut kredisi verebileceği öngörülmüştür.

Diğer taraftan, söz konusu Kanunu’nun 29. maddesinin yedinci fıkrasındaki “Hasarlı bina veya işyeri sigortalı ise yapılacak yardımdan sigorta tutarı indirilmez” hükmü gereği ZDS kapsamında tazminat alınması, aynı zamanda Devlet’ten konut ve diğer yardımların alınmasını engellemez. Başka deyişle, her ikisini de eksiksiz alabilir, zira yukarıdaki Kanun maddesi nedeniyle Borçlar Kanunu’na göre sebepsiz zenginleşme sayılmayacaktır.

III. ZORUNLU DEPREM SİGORTASI MEVZUAT ÇERÇEVESİ VE UYGULANACAK GENEL HUKUK KURALLARI

6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun uygulama detaylarını belirleyen ve halen yürürlükte olan Doğal Afet Sigortaları Çalışma Esasları Yönetmeliği, 15 Ağustos 2012 tarihinde 28385 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. ZDS Genel Şartları ise 587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) geçerli olduğu dönemde 13 Mayıs 2011 tarih ve 27933 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. 6305 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre sigorta teminatı, ödenmesi gereken ve diğer hususlar tarifelerle belirlenmektedir. Bu kapsamda hazırlanan ve yürürlükte olan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği 31.12.2016 tarihli ve 29935 üçüncü mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

DASK, 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun genel gerekçesinde *“Deprem gibi katastrofik riskler, çok büyük boyutlarda teminat sunumunu ve bunu karşılamak üzere büyük kaynak birikimini gerektirdiği için bu tür risklere karşı riske maruz ülkelerde, sigortacılık terminolojisinde “sigorta havuzu” adı verilen teşkilatlanmalara gidilmektedir. DASK, sigortacılıktaki bu anlayış esas alınarak kurulmuş bir kurumdur”* şeklinde belirttiği gibi DASK sigortacılıktaki sigorta havuzu anlayışı esas alınarak kurulmuş bir kurumdur.

Sigorta hukuku bakımından, ZDS, verdiği teminatın ve karşıladığı zararın niteliği gereği zarar sigortaları kategorisi altında yer alan mal sigortası niteliğindedir.⁹ Bu sigortanın özelliği gereği mal sigortalarına ilişkin bazı temel ilke ve kurallara ZDS özel mevzuatında da yer verilmiş (örneğin aşkın sigorta ve beyan yükümlülüğü ihlali gibi), bazılarına (örneğin eksik sigorta) ise yer verilmemiştir.¹⁰

Ülkemizde sigorta sözleşmelerine ilişkin genel kurallar (sözleşmenin unsurları ve kurulması, tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin sona ermesi, yükümlülüklerin riayet edilmemesinin sona ermesi vs.) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda “Sigorta Hukuku” başlığı altında 6. Kitap olarak düzenlenmiştir. Buna karşın sigortacılık alanında

⁹ Mehmet Somer, s.119

¹⁰ Kâmil Özbasan, “Zorunlu Deprem Sigortasında Sigorta Bedeli Kavramı ile Tarife Değişikliğinin Tazminat Tutarına Etkisine İlişkin Hukuki İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 97, Sayı: 2, Yıl: 2023, s. 204

faaliyet göstermek isteyen kişilerin sahip olmaları gereken koşullar, izin ve ruhsat almaları, izin ve ruhsatlarının iptali, uymak zorunda oldukları koşullar, faaliyetlerinin denetimi ve alınacak tedbir ve uygulanacak yaptırımlar gibi hususlar ise 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenmiştir. Genel olarak 6102 sayılı Kanun'un 6. Kitabının Sigorta Sözleşme Hukukunu, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun ise Sigorta Murakabe/Denetim Hukukunu düzenlediği söylenebilir.

6305 sayılı Kanun'da 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'na yapılmış herhangi bir atf bulunmamakta, buna karşın 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"Sosyal güvenlik kurumları, Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi ile bu Kanununun denetimle ilgili hükümleri hariç olmak üzere özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan diğer kuruluşlar bu Kanun kapsamında değildir"* denilmiştir. Bu itibarla 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun temel ilke ve esasları ile anılan Kanuna göre çıkarılmış olan alt düzenlemeler (Yönetmelik, Talimat, Genelge, Tebliğ vb. gibi) denetimle ilgili hususlar hariç DASK bakımından uygulanamayacaktır. Bununla birlikte, ZDS Genel Şartlarında 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesine atıf yapıldığı ve uyumsuzluk halinde sigortalıların Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilecekleri ya da Ticaret Mahkemelerinde dava açabilecekleri belirtilmiştir.

6305 sayılı Kanunda DASK'ın kurulması ve faaliyetine ilişkin olarak tüm hususlar düzenlenmiş olduğundan, DASK hakkında 5684 sayılı Kanunu'nun sadece denetimle ilgili hükümlerinin, ZDS açısından ise Genel Şartlarda atıf yapılmış olması nedeniyle 5684 sayılı Kanun'un Tahkime ilişkin hükümlerinin geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Hukuku'na ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulması için ruhsat almış bir sigorta şirketinin bulunması şart olduğu, zira Türk Ticaret Kanunu'nun m.1401/2 hükmünde; *"Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 604 ve 605 inci maddeleri uygulanır. Türkiye'de yerleşik olmayan sigorta şirketleriyle kurulan sigorta sözleşmelerinde bu hüküm uygulanmaz"* denildiğinden, ruhsat sahibi olmayan bir kimse ile akdedilen sigorta sözleşmeleri bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, DASK'ın ruhsatı bulunmayan, kanunla kurulmuş, kendine özgü istisnai bir kurum

olduğu, bir sigorta şirketi olmadığı, faaliyette bulunmak için ruhsatı da mevcut olmadığından hatta ruhsata da ihtiyacı olmadığından Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmayacağı, bu halde DASK ile girilen hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda Afet Sigortaları Kanunu ve diğer ikincil mevzuatlar uygulanması gerektiği, Afet Sigortaları Kanunu'nda Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanabilmesine imkân veren bir atıf hükmü de bulunmadığından, özel kanun ve alt mevzuatta hüküm bulunmaması halinde ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Hukukun Uygulanması ve Kaynakları" başlıklı 1. maddesi gereğince kıyasen yorum yapılarak Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Kanunu hükümleri uygulama alanı bulabileceği iddia edilmektedir.¹¹

587 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "Kurum kaynaklarının yetersiz kalması" başlıklı 17. maddesi "Kurum, sigortadan kaynaklanan toplam yükümlülüklerini ve sahip olduğu kaynakları dikkate alarak reasürans, sermaye ve benzeri piyasalardan sigortacılık tekniğinin gerektirdiği şekilde ve yeterli düzeyde koruma temin eder. Ancak, sigortalı hasarın beklenebilir üstünde olması ve bunun Kurum kaynaklarını ve temin edilen koruma miktarlarını aşması durumunda, ortaya çıkan zarar, Kurum kaynakları ve koruma miktarının toplamının zorunlu sigorta kapsamında ödenmesi gerekli toplam tazminata olan oranı dahilinde karşılanır" şeklinde bir hüküm ihtiva etmekte idi. Buna göre DASK'ın kaynakları mevcut talepler arasında oranlama yapmak suretiyle ödenmesi, ancak daha sonra gelen tazminat taleplere ilişkin de ödeme sorumluluğu bulunmamakta idi. Dolayısıyla bu madde nedeniyle tanzim edilen sözleşmelerin niteliği sigorta hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Ancak 18 Ağustos 2012'de yürürlüğe giren 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nda söz konusu madde kaldırıldığı için sigorta sözleşmesi niteliğine ilişkin tartışma da bitmiştir. Dolayısıyla ZDS sigorta sözleşmesi olup olmadığına ilişkin mevcut hukuki tartışmalarda, anılan Kanun öncesi hukuki görüşlerin dikkate alınmaması gerekmektedir.

DASK 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtildiği gibi sigorta havuzu anlayışı ile kurulmuş bir kurumdur.

¹¹ Vural Seven, <https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortaları-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumlulugu/> (Erişim Tarihi: 23.05.2023)

Sigortacılıkta ve sigorta hukukunda 'sigortacı' kavramı hem sigorta şirketlerini (AŞ ve kooperatif) hem de sigorta havuzlarını kapsar ve her ikisi de sigortalıların tanımlanmış risklerine karşı teminat verirler. Bu kapsamda, Türk Ticaret Kanunu'nun 6. Kitabı da maddelerde özne olarak sigorta şirketi kavramı yerine sigortacı kavramını kullanmıştır. Şöyle ki, 6. Kitap'ta 219 tane 'sigortacı' ibaresi geçmiş iken, sadece iki maddesinde "sigorta şirketi" ifadesi kullanılmıştır. Sigorta şirketi ifadesinin birincisi, ruhsatsız sigortacılık yapılması halini düzenleyen 1401. maddenin ikinci fıkrasında ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 604 ve 605. maddeleri uygulanacağı, Türkiye'de yerleşik olmayan sigorta şirketleriyle kurulan sigorta sözleşmelerinde bu hüküm uygulanamayacağı öngörülmüştür. Bu durumda, ruhsat muhatabının sigorta şirketleri olması nedeniyle ruhsatsız sigortacılığı konusunda da onları muhatap alması normaldir. İkincisi hayat sigortalarında rücu ve temlik hususlarını düzenleyen 1491. maddenin üçüncü fıkrasında 1472. maddedeki halefiyet hükmünün hayat sigortalarında uygulanmayacağı, hayat sigortası sözleşmesi gereği, sigorta şirketinden kararlaştırılan sigorta bedelini tahsil eden sigorta ettiren ve mirasçıları ile rizikoya muhatap olan kişilerin mirasçılarınun, rizikonun gerçekleşmesine neden olan üçüncü kişiye karşı sahip olduğu tazminat alacağını sigorta şirketine temlik etmeleri geçersiz olduğu öngörülmüştür. Söz konusu madde de sigorta şirketi özellikle sayılmış olması hayat sigortalarında sigorta havuz uygulamasının ülkemizde olmamasıdır.

Sigortacılık Kanunu'nda sigorta şirketlerinin sadece anonim ve kooperatif şirket şeklinde kurulabileceği düzenlenmiş, doğal olarak ruhsat yükümlülüğü de AŞ veya Kooperatif Şirket şeklinde kurulmuş olan şirketler için getirilmiştir. Bu nedenle, ayrı bir Kanunla ve farklı bir hukuki statüde kurulan DASK ve TARSİM gibi sigorta havuzlarının yine Kanunla (Kararnameyle) kurulan SEDDK'dan ayrıca ruhsat almasının bir mantığı olmayacaktır. Diğer taraftan, TTK'da ruhsat sadece iki yerde konu edilmiştir; birincisi ruhsatsız faaliyet gösteren bir şirket için TBK 604 ve 605. maddelerinin tatbik edileceği, ikincisi ise olağanüstü hallerden biri olarak sayılan sigorta şirketinin ruhsatının iptali halinde sigorta ettirene fesih hakkı verilmesi ile alakalıdır. Sonuçta 'ruhsatsız sigortacılık yapma' ve olağanüstü halde 'ruhsat ip-

tali' durumlarının sözleşme hukuku alanındaki etkisi düzenlenmiştir, dolayısıyla ruhsat almaya tabi olmayan ve Kanunla kurulan sigorta havuzlar için bu maddelerin bir anlam ifade etmeyeceği açıktır.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunları bir bütündür. Temel Kanunlar olan Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, yine temel Kanun olan Türk Medeni Kanunu'nun devamı niteliğindedir. Özel kanunlarda hüküm bulunmayan haller bakımından temel kanunların, diğer bir ifade ile Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun koruyucu hükümleri devreye girer. Özel kanunlarda temel kanunlara atıf yapılmamış olması, anılan temel kanunların emredici hükümlerinin görmezden gelinmesine yol açmaz. Konunun niteliğine göre özel kanunda hüküm bulunmayan her konuda temel kanunların koruyucu hükümleri mutlaka gözetilmelidir. Örneğin özel kanunda kötüniyetin veya gabin durumunun düzenlenmemiş olması halinde, o özel kanunun düzenlediği hukuki ilişkiye temel kanunların kötüniyet ve gabine ilişkin koruyucu hükümlerinin uygulanması önünde bir engel bulunmamaktadır. Yine özel kanunda, örneğin 6305 sayılı Kanunda olduğu gibi zamanaşımı konusu düzenlenmemiş ise bu durumda hukuki ilişkinin konusuna uygun olan genel Kanunun zamanaşımına ilişkin koruyucu hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla sigorta sözleşmesi olduğu hususunda en ufak bir şüphe bulunmayan ZDS bakımından Afet Sigortaları Kanununda hüküm bulunmayan haller bakımından, sigorta sözleşmelerine ilişkin koruyucu hükümler içeren TTK hükümlerinin uygulanamayacağını ileri sürmek hukuken yanlış olacaktır. Kaldı ki 5684 sayılı Kanunda, denetimle ilgili hükümler hariç DASK'ın kapsam dışında olduğu belirtilmiş iken, 6102 sayılı Kanunu'nun Sigorta Sözleşme Hukukunu düzenleyen 6. Kitabında sigorta sözleşmelerine ilişkin herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Nitekim, ZDS kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkin olarak Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Kararları ile Yargıtay'ın bazı kararlarında TTK hükümleri esas alınmaktadır.¹²

Sigorta sözleşmesinden doğan bütün talepler, iki yılda zamanaşımına uğrar (ZDSGŞ. C.6). Bu hüküm gereksiz yere ZDSGŞ ile bir kez

¹² Örneğin, Yargıtay 4. HD. E.2021/10314, K.2022/4052 sayılı Kararı ve Sigorta Tahkim Komisyonunun 13.03.2021 Tarih ve 2020/İHK-7013 Sayılı İtiraz Hakem Heyeti Kararı

daha zikredilmiştir. Zira zaten sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacaklara ilişkin olarak TTK. m. 1268 hükmü bütün talepler için genel bir zamanaşımı süresi öngörmüştür. Bu hükme göre, sebepsiz yere ödenmiş bulunan primin veya sigorta bedelinin geri alınması alacakları dahil sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, iki yılda zamanaşımına uğrar. TTK. m. 1268'in öngördüğü bu iki yıllık zamanaşımı süresini TTK. m. 6 hükmü karşısında tarafların değiştirmeleri mümkün değildir. Bir başka deyimle, TTK. m. 1268'in öngördüğü zamanaşımı süresini değiştiren sözleşme hükümleri geçersiz olup dikkate alınmazlar.¹³

Türk Ticaret Kanunu'nda "zorunlu mal sigortası" hakkında herhangi bir düzenleme olmadığı için bu Kanun'daki zorunlu sigortaya ilişkin mevcut düzenlemeler yalnızca "Zorunlu Sorumluluk Sigortaları" ile ilgili olduğu, sorumluluk sigortasının esasları ile mal sigortasına ilişkin esaslar birbirinden tamamen farklı olduğu ve bu nedenle Türk Ticaret Kanunu'nun "Zorunlu Sorumluluk Sigortaları" hükümlerinin doğrudan zorunlu mal sigortası niteliğinde olan "Zorunlu Deprem Sigortası"na uygulanması mümkün olmadığı iddia edilmektedir.¹⁴

6102 sayılı TTK'da "zorunlu sigorta" tabiri iki yerde geçmektedir. Zorunlu sigorta TTK'nın 6. Kitabının "Genel Hükümler" içerisinde yer alan "Fesih ve Cayma" başlıklı 1413. maddesinde aşağıdaki şekilde yer almıştır;

"a) Olağanüstü durumlarda fesih

MADDE 1413- (1) Sigortacının, konkordato ilan etmesi, ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatının iptal edilmesi veya sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması gibi hâllerde; sigorta ettiren, bu olguları öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sigorta sözleşmesini feshedebilir.

(2) Primlerin tamamını ödemişken sigorta ettiren konkordato ilan etmişse, sigortacı, bunu öğrendiği tarihten itibaren, bir aylık bildirim süresine uyararak, sigorta sözleşmesini feshedebilir.

(3) Zorunlu sigortalar ile prim ödemesinden muaf hâle gelmiş can sigortalarına ikinci fıkra uygulanmaz."

¹³ Şaban Kayıhan, s. 514-515

¹⁴ Vural Seven, <https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortalari-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumlulugu/> (Erişim Tarihi: 23.05.2023)

Anılan Kanun hükmüne göre sigorta ettiren primlerin tamamını ödemediği konkordato ilan etmiş ise sigortacı, bu durumu öğrendiği tarihten itibaren, bir aylık bildirim süresine uyararak, zorunlu sigorta ve prim ödemesinden muaf hâle gelmiş can sigortaları hariç sigorta sözleşmesini feshedebilmektedir.

Burada “zorunlu sigortalar” tabirine yer verilmek suretiyle ayırım yapılmaksızın tüm zorunlu sigortalar (mal, sorumluluk ve can sigortaları) için aynı hükmün geçerli olduğu ortaya konulmuştur. Sorumluluk sigortası olan Karayolu Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortasında da anılan hüküm geçerlidir, can sigortası olan Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası ya da Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortasında da aynı durum geçerlidir.

6102 sayılı TTK'nın 6. Kitabının toplamda 14 maddeden oluşan Sorumluluk Sigortaları bölümünün sadece 1483 ve 1484. maddelerinin üst başlığı “Zorunlu sorumluluk sigortaları”dır.

“1. Sözleşme yapma zorunluluğu

MADDE 1483- (1) Sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınmazlar.

2. Zarar görenle ilişkide ifa yükümlülüğü

MADDE 1484- (1) Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder.

(2) Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur.

(3) Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer.”

Buna göre, TTK'nın Genel Hükümler içinde zorunlu sigortalar ifadesi kullanılmış iken, sorumluluk sigortaları bölümü içinde sadece iki maddesi “zorunlu sorumluluk sigortaları” başlığı altında verilmiştir. Başka deyişle Genel Hükümler altında “zorunlu sorumluluk sigortaları” değil “zorunlu sigortalar” ibaresi kullanılmıştır.

ZDS bir sorumluluk sigortası olmadığı için 6102 sayılı Kanunu'nun zorunlu sorumluluk sigortalarını düzenleyen 1483 ve 1484. madde hü-

kümlerine tabi olduğu iddia edilemez. Ancak aynı durumu TTK'nın 1413. madde hükmü için söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Sonuçta Türk Ticaret Kanunu'ndaki zorunlu sigortaya ilişkin mevcut düzenlemeler yalnızca "Zorunlu Sorumluluk Sigortaları" ile ilgilidir iddiası doğru değildir.

Zorunlu Deprem Sigortası; sigorta ettirenin tüm (gerçek) zararının karşılanması anlayışıyla oluşturulmadığı, Zorunlu Deprem Sigortası'nda amaç deprem ve depreme bağlı hasarların devletin üzerinde oluşturacağı yükü hafifletmek ve zarar görenlerin zararlarını belirli oranda önceden düşük primler ödemek suretiyle gidermeye yönelik teminat sağlamak olduğu, üzerine ihtiyari deprem sigortası yaptırılabilceği, ancak DASK tarafından yapılan Zorunlu Deprem Sigortası, standart bir sigorta sözleşmesi olarak görmek mümkün olmadığı iddia edilmektedir.¹⁵ Ancak, DASK'ın yaptığı işin ve akdettiği sözleşmelerin standart sigortacılık faaliyetinden ve sigorta sözleşmesinden bir farkı bulunmamaktadır. ZDS ile bildiğimiz diğer sigorta sözleşmeleri arasında teknik olarak herhangi bir fark bulunmamaktadır.

SEDDK, Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliği 31.12.2016 tarihli ve 29935 üçüncü mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, ancak Sigorta ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu (SEDDK) tarafından inşaat maliyetlerindeki artışa göre sigorta konusu meskenin yeniden yapıma maliyetine (arsa değeri hariç) esas, metrekare bazında azami yeniden yapım maliyeti ile azami teminat tutarını belirleyerek Resmî Gazetede ilan edilmektedir. ZDS sigorta bedelinin belirlenmesinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yayımlanan yapı yaklaşık birim maliyetleri esas alınmıştır¹⁶. Ancak 7 Eylül 2019 tarih ve 30881 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliğinde

¹⁵ Vural Seven, <https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortalari-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumlulugu/> (Erişim Tarihi: 23.05.2023)

¹⁶ Söz konusu Tebliğde "Sigorta bedelinin tespitinde, sigorta edilen meskenin yapı tarzı için aşağıda belirtilen metrekare bedeli ile aynı meskenin brüt yüzölçümünün (veya yaklaşık yüzölçümünün) çarpılması sonucu bulunan tutar esas alınır. Zorunlu Deprem Sigortası yapılan bir meskenin sigorta bedeli 3 üncü maddede belirtilen azami teminat tutarından çok olamaz. Aşağıda belirtilen sigorta bedeli hesabına esas metrekare bedelleri her yıl Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yayımlanan yapı yaklaşık birim maliyetlerindeki değişim dikkate alınarak belirlenir." hükmü yer almakta idi.

Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’de her yıl Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği ekinde yer alan Binaların Metrekare Normal İnşaat Maliyet Bedellerini Gösterir Cetvelin dikkate alınması öngörülmüştür. Bu noktadan sonra ZDS teminatları yüksek inşaat maliyet enflasyonun da etkisiyle gerçek konut yeniden yapım maliyetlerinden önemli ölçüde ayrılmıştır. Sonuçta, DASK tarafından verilen teminat geçmişte gerçek zararı karşılayabilecek düzeyde iken, anılan Cetvel değişikliği ve son yıllarda inşaat maliyetlerindeki artışlar nedeniyle ZDS teminatları gerçek zararın (inşaat maliyeti) çok uzağında kalmıştır. Başka bir deyişle DASK geçmişte kısmi değil tam teminat verebilmekte idi. Nitekim 2011 yılı Van Depreminde DASK, poliçelerin büyük çoğunluğunda inşaat maliyetini karşılayacak düzeyde sigortalılara tazminat ödemesi yapmıştır. Dolayısıyla, DASK tarafından verilen teminat tutarının inşaat maliyetlerinin altında kalması nedeniyle kısmi sigorta haline dönüşen günümüz uygulamasını ‘ZDS standart bir poliçe değildir’ türünde, hiçbir hukuki gerekçe de göstermeden savunmaya çalışmak kanaatimize göre doğru değildir.

DASK’ın faaliyeti, kurulduğu günden bugüne kadar sigortacılık mevzuatı kapsamına dahil olarak değerlendirilmiş, bu nedenle çıkan uyuşmazlıklarda da Zorunlu Deprem Sigortası sigortacılık faaliyeti olarak değerlendirilerek hukuki görüşler oluşturulmuş ve anılan mevzuata göre kararlar verilmiştir. Şöyle ki, 6305 sayılı Kanun’un 3. maddesinde DASK “*Bu Kanuna göre sunulacak sigorta ve reasürans teminatları*” sunan bir kurum, madde gerekçelerinde ise “*sigorta havuzu*” olarak tanımlanmış, ZDS mevzuatının tamamında “*sigorta sözleşmesi*” ibaresi kullanılmış, ayrıca DASK kendisini sigortacı, akdettiği sözleşmeyi de sigorta sözleşmesi olarak gördüğünden olsa gerek ZDS Genel Şartlarında, uyuşmazlık halinde Sigortacılık Kanunu’nun 30. Maddesi kapsamında Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulabileceği öngörülmüştür. Bu kapsamda DASK, diğer sigorta şirketleri ve TARSİM gibi Sigorta Tahkim Komisyonuna üye bir kuruluştur.

Aynı şekilde DASK’ın zorunlu deprem sigortasına ilişkin faaliyeti sigortacılık olduğu için sigortacılık faaliyetinde bulunan diğer sigorta havuzların ve sigorta şirketlerin tabi olduğu denetim esaslarına göre denetimi öngörülmüş ve bugüne kadar açıklanan şekilde denetlenmiştir. Bugün DASK’ın SEDDK’nın denetimi altında olmasının nedeni de sigortacılık mevzuatı kapsamında denetlenmesi gerekliliğidir.

Kanaatimce, sigortanın bütün özelliklerini taşıdığı gözlenen zorunlu deprem sigortasının, tam anlamıyla bir sigorta olduğunda tereddüt edilmemelidir. Bu sigorta, özel düzenlemede hüküm bulunmayan hallerde, sigorta sözleşmeleri hakkındaki kurallara tabi olacaktır.¹⁷ Zorunlu deprem sigortası tümü ile sigorta tekniği içinde çalışmaktadır. Bu bakımdan yeterli kaynak bulunamaması veya kısmi ödeme yapılması gibi problemlerle karşı karşıya kalınmayacaktır. Reasürans teminatı vardır ve hasarlar toplanan fonla sınırlı olmaksızın verilen poliçe deprem teminatının limiti dahilinde karşılanacaktır. Her yıl toplanan primler gerek yurt içi ve gerekse yurt dışı yatırım araçları ile değerlendirilecek ve yıl sonunda gelirleri ile birlikte fonda toplanarak ileriki yıllar için kaynak oluşturulacaktır.¹⁸

Sonuçta, ZDS özel Kanunla (6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu) ihdas edilmiş olsa da ZDS sözleşmesi sonuçta bir sigorta sözleşmesidir. TTK 6. Kitabı ise sigorta sözleşme hukuku alanıdır. Sadece ZDS değil, trafik sigortası, devlet destekli tarım sigortaları gibi birçok sigorta özel Kanunla ihdas edilmiştir. Özel kanun ile kurulan sigortalar kendi mevzuatında konu hakkında özel düzenleme olmadığı durumlarda başka bir kanuna atf (trafik sigortalarında Türk Borçlar Kanuna yapılan atf gibi) yoksa, TTK'nin sigorta sözleşme hukuku hükümlerine tabidir. Bu nedenle, kendi özel kanunu olan ZDS bakımından hukuki değerlendirmelerin öncelikle 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu ve kendi alt mevzuatına göre yapılması, özel kanun ve alt mevzuatında hüküm bulunamaması halinde ZDS ye uygulanabilir hükümler bakımından TTK hükümlerine gidilmesi gerekecektir. Ancak 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde normlar hiyerarşisi gereği, TTK'da koruyucu hükümleri düzenleyen 1452. ve 1486. maddelerde belirtilen hükümlerin emredici niteliği gözetilerek deprem sigortasına ilişkin alt mevzuata göre öncelikli olarak dikkate alınması gerekecektir. Şüphesiz 6305 sayılı özel kanunda hüküm bulunmayan haller bakımından genel anlamıyla TTK hükümlerine başvurulurken TTK hükümlerinin ZDS'nin hukuki niteliğine ve bu sigortanın oluşturulma amacına uygunluğunun değerlendirilmesi gerekecektir.¹⁹

¹⁷ Samim Ünan, "Zorunlu Deprem Sigortası", *Sigorta Hukuku Dergisi*, 2001, s.87

¹⁸ Şaban Kayıhan, s. 504

¹⁹ Kâmil Özbasan, s.204

IV. TAZMİNAT HESABI

Bu bölümde DASK mevzuatına ve DASK uygulamalarına göre tazminat hesaplama esasları ele alınacaktır.

4.1. Tam Zayi ve Kısmi Hasar Durumlarında Ödenecek Tazminat

ZDS Genel Şartlarının “B.3- Tazminatın Hesabı” başlıklı maddesine göre tam veya kısmi hasar olmasına bakılmaksızın, rizikonun gerçekleştiği yer ve tarihte, benzer yapı özellikleri göz önünde bulundurularak, binanın piyasa rayiçlerine göre hesaplanan yeniden yapım maliyeti -DASK’ın belirlediği metrekare azami yeniden yapım maliyeti ve azami sigorta bedelini aşmamak kaydıyla- esas alınacağı öngörüldüğü için ZDS kapsamında kısmi hasarlar da azami teminat tutarları kapsamında ödenir.

Kahramanmaraş depremlerinde esas alınan tarifelerin ilki, 17.11.2021 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’de yapı tarzına göre m² bazında azami teminat bedeli aşağıdaki şekilde ilan edilmiştir;

Yapı Tarzı	Azami Metrekare Bedeli (TL)
Betonarme (Çelik veya betonarme taşıyıcı karkas bulunan yapılar)	1.508
Diğer (İlk gruba girmeyen yapılar)	1.040

Bu Tebliğe göre azami sigorta bedeli ise, bütün yapı tarzları için 320.000 TL’dir.

Bu tarihten sonra 25.08.2022 tarih ve 31934 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği (Seri No: 81) ZDS poliçelerinde azami m² ve sigorta bedeline esas olan 2023 yılı için binaların normal m² inşaat maliyet bedellerini gösterir cetvel ilan edilmiştir.

25.11.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’de yapı tarzına göre m² bazında azami teminat bedeli aşağıdaki şekilde ilan edilmiştir;

Yapı Tarzı	Azami Metrekare Bedeli (TL)
Betonarme (Çelik veya betonarme taşıyıcı karkas bulunan yapılar)	3.016
Diğer (İlk gruba girmeyen yapılar)	2.080

Bu Tebliğe göre azami sigorta bedeli ise, bütün yapı tarzları için 640.000 TL'dir.

Türkiye'de ZDS kapsamında ödenecek sigorta primi, binanın doğal afette zarar görme riskine göre hesaplanmaktadır. Fakat binaların deprem hasar görebilirlik riski hesabında kullanılan parametreler (binanın bulunduğu deprem bölgesi, bina yapı tarzı, yüzölçümü) (www.dask.gov.tr) oldukça yetersizdir.²⁰ Sigortalının teminat tutarı (sigorta bedeli) – metrekare bazında azami yeniden yapım maliyeti (3.016 TL) ve azami teminat tutarını (640.000 TL) geçmemesi kaydıyla – kalite ve aşınma durumuna bakılmaksızın meskenlerinin büyüklüğüne ve yapı tarzına göre belirlenir.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın 11.02.2023 tarih ve 32101 sayılı Resmi Gazete yayınlanan ve 01.01.2023 tarihinden itibaren geçerli olan Mimarlık ve Mühendislik Hizmet Bedellerinin Hesabında Kullanılacak 2023 Yılı Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri Tebliğindeki metrekare yapı birim maliyetleri III. Sınıf A Grubu konutlar (3 kata kadar - asansörsüz) için 4.600 TL, B Grubu konutlar (yapı yüksekliği 21,50 m'den az) için 6.350 TL, IV. Sınıf B Grubu müstakil veya ikiz konutlar (bağımsız bölümler brüt 151 m² - 600 m² villalar, teras evler, dağ evleri, kaymakam evi ve benzeri) için 8.100 TL, C Grubu konutlar (yapı yüksekliği 30,50 m ile 51,50 m arası) için 8.825 TL olarak belirlenmiştir. Yapı yaklaşık birim maliyetleri, yapının mimarlık hizmetlerine esas sınıfları dikkate alınarak KDV hariç, genel gider (%15) ve yüklenici karı (%10) dahil belirlenir.

29.03.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 5359 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile konut teslimlerindeki KDV oranları yeniden

²⁰ Yavuz Kılağız, Ahmet Baran, İsmet Ulu, "Deprem Sigortası Primi Hesaplama-sında Kullanılmak Üzere Geliştirilmiş Deprem Hasar Görebilirlik Riski Bulan Bir Bulanık Uzman Sistem Tasarımı", İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 20 Sayı: 2, 2006, s. 242

düzenlenerek konutların net alanının 150 m²'ye kadar olan kısmı için %10 (6306 sayılı Kanun kapsamında rezerv yapı alanı ve riskli alan olarak belirlenen yerler ile riskli yapıların bulunduğu yerlerde dönüşüm projeleri çerçevesinde yapılan konutlarda %1), 150 m²'nin üzerindeki kısımlar içinse (6306 sayılı Kanun kapsamındakiler dahil) %20 olarak belirlenmiştir.

Sonuçta, inşaat sektöründe deprem sonrası talep artışı nedeniyle oluşan talep enflasyon etkisi ve pahalı bir sistem olan tünel kalıp sistemi sonucu TOKİ'nin deprem bölgesinde konutları metrekare bazında 15.000 TL bedelle inşa ettiği dikkate alınır, DASK Tarifesine esas aldığı ölçeği 07.09.2019 tarihinde değiştirmemiş olsa idi Kahramanmaraş depremlerinde metrekare bazında ortalama 10.000 TL ödeme yapması söz konusu olacaktı. Bu durumda sigortalıların gerçek zararının mevcut tarife (1.508 TL/m²) göre %10 karşılanırken, eski ölçeğe göre belirlenecek bir tarifede tamamen karşılanmış olacaktı. Ancak, deprem sonucu artan inşaa maliyetleri ve TOKİ'nin tünel kalıp sistemi ek maliyeti göz ardı edildiğinde eski ölçeğe göre belirlenecek bir tarifede deprem anındaki inşaa maliyetine (10.000 TL/m²) yakın bir tazminat ödenmesi söz konusu olacaktı.

2011 yılındaki Van depreminde, ZDS teminatları için Bakanlık tarafından yayımlanan yapım maliyetleri esas alındığı için sigorta bedeli, gerçek inşaa maliyetlerine oldukça yakın bir seviyedeydi. Ancak, bu durumun, Emlak Vergisi Cetveline geçilmesi ve son yıllarda yaşanan COVID-19 salgını, enflasyon artışları ve en son Ukrayna-Rusya savaşı gibi etkenlerle birlikte ülkemizde inşaat maliyetlerinin önemli ölçüde artması sonucunda, sigorta bedelinin gerçek maliyetten önemli ölçüde uzaklaştığı görülmüştür.

Bir diğer önemli konu ise zorunlu deprem sigortasının, diğer sigortalar gibi riziko gerçekleştiği andaki değerler üzerinden tazminat ödemesidir. Ancak, Kahramanmaraş depreminde olduğu gibi, depremi takip eden dönemde konut talebinin artması ve buna karşın arzın sınırlı olması, inşaat maliyetlerinin aşırı şekilde yükselmesine neden olmaktadır. Bu sebeple ZDS ve İDS kapsamında ödenen tazminatlar, ödeme tarihi itibarıyla depremedelerin zararını karşılamada yetersiz kalacaktır.

Sonuçta, DASK'ın sağladığı metrekare bazında 3.016 TL teminatın, ülkemizin birçok yerinde ve konut tipine göre gerçek sigorta değerinin çok altında olduğu anlaşılmıştır.²¹

Diğer bir yandan, her bir hasar durumunda, sigorta bedelinin %2'si oranında bir tenzil muafiyeti uygulanmaktadır. Başka bir deyişle, DASK, hasarın bu muafiyet miktarını aşan kısmından sorumlu olup sigorta bedelinin %2'sine denk gelen tutarı ödemez. Örneğin, 100 metrekarelik bir konutta hesaplanan 301.600 TL sigorta bedelinin %2'sine denk gelen 6.032 TL, hiçbir koşulda ödenmez. Muafiyet uygulaması açısından, her bir 72 saatlik dönem bir hasar olarak kabul edilir. Bu bağlamda, Kahramanmaraş'ta aynı gün üst üste meydana gelen iki depremde toplam hasar üzerinden bir kez muafiyet uygulanır. Bu kapsamda, 06.02.2023 tarihindeki ilk depremden itibaren 72 saat sonrasındaki artçı depremler ve 20.02.2023 tarihindeki Hatay depremleri, Kahramanmaraş depremlerinden ayrı bir deprem olarak kabul edilir ve bu depremlerde yeni veya artan zarar durumları ayrı bir tazminata hak kazanır. Ancak, ilk depremde oluşan hasar durumu (örneğin, hafif hasarlı) belirlenmeden, yeni bir deprem nedeniyle hasar durumu (örneğin, orta veya ağır hasarlı) değişen veya yıkılan konutlarda, zararın sebebi konusunda deprem bazında ayırıştırma yapmak zordur. Bu durumda, tespit edilen hasarın en son gerçekleşen depremden kaynaklandığı kabul edilmelidir.

Bu anlatımlardan sonra betonarme binalarda konutların tam hasar sayılması halinde ödenecek tazminat hesabı tablosu:

Metrekare	Yeniden Yapım Bedeli (m ²)	Sigorta Bedeli	Muafiyet	Tazminat
100	3.016	301.600	2%	295.568
200	3.016	603.200	2%	591.136
300	3.016	640.000*	2%	627.200

* Yeniden yapım maliyeti, azami teminat tutarını aşamaz.

²¹ Kahramanmaraş depremlerinden etkilenen illerde TOBB'un öncülüğünde yapılan yardım kampanyalarında TOKİ modelinde inşa edilecek evlerin metrekare maliyetinin yaklaşık 15 bin TL olduğu dikkate alınrsa, ZDS'nin 3.016 TL teminatı çok düşük kalmaktadır. Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/ito-baskani-avdagic-istanbul-is-dunyasina-deprem-konutlari-icin-cagri-yapti-bir-metrekare-de-siz-bagislayin-42251706> (Erişim Tarihi:17.04.2023)

Diğer yapı tarzlarında tam hasar sayılması halinde ödenecek tazminat hesabı tablosu:

Metrekare	Yeniden Yapım Bedeli (m ²)	Sigorta Bedeli	Muafiyet	Tazminat
100	2.080	208.000	2%	203.840
200	2.080	416.000	2%	407.680
300	2.080	640.000*	2%	627.200

* Yeniden yapım maliyeti, azami teminat tutarını aşamaz.

DASK, Kahramanmaraş depremlerinde kendi ekspertiz yaptırmasının uzun zaman alacak olması ve maliyetli olmasından dolayı, tazminat ödemelerinde pratik olarak önemli ölçüde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın belirlemelerini esas almaktadır.

13.04.2023 tarihli ve 32162 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilen Olağanüstü Hal Kapsamında Afet ve Acil Durum Yönetimi Alanında Alınan Bazı Tedbirlere Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 2. maddesinin altıncı fıkrasında "6/2/2023 tarihinde meydana gelen depremler nedeniyle genel hayata etkili afet bölgesi olarak kabul edilen yerlerde orta hasarlı olarak tespit edilen ve güçlendirilmesi fen ve sanat kurallarına göre elverişli olmadığı için yıktırılan konut, işyeri ve ahırla ilgili 7269 sayılı Kanununun, 29 uncu maddesinin üçüncü ve sekizinci fıkraları hariç olmak üzere, ağır hasarlı konut, işyeri ve ahıra ilişkin hükümleri uygulanır" hükmü getirilerek, Kahramanmaraş depremleri olarak kabul edilen depremlerde orta hasarlı binaların yıkılmasına karar verilmesi halinde ağır hasarlı sayılacakları kabul edilmiştir. Bu kapsamda, DASK, orta hasarlı konutlarda ilk olarak sigorta bedelinin %50 sini ödemekte, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından yıkım kararı alındıktan sonra ise sigorta bedelinin geri kalan %50'sini ödemektedir.

Kısmi hasarlarda (güçlendirme yapılması, yıkılan duvarların örülmesi, kırılan fayansların yenilenmesi, duvar çatlaklarının kapatılıp boyanması gibi) ise tazminat hesabı sigorta bedelini geçmemek kaydıyla deprem anındaki piyasa rayıçlerine göre hesaplanmaktadır. DASK, Kahramanmaraş depremlerinde yüzbinlerce sayıda hafif hasarlar olduğu ve bunların ekspertiz süreçlerinin uzun süreceği gerekçesiyle, pratik bir yöntem olarak 75.000 TL üst limit olmak üzere poliçede belirtilen bedelin %15'inin tazminat olarak ödemektedir. Bu durumda 100 metrekare

re üzerinden ZDS olan bir konuta, eski tarife üzerinden 22.620 TL, yeni tarife üzerinden 45.240 TL tazminat ödenecektir. DASK, pratik yönetime göre ödenen tazminat tutarına itiraz edenlere eksper ataması yapmakta ve sigortalının ortak alandaki hasar payları dahil konut hasarı ödenen tazminatta fazla çıkması halinde aradaki farkı ödemektedir.

Bununla birlikte yıkılmayacak orta hasarlı binalarda tazminat olarak ödenen sigorta bedelinin %50 sine itiraz edilmesi ve Bakanlıkça 'hasarsız' diye belirlenen ancak sigortalı konutlarda hasar olması halinde tayin edilen eksper tarafından tespit edilen bedel tazminat olarak ödenmektedir.

DASK Kahramanmaraş depremlerinde ekspertiz raporlarına göre belirlenen tutarlar sigorta bedelinin oranına (%15 veya %50) göre ödenen tazminat tutarlarının altında kalması halinde sigortalıdan tazminat iadesi talep etmemektedir. Ayrıca bütün tazminat ödemelerinde %2 oranındaki muafiyet uygulamasını kaldırmıştır.

Diğer yandan, banka kredisi nedeniyle düzenlenen ZDS poliçelerinin üzerinde dain-i mürtehin olarak bankalar yazıldığından, DASK hafif hasarlarda tazminatları sigortalılar yerine bankalara ödemektedir. Ancak, az hasarlı konutlar yıkılmayacağı ve bankaların daha sonraki depremlerde konut üzerindeki öncelikli tazminat hakkı aynen korunduğu için sigortalının konutunda tekrar oturabilmesini teminen gerekli onarım bedelinin bankalar tarafından kredi borcundan indirilmesinin doğru olmadığı düşünülmektedir. Nitekim, kısmi hasarlarda DASK'ın doğrudan sigortalıya ödeme yapmasında daini mürtehinin muvafakatine gerek olmadığına ilişkin Yargıtay'ın kararları bulunmaktadır. (Yargıtay 17.hukuk dairesi, 2019/4447 E., 2020/3225 K.)

4.2. Eksik ve Aşkın Sigorta Durumlarında Ödenecek Tazminat

ZDS teminatı tanzim tarihi itibarıyla konutun gerçek yeniden yapım maliyeti kadar ise tam sigorta, altında ise kısmi sigorta söz konusu olur. ZDS teminatının yeniden yapım maliyetinin bir kısmına karşılık gelmesi (kısmi sigorta) halinde konut sahipleri sigorta şirketlerine müracaat ederek teminatsız kalan kısmı ihtiyari deprem sigortası ile tamamlayabilirler. ZDS poliçeleri ister tam sigorta isterse kısmi sigorta olsun, sigorta ettirenin beyanına dayalı yapıldığı için eksik sigorta veya aşkın sigorta durumları olabilmektedir.

Eksik Sigorta Halleri

Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarda “aşkın sigorta”nın aksine “eksik sigorta” başlığında bir maddeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte ZDS poliçeleri sigorta ettirenin beyanı üzerine tanzim edildiğinden, sigorta ettirenin poliçe esnasında ek prim gerekli hususlarda (eksik yüzölçümü, yapı tarzı yanlışlığı vs.) gerçeğe aykırı beyanda bulunulmuşsa ve bu durum depremden sonra öğrenilmişse, tazminat, alınan prim ile alınması gereken prim arasındaki orana göre ödenir.

Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliğinin 6. maddesine göre kredi ile bağlantılı olarak yapılacak sadece ihtiyari sigortalarda, kredi ilgisinin menfaatinin sigorta edilmesi, sigorta sözleşmesi ile sunulan teminatların kredi konusu ve kredi kullananın ihtiyaçları ile uyumlu olması esastır. Buna karşın söz konusu Yönetmeliğin 10. maddesinin dördüncü fıkrasında, konut finansmanı kapsamında kullanılan kredilerle ilgili olarak kredi konusu konut için yapılan sigortanın bedeli kredi tutarından bağımsız olduğu ve bu sigortalarda, sigorta bedeli konutun yeniden yapım maliyeti esas alınarak belirleneceği, ancak bu maliyetin tespitinde arsa değerinin dikkate alınmayacağı öngörülmüştür. Buna göre, bankalar krediyi verdikleri konutların gerçek yüzölçümünü bildiklerinden, ZDS Tarife ve Talimatlarına göre doğru metrekare üzerinden DASK poliçesi yapmaları zorunludur. Dolayısıyla kredi tutarına göre düşük m² üzerinden düşük sigorta teminatlı ZDS poliçeleri tanzim edilmesi halinde, söz konusu Yönetmeliğe aykırı sigorta yapılmış olacaktır.

Kahramanmaraş depremlerinin etkilediği bölgelerde ZDS ile sigortalı konutların neredeyse üçte birinde elektrik ve su abonelik işlemlerini gerçekleştirebilmek için DASK tarafından belirlenen en düşük prim olan 90 lira ödemek suretiyle 39 m² üzerinden sigortalandığı anlaşılmıştır.²²

ZDS poliçeleri, sigorta ettirenlerin beyanlarına dayanarak oluşturulmaktadır ve özellikle kiracıların su ve elektrik abonelikleri için talep edilen zorunlu deprem sigortasında, çok düşük metrekare beyanları nedeniyle SEDDK ve DASK'ın minimum bir prim belirlediği

²² <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/noyan-dogan/depremden-ortaya-cikti-konutlar-39-metrekare-gosterilmis-42256091> (Erişim Tarihi: 25.04.2023)

anlaşmıştır. Ancak, Türkiye'deki konutların ortalama brüt metrekare yüzölçümüyle uyuşmayan bu belirleme, günümüzde bu sigortanın amaçları açısından önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir. Kanatime göre, su ve elektrik aboneliklerinde gerçek metrekareyi gösterir belge ibraz edilmesi şartı getirilmesi gerekirdi.

Diğer taraftan, Kahramanmaraş depremlerinde ZDS poliçelerinde tapu bilgisi, sigortalı isim soyadı veya adres bilgisi gibi yanlışlıkların da çok olduğu anlaşılmalı birlikte, bu tür yanlışlıklar ek prim gerektiren hususlar olmadığından eksik sigortaya neden olmamaktadır.

Aşkın Sigorta Halleri

Söz konusu Genel Şartların "A.5- Aşkın Sigorta" başlıklı maddesine göre sigorta bedeli, sigortalanan meskenin yeniden yapım maliyetini aşarsa, sigortanın bu bedeli aşan kısmı geçersizdir. Sigorta süresi içinde durumdan haberdar olan DASK, sigorta bedelini indirir ve cari yıla ait fazla alınan primi sigorta ettirene gün esaslı üzerinden iade eder.

Sigorta ettirenin poliçe esnasında gerçeğe aykırı beyanı (fazla yüzölçümü vs.) sonucu sigorta bedeli olduğundan fazla belirlenmişse ve bu durum DASK tarafından depremden sonra öğrenilmişse, sigortalanan meskenin gerçek m² göre belirlenen yeniden yapım maliyetini aşan sigorta bedeli ödenmez ve buna isabet eden kısma ilişkin prim iade edilir.

4.3. Avans Uygulamaları

ZDS mevzuatına göre esasları SEDDK tarafından belirlenmek üzere deprem sonrasında sigortalılara avans ödemesi yapılması mümkündür. Avans ödenip ödenmemesi, avans tutarı ve avansın kapsamı DASK'ın önerisi üzerine SEDDK tarafından kararlaştırılmaktadır.

SEDDK tarafından 27.02.2023 tarihinde yayınlanan 2023/10 sayılı Genelgede, az hasarlı konutlar hariç, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından ilgili binaya ilişkin yapılan yıkık, acil yıkılacak, ağır hasar veya orta hasar tespitlerinin yasal itiraz sürelerini tamamlamış ve kesin hasar tespit raporuna dönüşmüş olması halinde, orta hasarlı binalar için sigorta bedelinin %10'u, diğerlerinde ise %20'sinin başvuru tarihini müteakip 8 gün içinde DASK tarafından hak sahibine avans olarak ödeneceği açıklanmıştır.

4.4. Tazminat Ödeme Zamanı ve Sonuçları

ZDS sözleşme ile sigorta edilmiş binalarda meydana gelen zararın nedeni, niteliği ve miktarı DASK'ın veya yetkili kıldığı kimselerin belirlemelerine göre taraflar arasında yapılacak anlaşmayla tespit edilir. Büyük ölçekli bir hasar meydana gelmesi durumunda DASK, hasar tespitlerinin süratle yapılabilmesini teminen teknolojik olanaklardan da yararlanarak basitleştirilmiş hasar tespit uygulamaları geliştirebilir.

Tazminat miktarının yasa ve bu polişe hükümlerine göre tespit edilmesinden sonra DASK, sigorta bedelini aşmamak kaydıyla kesinleşmiş olan tazminat miktarını en geç takip eden bir ay içerisinde hak sahibine ödemek zorundadır.

6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun "Sigortalının sorumluluğu" başlıklı 12. maddesinde yer alan; "*Malik veya intifa hakkı sahibi, binanın ve her bir bağımsız bölümün projeye aykırı olarak ve taşıyıcı sistemi olumsuz yönde etkileyecek şekilde tadil edilmesine veya zayıflatılmasına karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.*

(2) *Malik veya intifa hakkı sahibi, hasarın projeye aykırı olarak ve taşıyıcı sistemi olumsuz yönde etkileyecek tadilat nedeniyle ortaya çıktığının tespit edilmesi durumunda, sigortadan tazminat alma hakkını kaybeder.*" hükmü gereği sigortalının hasarın oluşmasına etken olacak işlemlerden kaçınması gerekmektedir. Aksi halde sigortadan tazminat alma hakkını kaybeder.

DASK, yaptığı tazminat ödemesi tutarınca hukuken sigortalının yerine geçer ve sigortalının zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nispetinde DASK'a intikal eder. Başka bir deyişle örneğin, sigortalının kusuru olmaksızın binanın kolonunun kesilmesi gibi nedenlerle deprem sonucu bina daha fazla hasarlanmış veya yıkılmış ise DASK tazminatı sigortalıya ödedikten sonra TTK'ya göre halefiyet hakkı kapsamında kolon kesen kişi/kişilerden ödediği tazminatı tahsil etmek için rücuda bulunabilecektir.

Deprem sonucu tam hasar meydana geldiği takdirde, tazminatın ödenmesi ile birlikte sigorta teminatı sona erer. Kısmi hasar halinde ise sigorta bedeli, rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren ödenen tazminat tutarı kadar eksilir.

Binanın taşıyıcı sistemine etki eden hasarlarla ilgili olarak, teminatın tekrar işlerlik kazanabilmesi için konutun eksper raporunda belirtilen makul süre içinde onarılması gerekmektedir. Aksi takdirde poliçe vadesi süresince oluşabilecek müteakip hasarlar ödenmez. Sigorta bedelinin eksildiği hallerde, hasarlı binanın, hasardan bir gün önceki haline getirildiği tarihten itibaren başlamak üzere, gün esaslı ile prim alınmak suretiyle sigorta bedeli yükseltilir.

Diğer taraftan, ZDS Genel Şartlarının "B.1- Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde, Sigorta Ettirenin ya da Sigortalının Yükümlülükleri" başlıklı maddesinde, sigortalılar yönünden DASK'ın isteği üzerine zarar miktarıyla delilleri saptamaya, rücu hakkının kullanılmasına yararlı ve sigorta ettiren için sağlanması mümkün gerekli bilgi ve belgelerin gecikmeksizin DASK'a verilmesini zorunlu kılmıştır.

DASK, ZDS kapsamında avans veya tazminat ödemelerinde sigortalıları "riziko (deprem) tarihinde geçerli olan poliçemde yer alan sigorta bedeli kapsamında olduğunu" ve "başkaca alacağının kalmadığını kabul ediyorum" anlamında bir metni onaylamak zorunda bırakmaktadır. Ancak depremin oluşturduğu felaketin müzayaka hali olduğu dikkate alındığında, bu şekilde bir belge imzalanmış olsa bile hukuken geçersiz olacağı düşünülmektedir. Nitekim, Yargıtay 1. Dairesi 2019/2501 sayılı Kararında gabini "*aşırı yararlanma (gabinden) söz edilebilmesi, objektif unsur olan edimler arasındaki aşırı oransızlık yanında, bir tarafın darda kalması, tecrübesizlik, düşüncesizlik (hafiflik) hallerinin bulunması, diğer yanın ise yararlanmak, sömürmek kastını taşıması biçiminde iki sübjektif unsurun dahi gerçekleşmesine bağlıdır*" şeklinde tanımlamıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1420. maddesi gereği sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Dolayısıyla sigortalılara zamanaşımını durduran veya kesen haller bulunmadıkça, depremden itibaren iki yıl içinde DASK'tan tazminat talep edebilir.

V. ZEYİLNAME HUSUSU

Zeyilname kelime olarak sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra sigorta süresi içinde sözleşme özel şartlarında, sigortalı ve sigorta teminatlarının değişimi gibi hususlarda ek sigorta sözleşmesi yapılması anlamına gelmektedir.

DASK, 25.11.2022 tarihinden önce tazmin edilen ve Kahramanmaraş depremleri esnasında yürürlükte olan poliçelerde beyan edilen konutun yüzölçümüne göre eski tarifeye göre belirlenen sigorta bedelleri, 25.11.2022 tarihinde ilan edilen yeni tarifedeki azami teminat tutarını geçmemek kaydıyla m² bazında azami yeniden yapım bedeli üzerinden zeyilname yapılmak suretiyle güncellenmemişse, Genel Şartların “B.3- Tazminatın Hesabı” başlıklı maddesine göre tam veya kısmi hasar olmasına bakılmaksızın, rizikonun gerçekleştiği yer ve tarihte, benzer yapı özellikleri göz önünde bulundurularak, binanın piyasa rayiçlerine göre hesaplanan yeniden yapım maliyeti - poliçede eski tarifeye göre belirlenerek yazılan sigorta bedelini aşmamak kaydıyla - esas olarak tazminat ödemektedir. Başka bir deyişle DASK, tazminat talebinin yukarıda anlatıldığı şekilde belirlenen sigorta bedelinden fazla olamayacağı hükmüne istinaden eski tarife üzerinden ödeme yapmakta, fazlaya ilişkin kısımları ise ret etmektedir.

Bu durumda Kahramanmaraş depremlerinde sigortalılara eski tarifeye göre ödenecek tutarlar aşağıdaki şekilde olacaktır.

Betonarmelerde konutların tam hasar sayılması halinde örnek konut yüzölçümlerine göre ödenecek tazminat hesabı tablosu:

Metrekare	Yeniden Yapım Bedeli (m ²)	Sigorta Bedeli	Muafiyet	Tazminat
100	1.508	150.800	2%	147.784
200	1.508	301.600	2%	295.568
300	1.508	320.000*	2%	313.600

* Yeniden yapım maliyeti azami teminat tutarını aşamaz.

Diğer yapı tarzlarında tam hasar sayılması halinde örnek konut yüzölçümlerine göre ödenecek tazminat hesabı tablosu:

Metrekare	Yeniden Yapım Bedeli (m ²)	Sigorta Bedeli	Muafiyet	Tazminat
100	1.040	104.000	2%	101.920
200	1.040	208.000	2%	203.840
300	1.040	320.000*	2%	313.600

* Yeniden yapım maliyeti azami teminat tutarını aşamaz.

Kısmi hasarlarda da tazminat hesaplamalarında rizikonun gerçekleştiği yer ve tarihte benzer yapıların güncel onarım bedellerinin dikkate alınması öngörülmüş olmakla birlikte eski tarife göre belirlenen sigorta bedelinin üstünde kalan onarım bedelleri ret edilmektedir.

Önceki depremlerde, gerçek zarar ile DASK'ın teminatları arasında büyük bir fark olmadığı için ciddi hukuki tartışmalar yaşanmamıştı. Ancak son beş yılda ZDS poliçeleri için ilan edilen tarife ve talimatlarında m2 bazında azami yeniden yapım maliyeti ve azami teminat tutarı artışları %10 ila %20 arasındayken, 25.11.2022 tarihinde ilan edilen tarife ve talimatta %100 oranında teminat artışı yaşanması, DASK'ın hatalarının daha fazla fark edilmesine ve hukuki tartışmaların artmasına yol açtı.

31.12.2016 tarihli ve 29935 üçüncü mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliğinde her sene değişen güncel yapım maliyetlere göre azami teminat tutarları ve azami metrekare bazlı yeniden yapım maliyeti ilişkin her yıl güncel değerlere değiştirilmiş ve Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Söz konusu Tebliğde yapılan değişiklik öngören Tebliğlerde, 27.12.2019 tarih ve 30991 sayılı Tebliğde "teminat" başlıklı aşağıdaki geçici madde konulmuştur.

"GEÇİCİ MADDE 1 - (1) Bu maddeyi ihdas eden Tebliğin yayımı tarihi öncesinde akdedilen ve teminat başlangıç tarihi 1/1/2020 ve sonrası olan sigorta sözleşmeleri, herhangi bir ek prim alınmaksızın bu Tebliğ kapsamındaki teminatlara tabidir."

Söz konusu geçici maddeye göre bu Tebliğden (27.12.2019 tarihinden) önce akdedilen ve teminat başlangıç tarihi 1/1/2020 ve sonrası olan sigorta sözleşmelerinde herhangi bir zeyilname ve ek prim alınmaksızın güncel tarife üzerinden ilan edilen teminatların geçerli olduğu öngörülmüştür. Ancak söz konusu Tebliğden önce tanzim edilen ve teminat başlangıcı 01.01.2020 olan poliçe sayısı belki 3-5 taneyi geçmeyecektir. Bu durumda bu geçici maddenin konulma amacının Tebliğin geçerlilik tarihinin en geç takvim yılı başı olması için, Tebliğin çok gecikerek 01.01.2020 tarihinden sonra yayınlanması halinde sadece Tebliğ yayın tarihi ile 01.01.2020 tarihi arasında tanzim edilen poliçeler için zeyilname yaptırma mecburiyeti kaldırılması olduğu anlaşılmıştır. Söz konusu otomatikman güncel azami teminatların geçerli olacağı

geçici madde; 19.01.2021 tarih ve 31369 sayılı Resmî Gazete’de ilan edilen Tebliğ ile 17.11.2021 tarih ve 31662 sayılı Resmî Gazete ’de yayınlanan Tebliğde de yer almıştır. Ancak, 25.11.2022 tarihli Resmî Gazete ’de yayınlanan Tebliğde ise 25.11.2022 tarihinden önce akdedilen ve teminat başlangıç tarihi 1/1/2023 ve sonrası olan sigorta sözleşmeleri için yeni tarifenin geçerli olacağına dair geçici madde konulmamıştır.

Sonuçta, yeni tarifeden tazminat ödenmesi için zeyilname yapılması gerekir gerekmediği hususu tartışma konusudur. Bu konunun öncelikle TTK hükümleri kapsamında hangi hallerde zeyilname yapılması gerektiği, daha sonra ZDS mevzuatında zeyilname hususunun nasıl düzenlendiği ve nihayetinde DASK’ın yeni tarifeye ilişkin TTK’nın öngördüğü aydınlatma yükümlülüğüne uyup uymadığının incelemesi yapılacaktır.

5.1. Hukuk Açısından Zeyilnamenin İncelenmesi

Depremzedelerin başvurusu üzerine, Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK), 27.10.2023 tarihli ve 2023/13795-S.23.21799 sayılı kararında, zorunlu deprem sigortasıyla ilgili ek sözleşme yapılmasının ve ek prim ödenmesinin mevzuatta, basın duyurularında düzenlenmediğini ve sigorta poliçelerindeki esaslı tarife değişikliklerinin sigorta sahiplerine açıkça bildirilmeden eski tarife rakamları üzerinden ödeme yapıldığını belirtmiştir. Bu durumun depremzedelerin mağduriyetine neden olduğunu ve hakkaniyete aykırı olduğunu ifade ederek, mağduriyetlerin giderilmesi amacıyla DASK ve SEDDK Başkanlıklarına düzenleme yapılması konusunda tavsiyede bulunmuştur. Ayrıca KDK’nın kararında, zorunlu deprem sigortasının sağladığı teminatların ülkenin birçok yerinde ve konut tipine göre gerçek sigorta değerinin altında olduğu değerlendirilmesine de yer verilmiştir.²³

a) Sigortacılık Hukuku ve İcapleri Açısından Zeyilname Hususunun İncelenmesi

Sigorta bedeli, başlangıçta prim hesaplanmasına esas alınan tutar ve riziko gerçekleştiğinde eksik sigorta veya aşkın sigortanın varlığı

²³ <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Download?url=20230503\234431\Yayin\Karar-2023-6282.pdf&tarih=2023-10-27T19:01:22.497157> (Erişim Tarihi: 14.11.2023)

ğının tespiti için sigorta tanzimi esnasında kontrol edilecek tutardan başka bir şey değildir. Mevcut uygulamadaki, riziko esnasında riziko tarihindeki sigorta değeri (gerçek zarar) ile poliçe başlangıç tarihinde prime esas alınan ve poliçede yazılı olan bedelin (sigorta bedeli) karşılaştırılması sonucu eksik sigorta veya aşkın sigorta kararı verilmesi sigorta hukukuna aykırıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1401. maddesi sigorta sözleşmesini, *"Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir"* şeklinde tanımlamıştır. Bu maddeye göre kişinin "sigorta konusu eşyası/malının kendisinin/maddi şeklinin" değil, aksine "sigorta konusu eşya/mal üzerindeki ekonomik menfaatinin" sigortalandığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda sigorta sözleşmesinin kurulması anında ekonomik menfaatin değeri doğru tespit edilmişse, poliçede sigorta bedeli ne yazarsa yazsın reel değer artışı hariç kişinin rizikonun gerçekleştiği tarihindeki tam ekonomik menfaatinin (aynı satın alma gücünü veren değer) karşılanması lazımdır. Dolayısıyla diğer sigortalarda yıllarca ve günümüzde ise yüksek enflasyon döneminde uygulanan eksik sigorta uygulamaları tamamen Kanunun anılan maddedeki tanımına aykırıdır. Özetle, sigorta anında satın alma gücüne göre 100 TL olan menfaat için rizikonun gerçekleştiği tarihte satın alma gücüne göre 100 TL (reel değer artışları hariç) tazminat ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, riziko gerçekleştiği anda oluşan sigorta değeri (örn. 150 TL) aslında poliçe üzerinde yazılı sigorta bedeli (örn. 100 TL) üzerine enflasyondan doğan farkın eklenmesi suretiyle ulaşılmış olup, sigorta başlangıcında sigorta bedeli için cari fiyat üzerinden alınan prime (örn. 10 TL) enflasyondan doğan farkın eklenmesi suretiyle ulaşılabilecek güncellenmiş primin (örn. 15 TL) dikkate alınması halinde sigortacı açısından gerçek bir prim kaybının oluşmayacağı açıktır. Aksi halde yapılan işlem gerçek anlamda bir sigortacılık değil kısmi sigortacılıktır. Kasko sigorta poliçelerinde aracın rayiç değere kadar sigorta teminatı altına alındığının belirtilmesi ve sigorta bedelinin yazılmasının kaldırılması da bu amaçla gerçekleştirilmiştir.

Sigorta sözleşmesi tanzimi esnasında belirlenen sigorta bedeli sigortalanan şeyin gerçek değerini (sigorta değerini) yansıtıyorsa, si-

gorta süresince enflasyondan dolayı malın değerinin artması ile eksik sigorta oluşmaz. Başka deyişle sigorta anında gerçek değer üzerinden prim ödenmişse, sonrada enflasyon nedeniyle sigorta bedelinin güncelliğini kaybetti gerekçesi ile eksik sigorta uygulaması yapılarak eksik tazminat ödenemez.

Bu kapsamda, sigorta sektöründe uygulanan 'enflasyon klozu' yanlış bir uygulama olup, Dünya'da uygulama örneği yoktur. Buna karşın Dünya'da değer artış klozu bulunmaktadır. Bu kloz nominal değer artışlarını (yani enflasyonu) değil, enflasyon oranının üzerindeki reel değer artışlarını konu etmektedir. Örneğin Covid 19 salgını döneminde yaşanan çip krizinden dolayı oluşan fiyat artışları ile Covid 19 dolayısıyla toplu ulaşımdan kaçınmak için otomobillere yönelik artan talepten kaynaklı fiyat artışlarının enflasyonu aşan kısmı reel değer artışı sayılır. Ancak ülkemizde bu kloz mevcut poliçelerde belirtilmediği için uygulanamaz.

Sonuçta, inşaat sektöründeki enflasyon dikkate alınarak 25.11.2022 tarihinde ilan edilen yeniden yapım bedellerinin %100 olarak güncellenmesinin ek prim durumu (teminat tutarının artırılması için ek prim ödenmesi gerektiği) yaratmayacağı düşünülmektedir. Başka bir deyişle, sigorta tazminatının hiçbir durumda sigorta bedelini aşamayacağı varsayımının geçersiz olduğu düşüncesiyle, DASK bütün tazminat taleplerini yeni tarife üzerinden ödemek zorundadır.

b) Zorunlu Deprem Sigortası Mevzuatı Açısından Zeyilname Hususunun İncelenmesi

6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nun, "Kapsam ve sigorta yapma zorunluluğu" başlıklı 10. maddesindeki,

"(1) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar, bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler ile doğal afetler nedeniyle Devlet tarafından yaptırılan veya sağlanan kredi ile yapılan meskenler zorunlu deprem sigortasına tâbidir.

...

(3) Birinci fıkrada belirtilen binalar ve bağımsız bölümler için malikler veya intifa hakkı sahipleri tarafından zorunlu deprem sigortası yaptırılır ve bu sigorta her yıl yenilenir..."

ve “Sigortalının sorumluluğu” başlıklı 12. maddesindeki,

“(1) Malik veya intifa hakkı sahibi, binanın ve her bir bağımsız bölümün projeye aykırı olarak ve taşıyıcı sistemi olumsuz yönde etkileyecek şekilde tadil edilmesine veya zayıflatılmasına karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

(2) Malik veya intifa hakkı sahibi, hasarın projeye aykırı olarak ve taşıyıcı sistemi olumsuz yönde etkileyecek tadilat nedeniyle ortaya çıktığının tespit edilmesi durumunda, sigortadan tazminat alma hakkını kaybeder.”

hükümlerle sigorta ettirenlere yüklenen yükümlülükler belirlenmiştir. Buna göre sigorta ettirenin önemli derecede hak kaybına neden olabilecek zeyilname yaptırma yükümlülüğü Kanunda öngörülmemiştir.

Zorunlu Deprem Sigortası Yönetmeliği’nde ise sigorta ettirenlere zeyilname dahil herhangi bir yükümlülük öngörülmemiştir.

Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarında ise “C.2-Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü Fesih ve İptaller” başlıklı bölümünde zorunlu deprem sigorta sözleşmesinin, sigorta ettirenin rizikonun gerçek durumunu bildiren beyanına dayanarak yapılması öngörülmüştür.

Söz konusu Genel Şartlara göre sözleşmenin düzenlenmesi aşamasında, sigortalının veya sigorta ettirenin, meskenin brüt yüzölçümü, yapı tarzı, adresi, geçmiş depremlerde hasar durumu gibi bilgilerde gerçeğe uygun olmayan beyanı halinde;

- Sigortalının veya sigorta ettirenin beyanının gerçeğe aykırı veya eksik olması halinde DASK’ın sözleşmeyi daha ağır şartlarla yapmasını gerektirecek durumlarda, DASK veya aracı kılınan ilgili sigorta şirketi durumu öğrendiği andan itibaren 15 gün içerisinde prim farkının ödenmesini sigorta ettirenden talep edeceği,
- Gerçeğe aykırı beyan hali, depremden sonra öğrenilmişse, tazminatın alınan prim ile alınması gereken prim arasındaki orana göre ödeneceği,
- Sigortalının veya sigorta ettirenin geçmiş depremlerdeki orta veya daha ağır hasar durumunu kasıtlı olarak beyan etmediği anlaşıldığı takdirde DASK, riziko gerçekleşmiş olsa bile sözleşmeden cayabileceği ve prime hak kazanacağı,
- Sigorta ettirenin, sigorta süresi içinde sigortalı meskende mevzuata aykırı değişiklik yapması halinde DASK’ın sözleşmeyi feshedebileceği

öngörülmüştür.

Buna göre 'eksik sigorta' mevzusu emredici hüküm olmayan TTK 1462. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş iken, 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu'nda 'eksik sigorta' düzenlenmemiştir. Daha önceki bölümlerde anlatıldığı üzere ZDS Genel Şartları içinde "aşkın sigorta" ayrı bir madde olarak düzenlenmiş iken "eksik sigorta" ayrı bir madde olarak düzenlenmemiştir.²⁴ Buna karşın yukarıda da görüleceği üzere sigorta ettirenlerin yükümlülüklerine ilişkin madde içinde eksik sigorta durumlarına yer verilmiştir. Ancak, burada hem ZDS mevzuatında sigorta ettirenlere sigorta süresince ilan edilen yeni tarifelere göre zeyilname yaptırılması yükümlülüğü öngörülmemiş hem de eksik sigorta halleri içinde zeyilname yapılmaması sayılmamıştır.

Genel Şartların "B.1- Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde, Sigorta Ettirenin ya da Sigortalının Yükümlülükleri" başlıklı bölümüne göre sigorta ettiren ya da sigortalı, rizikonun gerçekleşmesi halinde aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür.

- Rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği tarihten itibaren en geç on beş işgünü içinde DASK'a veya Kurum nam ve hesabına sözleşmeyi yapan sigorta şirketine bildirimde bulunmak,
- DASK görevlilerinin veya yetkili kıldığı kimselerin, hasara uğrayan binalara makul amaçlarla ve uygun şekillerde girmesine ve zararı azaltmaya yönelik girişimlerde bulunmasına izin vermek,
- DASK'ın isteği üzerine zarar miktarıyla delilleri saptamaya, rücu hakkının kullanılmasına yararlı ve sigorta ettiren için sağlanması mümkün gerekli bilgi ve belgeleri, gecikmeksizin DASK'a vermek,
- Zararın tahmini miktarını belirtir yazılı bir bildirim, makul ve uygun bir süre içinde DASK'a veya yetkili kıldığı kimselere vermek,
- Sigortalı bina/yer üzerinde Zorunlu Deprem Sigortası dışında, deprem teminatı bulunan başkaca sigorta sözleşmeleri varsa bunları DASK'a bildirmek.

Yukarıda da görüleceği üzere ZDS mevzuatında 25.11.2022 tarihinde ilan edilen yeni yapım bedellerine göre ek sözleşme yapılmasına ve bunun için ek prim ödenmesine yönelik sigortalıya yükümlülük yükleyen ve tazminat hesabında zeyilname olmaması halinde eski tarifenin

²⁴ Kâmil Özbasan, s.206-207

geçerli olduğuna dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Son olarak Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatında sigorta ettirene bir yükümlülük getirmedeği, sadece ‘Sigorta süresi’ başlıklı 6. maddesinde; “(1) Sigortanın süresi bir yıldır. Süresi dolan poliçe sigortalı veya sigorta ettiren tarafından her yıl yenilenir.” hükmü ile sigorta ettiren tarafında her yıl poliçe bittikçe yenileme yapılması öngörülmüş, ama sigorta süresi içinde hak kaybına neden olacak zeyilname yaptırılması hususu öngörülmemiştir. Nitekim DASK, 25.11.2022 tarihinde Resmî Gazete’de ilan edilen güncel metrekare bazında azami birim maliyeti ve azami teminat tutarını Türkiye Sigorta Birliğine (TSB) gönderdiği 25.11.2022 tarihli ve 35702025/35023 sayılı Genelgede, ZDS poliçeleri için güncel metrekare birim maliyetine ve azami teminat tutarına göre zeyilname yapılmasını ve ek primlerin tahsil edilmesini talep etmediği görülmüştür.

Aynı şekilde DASK, kendi web sitesinde yayınladığı Basın Duyurusunda 25.11.2022 tarihinde tarifenin güncellendiğini bildirmiş, ancak zeyilname yaptırılması ve ek prim ödemesi mecburiyetinden bahsedilmemiştir. Bilakis söz konusu duyuruda aşağıdaki verilen paragrafta, esas Tarife değişikliği muhatabı olan mevcut poliçelerin sigortalılarından hiçbir talepte bulunulmamış iken garip bir şekilde sadece poliçe süresi dolan sigortalıları yenilemeye davet etmiştir.²⁵

“Tüm vatandaşlarımızı evlerini Zorunlu Deprem Sigortası güvencesi altına almaya ve süresi dolan poliçelerini yenilemeye davet ediyoruz.”

Tarifesi Devlet tarafından belirlenen ve zorunlu olan ZDS’de, özel mevzuatında ve sigorta ettirene verilen poliçede sigorta ettirene zeyilname yükümlülüğü getirilmemiştir. Diğer taraftan, zorunlu sorumluluk sigortalarında ise zeyilname hususu (kiminde gerek görülmemiş ve kaza tarihinde geçerli tarife esas alınarak ödeme yapılacağı, kiminde ise zeyilname yapılması, aksi halde eski tarife üzerinden ödeme yapılacağı) düzenlenmiştir.²⁶

Sonuçta, ZDS konusunda zeyilname konusunda düzenleme olmaması nedeniyle TTK 1452. maddesindeki sigortalı lehine yorumlama esas gereği ZDS’de özel hukuk alanında zeyilname yaptırma yükümlülüğü ve ek prim ödenmesi gerektiği öngörülmeyeceğinden, DASK’ın

²⁵ https://dask.gov.tr/upload/basin_bultenleri/2022/DASK_TeminatlarGuncelleniyor_BB.pdf (Erişim Tarihi: 10.11.2023)

²⁶ Kâmil Özbasan, s.210

güncel yeniden yapım değerlerine göre ödeme yapması gerekmektedir.

c) Aydınlatma ve Bildirim Yükümlülüğü Açısından Zeyilname Hususunun İncelenmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 1425. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"Sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenir."* şeklindeki hüküm ile 6502 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 5. maddesinin dördüncü fıkrası gereği; *"Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır"* hükmü gereği yazılı metnin tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır olması şartı gerekmektedir.

ZDS Mevzuatı Açısından DASK'ın Aydınlatma Yükümlülüğü

DASK'ın veya adına yetkili kıldığı sigorta şirketlerinin sigorta ettirene veya sigortalıya sigorta süresi içinde bildirim ile ilgili olarak Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları "C.5- Tebliğ ve İhbarlar" başlıklı maddesindeki; *"DASK veya adına yetkili kıldığı sigorta şirketinin bildirimleri de taraflara imza karşılığı elden verilen mektupla ya da sigorta ettirenin poliçede gösterilen adresine veya bu adres değişmişse, son bildirilen adresine yazılı olarak yapılır."*

DASK tarafından yapılan ihbarlar, postaya veya notere verildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder" hükmü kapsamında yazılı bildirim yapması gerekmektedir.

Buna göre, DASK veya adına yetkili kıldığı sigorta şirketlerinin yukarıda belirtilen tebliğat usullerini kullanarak ciddi hak kaybına neden olabilecek husus olan zeyilname yapılması gerekliliğini sigorta ettirenlere yazılı bildirim yapması gerekmektedir. Ancak, Kahramanmaraş depremlerine ilişkin olarak DASK veya adına yetkili kıldığı sigorta şirketlerinin yukarıda belirtilen tebliğat usullerini kullanarak zeyilname yapılması konusunda sigorta ettirenlere söz konusu yazılı bildirim yapılmadığı bilinmektedir.

Sigorta Hukuku Açısından DASK'ın Sigorta Başlangıcında ve Sigorta Süresince Aydınlatma Yükümlülüğü

Eski Türk Ticaret Kanunu'nda yer almayan ve ilk 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen "Aydınlatma yükümlülüğü" başlıklı 1423. maddesinin ilk iki fıkrasındaki;

"(1) Sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar.

(2) Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir."

hüküm gereği sigortacının hem sigorta sözleşmesi kurulurken hem de poliçeden bağımsız olarak sigorta süresince sigorta ettirene yazılı bilgilendirme yapması gerekmektedir.²⁷

Buna göre sözleşme kurulurken sigorta ettirenin özel olarak dikkat etmesi gereken hususları (her yıl Kasım ayında değişen tarife değişikliği ve bunun için zeyilname yaptırılması gerekliliği gibi), gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene sigorta sözleşmesi kurulması aşamasında poliçe ile birlikte yazılı olarak bildirim yapılması gerekmektedir. Aynı şekilde sigorta süresince, sigortacının poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri (her yıl Ocak ayında değişen tarife değişikliği ve bunun için zeyilname yaptırılması gerekliliği gibi) sigortalıya yazılı olarak açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Başka

²⁷ Kanun maddesinin gerekçesinde "Gerek 6762 sayılı Kanun'da gerekse Borçlar Kanunu'nda sigortacının bilgi verme ve karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, sözleşmenin görüşülme safhasında, taraflardan biri diğerinin çıkarlarını korumak için dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır. Bu noktada madde ile sigortacı açısından doktrin ve yargı kararları da dikkate alınarak sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmiştir. Nitekim benzer düzenlemelere Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu ile Alman Sigorta Murakabe Kanunu'nda da rastlanılmaktadır." denilmek suretiyle madde hükmünün getirilme nedeni açıklanmıştır.

bir deyişle sigorta sözleşmesi kurulurken tarife değişikliği ve zeyilname yaptırılması gerekliliği konusunda yazılı bilgilendirme yapılması ve yeni tarife yayımlandığında da zeyilname yaptırılması zorunluluğunun yazılı bilgilendirilmesi gerekmektedir. TTK'nın 1423. maddesi, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyen, nispi emredici bir hükümdür.

Söz konusu maddenin ikinci fıkranın ilk fıkradaki ikili yapıyı (sözleşme kurulması ve sözleşme süresince bilgilendirmeyi) kapsayıp kapsamadığı, ayrıca bilgilendirme yapmayan sigortacı yerine kendisine bilgilendirme yapılmamasına 14 gün içinde itirazda bulunmayan sigorta ettirene ceza getirmesinin tüketici aleyhine olması öğretide tartışılmaktadır. Ancak, bu fıkradaki hükümle sadece sigorta kurulurken bilgilendirme yapılmaması ve sigorta ettirenin sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemesi halinde, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağının öngörüldüğü çok açıktır. Zira poliçeden bağımsız olarak sigorta sözleşmesi süresince önemli sayılabilecek olayları ve gelişmelere ilişkin yazılı bildirim yapılmamasına dair olmadığı, fıkra hükmünde yer alan “sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde...” ifadesinden anlaşılmaktadır.

Söz konusu TTK maddesinde, taraflardan daha bilgili olan sigortacının sigorta sözleşmesi kurulurken ve sigorta süresince yazılı bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde sigortacıya bir ceza öngörülmemiştir. Bunun yerine taraflardan daha az bilgili olan sigorta ettirene bilgilendirme yapılmamasına 14 gün içinde itiraz etmemesi halinde sigorta ettirene sözleşme şartlarının kabul etmiş sayılması öngörülmüştür. Bu durumda ülkemizdeki sigorta bilincinin düşüklüğü de dikkate alındığında aydınlatma yükümlülüğünün gerçek anlamda uygulanmasına engel teşkil edeceği açıktır. Nitekim sigorta uygulamalarında aydınlatma yükümlülüğünün önemli ölçüde yerine getirilmediği görülmektedir.

Diğer taraftan, söz konusu ikinci fıkra ilk cümlesinde “Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde” hüküm ile ikinci cümledeki “Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir” hükümleri çelişkilidir. Zira madde hükmü zaten aydınlatmanın verilmemesi halini öngörmüş, dolayısıyla sigortacıdan aydınlatma yaptığının ispatlamasının istenmesinin manası bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, sigorta

ettirenin bilgilendirme yapılmamasına 14 gün içinde itiraz etmemesi halinde sözleşme şartlarını kabul etmiş sayılacağından, sigortacının bu aşamadan sonra aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatlamasının aranmasının bir anlamı bulunmamaktadır.

Söz konusu çelişkili hükümler ve maddenin getirilmesi amacının daha çok tüketiciyi korumak olduğu birlikte dikkate alındığında söz konusu Kanun maddenin aslında aşağıdaki gibi olması gerekirdi:

“(2) Aydınlatma açıklamasının verilmesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.”

Söz konusu madde bu şekilde yazılıysaydı, kendisine bilgilendirme yapıldığı halde 14 gün içinde itirazda bulunmayan sigorta ettiren sözleşme poliçede yazılı şartları kabul etmiş sayılır ve bu durumda bilgilendirme yaptığını ispatı sigortacıya ait olacaktı. Bu durumda kendisine sözleşme kurulma aşamasında bilgilendirme yapılmaması halinde sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılmayacak ve sigortacı bilgilendirme yapmamasının cezası ile karşılaşacaktı.

Sonuçta yasal olarak sözleşme kurulurken ve sigorta süresince, sigortacının sigorta ettireni poliçe üzerindeki yazılı metin dışında önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri yazılı olarak bilgilendirmesi zorunludur. Nitekim SEDDK tarafından söz konusu Kanun maddesi öncesinde yürürlüğe konulan 2007/18 sayılı Genelge’de, zorunlu sigortalar ile devlet destekli sigortalar, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun “Sigorta sözleşmeleri” başlıklı 11. maddesinde yer alan *“(3) Sigorta şirketleri ve sigorta acenteleri tarafından, gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehdar ve sigortalıya yapılacak bilgilendirmeye ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir”* hükmüne dayanarak çıkartılan 28.10.2007 tarihli ve 26684 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik’te sözleşme öncesinde öngörülen bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin uygulama kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 2012/8 sayılı Genelge ile 2007/18 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılmış ve zorunlu sigortalar ile devlet destekli sigortalarda bilgilendirme formunun uygulanmaya başlanacağı, söz konusu sigortalar

için Yönetmeliğin 8. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan asgari şartlar dikkate alınarak sigorta şirketleri tarafından hazırlanacak Bilgilendirme Formları kullanılacağı öngörülmüştür. Aynı şekilde, TTK'nun 1423. maddesinin üçüncü fıkrasındaki *"Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliği'nin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler"* hükmüne ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 11. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak çıkartılan 14.02.2020 tarihli ve 31039 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'te ise zorunlu sigortalar ve devlet destekli sigortalara ilişkin bilgilendirme formu mükellefiyeti konusunda istisna getirilmemiştir.

Buna karşın, 29.04.2022 tarihinde SEDDK tarafından yayınlanan 2022/14 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Genelge'de, 2012/8 sayılı Genelge dahil eski Yönetmeliğe dayalı bütün Genelgeler yürürlükten kaldırılmıştır. Akabinde 01.07.2022 tarihinde SEDDK tarafından yayınlanan 2022/14 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Genelgede Değişiklik Yapılmasına Dair Genelge'de zorunlu sigortalar hariç diğer sigortaların bilgilendirme formlarının mevcut Genelgeye uyumlu hale getirilmesi öngörülmüştür. DASK bu son Genelge'ye göre ZDS poliçeleri için bilgilendirme formları düzenlememekte ve sigorta ettirenlere vermemektedir.

SEDDK söz konusu Kanun maddesinin yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden itibaren 01.07.2022 tarihine kadar ki bütün idari düzenlemelerinde zorunlu sigortalarda sigortacının başlangıçta aydınlatma yükümlülüğü olduğunu kabul etmiş iken, herhangi bir yasal ve Yönetmelik değişikliği olmadan 01.07.2022 tarihinde yayınladığı 2022/14 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Genelgede Değişiklik Yapılmasına Dair Genelge ile ZDS dahil bütün zorunlu sigortalarda sigortacıların sigorta ettirenlere bilgilendirme formu verme mecburiyetini kaldırmıştır.

Bilgilendirme formları ile sigorta ettirenlere ZDS sigortasının sadece konutlarının inşaa bedelinin karşılamaa yönelik olarak metrekare bazında azami teminat ve azami sigorta bedeli sınırları içinde kısmi bir teminat verildiği, bu şekilde belirlenen sigorta bedelini aşan riskleri ve eşyaları için sigorta şirketlerinden ihtiyari deprem sigortası yap-

tirmaları gerektiği, sigortanın ortak alan dahil gerçek brüt metrekare üzerinden yapıldığı ve sigorta süresi içinde tarife değişikliği olduğunda zeyilname yaptırarak ek prim ödemek zorunda oldukları yönünde kısa ve anlaşılır bir aydınlatma yapılmış olması halinde günümüzde yaşanan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu yaşanmayacaktı.

Kahramanmaraş depremlerinde sigortalıların ZDS'nin kapsamını ve niteliğini yeterince anlamadıkları (çoğu sigortalı evinin rayiç bedelinin veya yeniden yapım bedelinin tamamının kendisine ödeneceğini düşündüğü) anlaşılmaktadır. Bu nedenle DASK ve SEDDK yetkilileri de katıldıkları TV programlarında ZDS'yi uzunca açıklamak zorunda kalmışlardır. Hal böyle iken mal sigortası olan ZDS'de sigorta sözleşme kurulurken sigorta ettirene bilgilendirme formu verilmesinin neden hiç uygulanmadığı ve 2022 yılında ise neden kaldırıldığı ciddi anlamda izaha muhtaçtır.

Diğer taraftan, söz konusu Genelge sadece sözleşme kurulurken bilgilendirme formunun verilmesi ile ilgili olduğundan, sigorta sözleşmesi süresinde bilgilendirme yapma zorunluluğu devam etmektedir. Dolayısıyla her sene en az bir kez güncellenen tarifeye ilişkin özel olarak dikkat edilmesi gereken bir husus olan zeyilname yaptırılması ve ek prim ödenmesi konusunda aydınlatılmadığından DASK'ın sorumluluğu olduğu açıktır.

Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin 10. maddesinde, sözleşmenin devamı sırasında yapılacak bilgilendirmenin kapsamı somutlaştırılmış, ayrıca yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken 10 günlük azami süre belirlenmiştir. Buna göre sigortacı, sözleşmeye konu sigortaya ilişkin mevzuatta meydana gelen değişiklikleri, iflas veya tasfiyesini, ilgili branşlarda yapılan ruhsat iptallerini, tüm branşlarda sözleşme yapma yetkisinin kaldırıldığını, sigorta sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkabilecek, sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden yararlanacak kimselerin hak, borç ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilecek nitelikteki her türlü değişiklik ve gelişmeyi, sigorta ettirene veya sözleşmeden menfaat sağlayacak kişilere bildirmek zorundadır.

Söz konusu Yönetmeliğin aşağıda verilen "Bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi" başlıklı 7. maddesinde sigortacıya bir ceza öngörülmüştür.

"MADDE 7 – (1) Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında; bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş veya Bilgilendirme Metninde yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir."

Buna göre, sigorta ettiren sözleşmeyi feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini talep edebileceği de öngörülmüştür.

Sonuçta, bir tarafta DASK'ın TTK'nın nispi emredici 1423. maddesine aykırı şekilde zeyilnameye ilişkin yazılı bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi söz konusu, diğer tarafta ise sigorta ettirene yazılı bildirim yapılmadığı için sigortalının büyük bir hak kaybı bulunmaktadır. TTK m. 1423'de yasal bir yaptırımı öngörülmemiş olsa da Yargının ya yukarıdaki Yönetmeliğe uygun şekilde ya da kıyasen bir yaptırım uygulayacağı düşünülmektedir. Nitekim Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin aşağıdaki bölümlerde verilen kararlarında, o dönemde ZDS mevzuatında bankaların kredi süresince yenileme yükümlülüğü bulunmadığı halde, Van depreminde bankanın kredi süresi içinde sigortalının yenilenmesi konusunda uygun bildirim yapmadığı, sigortalının ise kendisine düşen sigortayı yenileme konusunda özen yükümlülüğüne uymadığı gerekçesiyle ortak kusurlu (%50) olduklarına karar vermiştir.

Doktrinde *"Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik"* hükümlerinin uygulanacağı kabul edilse dahi, *"10 uncu madde kapsamındaki bilgilendirme, Bakanlıkça uygun görülmesi halinde basın ve yayın kuruluşları vasıtasıyla yerine getirilebilir (m. 11)."* hükmü gözetilmesi gerektiği, o halde tarife ve talimatta yapılan değişiklik Resmi Gazete'de yayınlanmış olduğundan ayrıca bir bilgilendirmeye zaten gerek bulunmadığı, dolayısıyla DASK güncel tarife üzerinden sigorta bedelinin ödenmesi Zorunlu Deprem Sigortasının amacı ve işlevi ile bağdaşmayacak ve sigortalı açısından sebepsiz zenginleşmeye neden olacağı iddia edilmiştir.²⁸ DASK güncel tarife üzerinden ödeme taleplerine söz konusu görüşün linki verilmekte ve DASK yetkilileri de yazılı ve

²⁸ Vural Seven, <https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortalari-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumlulugu/> (Erişim Tarihi: 23.05.2023)

görsel basında söz konusu görüş doğrultusunda zeyilname konusunda DASK'ın yazılı bildirim yapma şartının olmadığı, ona rağmen hatırlatma SMS'leri gönderdiklerini beyan etmektedirler. Bu durumda, "vatandaş zeyilname gerekebilir diyerek sürekli Resmî Gazete'yi takip edip zeyilnamesini yaptırması gerekirdi" sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu şekildeki bir görüş hem hukuki değildir hem de sigorta bilincinin düşük olduğu ülkemizde (özellikle deprem bölgesinde) vicdani değildir.

Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Sayı:47) 19. maddesinde Bakana yapılan atıfların hepsi Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme riziko gerçekleştiğinde eski tarifenin geçerli olacağına da Tarife ve Talimatlarda Kurulu'na yapılmış sayılacağı öngörülmüştür. Bu durumda TTK'nun ilgili maddesine çıkartılan söz konusu Yönetmelikte öngörülen bilgilendirmenin yazılı bildirim yerine SEDDK tarafından uygun görülmesi halinde basın ve yayın kuruluşları vasıtasıyla yerine getirilebileceğine dair düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı'nca yayımlanan Resmî Gazeteye nasıl indirgendiği anlaşılamamıştır. Ayrıca bu görüş bir an için doğru kabul edilse bile, Resmî Gazete'de yayımlanan Tarife ve Talimatlarda sadece yeni tarife verilmektedir, oysa sigorta ettirenler tarafından mevcut mer'î poliçeler için zeyilname yapılması ve ek prim ödenmesi gerektiği, aksi halde düzenlenmesi gerekirdi. Aynı şekilde bu görüş bir an için doğru kabul edilse bile, ZDS Genel Şartlarında öngörülen yazılı bildirim hangi haller için öngörüldüğünü, ZDS mevzuatına göre poliçe iptalinin de yapılmadığı bir durumda zeyilname gibi sigorta ettiren için önemli bir husus dışında, DASK'ın poliçe kurulduktan sonra gerçekleşecek hangi önemli durumlar için yazılı bildirim şartının Genel Şartlara dahil edildiğinin de izah edilmesi gerekirdi.

Sigortanın Sona Ermesine İlişkin Bildirim Yapılması

ZDS Yönetmeliğinin "Dağıtım ve Satış Kanalları" başlıklı 23. maddenin ikinci fıkrasındaki; "(2) Zorunlu deprem sigortası poliçesini düzenleyen sigorta şirketi, sigorta sözleşmesinin bitiminden önce elektronik posta, kısa mesaj (SMS) veya çağrı merkezi kanalıyla sözleşmenin sona ereceğini ve yeni bir sigorta yaptırma zorunluluğunu sözleşme sahiplerine bildirir." hüküm gereği yetkili sigorta şirketine yönelik olarak sadece poliçe yeni-

lemeleri için e-posta, SMS veya çağrı merkezi ile bildirimle hatırlatma yapması görevi verilmiştir.

Buna göre SMS ile bildirim, sadece sigorta şirketlerine yüklenen bir yükümlülük olarak poliçe yenilemesine yönelik olarak hatırlatmak amacıyla kullanılmasına izin verilmiştir. Buna rağmen DASK ve sigorta şirketleri yeni tarife göre zeyilname yapılması için poliçelerde yer alan sigortalının telefon numaraları üzerinden; "25/11/2022 tarihi itibarıyla Zorunlu Deprem Sigortası ile verilen teminat tutarları yükseltilmiştir. Mevcut poliçenizdeki teminat tutarını yükseltmek için polisenizi tanzim eden sigorta şirketi, acente veya banka subenize başvuruda bulunabilirsiniz" şeklinde kısa mesajlar (SMS) atmıştır. Ancak, ZDS poliçe tanzimine aracılık eden sigorta araçların, özellikle de şube şeklinde ve prodüktör yapısı ile çalışan acenteler ve bankalar başta olmak üzere ZDS poliçeler üzerine sigortalıların telefon bilgilerini çoğunlukla doğru yazmadıkları ve Kahramanmaraş deprem bölgesinde bu sayının yüzbinleri aştığı iddia edilmektedir. Nitekim, DASK yetkilileri de rakam vermemekle birlikte bu yönde beyanlarda bulunmaktadır.

Sonuçta, mevcut poliçelerde sigortalının büyük hak kaybına (mevcut tazminatın %50'si) neden olabilecek bir yükümlülüğüne ilişkin SMS bildirim kullanılmayacağı aşikardır. Nitekim, zeyilname hususunda SMS'in yeterli olmadığı, ayrıca poliçelerde belirtilmesi ile birlikte yazılı bildirim yapılması gerektiği, bugün zeyilname yaptırma oranının çok düşük kalmasından da anlaşılmaktadır.

d) TTK'daki Genel Şartlar Değişikliğinde Sigortalı Lehine Olan Hükümlerin Derhal Uygulanması Kuralının Tarife Değişikliğine de Uygulanması

ZDS Tarife değişikliğine ilişkin özel hukuk alanında bir düzenleme olmadığından TTK'nın sigorta ettiren aleyhine değiştirilemez nitelikte olan 1425/3. maddesinin "...Kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, genel şartlarda sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın lehine olan bir değişiklik hemen ve doğrudan uygulanır. Ancak, bu değişiklik ek prim alınmasını gerektiriyorsa, sigortacı değişiklikten itibaren sekiz gün içinde prim farkı isteyebilir. İstenilen prim farkının sekiz gün içinde kabul edilmemesi hâlinde sözleşme eski genel şartlarla devam eder..." hükmü "Genel Şartlarda" sigortalı lehine yapılacak değişikliklerle ilgili olmakla birlikte, kıyasen uygulama alanı bulabileceği görüşüne sahip olan hukukçular

bulunmaktadır. Bu görüşe göre, söz konusu Kanun maddesi kıyasen uygulanması halinde, DASK yeniden yapım bedeline göre ek prim istemesini sekiz gün içinde yapması gerekmektedir.

Bahse konu düzenlemeler ışığında, güncellenen tarifede belirtilen teminat limitlerinin zeyilname düzenlenerek ek prim ödenmesi suretiyle geçerli olacağı kabul edilse de, bu noktada TTK m.1425/3 hükmünün uygulanması gereklidir. ZDS piyasa koşulları dahilinde gerçek zarar bedelini karşılamaktan uzak olmasına karşın, azami teminat limitlerinde yapılan artışlardan sigortalıları mahrum kılmak, sigortanın ve DASK'ın amacıyla örtüşmemektedir. Bu nedenle, DASK en geç güncellenen tarifenin yürürlük tarihinden itibaren hak düşürücü nitelikteki sekiz gün içinde prim farkını istemek suretiyle sigortalının lehine olan değişikliği hemen ve doğrudan uygulamalıdır. Sigorta ettiren prim farkını kabul ederse sözleşme değişecek; kabul etmez veya talebe yanıt vermezse sözleşme önceki şekliyle yürürlükte kalacaktır. Prim farkının istenmesi DASK'ın sorumluluğunda olduğundan, böyle bir talebin iletilmediği hallerde değişikliğin sigortalı lehine uygulanması gerekecektir.²⁹

5.2. Zeyilnamelerin Yapılmamasından Doğan Sorumluluk

ZDS poliçelerinde zeyilname yapılmaması sonucu tazminatların güncel tarifeden ödenmemesinde sigorta sözleşmesine aracılık yapan sigorta şirketleri ile onların acentelerinin (banka acenteleri dahil) sorumluluğu olup olmadığı da irdelenmesi gerekmektedir.

a) Sigorta Şirketlerinin Zeyilname ve Bildirim Yükümlülüğü

Zorunlu Deprem Sigortası Yönetmeliğinin 23. maddesinde, DASK tarafından verilen zorunlu deprem sigortası ve diğer sigorta teminatları, DASK tarafından doğrudan satış uygulamaları yoluyla veya DASK nam ve hesabına sigorta sözleşmesi yapmaya yetkili sigorta şirketleri ve bu şirketlerin acenteleri tarafından sunulacağı ve DASK nam ve hesabına sigorta sözleşmesi yapmaya yetkili sigorta şirketlerinin ve bu şirketlerin acentelerinin uyması gereken esasların sigorta şir-

²⁹ Serdar Demirci, "Deprem Riskine İlişkin Sigorta ve Tazmin Sürecine Dair Güncel Sorunlar" *Ankara Baro Dergisi* Cilt: 81 Sayı: Özel Sayı - Deprem Özel Sayısı-II (Özel Hukuk), 2023, s.13

ketleri ile yapılacak sözleşmede belirleneceği öngörülmüştür Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatlara göre belirlenen prim tutarının peşin olarak tahsil edilmesi, ancak prim tutarının, Doğal Afet Sigortaları Yönetim Kurulunca belirlenen şartlara bağlı olarak kredi kartıyla veya benzeri başka düzenli ödeme yöntemleriyle taksitlendirilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarında sigorta ettirenlere yazılı bildirim yapma yükümlülüğüne ilişkin olarak "DASK veya sigorta şirketleri" denilmekle birlikte, sigorta teminat verenin DASK olduğu, sigorta şirketlerinin ise sözleşme yapılmasına aracılık yaptığı, dolayısıyla DASK'ın kendisi var iken "veya" diyerek sigorta şirketlerine yasal düzenleme olmadan böyle bir mükellefiyet yüklenemeyeceği düşünülmektedir. Buna karşın söz konusu Genel Şartlarda poliçe yenilemeleri konusunda e-posta, kısa mesaj (SMS) veya çağrı merkezleri kanalıyla sözleşmenin sona ereceğini ve yeni bir sigorta yaptırma zorunluluğunu sözleşme sahiplerine bildirme (hatırlatma) mükellefiyeti yüklenmiştir.

Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliğinin 5. maddesinde, "(5) Şirket, kredi kuruluşunun bu Yönetmelik kapsamındaki bilgilendirme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesini temin etmek üzere her türlü tedbiri alır" şeklindeki düzenleme, sigorta şirketine banka acentelerinin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca sigorta acenteleri sigorta şirketlerini temsil ettiğinden bunların hukuki anlamdaki yanlışlarından da sorumlu tutulabilirler.

b) Bankaların Yenileme, Zeyilname ve Bildirim Yükümlülüğü

Deprem sigortası ile taşınmaz sahiplerinin deprem sonucu gördükleri zararlar tazmin edilmektedir. Bununla birlikte bu sigorta, sadece mal sahiplerince istenmez; aksine bina üzerine kredi veren kurumlarca da arzu edilir. Bu sayede deprem riskine maruz bölgelerde bulunan ve ipoteğin konusunu oluşturan bina, daha doğrusu menfaat depreme karşı temin edilmiş olur. Bu da bir binanın kredi edilebilirliğini artırır.³⁰

ZDS Tarife ve Talimatlarına göre bankalar, konut kredilerinde başlangıçta ZDS poliçesi tanzim etmek ve kredi süresi bir yılı aşyorsa

³⁰ Nuray BARLAS, s.115

süre boyunca bütün yenilemeleri sigortalıya bildirmek kaydıyla yenilemek zorundadır.

Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliğinin 7. maddesinde kredi kullanana poliçe yapılmadan bilgilendirme yapılmasını, kredi kuruluşunun aracı olduğu kredi bağlantılı sigorta sözleşmelerine ilişkin bilgilendirme yazılı olarak yapılması, kredi kullanan tarafından imzalanan bilgi formunun bir örneği kredi kuruluşu veya şirket tarafından saklanması gerektiği, ancak, kişilerin fiziki olarak karşı karşıya gelmesinin söz konusu olmadığı hallerde veya işin mahiyetinin gerektirdiği durumlarda elektronik ortamda veya ilgilinin bilgi formuna erişimini mümkün kılan benzeri araçlarla bilgilendirme yapılabileceği, bu durumda, ispat yükümlülüğü kredi kuruluşuna ait olduğu öngörülmüş iken, altıncı fıkrasında “(6) Kredi kuruluşunun aracı olduğu kredi bağlantılı sigortalarda 28/10/2007 tarihli ve 26684 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik kapsamında düzenlenen Bilgilendirme Formları verilmez.” şeklinde aksi bir hüküm bulunmaktadır.

Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliğinin 5. maddesinde “Kredi kuruluşları verdikleri kredilerle ilgili olarak kredi kullandırılması esnasında, zorunlu sigortalının yaptırılması hususunu kontrol eder” hükmü ve ilk 29.12.2012 tarihli ve 28512 sayılı Resmî Gazete ‘de yayımlanan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimat Tebliğinde öngörülen, akabinde yürürlükte olan 30.12.2016 tarihli ve 29935 sayılı Resmi Gazete ‘de yayınlanan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatları Tebliğ’inde aynen korunan 7. maddesinde “(2) Bankalar tarafından kullandırılan konut kredileri ile bağlantılı olarak yaptırılması gereken zorunlu deprem sigortası, konut kredisi kullanan tarafından yaptırılmamış ise krediyi veren banka tarafından sigortalıya bilgi verilerek yapılır. Kredi süresince, sigortalı tarafından yenileme yapılmaması durumunda, banka tarafından sigortalıya bilgi verilerek ilgili poliçenin yenilemesi gerçekleştirilir” hükmü gereği kullandırılan konut kredileri ile bağlantılı olarak bankalar sigortalıya Zorunlu Deprem Sigortası yaptırması ve kredi süresince, sigortalı tarafından yenileme yapılmaması durumunda, banka tarafından sigortalıya bilgi verilerek ilgili poliçenin yenilemesi zorunluluğu getirilmiştir.

Bankalar söz konusu kredi süresince poliçe yenilemelerini yapmazsa, Yargıtay yerleşik kararları kapsamında %50 oranında ortak

kusurlu sayılmaktadır (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2018/6356 E., 2020/5863 K. sayılı Kararla, bankanın kredi süresi içinde sigortanın yenilenmesi konusunda uygun bildirim yapmaması ve sigortalı ise kendisine düşen sigortayı yeniletme konusunda özen yükümlülüğüne uymaması gerekçesiyle ortak kusurlu (%50) sayılmış, bu nedenle ilgili Mahkeme Kararı bozma kararı verilmiş, aynı Dairede 2019/4821 E., 2020/6731 K. sayılı Kararla, bankanın kredi süresi içinde sigortanın yenilenmesi konusunda uygun bildirim yapmaması nedeniyle bankayı ortak kusur (%50) karar veren mahkeme kararını onamıştır). Diğer taraftan, Yargıtay söz konusu kararları 2011 yılında Van depremi ve önceki depremlere ilişkin olup önceki mevzuata göre verildiği, Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatının 7. maddesine göre sigortalıya bilgi vermek kaydıyla yenilenmesini yapma mecburiyeti getirdiğinden, bankaların yenileme ve zeyilname yapmama halinde yargının kararlarının ne yönde oluşacağı tahmin edilebilir.

c) Sigorta Acente ve Brokerlerin Yenileme, Zeyilname ve Bildirim Yükümlülüğü

Kahramanmaraş depremi sonrası sigorta aracılarının çoğunun müşteri portföylerini koruma adına tanzim ettikleri poliçelerin üzerine sigorta ettiren ve sigortalının telefonları yerine yanlış telefon numaraları yazdıkları, DASK kurulduğundan beri bilinen bu duruma ilişkin 22 yıldır kamu otoritesi ve DASK gerekli tedbirleri veya ceza uygulamadığı anlaşılmıştır. Ancak, ZDS Genel Şartlarında DASK'ın ve sigorta şirketlerinin sigorta ettirenlere tebliğ ve ihbar yükümlülüğü olduğu ve sigorta şirketlerinin poliçe yenilemeleri hatırlatmak çağrı merkezleri ve SMS gönderme yükümlülüğü olduğu halde, sigortacı aracılarının "kendi haklarını korumak" için sigorta sözleşmenin tarafı olan sigorta ettirenin/sigortalının iletişim bilgilerini yanlış girilmesi nedeniyle sigorta ettiren ve sigortalılara ulaşılmaması sonucu sigortalının uğradığı zarardan sorumlu tutulmaları gerektiği düşünülmektedir. Zira sigorta sözleşmesi tarafları ile acentelik sözleşmesinin tarafları farklı olup, acentelik sözleşmesinden kaynaklı bir uyumsuzluğu sigorta sözleşmesine yansıtılmak hem aracılık hukukuna hem de sigorta hukukuna ve tüketici kanuna aykırı düşmektedir.

VI. HUKUKİ İHTİLAFLARA NEDEN OLABİLECEK DİĞER HUSUSLAR

6.1. ZDS Kapsamı Dışındaki Yerlere Sigorta Yapılması

Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarına göre, bir yerde (örneğin köydeki konutlar veya ZDS kapsamında olmayan ticarethaneler) yanlışlıkla Zorunlu Deprem Sigortası poliçesi düzenlendiğinin tespit edilmesi durumunda, poliçe başlangıcından itibaren iptal edilir ve ödenen prim tamamıyla sigorta ettirene iade edilir.

DASK, aşağıda verilen 10.07.2023 tarihli ödeme tablosunda “Ödeme Dışı Kapanan Dosya Sayısı” olarak 50.084 vermiştir. Ayrıca açıklama kısmında “Zorunlu Deprem Sigortası Kapsamı Dışında Olan Yerlere Yapılan Poliçeler (riskli bina tespiti, ticarethane, feragat vb)” ifadesi yer almaktadır.

OHAL Bölgesi Durum Bilgilendirmesi (Türkiye Geneli)			
HASAR BOYUTU	İHBAR SAYISI*	ÖDENEN DOSYA SAYISI**	ÖDENEN TAZMİNAT TUTARI
PERT/AĞIR	126.069	105.512	18.765.841.472 TL
ORTA	44.603	35.298	2.605.030.144 TL
HAFIF	406.408	236.618	7.651.063.556 TL
GENEL TOPLAM	577.070	377.428	29.021.935.172 TL
* İhbar sırasında sigortalı beyanı esas alınmaktadır. Değerlendirme sırasında hasar boyutlarında değişiklik olabilmektedir. Tablodaki Kuruma gelen tüm ihbarlar yer almaktadır. Eksik evraklı dosyalar, Reddedilen dosyalar, ÇSİDB tarafından tespiti yapılmamış ve Hasarsız olarak tespit edilen yerler dahil tüm ihbarlar bulunmaktadır. ** “Ödenen Dosya Sayısı” sadece ödeme yapılan dosya sayısını göstermektedir. Eksik evraklı dosyalar, Reddedilen dosyalar, ÇSİDB tarafından hasar tespiti yapılmamış ve Hasarsız olarak tespit edilen yerlere ait dosya sayıları bulunmamaktadır.			
ÖDENEN DOSYA SAYISI		377.428	
İŞLEME ALINAMAYAN DOSYA SAYISI*		48.959	
ÖDEME DIŞI KAPANAN DOSYA SAYISI**		50.084	
EKSİK EVRAK DOSYA SAYISI		48.853	
HASARSIZ DOSYA SAYISI***		30.760	
İŞLEME ALINACAK DOSYA SAYISI		20.986	
TOPLAM İHBAR SAYISI		577.070	
ÖDENEN TAZMİNAT TUTARI		29.021.935.172 TL	
* Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından hasar tespiti yapılmamış yerler ** Zorunlu Deprem Sigortası kapsamı dışında kalan yerlere yapılan poliçeler (riskli bina tespiti, ticarethane, feragat vb) *** Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından hasarsız olarak tespit edilen ancak DASK’a hasar ihbarında bulunulan dosya sayısı.			

Bu verilere göre, Kahramanmaraş depremlerinde tazminat talep edenlerin yaklaşık %9’u, yani 10 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla 50.084 konut, Zorunlu Deprem Sigortası kapsamı dışında bulunan yapıları içermektedir.

ZDS kapsamı dışında kalan yapılara yanlışlıkla poliçe düzenlenmesi durumunda, ZDS Genel Şartlarına göre bu yapılara ilişkin tazminat taleplerinin red edilmesi ve prim iadesi yapılmasına rağmen, bazı yargı kararlarında bu yapılar için DASK’ın poliçe düzenleyerek prim

tahsil ettiği gerekçesiyle tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Örneğin, Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E.2008/310 ve K.2009/610 sayılı kararında, ZDS kapsamı dışında olan bir köydeki konuta ZDS yapılmasının ardından meydana gelen deprem zararına ilişkin DASK'ın tazminat ödemesine hükmedilmiştir.

6.2. ZDS Sigorta Bedeli Belirlemede Bina Ortak Alan Payının Dikkate Alınmaması

ZDS kapsamında, depremin doğrudan neden olduğu maddi zararlar ile deprem sonucu meydana gelen yangın, infilak, dev dalga (tsunami) veya yer kaymasının sigortalı binalarda neden olacağı hasarlar (temeller, ana duvarlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, bahçe duvarları, istinat duvarları, tavan ve tabanlar, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar, çatılar, bacalar ve yapının benzer nitelikteki tamamlayıcı kısımlarında meydana gelenler de dahil olmak üzere), sigorta bedeline kadar ZDS poliçesi ile teminat altına alınmaktadır. Ancak, sigorta bedelinin tespitinde, şu ana kadar sadece konutun brüt yüzölçümü esas alınmıştır. Oysa, sigorta bedeli sigorta edilen meskenin yapı tarzı için SEDDK'nun ilan ettiği metrekare bedeli ile aynı meskenin ortak alan payı dahil brüt yüzölçümünün çarpılması sonucu bulunan tutar esas alınması gerekirdi. Sonuçta şimdiye kadar sigorta şirketleri, acenteler, brokerlar ve bankalar ortak paylar hariç tutarak sigorta bedeli belirlediği için mevcut ZDS poliçelerinin neredeyse tamamında gerçek anlamda "eksik sigorta" söz konusudur. Bu durumda, yıkılan ve yıkılacak binalardaki sigortalı konutlarda sigorta bedeli sadece konut içi hasarları kapsadığı için, ortak alanlardaki hasarlardaki sigortalı payına hiçbir ödeme yapılmayacak. Kısmi hasarlar da ise konut içi yüksek hasar nedeniyle ortak alandaki hasarlardaki sigortalı payına ilişkin sigorta bedelinden yeterince pay kalmaması veya hiç pay kalmaması durumları ortaya çıkacaktır.

6.3. ZDS Poliçelerin İptali

Sigorta şirketleri ve bankalar dahil sigorta aracıları ZDS poliçesi tanzim edildikten sonra sigorta ettirenden primi tahsil etmediğinde herhangi bir yazılı bildirim yapmadan poliçeleri iptal etmektedir.

TTK'da sigortacının sorumluluğunun başlamasına ilişkin maddeler aşağıda verilmiştir.

“MADDE 1421- (1) Aksine sözleşme yoksa, sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksitinin ödenmesi ile başlar; kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda, sigortacı, sözleşmenin yapılmasıyla sorumlu olur”

Buna göre sigorta sözleşmesinde aksi öngörülmemişse prim ödenmeden sigortacının sorumluluğunun başlamayacağı öngörülmüştür.

“MADDE 1430- (1) Sigorta ettiren, sözleşmeyle kararlaştırılan primi ödemekle yükümlüdür. Aksine sözleşme yoksa sigorta primi peşin ödenir. Özel kanunlardaki hükümler saklıdır”

Yukarıdaki Kanun maddesine göre sigorta ettiren, primi ödemekle yükümlü ve aksine poliçede (primin daha sonra ödenmesi gibi) yoksa prim peşin ödemesi gerekir. Özel kanunlardaki hükümler saklı denilmekle birlikte Afet Sigortaları Kanunu’nda prim ödeme yükümlülüğü ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde söz konusu Kanunda sigortacının sorumluluğunun başlanmasına ve sigorta süresi içinde sonlandırılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın alt düzenleme olan söz konusu tarife ve talimatların 7. maddesinin üçüncü fıkrasında *“Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarında belirtilen zorunlu haller dışında, düzenlenmiş bir Zorunlu Deprem Sigortası poliçesi sonlandırılmaz. Yürürlük tarihinin sona ermesine 60 gün veya daha az kalan poliçelerle sınırlı olmak üzere, yenilenen poliçelerin yürürlüğe girmeden önce iptal edilmesi mümkündür.”* hükmüne göre ZDS poliçeleri, Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlar C.2 “Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü ve İptaller” maddesi gereğince mükerrerlik, orta veya ağır hasar durumunun sigortalı tarafından kasıtlı olarak yanlış beyan edilmesi, sigorta süresi içinde sigorta konusu yerde mevzuatta aykırı değişiklik yapılması, sigortalı yerin deprem dışında başka bir nedenden dolayı ortadan kalkması ve sigortalı yerin Zorunlu Deprem Sigortası kapsamı dışına çıkması halleri dışında iptal edilemez. Ancak sadece yürürlük tarihinin sona ermesine 60 gün veya daha az kalan poliçelerle sınırlı olmak üzere, yenilenen poliçelerin yürürlüğe girmeden önce iptal edilmesi mümkün olduğu öngörülmüştür. Ancak, bankalar kredi süresince, yukarıda verilen hükme göre poliçe süresi bitiminden sonra sigortalı tarafından yenileme yapılmaması durumunda, banka tarafından sigortalıya bilgi verilerek ilgili poliçenin yenilemesi gerçekleştirilmesini zorunlu kılmıştır. Dolayısıyla bankaların kredi süresince ZDS poliçe yenileme mecburiyetinden dolayı prim tahsilatı yapılmadığı gerekçesiyle poliçeyi iptal etmesi mümkün olmadığı düşünülmektedir. Si-

gorta şirketleri ve sigorta aracıları ise yenileme hatırlatma bildirimlerini yapmak kaydıyla yenileme tarihinden önce 60 gün içinde tanzim edilen poliçeleri yenileme tarihinden önce iptal edebilir, onun dışında sigorta süresi başladıktan sonra iptal edemez.

Bu durumda sigorta şirketleri ve sigorta aracıları (bankalar dahil) poliçe yürürlük tarihinden sonra prim tahsil edilmesine gayret göstermesi gerekmektedir.

6.4. Deprem Sonrası Yapılan Zeyilnameler

06.02.2023 tarihinde gerçekleşen Kahramanmaraş depremi sonrası bazı sigortalıların ZDS poliçelerinin yeni tarife üzerinden zeyilname veya yeni poliçe yaptığı bilinmektedir, akabinde aynı gün meydana gelen depremde bu konutların önemli kısmı da yıkılmış ve hasarlı hale (ağır, orta veya hafif) gelmiş olabilir. Ancak bu ikinci depremden sonra da poliçe veya zeyilnameler yapanların azımsanmayacak kadar olduğu anlaşılmaktadır. Bunların da bir kısmı artçı depremlerde ve 20.02.2023 tarihinde Hatay depreminde hasar durumu değişmiş olabilir. Sonuçta, DASK deprem sabahı ZDS sistemini kapatmadığı ve birkaç gün açık tuttuğu için söz konusu durum oluşmuştur.

Sigorta hukuku açısından riziko gerçekleştikten sonra yapılan zeyilnameler geçersizdir. Buna karşın, depremden sonra konutta hasar oluşmadan zeyilname yapılmışsa, zeyilname hukuken geçerli olacaktır. Bu durumda sigortalı konutunda hasar oluşmadan zeyilname yaptırdığını iddia etmesi halinde, TTK 1409. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin veya bazılarının sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir." hükmü gereği DASK'ın aksini ispatlaması gerekmektedir. Konutların Kahramanmaraş depremleri, hasara sebebiyet verecek büyüklükte oluşan artçı depremler ve Hatay depremi sonucu oluşan hasarları ayırtırmak zorluğu da dikkate alındığında, bu poliçelerde DASK ispat zorluğu yaşayacaktır.

6.5. 25.11.2022 tarihinden Sonra Eski Tarifeden Poliçe Yapılması

25.11.2022 tarihinde yeni tarifenin yürürlüğe girmesinden sonra halen eski tarife üzerinden düzenlenen poliçelerin varlığı tespit edil-

miştir. Bu durumun nedeni, DASK'ın otomasyon sisteminden mi yoksa aracı konumundaki sigorta şirketlerinden mi kaynaklandığı konusunda net bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak bu tür poliçelerle ilgili olarak yeni tarifenin uygulanması taleplerinin karşılanmaması durumunda, uyuşmazlığın yargıya taşınabileceği tahmin edilmektedir. Bu durumda, DASK'ın bu poliçelerin 25.11.2022 tarihinden önce tanzim edildiğini, yalnızca sistemsel nedenlerle poliçelerde 'tanzim tarihi' olarak poliçe başlama tarihi girildiğini ispatlaması gerekmektedir. Aksi takdirde, yeni tarifenin prim farkının tazminattan düşürülerek yeni tarifeden tazminat ödenmesi gerektiği düşünülmektedir.

6.6. ZDS Kapsamında Kısmi Hasarlarda Daini Mürtehin Tazminat Ödenmesi

Banka kredisi nedeniyle düzenlenen ZDS poliçelerinin üzerinde dain-i mürtehin olarak bankalar yazıldığından, DASK hafif hasarlarda tazminatları sigortalılar yerine bankalara ödemektedir. Ancak, az hasarlı konutlar yıkılmayacağı ve bankaların daha sonraki depremlerde konut üzerindeki öncelikli tazminat hakkı aynen korunduğu için sigortalının konutunda tekrar oturabilmesini teminen gerekli onarım bedelinin bankalar tarafından kredi borcundan indirilmesi doğru değildir. Nitekim, kısmi hasarlarda DASK'ın doğrudan sigortalıya ödeme yapmasında daini mürtehinin muvafakatine gerek olmadığına ilişkin Yargıtay'ın kararları bulunmaktadır. (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 2019/4447 E., 2020/3225 K.). DASK bu hususta Türkiye Bankalar Birliği ile görüşmeler yaparak ödenmesi gereken tazminatların 50.000 TL kadar kısmının sigortalıya ödenmesi için bir protokol yapmıştır.

6.7. Kısmi Hasarlarda Sigorta Bedelinin Belli Bir Oranı Üzerinden Tazminat Hesabı

DASK ekspertiz işlemlerin yıllar alacağı için ilk ödemeleri esas alarak ÇŞB tarafından hafif hasarlı binalarda sigorta bedelinin %15'inin tazminat olarak ödenmesi ve orta hasarlı binalarda sigorta bedelinin %50'sinin tazminat olarak ödenmesi kararını vermiştir. Hatta bu karardan önce ekspertiz raporuna göre ödenen tazminatlarda daha sonra sigorta bedelinin %15 veya %50'si tamamlanmıştır. Ancak binası hafif hasarlı tespit edilen binalarda üst katlarda hiç hasar olmaması veya az olması, alt katlarda ise yüksek hasarlı konutların olması nedeniyle,

üst kattakiler haksız kazanç sağlamıştır. Alttakiler ise ödenen tutarın yetersiz olduğu için DASK'tan eksper atanmasını talep etmiş ve bu şekilde zararını karşılatmıştır. Aynı şekilde orta hasarlı binalarda da aynı durum yaşanmıştır. Diğer taraftan, ödeme sonrası konut sahiplerinin itirazları sonucu binasının hasar nevi değiştirilen (ağır hasardan orta hasara, ağır hasardan hafif hasara vb) ve fazla ödeme yapılan on binlerce dosya olduğu tahmin edilmektedir.

Sonuçta, yeni tarife üzerinden ilave %15 ve %50 talep edilmesi gibi DASK'ın söz konusu ödeme durumlarına ve ZDS mevzuatına aykırı bir şekilde muafiyetin kaldırılmasına yönelik hukuki ihtilafların oluşacağı tahmin edilmektedir.

6.8. ZDS Kapsamı Dışında Kalan Hasarlar

ZDS sadece konutun yeniden yapım maliyetine ilişkin olup, sigortalıların deprem dolayısıyla oluşan aşağıdaki hasarlarını karşılamamaktadır.

- 1-Her türlü taşınır mal, eşya ve benzerleri,
- 2-Ölüm dahil olmak üzere tüm bedeni zararlar,
- 3-Manevi tazminat talepleri,
- 4-Deprem ve deprem sonucu oluşan yangın, infilak, dev dalga (tsunami) veya yer kayması dışında kalan hasarlar,
- 5-Belirli bir deprem hadisesine bağlı olmaksızın binanın kendi kusur ve özellikleri nedeniyle zamanla oluşan zararlar.
- 6-Dolaylı zararlar:

- Enkaz kaldırma masrafları,
- Kar kaybı,
- İş durması,
- Kira mahrumiyeti,
- Alternatif ikametgâh ve işyeri masrafları,
- Mali sorumluluklar
- Ve benzeri dolaylı zararlar.

Buna göre mevzuatta sadece taşınır mal, eşya ve benzerleri kapsam dışında sayıldığı için bunların dışında kalan ve konutların mütemmim

cüzü sayılan ek yapılar (elektrik döşemesi, radyatörler, su tesisatı vs.), dekorasyonlar (kartonpiyer vs.) ve müstakil tesisatların (kombi, güneş enerjisi, klima vs.) ZDS'nin kapsamında olduğu düşünülmektedir.

VII. İHTİYARİ DEPREM SİGORTASI

Zorunlu Deprem Sigortası yapılan bağımsız bölüm veya binanın sigorta değeri (metrekare bazında yeniden yapım maliyeti ve/veya yüzölçümü nedeniyle) Zorunlu Deprem Sigortası ile belirlenen sigorta bedeli tutarının üzerinde ise bu tutarın üzerindeki kısım için, Zorunlu Deprem Sigortasının yapılmış olması kaydıyla, sigorta şirketleri tarafından ihtiyari deprem sigortası yapılabilir.

İhtiyari deprem sigortası teminatı tek başına satılmamaktadır. Daha çok yangın ve mühendislik sigortalarında ek teminat olarak aşağıdaki yapılar için satılmaktadır.

- Köy nüfusuna kayıtlı kişiler tarafından köy yerleşik alanı ve civarına yapılan yapılar,
- Kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapılar,
- Tamamı ticari veya sınai amaç için kullanılan yapılar
- Projesi olmayan, mühendislik hizmeti almamış olan yapılar,
- Tapu kaydı olmayan arazi ve arsalar üzerine inşa edilmiş olan yapılar,
- Binanın taşıyıcılarını olumsuz etkileyen tadilat yapılmış yapılar,
- Bina taşıyıcılarını olumsuz etkileyen şekilde, proje ve mevzuata aykırı inşa edilen binalar,
- Yetkili kurumlar tarafından yıkılmasına karar verilen, kullanıma uygun olmayan bakımsız harap yapılar.

ZDS kapsamı dışında yer alan yapılar (köydeki konutlar vs.) ve ZSD kapsamında olan yapılarda konut sahipleri kendi yapılarının metrekare yeniden yapım birim fiyatlarını ilgili kamu kurumlarından (belediye vs.) öğrenip, ZDS'nin karşılamadığı kısımlar ve eşyalar için ihtiyari deprem sigortası yaptırılabilir. Ancak eşya vs. için ihtiyari deprem sigortası alınmışsa, riziko tarihinde eşyaların eskimişliği esas alınarak hesaplanan tazminat (gerçek zarar) ödenir. Başka deyişle eşyaların sıfır bedelleri ödenmez, eskimişliğine göre piyasa şartlarına göre belirlenen tahmini bir bedelle ödenir. Diğer taraftan, sigortalılar

ihtiyari deprem sigortaları kapsamında poliçelerinde yeni değer klozu olarak bilinen ek teminatı almaları halinde, riziko gerçekleşme (hasar) tarihinde eşyalarının piyasadaki yeni bedellerini (sıfır değerlerini) alabileceklerdir.

Yetkililerce açıklanan bilgilere göre Kahramanmaraş depremlerinin etkili olduğu 11 ilde, ZDS sigortalı konutların sadece %30'sinin ihtiyari deprem sigortası bulunmaktadır.

Sigortalı sahip olduğu konutu için, tanzim esnasında brüt m2 (örn. 100 m2) göre belirlenecek teminat tutarını (150.800 TL(eski tarife göre)/301.600 TL (yeni tarife göre)) aşan kısmına ilişkin bir sigorta şirketinden ihtiyari deprem sigortası teminatı alması halinde, deprem sonrası DASK teminat tutarına (örn. 301.600 TL) muafiyet oranı uygulamak suretiyle çıkan tutarı (295.568 TL'yi) öder, sigorta şirketi de deprem tarihindeki konutun geçerli metrekare bazında yeniden yapım bedelinin (Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının 11.02.2023 tarih ve 32101 sayılı Resmi Gazete yayınlanan ve 01.01.2023 tarihinden itibaren geçerli olan Mimarlık ve Mühendislik Hizmet Bedellerinin Hesabında Kullanılacak 2023 Yılı Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri Tebliğindeki metrekare yapı birim maliyetleri referans alınarak sigortalı yerdeki gerçek m2 inşa maliyetleri) brüt yüzölçümü çarpımı sonucu bulunan yeniden yapım bedeli ile DASK'ın sigorta bedeli arasındaki farkı esas alarak poliçedeki muafiyet ve müşterek sigorta oranlarına göre belirlenen indirim tutarları düşürüldükten sonra kalan tutarı öder.

Örnek: Sigortalının 100 metrekare konutuna 01.07.2022 tarihinde piyasada geçerli güncel yeniden yapım maliyetleri esas alarak 1.000.000 TL üzerinden 320.000 TL teminatlı ZDS poliçesi ve 680.000 TL teminatlı ihtiyari deprem sigortası yaptırmışsa, deprem anında konutu yıkılan sigortalıya, deprem anındaki yeniden yapım maliyeti 1.400.000 TL ise DASK 640.000 TL esas alarak %2 muafiyet sonrası 627.200 TL öder, sigorta şirketi de 760.000 TL esas alarak poliçedeki muafiyet ve müşterek sigorta tutarları hesapladıktan sonra kalan bakiyeyi ödenir. Bu kapsamda, DASK sigorta bedeli 320.000 TL ve sigorta şirketi 680.000 TL sigorta bedelinden sorumlu olduğu şekilde bir uygulama hukuken doğrudur.

Diğer taraftan, sigortalı poliçe tanzimi esnasında konutunun yüzölçümü olduğundan düşük beyan etmiş ve buna göre poliçede sigor-

ta bedeli belirlenmişse, poliçe tanzim tarihi itibarıyla söz konusu eksik sigorta oranı tespit edilerek hasar anında yukarıda anlatıldığı şekilde belirlenen güncel yeniden yapım bedelinden düşürülür.

Kahramanmaraş depremleri özelinde gelindiğinde, ihtiyari deprem sigortalarında iki temel sorunun olduğu ortaya çıkmıştır. Birincisi İDS sigorta bedelinin hem tanzim esnasında sigorta şirketleri arasında fiyat rekabetinden dolayı prim azaltılması için en yüksek primli olan deprem teminatının düşük belirlenmesi³¹, ikincisi ise sigortalanan konutun enflasyon artışından korumak için yapılan, aslında TTK 1401. maddesine aykırı bir uygulama olan, poliçe üzerine yazılan enflasyon klotlarında %10, %20 gibi çok düşük oranda enflasyon belirlemiş olmasıdır. Kahramanmaraş depremleri bölgesinde deprem anında m2 bazında yeniden yapım maliyeti 10.000 TL olduğu düşünülürse, bu iki durum ciddi mağduriyetlere neden olacağı ve sigortaya güvenin azaltacağı çok açıktır. Dolayısıyla, DASK gibi sigorta şirketleri de sigortalının gerçek zararının karşılanmamasına neden olabilecek önemli hususları TTK'daki aydınlatma mükellefiyeti kapsamında hem bilgilendirme formlarında hem de sigorta süresince yapmaları gerekirdi.

İDS poliçelerinde kira kaybı, kar kaybı, ferdi kaza, hırsızlık, hukuksal koruma gibi deprem hasarları ile ilişkilendirilecek ek teminatlar bulunmaktadır. Özellikle ticari ve sınai işletmeler için verilen kar kaybı teminatının sigorta şirketlerine önemli bir maliyet getirebileceği, beklenen İstanbul depreminde ise en temel konulardan biri olacağı tahmin edilmektedir.

ZDS Yeni Tarife Üzerinden Ödemesi Halinde İhtiyari Deprem Sigortasının Durumu

DASK yargı kararları sonucu ZDS nin daha sonra yeni tarife üzerinden ödeme yapması halinde, İDS nin eski tarife üzerinden belirle-

³¹ Sigorta Acenteler Birliği (SAB) üye acentelerine Kahramanmaraş depremleri nedeniyle "Her ne kadar sigorta şirketleri konut sigortalarında bina bedeli hesaplamada 7.000 - 8.000 TL arası birim maliyeti getiriyor ve bu rakamlara eksik sigorta uygulaması yapmıyor olsa da inşaat m2 birim maliyetleri 10.000 TL'dir. Sigortalılarımızın pert (total) - tam zayi-durumunda mağdur olmaması için doğru fiyatlama yapılarak gerçekçi teminatların verilmesi biz acentelerin sorumluluğunda olduğunu hatırlatır, hasar olması durumunda sigortalılarımızın bilgilendirme formunun imzalı olarak dosyamızda bulunmasının önemini bir kez daha vurgulama isteriz" şeklinde bir duyuru yayınladı.

nen sigorta bedeli (örn. 100.000 TL) yeni tarife üzerinden belirlenecek ZDS sigorta bedeli üzerine aynen ilave edilmesi gerekmektedir. Zira tam zayi hasarlarda sigorta şirketleri açısından ZDS teminatının başlangıç noktasının bir önemi bulunmamaktadır, primini aldıkları ilave İDS teminat tutarından sorumludurlar. Ancak, kısmi hasarlarda tazminat tutarı, yeni tarife üzerinden belirlenen sigorta bedelinin altında kalırsa ve İDS kapsamında bu bölüme ilişkin ödeme yapmışsa, DASK'ın İDS sigortacısının sigortalıya ödediği miktarı geri ödemesi gerekecektir. Benzer şekilde, tazminat tutarı, ZDS'nin yeni tarife üzerinden belirlenen sigorta bedeli ile İDS kapsamında verilen ilave sigorta bedelinin toplamından düşükse, İDS sigortacısı ZDS kapsamında kalan fazla ödemeyi DASK'tan talep edebilir. Bu noktada, İDS tazminat hesaplamasındaki farklılıklara (müşterek sigorta vb.) dikkat edilmesi önemlidir.

ZDS olmadan İhtiyari Deprem Sigortası Yapılması

ZDS Yönetmeliğinin 19. maddesi, ZDS Genel Şartlarının "C.3- Birden Çok Sigorta" başlıklı maddesi ve ZDS Tarife ve Talimatların 9. maddesi zorunlu deprem sigortası teminatı münhasıran DASK tarafından verileceği, zorunlu deprem sigortası yapılan bağımsız bölüm veya binaların değeri bu sigorta kapsamında hesaplanan sigorta bedelinden yüksek ise söz konusu sigorta bedelini aşan kısım için, zorunlu deprem sigortasının yapılmış olması kaydıyla, sigorta şirketleri tarafından ihtiyari deprem sigortası yapılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca söz konusu Tarife ve Talimatların 9. maddesinin ikincisi fıkrasında "(2) Deprem teminatı içeren tüm sigorta poliçeleri yapılırken sigorta şirketleri tarafından Zorunlu Deprem Sigortasının varlığı kontrol edilir, yapılmamışsa sigortalıya bilgi verilerek ilgili sigorta şirketi tarafından Zorunlu Deprem Sigortası yapılır" hükmü bulunmaktadır. Buna göre sigorta şirketleri ihtiyari deprem sigortası yaparken ZDS poliçesinin olup olmadığını kontrol etmesi zorundadırlar.

Bu nedenle, ZDS kapsamında olan konutların altında yer alan ticarethaneler hariç müstakil veya ticari iş merkezlerindeki ticarethaneler ve köyler vs ZDS olmadan ihtiyari deprem sigortası yapılması halinde kontrol yükümlülüğü yerine getirmeyen sigorta şirketi sorumlu olacaktır ve bu konuda kendisine ZDS mevzuatında yükümlülük yüklenmeyen sigorta ettiren/sigortalı açısından mevcut poliçe geçerli olacaktır.

Başka bir deyişle sigorta şirketi ZDS teminat kısmı dahil sigorta bedelinin tamamından sorumlu olacaktır.

Bankaların İDS Bildirim Yükümlülüğü

Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği “Yenileme ve bildirim” başlıklı 12. maddesi kredi bağlantılı sigortalarda, kredi vadesi boyunca, yenileme sorumluluğu kredi kullanana, sigorta sözleşmesinin yenilenmesine ilişkin bildirim yapma sorumluluğu ise kredi kuruluşuna ait olduğu, kredi kuruluşu, sigorta sözleşmesinin yenileme döneminin geldiğine ilişkin kredi kullanana yapılacak bildirim poliçenin vade sonu tarihinden onbeş iş günü öncesinde gerçekleştireceği, kredi kuruluşu, sigorta sözleşmesinin yenilenip yenilenmediğine ilişkin kredi kullanana yapılacak bildirim, yenileme yapıldıysa yenilenen poliçenin vade başlangıcından itibaren, yenileme yapılmadıysa mevcut poliçenin vade sonu tarihinden itibaren beş iş günü içinde gerçekleştirecektir. Bildirimlerin zamanında ve gereği gibi yapıldığının ispatı kredi kuruluşuna aittir. Yenilemelerde, bu Yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenen bilgi formunun verilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, bu Yönetmeliğin 8. maddesi hükümleri kapsamında katılım sertifikası veya poliçe verilir.

VIII. YETKİLİ MAHKEMELER

Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartlarının “C.6- Tahkim ve Yetkili Mahkeme” maddesinde; “*Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak, uyuşmazlık konusu olayın üyelik tarihinden sonra meydana gelmiş olması halinde, Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulabilir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 30 uncu maddesinin on ikinci fıkrasında belirtilen tutara kadar olan kararlar her iki taraf için de kesindir. Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru ile ilgili ayrıntılı bilgi www.sigortatahkim.org adresinden edinilebilir.*

Bu sigorta sözleşmesinden doğan anlaşmazlıklar nedeniyle DASK aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, DASK’ın bulunduğu veya rizikonun gerçekleştiği yerde, DASK tarafından açılacak davalarda ise, davalının ikametgahının bulunduğu yerde, ticaret davalarına bakmakla görevli mahkemelerdir” hükmü gereği Ticaret Mahkemeleri dışında Sigorta Tahkim Komisyonuna da başvurulabileceği öngörülmüştür.

Sigorta Tahkim Komisyonu (STK), sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulmuştur. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, ilgili kuruluşun sisteme üye olduğu tarihten sonra gerçekleşen rizikolar bakımından, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir. STK uyuşmazlıkları çözmek için ön incelemeden sonra sırasıyla sigorta hakemlerine atama yapmaktadır. Sigorta hakemleri atama tarihinden itibaren uyuşmazlıkları 4 ay içinde karara bağlamak zorundadırlar. Ayrıca Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesine göre talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine hükmolunacak vekalet ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen vekalet ücretinin beşte biridir.

Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" 28 Şubat 2023 tarihli ve 32118 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış olup yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre, 28.02.2023 tarihinden itibaren (bu tarih de dahil) 15.000-Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları ile 238.731-Türk Lirasının altındaki uyuşmazlıklar hakkında verilen itiraz hakem heyeti kararları kesinlik arz edecektir. 238.731 TL aşan uyuşmazlıklarda ise STK sonrası Yargıtay'a temyize gidilebilmektedir.

Sonuçta, hem yasal süre konulduğu için hızlı yargılama sistemine sahip olması hem de taleplerin reddi halinde mahkemelere göre 1/5 oranında vekalet ücreti ödenecek olması nedeniyle STK tercih edilebilir.

SONUÇ

SEDDK, DASK ve Türk Reasürans AŞ yönetimlerinin gerekli tedbirleri almaması sonucu düşük düzeyde kalan yeni tarifeye göre zeyilname yapılmaması (teminat yükseltilmemesi) nedeniyle tamamen yıkılan/yıkılacak konutlarda ve hasar tutarı sigorta bedelini aşacak olan kısmi hasarlarda sigortalılara DASK eski tarifeye göre ödeme yapmaktadır.

TTK'nin 1401. maddesine göre sigorta bedelinin sigorta tanzimi esnasında sigorta priminin hesaplanması ve riziko gerçekleştiğinde ise

poliçe tanzim tarihi esas almak suretiyle beyan edilen ve poliçeye yazılan sigorta bedeli ile gerçeğe uygun değeri mukayese için kullanılan bir tutar olması, sigorta tanzimi esnasında eksik sigorta bulunmaması halinde sigorta sözleşmesi boyunca enflasyondan dolayı yenilenen tarifeden dolayı eksik sigortanın oluşmaması gerekmektedir.

Ülkemizde ve özellikle Kahramanmaraş depremlerinin olduğu bölgede sigortacılık bilincinin düşük düzeyde olduğu bir gerçektir. Ancak, Zorunlu Deprem Sigortası sözleşmesi kurulurken, mevzuata aykırı bir şekilde sigorta ettirenlere bilgilendirme formu verilmemiştir. SEDDK ise mevzuata aykırı bu uygulama için DASK'ı uyarması gerekirken, tam tersine depremden 7 ay önce (01.07.2022) yayınladığı bir Genelge ile DASK'ın bilgilendirme formu verme mecburiyetini kaldırmıştır. Diğer taraftan, 25.11.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatlarında değişen tarifeye göre sigortalıların zeyilname yaptırması ve ek prim ödeme mecburiyeti ZDS mevzuatında öngörülmemiş, ZDS poliçelerinde yazılmamış, DASK'ın Türkiye Sigorta Şirketlerine gönderdiği yazıda ve DASK kendi web sitesindeki basın duyurusunda hatırlatılmamış ve en önemlisi mevzuata aykırı bir şekilde söz konusu tarife değişikliğini sigortalılara yazılı olarak bildirmemiştir. Buna göre DASK sigorta ettirenlere veya sigortalılara aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş, bunun sonucu da sigortalılar önemli bir kayıplara uğramışlardır.

Genel kural olarak, Zorunlu Deprem Sigortası (ZDS) poliçesi için zeyilname yapma yükümlülüğünün ya da mevzuatta ya da sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirene getirilmesi gerekiyordu. Ancak, mevzuatta ya da sigortalılara verilen poliçelerde böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır.

Sonuçta, DASK'ın zeyilname yaptırılmamış ve ek prim ödenmemiş bütün poliçelerde yeni tarifeye göre tazminat ödemesi gerekmektedir. Nitekim, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 27.10.2023 tarihli ve 2023/13795-S.23.21799 sayılı kararında da hem mevzuatta zeyilname yaptırma yükümlülüğünün olmaması hem de aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin depremedelerin mağduriyetine neden olduğunu ve hakkaniyete aykırı olduğunu ifade ederek, mağduriyetlerin giderilmesi amacıyla DASK ve SEDDK Başkanlıklarına düzenleme yapılması konusunda tavsiyede bulunmuştur

Kahramanmaraş depremlerinden etkilenenler arasında tazminat talep edenlerin yaklaşık %9'u, yani 10 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla 50.084 konut, Zorunlu Deprem Sigortası (ZDS) kapsamı dışında bulunan yapıları içermektedir. Buna ilaveten, bankaların kredi süresince ZDS poliçelerini yapmaması, yenilememesi, zeyilnamelerini yapmaması ve gerçek m² üzerinden poliçe tanzim etmemesi, ZDS poliçelerinde sigorta bedeli hesaplamasında sigortalıların oturdukları binanın ortak alan payları dahil edilmemesi, depremden sonra poliçe ve zeyilnamelerin düzenlenmesi, tarife değişikliğinden sonra eski tarifeden poliçe kesilmesi, mevzuata aykırı poliçe iptalleri gibi konularda hukuki ihtilafların ortaya çıkması beklenmektedir. Ayrıca, DASK'ın hafif ve orta hasarlı binalarda sigorta bedelinin %15 ve %50'sinin ödenmesi, kısmi hasarlarda tazminatların tamamının veya bir kısmının daini mürtehinine ödenmesi gibi durumlar da dikkate alındığında, çeşitli hukuki anlaşmazlıkların ortaya çıkabileceği öngörülmektedir.

Kaynakça

- Barlas Nuray, "Afet Sigortaları Kanunu'na Göre Zorunlu Deprem Sigortası Sözleşmesinin Tarafları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XV, Sayı: 3-4, 2011
- Demirci Serdar, "Deprem Riskine İlişkin Sigorta ve Tazmin Sürecine Dair Güncel Sorunlar" *Ankara Baro Dergisi*, Cilt: 81 Sayı: Özel Sayı- Deprem Özel Sayısı-II (Özel Hukuk), 2023
- Kayıhan Şaban, "Zorunlu Deprem Sigortası", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8 Sayı: 1-2, 2004
- Kılağız Yavuz, Baran Ahmet, Uluşu, İsmet, "Deprem Sigortası Pirimi Hesaplamasında Kullanılmak Üzere Geliştirilmiş Deprem Hasar Görebilirlik Riski Bulan Bir Bulanık Uzman Sistem Tasarımı", *İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, 2006
- Özbasan Kâmil, "Zorunlu Deprem Sigortasında Sigorta Bedeli Kavramı İle Tarife Değişikliğinin Tazminat Tutarına Etkisine İlişkin Hukuki İnceleme", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 97, Sayı: 2, 2023
- Seven Vural, <https://blog.lexpera.com.tr/dogal-afet-sigortalari-kurumunun-hukuki-durumu-ve-sozlesme-sonrasi-bilgilendirme-yukumululugu/> (Erişim Tarihi: 23.05.2023)
- Somer Mehmet, "Zorunlu Deprem Sigortasının Özel Sigorta Hukukuna İlişkin Bazı Yönlerden Değerlendirilmesi", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Sayı: 1, 2001
- Şimşek Mustafa Hakan, Karaca Coşkun, "Davranışsal İktisat Politikaları Perspektifinden Türkiye'de Zorunlu Deprem Sigortası Sistemi", *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:10, Sayı:3, 2022
- Ünan Samim, "Zorunlu Deprem Sigortası", *Sigorta Hukuku Dergisi*, 2001

İnternet Kaynakları

https://dask.gov.tr/upload/basin_bultenleri/2022/DASK_TeminatlarGuncelleniyor_BB.pdf (Erişim Tarihi: 10.11.2023)

<https://kararlar.ombudsman.gov.tr/Arama/Download?url=20230503\234431\Yayin\Karar-2023-6282.pdf&tarix=2023-10-27T19:01:22.497157> (Erişim Tarihi: 14.11.2023)

<https://www.afad.gov.tr/kahramanmarasta-meydana-gelen-depremler-hk-36> (Erişim Tarihi: 19.11.2023)

<https://www.dunya.com/sectorler/sigortacilik/depremin-vurdugu-10-ilde-zorunlu-deprem-sigortasi-orani-yuzde-49-haberi-685142> (Erişim Tarihi: 18.04.2023)

<https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/noyan-dogan/depremde-ortaya-cikti-konutlar-39-metrekare-gosterilmis-42256091> (Erişim Tarihi: 25.04.2023)

KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ HUKUKUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

PROTECTION OF MARRIAGE UNION IN THE TURKISH REPUBLIC OF NORTHERN CYPRUS LAW

Emine KOÇANO RODOSLU*

Özet: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) Hukukunda evlilik birliğinin ve dolayısıyla bu birliktelikte yer alan eşlerin ve çocukların korunması 1/1998 sayılı Aile (Evlenme ve Boşanma) Yasası'nda düzenlenmiştir. 34/2015 sayılı Yasa ile Aile Yasası'nda değişiklikler yapılarak hem evlilik birliği devam ederken evlilik birliğinin korunması hem de evlilik birliğini sonlandırmak için açılan dava devam ederken eşlerin ve çocukların mağdur olmaması için yeni düzenlemeler yasa metnine dahil edilmiştir. Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi ve bunun üzerine eşlerin aile mahkemesinden talepte bulunması durumunda, hâkim somut duruma göre mağduriyetin giderilmesi yönünde önlemler alır. Bu bağlamda, hâkim eşleri uyarabilir, nafaka ve tazminata hükmedebilir, eşlerden birinin borçlularına, borçlarını diğer eşe ifa etmelerini emredebilir, eşler ayrı yaşama hakkına sahip olduğu takdirde ayrı yaşamaya ilişkin şartları düzenleyebilir. Sayılan bu önlemlerin yanı sıra 2015 yılında yapılan değişiklikler ile KKTC Hukukunda ilk kez ev içi şiddette uğrayan kişinin korunmasına yönelik hükümler getirilmiştir. Söz konusu hükümlerde, ev içi şiddete uğrayan kişinin koruma emri talep edilebileceği durumlar ve hâkimin verebileceği önlem türleri yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: KKTC, Evlilik Birliğinin Korunması, Geçici Önlemler, Nafaka, Ev İçi Şiddet

Abstract: In the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) Law, the protection of the marriage union and therefore the protection of the spouses and children in this union is regulated in the Family (Marriage and Divorce) Code No. 1/1998. Code No. 34/2015 amended the Family Code and introduced new provisions to pro-

* Yrd. Doç. Dr., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, emine.rodoslu@emu.edu.tr, ORCID:0000-0003-2891-7141, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.09.2023, Kabul Tarihi: 25.10.2023

tect the unity of marriage while the marriage is still in force and to ensure that spouses and children are not victimized during the pendency of proceedings for the dissolution of the marriage. In the event of a breach of the obligations arising from the marriage union and the spouses make a request to the family court, the judge shall take measures to redress the grievance according to the concrete situation. In this context, the judge may warn the spouses; award alimony and compensation; order the debtors of one of the spouses to fulfil their debts to the other spouse; if the spouses have the right to live separately, the judge may regulate the conditions for living separately. In addition to these measures, with the amendments made in 2015, for the first time in the TRNC Law, provisions have been introduced for the protection of the victim of domestic violence. The provisions in question include the circumstances in which a person subjected to domestic violence may request a protection order and the types of measures that the judge may grant.

Keywords: TRNC, Protection of Marriage Union, Temporary Measures, Alimony, Domestic Violence

GİRİŞ

Aile¹ hukuku, sağlıklı ve huzurlu bireyler arasındaki ilişkiler söz konusu olduğunda mümkün olduğunca az müdahale edilen bir hukuk dalıdır.² Diğer bir anlatımla, eşler arasında bir uyuşmazlık çıkmadığı, evlilik birliği huzurlu ve mutlu bir şekilde sürdürüldüğü takdirde, evlilik birliğini korumaya yönelik getirilen kuralların uygulanmasına gerek kalmaz. Ancak aile içerisindeki bireylerin, genellikle ekonomik açıdan daha zayıf olan kadınların ve çocukların haklarının korunması gereği doğduğunda müdahale kaçınılmaz olur.³ Evlilik birliğinin korunması ile ilgili öngörülen hukuki düzenlemeler, evliliğin karşılıklı dayanışma içerisinde mutlu ve huzurlu bir biçimde sürdürülebilmesi için önemli olduğu kadar, ayrıca eşlerin ve çocukların bireysel haklarının korunması bakımından da bir o kadar önemlidir. Evlilik birli-

¹ İnsanlık tarihinin başlangıcından itibaren var olan ve tarihin çeşitli devrelerinde farklı kültürlerde değişik biçimlerde karşımıza çıkan aile kavramı, insan topluluklarının ve devletlerin en esaslı unsuru olarak kabul edilmektedir. Bkz. Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, *Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989*, s. 3,4; Bilge Öztan, *Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004*, s. 4; Rona Serozan/Başak Başoğlu/Berk Kapancı, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2016, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, C. 15, S. 2, s. 531-560, s. 536.

² Serozan/Başoğlu/Kapancı, s. 534; Cengiz Koçhisarlıoğlu, "Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1988, C. 40, S. 1, s. 251-279, s. 272.

³ Köprülü/Kaneti, s. 7 vd.; Serozan/Başoğlu/Kapancı, s. 533.

ğinde, eşlerin çeşitli konularda anlaşmazlıklar yaşaması veya evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemeleri birliğin sarsılmasına, yıkılmasına ve hatta tarafların kişilik haklarının ihlaline sebep olabilmektedir. İşte bu noktada, evlilik birliğinin ve dolayısıyla bireylerin kişilik haklarının korunması için somut duruma göre ya gerekli önlemlerin alınmasını ya da mağduriyetin giderilmesini sağlamak üzere hâkime başvurma imkânı getirilmiştir.⁴

KKTC aile hukukunda, evlilik birliği ile eşlerin ve çocukların korunmasına ilişkin hükümler, mehazı Türk Medeni Kanunu (TMK) olan 1/1998 sayılı Aile Yasası'nda (m. 34, 36, 36 (A), 37, 38, 39) yer almaktadır.⁵ Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan

⁴ Köprülü/Kaneti, s. 124; Öztan, s. 210; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 337.

⁵ 1571 yılında Osmanlı İmparatorluğu'nun Kıbrıs Adasını fethetmesinden sonra, aile hukuku ile ilgili konularda Türk toplumuna İslam Aile Hukuku kuralları uygulanırken, Rum toplumuna kendi hukuk kurallarının uygulanmasına ve aile hukuku uyumsuzluklarında da kendi mahkemelerinin yetkili olmasına izin verilmişti. 1878 tarihinde Adanın İngilizlere kiralınmasıyla birlikte, Adadaki yönetimi devralan İngiliz İdaresi'nin mevcut yargı düzenine ve uygulanan yasal düzenlemelere müdahale etmesi zaman içerisinde Osmanlı Hukukunun yok olmasına ve İngiliz Hukukunun uygulanmasına neden olmuştur. Ancak, aile hukuku alanında Müslüman Türk halkının toplumsal yaşamını düzenleyen dini meselelerinde Şer'îye Mahkemelerinin, gayrimüslimler arasındaki uyumsuzluklarda ise Cemaat Mahkemelerinin yetkileri İngiliz döneminde de devam etmiştir. 1924 yılında çağdaşlaşma yolunda Türkiye'de Şer'îye Mahkemeleri kapatılmış, ancak Kıbrıs'ta Müslüman Türk toplumu için aile hukuku uyumsuzluklarında Şer'îye Mahkemeleri uzun müddet daha yetkili olmaya devam etmiştir. Atatürk ilke ve inkılaplarını ve Türkiye'deki çağdaşlaşma sürecini yakından takip eden Kıbrıs Türk halkı, Kıbrıs'ta da artık aile hukuku davalarında Şer'îye Mahkemelerinin yeterli olmadığı ve Kıbrıs Türk toplumu için de Türk Kanunu Medenisi'nin aynen yürürlüğe girmesi gerektiği yönünde çok defa İngiliz İdaresi'nden taleplerde bulunmuştur. Bu süreç, 1951 yılına kadar sürmüş ve nihayet 1951 yılında Türk Aile Yasası (Fasıl 339), 1956 yılında ise Türk Aile Mahkemeleri Yasası yürürlüğe girmiştir. Bu Yasalar, Türkiye'de 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi esas alınarak hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Andreas Neocleous/David Bevir, *Legal History*, Editör: Dennis Campell, *Introduction to Cyprus Law*, New York 2000, s. 11; Turgut Turhan, "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S. 2, s. 253-286, s. 265, 267; Arzu Alibaba, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Tahkim", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, İstanbul 2023, C. 12, S. 1, s. 3-64, s. 6, dn. 2; Ahmet An, *Kıbrıs Türk Kültürü Üzerine Yazılar*, Kıvılcım Yayınları, Lefkoşa 1999, s. 89; Sibel Akgün, "Atatürk İlke ve İnkılaplarının Kıbrıs'a ve Kıbrıs Türk Kadınlarına Yansımaları", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Ankara 2006, C.22, S. 64-65-66, s. 415-436, s. 429 vd.; Martha Hayes Sampson, "An Overview of Divorce Law in Cyprus: Modernization and Shortcomings", *Sri Lanka Journal of International Law*, Sri Lanka 2005, C. 17 s. 100a-113, s. 110; Eliana Nicolaou, "Recent

Hakları Sözleşmesi,⁶ Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)⁷ ile Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)⁸ Kuzey Kıbrıs'ta kanunla iç hukukun bir parçası haline getirilen uluslararası metinlerdir.

Evlilik birliğinin korunmasında eşler arası eşitliğin sağlanmasının önemi yadsınmaz.⁹ KKTC Anayasası'nda, T.C. (Türkiye Cumhuriyeti) Anayasası m. 41'de olduğu gibi eşler arasında eşitlik, kadın - erkek eşitliği anayasal güvenceye kavuşturulmamıştır.¹⁰ Aile Yasası m. 34 (1)'de, "*Evlenenler ... ev ve çocuklarla ilgili sorumluluklarda ev içi emeğin eşit ve adil paylaşılmasını ve birbirleri ile olan ilişkilerine özen göstermeyi kabul etmiş olurlar ve evlilik birliğini eşitlik ve uyum içinde yürütürler*" hükmü ile eşler arası eşitlik ilkesi kabul edilmiştir.

Aile Yasası'nın 36 ve 36 (A) maddelerinde ev içi şiddete maruz kalan kişilerin aile mahkemesinden koruma emri talep edebileceği düzenlenmiştir. Çok farklı boyutları olan ev içi şiddet konusu,¹¹ sadece

Developments in Family Law in Cyprus", 1996 *International Survey of Family Law*, Cambridge 1996, s.121-134, s. 122.

⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kıbrıs Cumhuriyeti döneminde 1962 tarihinde 39/62 sayılı Yasa ile iç hukukun bir parçası haline getirilmiştir. 1985 yılında kabul edilen KKTC Anayasası geçici m. 4 gereğince, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan mevzuat, Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla uygulanmaya devam edilir. Bununla birlikte, KKTC Anayasası m. 90 (5)'e göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmünde olduğundan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi KKTC'de yürürlüktedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 12 ve m. 16'da özel hayatın ve aile hayatının korunması; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8'de özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir.

⁷ KKTC, 8 Mart 1996 tarihinde 5/1996 sayılı Yasa ile "Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ni onaylamıştır.

⁸ KKTC, 25 Kasım 2011 tarihinde 58/2011 sayılı Yasa ile "Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi"ni onaylamıştır.

⁹ Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s. 3; Koçhisarlıoğlu, s. 261 vd.; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II, Yenilenmiş 20. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 12.

¹⁰ CEDAW m. 2'de, "Taraf Devletler, kadınlara karşı her türlü ayrımı kınar, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıracı bir politika izlemeyi kabul eder ve bu amaçla aşağıdaki hususları taahhüt ederler: a) kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi anayasalarına ve diğer ilgili yasalara henüz girmemişse dahil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı..." hükmü yer almaktadır.

¹¹ 14 Nisan 2021 tarihli 85 sayılı Resmî Gazete'de "Ev İçi Şiddeti Önleme ve Ev İçi

evlilik birliğinin korunması çerçevesinde Aile Yasası'nda yer alan hükümler ile birlikte incelenmiştir.

I. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASININ AMACI

Evlilik birliğinin¹² korunmasına ilişkin hükümlerin öngörülmesinin iki işlevi olduğu kabul edilir. Söz konusu hükümlerle öncelikle evlilik birliğinde eşlerin bireysel olarak korunması amaçlanmaktadır.¹³ Diğer bir deyişle, yasal düzenlemeler ile evlilik birliğinin korunmasının amacı eşlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmak istenmesidir. Eşler karşılıklı birbirlerinin kişisel değerlerine saygı göstermelidirler.¹⁴ Yasal düzenlemeler ile eşlerin birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülüklerinin sınırları çizilerek, eşlerden birinin kişilik haklarının diğer eş tarafından ihlal edilmesi önlenmeye çalışılmış, ihlalin ortaya çıkması halinde mağdurun korunması için hâkimin müdahalesi öngörülmüş ve böylelikle nihayetinde evlilik birliğinin dağılmasının önüne geçilmek istenmiştir.¹⁵

Diğer taraftan, toplumun en küçük yapı taşı olan aile o topluma kazandırılacak gelecek kuşakların niteliğini belirleme bakımından büyük öneme sahiptir.¹⁶ Bu nedenle, toplumun sağlıklı bir şekilde gelişebilmesi ancak kişinin kimliğini kazandığı ailenin sağlıklı olması ile

Şiddet Gören Kişilerin Korunmasına İlişki Yasa" önerisi yayınlanmıştır. Bkz. <https://basimevi.gov.ct.tr/Portals/6/2021/85.pdf?ver=2021-04-15-195955-453> erişim tarihi:14.07.2023.

¹² Aile Yasası m. 13 (3) hükmüne göre, evlenecek taraflar, evlendirme memuruna olumlu yanıt verdikleri anda evlenme sözleşmesi kurulur ve anılan Yasa'nın 34 (1) hükmüne göre, "evlenmeyle birlikte taraflar arasında evlilik birliği yaratılır". Yasa'da evlilik birliğinin tanımı yapılmamış, evlenme ile birlikte taraflar arasında bir birlik kurulduğu kabul edilmiştir. Evlilik birliği, resmi şekilde evlenme ile başlayıp ölüm veya yargı kararıyla sona erdiği tarihe kadar süren, eşler ve varsa çocukları arasında oluşan birlikteliği ifade eder. Bkz. Kılıçoğlu, s. 159; Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Ehe-recht, BK-Berner Kommentar Band/Nr.II/1/2, Auflage 2, Stämpfli Verlag, Bern 1999, s. 66.

¹³ Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 131.

¹⁴ Gümüş, s. 58.

¹⁵ Köprülü/Kaneti, s. 124; Öztan, s. 210.

¹⁶ Tekinay, sosyal hayatın ilk zamanlarında aileye bakış açısını anlatmak için, "Sosyal hayatın ilk devrelerinde aile, uydurma ve efsanevi bir varlık, herkesçe saygı gösterilen bir şahsiyet, ortak ve kuvvetli bir menfaat ilişkisi vs. gibi" ifadesini kullanmıştır. Bkz. Tekinay, s. 1.

mümkündür. Bu yüzden, evlilik birliğinin korunması ve devamının sağlanması toplum açısından da son derece önemlidir.¹⁷ Çünkü, ailede meydana gelecek düzen bozukluğu, toplumun gerilemesine neden olabilir.¹⁸ Bu nedenlerle aile, hukuk kuralları aracılığıyla korunarak, toplumun temelini kuvvetlendirilmesi ve dağılmasının önüne geçilmesi amaçlanır. Hatta bir görüşe göre, eşlerin özgürlükleri, evlilik birliğinin sürekliliğinin sağlanması amacıyla sınırlıdır.¹⁹ Eşlerin bireysel menfaatlerinin aşırı bir biçimde korunması, evlilik birliğinin zarar görmesine hatta ortadan kalkmasına yol açabilir.²⁰

KKTC Anayasası m. 35'te "*Aile toplumun temelidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli önlemleri alır ve örgütleri kurar*" hükmü yer alır.²¹ Anayasa'da yer alan bu hükümden de anlaşılacağı üzere, KKTC Anayasası aileyi koruyucu ve ayakta tutucu bir yaklaşım içerisindedir. Diğer taraftan, Aile Yasası m. 34 ve devamında evlilik birliğini ve bu birliktelikte yer alan kişileri koruyucu hükümler getirilmesi ve Aile Yasası'nın 34. maddesinin kenar başlığının "*Evlilik Birliğinin ve Ailenin Korunması*" iken, 34/2015 sayılı Yasa ile "*Evlilik Birliği*" olarak değiştirilmesi ile murat edilenin, evlilik

¹⁷ Gümüş, s. 58.

¹⁸ Köprülü/Kaneti, s. 3-4.

¹⁹ Paul Lemp, Kommentar zum ZGB, Das Familienrecht, 1. Abteilung, 2. Teilband, Bern 1968, Vorbemerkungen, nr. 6,8 (naklen M. Beşir Acabey, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 40, dn. 21).

²⁰ Evlilik birliğinin ekonomik temellerini güvence altına almak amacıyla eşlerin özgürlüklerinin ve bağımsızlıklarının iki yolla sınırlandırılabilceği ifade edilmektedir. Birinci yol, evlilik birliğinin çıkarlarını tehlikeye atan tarafın tasarruf yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması; ikinci yol ise, eşlerden herbirinin yaptığı malvarlığına ilişkin bazı işlemlerin diğer eşin onayına bağlanmasıdır. Bu yönde açıklamalar için bkz. Acabey, s. 41.

²¹ Anayasa'da, genellikle ekonomik açıdan daha zayıf durumda olan annenin ve çocuğun korunması için devlete gerekli önlemleri alma yükümlülüğünün yüklenmesi önem taşımaktadır. T.C. Anayasası'nda olduğu gibi, KKTC Anayasası'nda "kadın" yerine "ana" kelimesinin kullanılması eleştirilmektedir. Çünkü, çocuk doğursun veya doğurmasın, şiddete uğrayan kişiler genellikle anne olan veya olmayan kadınlardır. Diğer taraftan KKTC Anayasası'nda, T.C. Anayasası m. 41'de olduğu gibi eşler arasında eşitlik, kadın - erkek eşitliği anayasal güvenceye kavuşturulmamıştır. Eleştiri için bkz. Emel Badur, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2009, S. 84, s. 63-92, s. 64; Murat Doğan, "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, C. 52, S. 4, s. 93-129, s. 94 vd.; Şükran Ertürk/Demet Özdamar, "Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2009, C. 11, s. 1169-1218, s. 1189.

birliğinin üstünde eşlerin ve çocukların bireysel haklarının korunması olduğunu göstermektedir.

II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Evlilik Birliği Devam Ederken Alınabilecek Önlemler

Genel Olarak

Evlilik birliği devam ederken, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde, eşler hâkime başvurabilme imkânına sahiptir. Hâkim, evlilik birliğini ihlal eden eşi uyarabilir, bunun sonuçsuz kalması durumunda şartların gerçekleşmesiyle birlikte diğer eş lehine nafakaya veya tazminata hükmedebilir, parasal katkıda bulunma yükümlülüğünü ihlal eden eşin borçlularına, borçlarını diğer eşe ifa etmelerini emredebilir. Sözü edilen bu önlemlerin dışında, şartlar gerçekleştiği takdirde eşlere ayrı yaşama hakkı da Yasa ile tanınmıştır.

Koşulları

Eşlerden Birinin Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükleri İhlal Etmesi

Aile Yasası m. 34'e göre, "Eolenme, taraflar arasında bir evlilik birliği yaratır. Eolenenler sadakatle, işbirliği içinde ve karşılıklı yardımlaşma ile birlikte yaşamayı, evlilik yaşamını sürdürmeyi, çocuklarına bakmayı, ev ve çocuklarla ilgili sorumluluklarda ev içi emeğin eşit ve adil paylaşılmasını ve birbirleri ile olan ilişkilerine özen göstermeyi kabul etmiş olurlar ve evlilik birliğini eşitlik ve uyum içinde yürütürler.

Taraflardan biri evlilik ile ilgili sorumluluklarını ihmal eder veya hal ve hareketleri ile öteki tarafa tehlike yaratır, maddi veya manevî zarar verir, etkilenen taraf bir başvuru ile Mahkemenin müdahale ederek mağduriyetini giderici bir emir vermesini isteyebilir. Böyle bir başvuru üzerine Mahkeme, kabahatli tarafın dikkatini çeker. Bu tür davranışları yapan taraf sorumluluklarını ihmal etmeye devam eder veya hal ve hareketlerinde direnirse Mahkeme zarar gören tarafa uygun göreceği bir tazminat verilmesini emredebilir".

Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi ve bundan dolayı eşlerin ve çocukların mağdur olması durumlarında

hâkimin müdahalesine başvurulabilir.²² Örneğin, eşin birlik giderlerine katılmaktan kaçınması, eşlerin yersiz ve aşırı kıskançlıkları, ortak konuta gelinmemesi, eve alkollü ve geç gelinmesi, çocuklara karşı gerekli ilginin gösterilmemesi durumlarında diğer eşin talebi ile hâkimin müdahalesi istenebilir.²³

Hâkimin müdahalesinin talep edilebilmesi için diğer bir şart, eşin hal ve hareketleri ile diğer tarafa tehlike yaratması veya maddi veya hut manevi zarar vermesidir. Burada sayılan şartlar da aslında evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali niteliğindedir. Dolayısıyla, ayrıca sayılmalarına gerek yoktur.²⁴ Şöyle ki, eşin diğer eşe şiddet uygulaması, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı nedeniyle taşkın hareketlerde bulunması, kumar oynaması nedeniyle eşin malvarlığına zarar vermesi hallerinde de hâkimin müdahalesi istenebilir.²⁵

Evlilik birliğinden doğan her yükümlülüğün ihlali halinde hâkimin müdahalesinin istenmesi gereksiz ve yararsızdır.²⁶ Ancak, evlilik birliği için önemli olarak nitelendirilebilecek yükümlülüklerin ihlalinde hâkimin müdahalesi istenmelidir. Diğer taraftan hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için, ihlal edilen yükümlülüğün boşanma nedeni olacak kadar ağır olması veya eşlerden birinin kusurlu olması şartı da aranmaz.²⁷

Hâkimin müdahalede bulunması için talepte bulunacak tarafın zararının doğması şart değildir. Ancak, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde bir zarar doğduğu takdirde, hâkim zarar gören lehine tazminata hükmedebilecektir [Aile Yasası m. 34 (2)]

Evlilik birliğini korumaya yönelik hükümlerin amacı eşleri cezalandırmak değil; eşlerin ve çocukların menfaatlerini korumak, bozulan

²² Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979, s. 226; Tekinay, s. 337; Hausheer/Reusser/Geiser, s. 477.*

²³ Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, "Evlilik Birliğinin Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2015, S. 120, s. 423-464, s. 430.

²⁴ Türk Hukukunda, 2002 yılından önce Türk Medeni Kanunu'nda aynı hüküm yer alırken, 2002 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu m. 195'te bu kısma yer verilmemiştir.

²⁵ Ayrıca bkz. Köprülü/Kaneti, s. 125; Feyzioğlu, s. 339.

²⁶ Gümüş, s. 138, 139; Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 200.*

²⁷ Köprülü/Kaneti, s. 124; Gümüş, s. 139; Ayan, s. 195. Ayrıca bkz. ve krş. Feyzioğlu, s. 339.

birliği yeniden sağlamaktır.²⁸ Bu yüzden hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için, evlilik birliğinden doğan yükümlülüğün ihlaline sebep olan davranışın sürekli nitelik taşıması ve ileride de gerçekleşecek nitelikte olması gerekir.²⁹

Hâkimin Müdahalesinin Talep Edilmesi

Aile hukukunda kural olarak taleple bağıllık ilkesi esastır³⁰. Kural olarak hâkim, evlilik birliğine re'sen müdahalede bulunamaz,³¹ hâkimin evlilik birliğine müdahalede bulunabilmesi için, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlalinden etkilenen tarafın bu yönde mahkemeden talepte bulunması gereklidir.³² Yasa, evlilik birliğine müdahale edilmesini isteme hakkını sadece bundan etkilenen tarafa tanımıştır. Ayrıca, eşler dışında tarafların anne babaları gibi başka kişilerin de evlilik birliğine müdahale için mahkemeye başvurmaları mümkün değildir.³³

Önlem Türleri

Uyarma

Aile Yasası'na göre hâkim, öncelikle evlilik birliğinden doğan yükümlülüğünü ihlal eden tarafı uymalıdır [Aile Yasası m. 34 (2)].³⁴ Hâkimin uyarısına rağmen, eş evlilik birliğinden doğan yükümlülüğü ihlal etmeye devam ederse, artık hâkim diğer önlemlere başvurabilecektir. Hâkimin, ihlalde bulunan eşe uyarının gereklerini yerine ge-

²⁸ Ayan, s. 194.

²⁹ Ayan, s. 194.

³⁰ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 6,7; Akıntürk/Ateş, s. 132.

³¹ Feyzioğlu, s. 224; Tekinay, s. 337; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 431.

³² Yargıtay kararına göre, "... Ülkemizin şahadet hukuku prensiplerine göre, olumlu iddiayı ileri süren ve talepte bulunan taraf mahkemeye bu talebi yapmalı ve talebi ile ilgili iddialarını mahkemede ispat etmelidir". Bkz. Yarg., Aile Hukuk, 25.02.2020, 4/2019, Dava No: 452/2017 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=ya&yile=2019> erişim tarihi: 22.08.2023.

³³ Evlilik birliğine ilişkin önlemleri talep yetkisi nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğundan, eşin önlem alınması talebinde bulunamayacağı hallerde, örneğin, ayırt etme gücünden yoksun ise, yasal temsilcisi de bu hakkı kullanabilmelidir. Bu görüş için bkz. Gümüş, s. 133.

³⁴ Feyzioğlu, s. 226; Badur, s. 68; Hausheer/Reusser/Geiser, s. 482, 483.

tirmemesi halinde alınabilecek tedbirleri bildirmesi uyarının etkisini artırabilir. Hâkimin eşleri uyarmasının özel hukuk ve ceza hukuku yönünden bir yaptırımı yoktur.³⁵

Nafaka ve Tazminat

Eş, evlilik birliğinden doğan parasal katkıyı sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, diğer eşin talebi üzerine hâkim tarafından yükümlülüğünü ihlal eden tarafın yapacağı parasal katkı tedbir nafakası olarak öngörülür.³⁶ Hâkim tarafından uyarılan eş, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri ihlal etmeye devam eder ve bundan dolayı diğer taraf zarar görürse, hâkim ayrıca tazminata hükmedebilir [Aile Yasası m. 34 (2)].

Eşlerin Ayrı Yaşama Hakkı

Evlilik birliği sürdürülürken eşlerin birlikte yaşaması bazen eşlerin bazen de çocukların menfaatine aykırı olabilir.³⁷ Aile Yasası'nda eşlere ayrı yaşama imkânı tanınarak, ayrı yaşadıkları dönemde daha sakin düşülmeleri ve ilişkilerini tekrar gözden geçirmeleri için fırsat yaratılmaktadır. Böylelikle, evliliği sonlandırmadan eşlerin evliliklerine ara vermeleri ve bu aradan sonra evliliklerini sürdürme veya sürdürmeme konusunda kendilerine daha sağlıklı karar alma imkânı sağlanmaktadır.³⁸

Aile Yasası m. 37'ye göre, "Karı kocadan birinin sağlığı, ünü veya işi birlikte yaşam sonucu önemli surette zarar görürse, kabahatsiz taraf zarar tehlikesi devam ettiği sürece öteki taraftan ayrı yaşayabilir".

Mahkeme, karı kocanın ayrı yaşamaları için yeterli neden bulunduğu kani olursa kabahatsiz tarafın başvurusu üzerine, kabahatli tarafın kabahatsiz tarafa nafaka ödemesine karar verebilir. Bu Yasanın 30'uncu maddesinin nafakaya ilişkin kuralları bu madde için de uygulanır."

Ayrı yaşama hakkının doğabilmesi için Yasa'da sayılan birinci şart, ortak hayat nedeniyle eşlerden birinin sağlığının tehlikeye düş-

³⁵ Öztan, s. 215.

³⁶ TCM, 8.01.1976, 1/75, Dava No:13/75; TCM, 11.10.1973, 1/73, Dava No:40/72; Yarg., Aile Hukuk, 25.03.1982 2/82, Dava No:6/81; TCM, 20.12.1971, 1/68, Dava No:6/71 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi:13.06.2023.

³⁷ Öztan, s. 221.

³⁸ Ayan, s. 227.

mesidir. Sağlık kavramı, hem bedeni sağlık hem de psikolojik sağlık olarak anlaşılmalıdır.³⁹ Sağlığı tehdit eden her türlü tehlike değil, ciddi nitelikte olan tehlikenin var olması gerekir.⁴⁰ Örneğin, ortak yaşam sürdürülürken eşin hayatının, vücut bütünlüğünün tehlikeye girmesi, kocanın sürekli eşini dövmesi, ona hakaret etmesi durumunda eşin sağlığı ortak hayat nedeniyle ciddi biçimde tehlikeye girer.⁴¹ Ayrı yaşama hakkının doğabilmesi için sağlığın tehlikeye girme ihtimalinin olması yeterlidir, ayrıca zararın doğması gerekmez.⁴²

Diğer bir şart, birlikte yaşamamanın eşlerden birinin ününe zarar vermesidir. Aslında, hükümde “ün” kavramıyla belirtmek istenilen husus kişinin şeref ve haysiyetidir.⁴³ Örneğin, eşin diğer eşi sürekli dövmesi, ona hakaret etmesi, dışarı çıkmasına izin vermemesi, eşlerden birinin üçüncü bir kişiyle duygusal veya cinsel ilişkiye girmesi hallerinde, birlikte yaşama nedeniyle kişinin sağlığı, şeref ve haysiyeti zarar görür.⁴⁴

Birlikte yaşama nedeniyle eşlerden birinin yürüttüğü işin veya yaptığı mesleğin gereği gibi ifa edilmesinin, ilerlemesinin veya gelişmesinin tehlikeye girmesi halinde de ayrı yaşama hakkı doğar.⁴⁵

Belirtilen sebepler gerçekleştiği takdirde, hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın ayrı yaşama hakkı doğar.⁴⁶ Bu hakkın doğması ile birlikte, eşlerin evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğü gibi bazı yükümlülükleri devam ederken, bazı yükümlülükleri de örneğin birlikte yaşama yükümlülüğü askıya alınır.⁴⁷

Ayrı yaşama hakkı doğduğu zaman, ayrı yaşamamanın düzenlenmesi hâkim tarafından yapılmalıdır.⁴⁸ Bu bağlamda, hakimin aile konutunun hangi eşe tahsis edileceği, ev eşyasından hangi eşin yararlanacağı ile ilgili düzenleme yapması gereklidir. Ancak Aile Yasası’nda, sade-

³⁹ Kudret Güven, “4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukuki Tedbirler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, S. 2, s. 1-28, s. 6.

⁴⁰ Güven, s. 6.

⁴¹ Ayan, s. 231.

⁴² Güven, s. 7; Ayan, s. 232.

⁴³ Tekinay, s. 342, dn. 16.

⁴⁴ Ayan, s. 230.

⁴⁵ Ayan, s. 234.

⁴⁶ Öztan, s. 220; Köprülü/Kaneti, s. 341; Feyzioğlu, s. 228; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 197; Akıntürk/Ateş, s. 137.

⁴⁷ Güven, s. 11; Ayan, s. 227.

⁴⁸ Feyzioğlu, s. 228.

ce evliliğin boşanma veya iptal ile sona erdirilmesi için dava açılması hallerinde, olayın özellikleri, eşlerin ekonomik ve sosyal durumları ve varsa çocukların menfaatleri hakim tarafından göz önünde bulundularak aile konutunun eşlerden birine tahsis edilebileceği ve ev eşyasını kullanacak eşin belirlenebileceği hükme bağlanmıştır [Aile Yasası m. 26 (6) (A)].⁴⁹ Bu hüküm, evlilik birliğinin korunması için ortak hayata ara verilmesi durumunda da kıyasen uygulanmalıdır.

Ayrı yaşama hakkı doğduğunda, kendi geçimini sağlayacak maddi güce sahip olmayan eş, diğer eşin kendisine parasal katkıda bulunmasını hâkimden talep eder.⁵⁰ Bu yönde bir taleple karşılaşan hâkim, öncelikle ayrı yaşama hakkının doğup doğmadığını inceler. Bu inceleme sonucunda hâkim ayrı yaşama hakkı doğduğuna kanaat getirirse, diğer eşin yapacağı parasal katkı miktarını belirler.⁵¹

Ayrı yaşama hakkı doğduğu takdirde, evlilik birliği içerisindeki çocukların hangi tarafa verileceği, velayetin belirlenmesi, kendisine velayet verilmeyen ebeveynin çocukları ile kişisel ilişki kurması, çocukların bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması ile ilgili hakim re'sen karar almalıdır.⁵² Bu bağlamda, hakim karar verirken, Aile Yasası m. 37 (2)'nin göndermesiyle, boşanma veya iptal kararı ile evlilik birliğinin sona ermesi durumunda tazminat, nafaka, diğer ödemeler ve çocuklar ile ilgili hususları düzenleyen Aile Yasası m. 30 uygulanır.

Aile Yasası m. 30 (4)'e göre, *“Bu madde uyarınca alınan kararlara uymayanlar ve gerekli ödemeleri yapmayanlar suç işlemiş olurlar ve mahkumiyetleri halinde davanın görüşüldüğü tarihteki aylık asgari ücretin on katını aşmayan miktara kadar para cezasına veya bir yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilirler. Mahkeme bu cezaya ek olarak ödemenin yapılmadığı süreye ilişkin toplam miktarın, geçerli faiz uygulanmak suretiyle ödenmesine karar verebilir”*. Yasa'da, eş nafakası (tedbir nafakası), iştirak nafakası ve tazminatın ödenmemesi bir suç olarak nitelendirilmiş ve cezai yaptırıma bağlanmıştır.

⁴⁹ Bkz. aşğ. II, B.

⁵⁰ Bu konuda bkz. Yarg., Aile Hukuk, 28.06.1988, 3/87, Dava No:4/86 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi: 20.06.2023.

⁵¹ Kılıçoğlu, s. 212; Ayan, s. 229; Bu yönde karar için bkz. TCM, 06.11.1971, 13/72, Dava No:82/7 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi: 16.06.2023.

⁵² Kılıçoğlu, s. 213.

Hâkimin Eşlerden Birinin Borçlularına, Borçlarını Diğer Eşe İfa Etmelerini Emretmesi

Aile Yasası m. 38'e göre, "Taraflardan birinin, gücü olduğu halde, aile birliğine katkı yapmadığı, çocuklarının geçimini yeterli derecede sağlamadığı takdirde mahkeme, o tarafın herhangi bir alacağının, diğer taraf için veya çocukların bakımı için tamamen veya kısmen ödenmesi için emir verebilir".

Bu madde amaçları bakımından çalışmayan eşin evde yaptığı hizmetler aile birliğine katkı olarak kabul edilir".

Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlal eden eş, üçüncü kişilerden alacaklı ise, hakim, eş borçlu olan üçüncü kişiye ödemeyi alacaklıya değil eşine yapmasına emir verebilir.⁵³ Bu bağlamda, her türlü alacak hakkının değil, sadece para ve parayı temsil eden senetlere bağlı alacakların diğer eşe ödenmesi konusunda emir verilebilir.⁵⁴ Buna karşılık, eş lehine, bir aynı hakkın kurulmasına ilişkin borcun ifası konusunda bu önleme başvurulamaz.⁵⁵ Alacağın kaynağı kural olarak önemli değildir.⁵⁶ Sadece özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklar bu önlemin konusunu oluşturabilir.⁵⁷ Hakim, borçluya göndereceği ödeme emri ile ifanın diğer eşe yapılması gerektiğini bildirir. Bu karar borçluya bildirildikten sonra, alacak mahkeme kararıyla diğer eşe geçer.⁵⁸ Bu yüzden borçlu, ancak hâkimin ödeme emri verdiği eşe ödeme yapmak suretiyle borcundan kurtulabilir.⁵⁹

II. EVLİLİK BİRLİĞİNİ SONA ERDİRMEK AMACIYLA AÇILMIŞ BİR DAVA DEVAM EDERKEN ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Boşanma davasının açılmış olması evlilik birliğinin zarar gördüğünün bir göstergesi ise de, bu dava ile evlilik birliği sonlandırılmayabilir. Boşanma davasında yargılama sonucu boşanmaya karar veri-

⁵³ Kılıçoğlu, s. 213; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 200 vd.; Öztan, s. 224.

⁵⁴ Güven, s. 12; Ayan, s. 254.

⁵⁵ Güven, s. 12; Ayan, s. 254.

⁵⁶ Öztan, s. 224; Akıntürk/Ateş, s. 141; Ayan, s. 254.

⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 201.

⁵⁸ Kılıçoğlu, s. 213; Ayan, s. 256; Krş. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 201. KKTC Hukukunda alacağın iradi devri yasal olarak düzenlenmiştir. Ancak, Fasil 149 Sözleşmeler Yasası'nda sözleşme serbestliği ilkesi kabul edildiğinden alacağın iradi devri mümkündür ve bu konuda çıkacak uyuşmazlıklarda mahkeme equity prensiplerini (nisfet hukuku prensiplerini) uygulamaktadır. Bkz. Yarg., Hukuk, 12.11.2014, 1/2009, Dava No: 348/2003 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi: 15.08.2023.

⁵⁹ Öztan, s. 224; Akıntürk/Ateş, s. 141; Ayan, s. 256.

lip verilmeyeceği belirlenecektir. Bu yüzden, boşanma davası devam ederken dahi kanun koyucu tarafların tekrar bir araya gelebileceğini dikkate alarak, dava sırasında eşler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, sorunları çözebilecek geçici önlemlerin alınması hususunda hâkime birtakım yükümlülükler yüklemiştir. Bu önlemlerin getirilmesinin asıl amacı ekonomik olarak zayıf durumda olan eş ve çocukları korumak ise de hakim tarafından alınacak bu önlemler aynı zamanda dava sonucunda eşlerin yeniden bir araya gelme ihtimalini de arttıracaktır.⁶⁰

Evliliğin sona erdirilmesi için boşanma davası veya iptal davası açılması, özellikle boşanma davasının açılmasından sonraki süreç eşler ve çocuklar için çok zor olmakta, bu süreçte sıkıntılar en üst noktaya çıkmaktadır. Boşanma davası sürerken eşlerin ve özellikle çocukların yararlarının korunması için hâkim geçici önlemler alabilir.⁶¹ Aile Yasası m. 28 (3)'e göre, *“Mahkeme, boşanma hükmü verirken her meselenin kendi koşullarına uygun olarak eşlerin ve çocukların nafakaları ve çocukların velayetleri hakkında karar verebileceği gibi boşanma davası sona erinceye kadar eşlerin ve çocukların geçimi, iskânı ve korunmalarına ilişkin de uygun göreceği geçici emirler verebilir”*.

Hâkim, eşlerden birinin çalışmaması veya çalışıp da yeterli gelir elde edememesi durumunda, eşin yeterli geliri olmayan diğer eşe belli bir miktar parasal katkıda bulunmasına karar verebilir.⁶² Boşanma davası devam ederken, eşin, diğer eşten kendisinin ve çocukların geçimi için talep ettiği nafakaya *“tedbir nafakası”*, *“ara nafakası”* veya *“geçici nafaka”* denir. Yargıtay, eş ve çocukların geçimleri, iskânı ve korunmalarını sağlamaları için hakim gerekli önlemleri re'sen alabileceğine dair Yasa'da bir düzenleme olmadığını, bu yüzden bu süreçte tarafların ancak aile mahkemesinden talepte bulunabileceğini ve talep ile ilgili iddiaların ispatlanması halinde geçici nafakaya hükmedileceğini belirtmiştir.⁶³ Yargıtay'a göre, tedbir nafakası kararı bir ara emri oldu-

⁶⁰ Hausheer/Reusser/Geiser, s. 457.

⁶¹ Yarg., Aile Hukuk, 6.09.2010, 4/2010, Dava No:14/2005 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=ya&yile=2010> erişim tarihi: 22.08.2023.

⁶² Bkz. TCM, 19.07.1971, 2/71, Dava No:35/71 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi: 13.06.2023; Ayrıca bkz. Yarg., Aile Hukuk, 19.01.2001, 1/99, Dava No: 100/98 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=ya&yile=1999> erişim tarihi: 20.08.2023.

⁶³ Yarg., Aile Hukuk, 25.02.2020, 4/2019, Dava No:452/2017 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=ya&yile=2019> erişim tarihi: 22.08.2023.

ğundan, hakim karar verirken dava süresince eşlerin alıştıkları normal yaşamlarını devam ettirmelerini sağlamayı ve sarsıntı geçirmelerini mümkün olduğu ölçüde önlemeyi amaçlamalıdır.⁶⁴

Hakim çocukların korunmalarına ilişkin gerekli önlemleri re'sen alır.⁶⁵ Hakim, çocukların hangi eş yanında kalacağına, çocuğun velayetinin ana veya babadan hangisine verileceğine,⁶⁶ kendisine velayet verilmeyen diğer eşin çocuklarla kişisel ilişkisinin düzenlenmesine ve ödeyeceği iştirak nafakasına karar vermelidir.⁶⁷ Yargıtay'a göre çocuk için öngörülecek iştirak nafakası belirlenirken esas alınacak kriterler şunlardır: *"Tarafların gelirleri ve kazanım kapasiteleri, tarafların maddi ihtiyaçları, boşanmadan önceki yaşam standardı, çocuk bakımına yapılacak katkılar, çocukların maddi ihtiyaçları, çocukların fiziksel ve ruhsal yetersizliği, çocukların eğitimi"*.⁶⁸

Hâkim, boşanma davası sürerken eşlerin ve çocukların barınması, yani ortak konutun eşlerden birine tahsisi konusunda karar verebilir veya konutu terk eden eşin konut edinebilmesi için gerekli önlemleri alabilir. Aile Yasası m. 26 (6) (A)'da *"Evliliğin iptali veya boşanma kararıyla sona erdirilmesi için dava açıldığı zaman, dava sona erinceye veya paylaşımına konu mallar paylaşılincaya kadar ... eşlerin aile konutunda kimin kalacağı ve ev eşyasını kimin kullanmaya devam edeceği konusunda anlaşamamaları halinde, Mahkeme olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu hakka hangisinin sahip olacağına, ta-*

⁶⁴ Yarg., Aile Hukuk, 22.12.1993, 1/93, Dava No:70/92 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi:13.06.2023.

⁶⁵ Yargıtay'a göre, *".. Velayet hakkının kullanılması, çocukların korunması ve yetiştirilmesine yönelik kamusal bir temele dayandırıldığından, bu hususta mahkemelere, müdahale etme ve karar verme yetkisi tanınmıştır..."*. Bkz. Yarg., Aile Hukuk, 16.04.2014, 77/2012, Dava No:43/2011 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=ya&yile=2012> erişim tarihi: 21.08.2023.

⁶⁶ Yargıtay'a göre, *"... çocukların velayeti hakkında karar verirken Mahkemenin göz önünde bulundurması gereken en önemli faktör çocukların yararlarıdır. İşte bundan dolayı da Alt mahkeme, velayet meselelerinde çok geniş bir takdir hakkına sahiptir..."*. Bkz. Yarg., Aile Hukuk, 18.09.2020, 12/2017, Dava No:292/2015 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=ya&yile=2020> erişim tarihi: 21.08.2023.

⁶⁷ Kılıçoğlu, s. 212, 213; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 441.

⁶⁸ Yarg., Aile Hukuk, 12.10.2015, 8/2013, Dava No:91/2011 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=ya&yile=2015> erişim tarihi: 21.08.2023. Aile Yasası m. 30 (1)'e göre, *"Bu Yasanın 24'üncü madde kurallarına istinaden boşanmaya hükmedildiği durumlarda mahkeme, tazminat, nafaka ve diğer ödemelerle ilgili karar verirken bu Yasanın 26'ncı maddesinde öngörülen kistasları dikkate alır"*. Dolayısıyla hâkim, Aile Yasası m. 30'a göre, tazminat, nafaka ve diğer ödemeler ile ilgili karar verirken Yasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ölçütleri dikkate almalıdır.

raflardan biri tarafından yapılacak istida üzerine karar verir ...". Aile konutu ve konut eşyası eşlerin barınması açısından önemli varlıklardır. Bu varlıklar üzerinde eşlerin tek başına karar verme ve tasarrufta bulunma hakları olmamalıdır.⁶⁹ Yasa'da, sadece evlilik birliğinin sona erdirilmesi için açılan iptal veya boşanma davası devam ederken, geçici olarak bu süreçte aile konutunda kimin kalacağını ve ev eşyasından kimin yararlanacağını belirlenmesi hususlarında hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Halbuki, evlilik birliği devam ederken de eşlerin ve varsa çocuklarının sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan ve ailenin hayat merkezi olan aile konutu ile ilgili işlemlerin yapılabilmesinin diğer eşin rızası şartına bağlanması hususunun da yasal düzenlemeye kavuşturulması eşlerin ve çocukların korunması açısından oldukça önemlidir.⁷⁰

Aile Yasası m. 26 (6) (B)'ye göre, "*Mahkeme evliliğin iptali veya boşanma kararıyla sona erdirilmesi hükmünü verirken tarafların durumunu, olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak paylaşma konu edilen herhangi bir taşınır veya taşınmazı belli bir süre taraflardan birinin kullanımına vermeye karar verebilir...*". Bu hüküm uyarınca hâkim, eşleri ve çocukları korumak için evlilik birliğinin iptal veya boşanma kararı ile sona erdirilmesi durumunda, malik olmayan eşin aile konutunu belli bir müddet kullanmasına karar verebilir.

Diğer taraftan Aile Yasası m. 26 (6) (C)'de, eşler aile konutunda kira sözleşmesi ile oturuyorlarsa, kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin korunması için de şu hüküm düzenlenmiştir: "*Eşler konutta kira ile oturuyorlarsa Mahkeme, gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilir. Bu durumda, konutu kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına, iptal veya boşanma kararıyla birlikte karar verilir*". Hâkim boşanma kararıyla birlikte, boşanma sonucunda aile konutunda kiracı sıfatına sahip olmayan eşin de belli bir müddet kalmasına karar verebilir. Bu düzenleme eşlerin korunması açısından oldukça önemlidir.⁷¹ Ancak, evlilik birliği devam

⁶⁹ Doğan, s. 106; Şükran Şıpka, "Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler", Editörler: Esin Özbey/Munise Dayı/Yasemin Bülbül, Yeni Medeni Kanun'un Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması Sempozyumu, Ankara 2003, s. 35-52, s. 37.

⁷⁰ Doğan, s. 106; Şıpka, s. 42.

⁷¹ Boşanma sonucunda aile konutunu koruyan bir düzenlemenin Türk Medeni Kanunu'nda yer alması, Türk Hukuku bakımından büyük bir eksiklik olarak eleştirilmektedir. Bkz. Şıpka, s. 50.

ederken, eşlerin aile konutunda kiracı olarak oturmaları halinde, kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin kiralayana yapacağı bir bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi ile ilgili bir düzenleme Yasa'da yoktur. Böyle bir düzenlemenin Yasa'da yer almaması eşlerin ve varsa çocukların korunması açısından büyük bir eksikliklerdir.

Aile Yasası'nda tek mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimi düzenlenmiştir. Aile Yasası m. 26 (1) (Ç)'de, *"Tarafların evlilik süresince evlilik birliğinin veya evlilik sona erdikten sonra ailenin refahı için yaptıkları veya yapacakları ev işleri ve çocuk bakımı gibi hizmetler de dahil katkılar"*ın mal paylaşımında dikkate alınacağıının öngörülmesi, evlilik birliğinde çoğu zaman çalışmayan ancak ev işlerini gören ve çocuklara bakmış olan kadın eşin emeğinin de dikkate alınması ve böylelikle de korunması bakımından önemlidir.⁷²

Boşanma davası açıldığı tarihten itibaren, eşlerin paylaşımına dahil malvarlığı değerleri üzerinde mahkemenin izni olmadan tasarrufta bulunmaları Aile Yasası m. 26 (9) (A)'ya göre yasaklanmıştır. Anılan hükme göre, *"Boşanma davasının açıldığı tarihten başlayarak, dava devam ettiği sürece taraflardan biri paylaşımına konu mal varlıklarını ancak Mahkeme izni ile satabilir, devredebilir, hibe edebilir, miras bırakabilir, ipotek edebilir veya elden çıkarabilir. Böyle bir durumda Mahkeme, elden çıkarılan malın değerini taraflar arasında mal paylaşımı yapılırken dikkate alır..."*. Bu hüküm uyarınca boşanma davasının açıldığı takdirde, eşlerin mal varlıkları üzerinde tasarrufta bulunmaları mahkemenin iznine bağlıdır. Dolayısıyla ayrıca mahkemenin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması hususunda karar vermesi gerekmez.⁷³

Aile Yasası m. 26 (3)'te eşlerden birinin, boşanma davası açıldığı tarihten en fazla iki yıl önce paylaşımına konu malların getirisini, evlilik birliği maksatları için değil de diğer tarafın onayını almadan sadece kendi menfaatine harcaması durumunda, mal rejiminin tasfiyesinde bu harcamanın da dikkate alınacağıının öngörülmesiyle de eşlerin menfaatlerinin korunması amaçlamaktadır.⁷⁴

⁷² Aile Yasası m. 34 (1) hükmüne göre eşlerin eşitliği ilkesi gereğince eşler evlilik birliğinin giderlerine emek ve malvarlıkları ile katılırlar, eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması katkı payının belirlenmesinde dikkate alınır. Ayrıca bkz. Ahmet Kılıçoğlu, Katkı- Katılma Alacağı, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 77, 187.

⁷³ Kılıçoğlu, Katkı- Katılma Alacağı, s. 59.

⁷⁴ Şıpka, s. 37.

Ev İçi Şiddetin Varlığı Halinde Alınabilecek Önlemler

Dünya Sağlık Örgütü tarafından büyük bir sağlık problemi olarak nitelendirilen ev içi şiddet⁷⁵ tüm Dünya’da olduğu gibi Kuzey Kıbrıs’ta da yaygındır.⁷⁶ Aile Yasası m. 36 (1)’e göre, “*evli olup olmadıklarına veya aynı evde yaşayıp yaşamadıklarına bakılmaksızın, çiftlerden biri diğerine veya diğerinin aile fertlerinden birine, fiziki zarar verdiği veya buna teşebbüs ettiği hallerde, cinsel tecavüz, cinsel taciz veya cinsel saldırı suçlarına teşebbüs ettiği veya suçu işlediği hallerde, fiziki, ekonomik veya manevi şiddet veya baskı yaptığı hallerde,*⁷⁷

- (Ç) konutu kullanma hakkı diğer eşe verildiği durumda, bu konutu izinsiz girdiği veya girmeye teşebbüs ettiği hallerde,
- (D) işyerine, evine, müstahdemine, işverenine, birlikte ikamet ettiği aile fertlerine veya yakınlarına mükerrer şekilde telefon ederek, mektup göndererek, e-mail veya sosyal medya yoluyla veya diğer iletişim yollarını kullanarak veya sözlü olarak rahatsızlık verdiği hallerde,

⁷⁵ <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> erişim tarihi:01.08.2023.

⁷⁶ Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde ev içi şiddet ile ilgili yeteri kadar istatistik verilere ulaşılamamıştır. Ev içi şiddetle ilgili Doğu Akdeniz Üniversitesi’nde yapılan çalışma için bkz. Biran Mertan/Uğur Maner/Şenel Biçmen/Gözde Pehlivan/Yurdağül Yüksel, “Domestic Violence Report”, Eastern Mediterranean University, Psychological Counselling Guidance and Research Center, Domestic Violence Report, 2008 <https://www.scribd.com/document/153326630/DV-report-3> erişim tarihi: 25.07.2023. Ayrıca bkz. Mehmet Çakıcı/Selma Düşünmez/Ebru Çakıcı, Kuzey Kıbrıs’ta Kadına Yönelik Şiddet, Kıbrıs Türk Ruh Sağlığı Derneği Yayınları, Lefkoşa 2007, s. 521 vd.; Biran Mertan/Fatoş Bayraktar/Gözde Pehlivan/Uğur Maner/Şenel Hüsnü/Düriye Çelik, “Knowledge and Attitudes towards Domestic Violence against Women: The Case of North Cyprus”, Kadın/Woman, Gazimağusa 2000, S. 13, s. 47-60, s. 49.

⁷⁷ Aile Yasası’nda, fiziki, ekonomik ve manevi şiddet türleri sayılmış ancak şiddet kavramı tanımlanmamıştır. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi Yasası [61/2014 sayılı Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası, RG Sayı 240, 2.12.2014 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> erişim tarihi: 21.07.2023] m. 2’de kadına yönelik şiddet şu şekilde tanımlanmıştır: “bireylerin medeni durumuna ve aynı evde yaşayıp yaşamadıklarına bakılmaksızın, kamusal veya özel alanda meydana gelip, bir kadının fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel olan hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlükten yoksun bırakmayı da içeren, fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı anlatır ...”. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi Yasası (TOCED Yasası) 2014 yılında yürürlüğe girmesine rağmen, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi günümüzde hala daha işlevsel değildir. Bkz. https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n462716-ktams-toplumsal-cinsiyet-esitligi-dairesi-derhal-aktif-hale-getirilsin erişim tarihi: 27.07.2023.

- (E) isteği dışında kamuya açık veya kapalı mahallerde takip ettiği hallerde,
- (F) Ceza Yasası kurallarınca suç sayılan bir fiilde bulunması halinde,
- (G) *evinin, işyerinin, okulunun, aracının veya diğer eşin bulunduğu herhangi bir yerin önünde bulunmak suretiyle gözaltında tuttuğu, ısrarlı takip yürüttüğü⁷⁸ veya evinin etrafında dolaşmak suretiyle gözetlediği hallerde,*
- (Ğ) çocuğu haksız yollardan yargı yetkisi dışına çıkarmakla tehdit ettiği veya buna teşebbüs ettiği hallerde,
- (H) yargıcın takdirine göre tehdit, taciz ve rahatsızlık sayılabilecek hallerin var olması veya yapılacağı ihtimalleri hallerinde”,

mağdur olan taraf tek taraflı dilekçe ile bizzat mahkemeye veya Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi’ne bağlı çalışan Şiddeti Önleme ve Danışma Merkezi’ne⁷⁹ başvurarak adına koruma emri başvurusu yapılmasını talep edebilir.

⁷⁸ Bkz. Yarg., Aile Hukuk, 11.10.2016, 1/2016, Dava No:156/2015 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi: 24.07.2023.

⁷⁹ Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi, gerekli gördüğü ilçelerde, şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve danışma hizmetlerinin verildiği, Şiddeti Önleme ve Danışma Merkezleri karar (TOCED Yasası m. 16). Yasa, 2014 yılında yürürlüğe girmesine rağmen, KKTC’de hala daha Şiddeti Önleme ve Danışma Merkezleri kurulmamıştır. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi Yasası’nda ayrıca, sığınma evlerinin kurulması, şiddetle müdahale birimlerinin oluşturulması gibi şiddet gören veya şiddet görme ihtimali olan kişileri korumak için düzenlemeler içermektedir. Polis Şiddete Müdahale Biriminin görevlileri, şikâyet ve ihbar üzerine bizzat veya tanık oldukları bir şiddet veya istismar olayı karşısında, resmi tatil gün ve saatlere bakılmaksızın ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, koruma emri kararı verilinceye kadar öncelikle mağduru, yakınlarını ve tanıklarını güvence altına alacak ve saldırganı durduracak ve uzaklaştıracak tedbirleri alır [TOCED Yasası m. 23 (1)]. Ayrıca Polis Şiddete Müdahale Biriminin görevlileri, gerektiği takdirde mağdurun acil tıbbi bakım ve tedavisinin yapılmasını ve adli raporların alınmasını, saldırganın ve/veya şiddeti uygulayanın, mağdurun ev, iş, okul ile düzenli olarak görüştüğü arkadaşlarından ve gittiği sosyal aktivite mekanlarından uzak durmasını, mağdura yakın fiziki güvenlik sağlar, mağduru ve varsa çocuklarını bir yurt veya sığınma evine veya güvenli bir yere yerleştirmek için Şiddeti Önleme ve Danışma Merkezleri ile işbirliği yapar, Polis Şiddete Müdahale Birimi savcılığa sunduğu dosya ile ilgili olarak hazırladığı raporu da en yakın ilçede bulunan Şiddeti Önleme ve Danışma Merkezi’ne sunar [TOCED Yasası m. 23 (2), (3)]. Polis Şiddete Müdahale Biriminin görevlilerine, şiddete uğrayan kişi hakkında tedbir alma yetkisi verilmesi, hayati tehlikesi olan şiddet mağdurlarının korunması açısından önem arz etmektedir.

Evlilik birliği içerisinde şiddet gören bireylerin (genellikle kadınların ve çocukların) yanı sıra, evli olup olmadığına bakılmaksızın çift halinde yaşayan kişiler ile bu kişilerin aile bireyleri de Yasa'nın uygulama alanına alınmıştır. Böylelikle İstanbul Sözleşmesi m. 3'teki tanıma uygun olarak,⁸⁰ biyolojik veya hukuki bağın olup olmadığına bakılmaksızın evli kişiler, boşanmış kişiler, evlilik dışı partnerler, birlikte ikamet eden aile fertleri akrabalar da Yasa kapsamına alınmıştır.⁸¹

Mahkemeye yapılan başvurular en kısa zamanda değerlendirilir ve mahkeme yukarıda belirtilen hususlardan birinin var olduğuna veya var olma ihtimali olduğuna kanaat getirirse, hemen koruma emri verir. Verilen koruma emri kararı en kısa sürede ilgiliye tebliğ olunur [Aile Yasası m. 36 (2)].

Koruma emri kararında koruma emrinin şekli ve süresi belirtilmelidir. Koruma emri kararı ilgili kişiye tebliğ edilir ve kararın içeriğinde, ilgilinin kararın gereklerini yerine getirmediği takdirde tutuklanacağı ve hakkında cezai takibat başlatılacağı bilgileri yer alır [Aile Yasası 36 (3)].

Aile Yasası m. 36 (4)'e göre verilebilecek koruma emirleri şunlardır:⁸²

Aleyhine koruma emri verilen tarafın, diğer tarafın veya diğer aile fertlerinin konutuna, taşınmaz malına, okuluna veya işyerine girmekten men edilmesi,

⁸⁰ İstanbul Sözleşmesi m. 3'te aile içi şiddet şu şekilde tanımlanmıştır: "Aile içerisinde veya hanede veya mağdur faille aynı evi paylaşırsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi anlamına gelir". İstanbul Sözleşmesi sadece evli veya boşanmış kişilerin maruz kaldığı şiddet olaylarını değil, partnerler arasında meydana gelen şiddet olaylarını da kapsamaktadır.

⁸¹ Bu konuda ayrıca bkz. Ali Haydar Yağcıoğlu, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2017, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, 2017, s. 913-966, s. 922, 923; Berat Çamlıca, "İstanbul Sözleşmesi ve Yargısal İçtihatlar Açısından Eş Kavramının Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2020, S. 150, s. 137-155, s. 145; Ertürk/Özdamar, s. 1197 vd.; Kübra Ercöşkun Şenol, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bir İnceleme", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2019, S. 13, s. 423-459, s. 431 vd.

⁸² Aile Yasası'nda sadece şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali olanlar hakkında tedbirlere yer verilmesi, ancak mağdur hakkında yani şiddete uğrayan veya uğrama tehlikesi bulunan kişi hakkında alınabilecek tedbirlere yer verilmemesi büyük eksikliklerdir.

Aleyhine koruma emri verilen tarafın, diğer tarafın veya diğer aile fertlerinin iki yüz metre mesafesine yaklaşmaktan men edilmesi,

Aleyhine koruma emri verilen tarafın, diğer tarafla, aile fertleri ve varsa çocuklar ile yazılı, sözlü, telefon, elektronik posta, telefon mesajı, sosyal medya veya sair iletişim araçlarını kullanarak iletişim kurmaktan men edilmesi,

(Ç) Aleyhine koruma emri verilen tarafın, çocukla kişisel ilişkisinin refakatçi eşliğinde yapılması, sınırlandırılması veya kaldırılması,

(D) Aleyhine koruma emri verilen kişinin ruhsatlı ateşli silahı bulunması veya görevi gereği ateşli silah taşınması halinde, ateşli silah bulundurmaktan ve/veya taşımaktan men edilmesi ve ruhsatlı silahını Polis Genel Müdürlüğüne veya görevi gereği kendisine verilen silahı görev yaptığı kuruma teslim etmesi,

Polis Genel Müdürlüğü tarafından yedi gün yirmi dört saat esasına göre görevlendirilecek polis mensupları ile fiili koruma sağlanması.

Çocukların aile içerisinde şiddete uğramaları veya şiddete tanık olmaları durumlarında hâkim, hakkında koruma emri verilen tarafın, çocukla kişisel ilişkisinin refakatçi eşliğinde yapılması, sınırlandırılması veya kaldırılması hususlarında karar verebilir. KKTC’de çocuk koruma hizmetlerinin sağlanması; gerekli durumlarda çocukların devlet himayesine alınması ve böylece çocukların yüksek yararının sağlanması için müdahalede bulunma yetkisi Sosyal Hizmetler Dairesi’ne aittir.⁸³

⁸³ KKTC’de 19 Şubat 1988 tarihinde 8/1988 sayılı Sosyal Hizmetler Dairesi (Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları) Yasası kabul edilmiştir. Kimsesiz çocukların, kendisine bağlı yuva ve yurtlarda barınmalarını, sağlamak, evlat edinme ve evlat verme ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek, aile planlaması, çocuk bakımı ve benzeri konularda rehberlik yapmak Sosyal Hizmetler Dairesi’nin görevleri arasında sayılmıştır (m. 5). Ayrıca bkz. Ayşe Özada Nazım/Mualla Köseoğlu, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Sosyal Hizmetlerin Yapısı ve İşleyişine Eleştirel Bir Bakış”, *Toplum ve Sosyal Hizmet*, Ankara 2019, C. 30, S. 2, s. 665-689, s. 672. Kuzey Kıbrıs’ta çocukların korunması ile ilgili düzenlemeler Aile Yasası’nda; 18 Ağustos 1956 tarihli Çocuklar Yasası’nda ve bu Yasa’nın 14. maddesine dayanılarak 2006 yılında yürürlüğe giren “Koruyucu Aile Tüzüğü”nde yer alır. Bu Tüzüğe göre, çocuğun bakım ve korunmasında öz aile bakımının olanaklı olmadığı durumlarda, çocuk koruyucu aile yanına yerleştirilebilir. Bkz. <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/showtuzuk2.aspx> erişim tarihi: 21.07.2023. Kuzey Kıbrıs’ta çocuklar ile ilgili yapılan araştırma için bkz. Kuzey Kıbrıs Çocuk Hakları Durum Analizi (ÇHDA), 2015 <https://soscocukkoyu.org/wp-content/uploads/2022/04/>

Hâkimin tedbire hükmederken ölçülü hareket etmesi ve tedbirin uygulanacağı kişinin hak ve özgürlüklerinin sınırlanmaması için hassas davranması gerekmektedir. Şiddet uygulayan veya şiddet uygulama ihtimali olan kişi için tedbir kararı verilirken delil aranıp aranmayacağı ya da hangi tür delillerin aranacağı konusunda Yasa'da bir düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁴

Koruma emri kararlarının gereklerini yerine getirmeyen kişi, suç işlemiş olur ve fiili başka bir suç oluştursa bile, işlediği bu suç veya suçların cezasının yanı sıra, sadece verilen koruma emri kararlarına aykırı davranmaktan ötürü, davanın görüşüldüğü tarihteki aylık asgari ücretin on katına kadar para cezasına veya on sekiz aya kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir [Aile Yasası m. 36 (5)]. Hükme göre, tedbir kararına aykırılık cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Aile Yasası m. 36 (A)'da "*Koruma emri için yapılan bireysel başvurular veya kişinin talebi ile Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi'ne bağlı olarak hizmet veren Şiddeti Önleme ve Danışma Merkezleri aracılığıyla yapılan başvurular, bildirimler, düzenlenecek belgeler, resmi mercilerce yapılacak işlemler ile bu Yasa'ya göre verilen kararların tebliğ, icra ve ifası için yapılan işlemlerden vergi, resim, harç ve benzeri hiçbir masraf*" alınmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca, koruma emri için Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Dairesi'ne bağlı olarak hizmet veren Şiddeti Önleme ve Danışma Merkezleri'ne yapılan başvurulara adli yardım hizmeti sunulur [Aile Yasası 36 (A) (2)].

SOS-%C3%87ocuk-Haklar%C4%B1-Durum-Analizi_2015_TR.pdf erişim tarihi: 25.07.2023.

⁸⁴ Türk Hukukunda 6284 sayılı Yasa m. 8'de "Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz" hükmü getirilmiştir. Bir görüşe göre, önleyici tedbir kararları kişinin hak ve özgürlükleriyle ilgili sınırlandırmalar getirdiğinden ve kötüye kullanılmaya müsait olduğundan, hâkim bu konuda karar verirken delillerin varlığı gereklidir. Bkz. Ebru Ceylan, "Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2013, S. 109, s. 13-54, s. 36; Diğer bir görüşe göre ise, alınacak önleyici tedbirin niteliğine göre ayırım yapılmalı ve uyarıya temeline dayanan önlemler için delil aranmamalı ancak uzaklaştırma kararı gibi kişinin özgürlüğünü sınırlandıran tedbir kararları alınırken delil aranmalıdır. Nalan Kahveci, "6284 sayılı Kanun Kapsamında Tedbir Kararları", Ankara Barosu Ulusal Kongre Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi 4-5-6 Nisan 2013, Ankara 2013, s. 451-466, s. 461, 462.; Yağcıoğlu, s. 940.

Önlemlerin Değiştirilmesi veya Kaldırılması

Aile Yasası m. 39 uyarınca, “Mahkeme, taraflardan birinin istemi üzerine, önlem almayı gerektiren nedenin ortadan kalkması halinde, bu Kısım kuralları uyarınca alınan herhangi bir önlemi bozmaya veya değiştirmeye yetkilidir”. Taraflardan birinin talebi ile hâkim, önlem almayı gerektiren nedenin ortadan kalkması durumunda alınan önlemi değiştirebilir ya da kaldırabilir.⁸⁵ Dolayısıyla, koşulların değişmesi halinde, hâkim kararı olmaksızın önlemlerin kendiliğinden kaldırılması veya değiştirilmesi mümkün değildir.⁸⁶

Hâkim, evlilik birliğini korumaya yönelik önlem kararında belli bir süre belirlemişse, sürenin bitmesiyle birlikte önlem kendiliğinden ortadan kalkar; önceki önlem kararının değiştirilmesine veya kaldırılmasına yönelik hâkimin yeni bir karar almasına gerek yoktur. Örneğin, iptal veya boşanma davası devam ederken ya da iptal veya boşanma kararı sonrası için aile konutu ve ev eşyasının kullanım hakkı belli bir süre belirlenerek malik olmayan eşe ve varsa çocuklarına bırakılabilir [Aile Yasası m. 26 (6) (A), (B)].

Görevli ve Yetkili Mahkeme

Mahkemeler Yasası⁸⁷ m. 33, 34, Aile Yasası m. 3 ve Aile Mahkemeleri Tüzüğü m. 3 uyarınca, evlilik birliğinin korunması ile ilgili önlemlerin alınmasında yetkili ve görevli mahkeme davacının yerleşim yeri aile mahkemesidir.⁸⁸

SONUÇ

1/1998 sayılı Aile Yasası’nda evlilik birliğinde eşler arası eşitlik ilkesi kabul edilmesine rağmen, KKTC Anayasası’nda, kadın-erkek eşitliğinin anayasal güvenceye kavuşturulmamış olması genellikle ekonomik açıdan daha dezavantajlı durumda olan kadınların korunması bakımından bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

⁸⁵ Yarg., Aile Hukuk, 17.10.1980, 2/80, Dava No: 85/77; Yarg., Aile Hukuk, 28.06.1988, 3/87, Dava No:4/86 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi:10.07.2023.

⁸⁶ Kılıçoğlu, s. 221; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 457.

⁸⁷ Mahkemeler Yasası, Kanun Numarası:9/1976, Kabul Tarihi:18.04.1976, RG 25.

⁸⁸ Bkz. Yarg., Aile Hukuk, 5.01.1995, No: 4/94, Dava No:70/93 <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> erişim tarihi:13.06.2023.

KKTC Anayasası'nda evlilik birliğini koruyucu ve ayakta tutucu bir yaklaşım benimsenmiş iken, Aile Yasası'nda 2015 ve 2019 yıllarında yapılan değişiklikler ile evlilik birliğinin de üstünde evlilik birliğini oluşturan bireylerin haklarının korunması yönünde düzenlemeler yapılmıştır.

Evlilik birliği devam ederken evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi hallerinde hâkim, eşleri uyarabilir; nafaka ve tazminata hükmedebilir, eşlerden birinin borçlularına, borçlarını diğer eşe ifa etmelerini emredebilir; eşler ayrı yaşama hakkına sahip olduğu takdirde, ayrı yaşamaya ilişkin şartları düzenleyebilir. Evlilik birliğini sonlandırmak için açılan dava devam ederken, hâkim eşlerin ve çocukların geçimi, barınması ve korunmaları için geçici önlemler alabilir. Eş lehine tedbir nafakasına, çocuklar lehine iştirak nafakasına hükmedebilir. Ayrıca hâkim, çocukların hangi eş yanında kalacağına, çocuğun velayetinin ana veya babadan hangisine verileceğine, kendisine velayet verilmeyen diğer eşin çocuklarla kişisel ilişkisinin düzenlenmesine karar vermelidir.

Evlilik birliğinin sona erdirilmesi için açılan iptal veya boşanma davası devam ederken veya dava sonrasında, hâkim belli bir süre için aile konutunu kullanım hakkını eşlerden birine verebilir. Diğer taraftan, eşlerin aile konutunda kiracı olarak oturmaları durumunda, boşanma kararıyla birlikte hâkim, aile konutunu kullanım hakkını kiracı sıfatına sahip olmayan eşe tanıyabilir. Aile Yasası'nda aile konutunu korumaya yönelik bu hükümler eşlerin ve varsa çocukların korunması açısından oldukça önemli düzenlemelerdir. Ancak, Aile Yasası'nda evlilik birliği devam ederken aile konutunu koruyucu hükümler getirilmemesi eşlerin ve varsa çocukların korunması açısından büyük bir eksikliklerdir.

Aile Yasası'nda tek bir mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimi düzenlenmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik birliğinde çoğu zaman çalışmayan ancak ev işlerini gören ve çocuklara bakmış olan kadın eşin emeğinin de dikkate alınması ve böylelikle de korunması bakımından önem arz etmektedir.

Aile Yasası'nda 2015 yılında yapılan değişiklik ile 36 ve 36 (A) maddelerinde, evli olup olmadıklarına veya aynı evde yaşayıp yaşamadıklarına bakılmaksızın, çiftlerden biri diğerine veya diğerinin aile

fertlerinden birine şiddet uyguladığı takdirde izlenecek yol ve alınabilecek önlemler düzenlenmiştir. Aile Yasası'nın genelinde dar anlamda aile ile ilgili düzenlemelerin yer alması, ev içi şiddet konusunun ise daha kapsamlı ve farklı boyutları olması nedeniyle, bu hususların ayrıca özel olarak düzenlenecek bir ev içi şiddeti önleme yasasında yer alması daha uygun olurdu.

Kaynakça

Kitaplar

- Acabey M. Beşir, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir 1998.
- Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II, Yenilenmiş 20. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- An Ahmet, Kıbrıs Türk Kültürü Üzerine Yazılar, Kıvılcım Yayınları, Lefkoşa 1999.
- Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.
- Çakıcı Mehmet/Düşünmez Selma/Çakıcı Ebru, Kuzey Kıbrıs'ta Kadına Yönelik Şiddet, Kıbrıs Türk Ruh Sağlığı Derneği Yayınları, Lefkoşa 2007.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1979.
- Gümüş Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Hausheer Heinz/Reusser Ruth/Geiser Thomas, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, BK-Berner Kommentar Band/Nr.II/1/2, Auflage 2, Stämpfli Verlag, Bern 1999.
- Kılıçoğlu Ahmet, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- Kılıçoğlu Ahmet, Katkı- Katılma Alacağı, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021 (Anılış: Katkı- Katılma Alacağı).
- Köprülü Bülent/Kaneti Selim, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Neocleous Andreas/Bevir David, Legal History, Editör: Dennis Campell, Introduction to Cyprus Law, New York 2000.
- Öztañ Bilge, Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Tekinay Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

Makaleler

- Akgün Sibel, "Atatürk İlke ve İnkılaplarının Kıbrıs'a ve Kıbrıs Türk Kadınlarına Yansımaları", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Ankara 2006, C.22, S, 64-65-66, s. 415-436.
- Alibaba Arzu, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Tahkim", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, İstanbul 2023, C. 12, S. 1, s. 3-64.
- Badur Emel, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2009, S. 84, s. 63-92.
- Ceylan Ebru, "Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2013, S. 109, s. 13-54.
- Çamlıca Berat, "İstanbul Sözleşmesi ve Yargısal İçtihatlar Açısından Eş Kavramının Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2020, S. 150, s. 137-155.
- Doğan Murat, "Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2003, C. 52, S. 4, s. 93-129.
- Ercoskun Şenol, Kübra: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bir İnceleme", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2019, S. 13, s. 423-459.
- Ertürk Şükran/Özdamar Demet, "Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2009, C. 11, s. 1169-1218.
- Güven Kudret, "4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, S. 2, s. 1-28.
- Kahveci Nalan, "6284 sayılı Kanun Kapsamında Tedbir Kararları", Ankara Barosu Ulusal Kongre Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara 2013, s. 451-466.
- Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, "Evlilik Birliğinin Korunması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2015, S. 120, s. 423-464.
- Koçhisarlıoğlu Cengiz, "Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1988, C. 40, S. 1, s. 251-279.
- Mertan Biran/Bayraktar Fatoş/Pehlivan Gözde/Maner Uğur/Hüsni Şenel/Çelik Düriye, "Knowledge and Attitudes towards Domestic Violence against Women: The Case of North Cyprus", *Kadın/Woman*, Gazimağusa 2000, S.13, s. 47-60.
- Nicolaou Eliana, "Recent Developments in Family law in Cyprus", 1996 International Survey of Family Law, Cambridge 1996, s.121-134.
- Özada Nazım Ayşe/Köseoğlu Mualla, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Sosyal Hizmetlerin Yapısı ve İşleyişine Eleştirel Bir Bakış", *Toplum ve Sosyal Hizmet*, Ankara 2019, C. 30, S. 2, s. 665-689.
- Sampson Martha Hayes, "An Overview of Divorce Law in Cyprus: Modernization and Shortcomings", *Sri Lanka Journal of International Law*, Sri Lanka 2005, C.17, s. 100a-113.
- Serozan Rona/Başoğlu Başak/Kapanacı Berk, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan, İstanbul 2016, C. 15, S. 2, s. 531-560.

- Şıpka Şükran, "Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler", Editörler: Özbey Esin/Dayı Munise/Bülbül Yasemin, Yeni Medeni Kanun'un Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması Sempozyumu, Ankara 2003, s. 35-52.
- Turhan, Turgut: "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S. 2, s. 253-286.
- Yağcıoğlu Ali Haydar, "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaşa Armağan, İzmir 2017, C. 19, s. 913-966.

İnternet Kaynakları

- <https://basimevi.gov.ct.tr/Portals/6/2021/85.pdf?ver=2021-04-15-195955-4530>
- https://sosocukkoyu.org/wp-content/uploads/2022/04/SOS-%C3%87ocuk-Haklar%C4%B1-Durum-Analizi_2015_TR.pdf
- https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n462716-ktams-toplumsal-cinsiyet-esitligi-dairesi-derhal-aktif-hale-getirilsin
- <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>
- <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararsonuc.aspx?nerde=ya&yile=>
- <https://www.scribd.com/document/153326630/DV-report-3>
- <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>

DENİZ HUKUKU VE 200 DENİZ MİLİNİN ÖTESİNDEKİ KITA SAHANLIĞININ SINIRLANDIRILMASI PROBLEMİ

THE LAW OF THE SEA AND THE PROBLEM OF DELIMITATION OF THE CONTINENTAL SHELF BEYOND 200 NAUTICAL MILES

Berkant AKKUŞ*

Özet: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ışığında uluslararası mahkemelerin kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırılması ile ilgili tutarlı bir yaklaşımı bulunmamaktadır. Bu makale, kıyı devletlerinin Birleşmiş Milletler Kıta Sahanelerini Sınırlama Komisyonu'nun, uluslararası mahkeme ve hakemlerin bu konudaki rolüne özel bir vurgu yaparak, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının belirlenmesi konusunda eşit uzaklık, ilgili durumlar, doğal uzantı, hakça ilkeler sınırlandırma yöntemlerini değerlendirmektedir. Makalede ulaşılan sonuç, kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırılması, 200 deniz mili içindeki tek deniz sınırlandırmasından esasen farklıdır olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Deniz Alanlarının Sınırlandırılması, Deniz Hukuku, 200 Deniz Mili Ötesi Kıta Sahaneleri, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi

Abstract: In light of the United Nations Convention on the Law of the Sea, international courts do not have a consistent approach to the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles. This article evaluates the equidistance, relevant circumstances, natural prolongation, and equitable principles delimitation methods for the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, with a special emphasis on the role of coastal states, the Commission on the Limits of the Continental Shelf, and international courts and arbitrators. The conclusion reached in the article is that the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles is essentially different from the single maritime delimitation within 200 nautical miles.

Keywords: Delimitation of Maritime Areas, Law of the Sea, Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles, International Tribunal for the Law of the Sea

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi, berkantakkus91@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6652-2512, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.08.2023, Kabul Tarihi: 01.12.2023

GİRİŞ

Deniz hukukunda deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda uygulanacak evrensel anlamda kabul edilen kuralları tespit etmek oldukça zordur.¹ Devletler arasında kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırılması sorunu, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından değerlendirilmiştir.² Bu doğrultuda, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) 76. maddesinin 8. paragrafı³ uyarınca kıta sahanlığının dış sınırları her bir tarafça belirlenene kadar veya en azından Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'nun her bir tarafa başvuruları hakkında tavsiyelerde bulunmasına ve her bir tarafın tavsiyelere tepkisini değerlendirme fırsatına sahip olmasına kadar, uluslararası bir mahkemenin kıta sahanlığını 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırmak için yargı yetkisini kullanmaktan kaçınması gerekip gerekmediği belirlenmelidir.⁴

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) ve BMDHS Ek VII kapsamında oluşturulan Hakemlik Mahkemeleri kararlarında kabul edilebilirlik sorusuna olumlu cevap verme eğiliminde olmuşlardır. Bu organlar, BMDHS'nin 83. maddesi uyarınca kıta sahanlığının sınırlandırılması ile aynı sözleşmenin 76. maddesi uyarınca dış sınırlarının belirlenmesi arasında açık bir ayırım olduğunu vurgulamışlardır.⁵ Uluslararası mahkemelerin kararları doğrultusunda

¹ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, Seçkin Yayınları, İstanbul 2021, s. 67.

² Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için Ali İbrahim Akkutay, *200 Deniz Milinin Ötesindeki Kıta Sahanlığı*, Adalet Yayınları Ankara 2018; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire)*, Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, paras. 492-495.

³ BMDHS 76(8) - "Kıt'a sahanlığı, karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 200 deniz milinin ötesine uzandığı durumlarda, sahildevlet devlet kıt'a sahanlığının sınırları hakkındaki bilgileri II. Ek'e göre hakkaniyete uygun bir coğrafi temsil esasına göre kurulmuş bulunan Kıta Sahanlığı Sınırları Komisyonu'na bildirecektir. Komisyon sahildevletlere kıt'a sahanlıklarının dış sınırlarının tespitine ilişkin konularda tavsiyelerde bulunacaktır. Sahildevlet bir devlet tarafından bu tavsiyeler esas alınarak tespit edilen sınırlar kesin ve bağlayıcı olacaktır." *United Nations Convention on the Law of the Sea*, opened for signature on 10 December 1982, entered into force on 16 November 1994, 1833 U.N.T.S. 397.

⁴ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 369.

⁵ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Co-*

da, Birleşmiş Milletler Kıta Sahanelığını Sınırlandırma Komisyonu'nun ve Mahkeme'nin işlevleri birbirinden tamamen farklıdır.⁶ Birleşmiş Milletler Kıta Sahanelığını Sınırlandırma Komisyonu'nun rolü sınırlandırma meselelerini çözümlenmek değil sadece kıta sahanlığının dış sınırlarının belirlenmesidir.⁷

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi 2012 tarihli *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda, uluslararası mahkemelerin ve Hakemlik Mahkemeleri'nin kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin yargı yetkilerini kullanmalarının, Birleşmiş Milletler Kıta Sahanelığını Sınırlandırma Komisyonu'nun kıta sahanlığının dış sınırlarının belirlenmesine ilişkin konulardaki işlevlerini yerine getirmesine hanel getirmediğini ve bir deniz bölgesinin belirlenmiş dış sınırlarının bulunmamasının, bu bölgenin sınırlandırılmasını engellemediğini belirtmiştir.⁸

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin gerekçesini hatırlatarak, 2014 tarihli *Bangladeş-Hindistan Davası*'ndaki Ek VII Hakemlik Mahkemesi, kıta sahanlığının dış sınırları belirlenmeden önce 200 deniz milinin ötesinde gerçekleştirilecek sınırlandırılma konusunda karar verme yetkisini kullanmaktan kaçınması için hiçbir gerekçe görmemiştir.⁹

Uluslararası Adalet Divanı, 2016 tarihli *Nikaragua-Kolombiya Davası*'nda (Ön İtirazlar) kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırılmasının Birleşmiş Milletler Kıta Sahanelığını Sınırlandırma Komisyonu'nun bir tavsiye kararından bağımsız olarak gerçekleştirebileceğini değerlendirmiştir. Bu nedenle, BMDHS'ye taraf bir Devletin Divan'dan başka bir Devlet ile bu tür bir sınırlandırma konusunda bir uyuşmazlığı çözmelerini talep edebilmesi için yerine getirmesi ge-

lombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, s. 100, para. 112.; Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 367.

⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, paras. 493.

⁷ Oystein Jensen, *The Commission on the Limits of the Continental Shelf Law and Legitimacy*, Brill, The Hague 2014, s. 48.

⁸ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 370.

⁹ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 76.

reken bir ön koşul bulunmamaktadır.¹⁰ Uluslararası Adalet Divanı bu görüşünü 2017 tarihli *Somali-Kenya Davası*'nda (Ön İtirazlar) da tekrarlamıştır.¹¹ Kabul edilebilirlik sorunu hakkındaki tartışmalar bu kararlarla sona ermemiştir.¹²

Bu makalenin amacı, konuyu ilerletmek ve meselenin esaslı yönüne, yani kıta sahanlığının 200 deniz mili ötesinde sınırlandırılması yöntemine odaklanmaktır.

Kıta sahanlığının 200 deniz mili ötesinde sınırlandırılması görevini üstlenen ilk dava 2002 tarihli *Newfoundland ve Labrador-Nova Scotia* olmuştur.¹³ Ancak bu dava ulusal düzeyde kalmıştır ve davanın uluslararası etkisi bulunmamaktadır.¹⁴ Kıta sahanlığının 200 deniz mili ötesinde sınırlandırılmasının gündeme geldiği ilk uluslararası dava, Fransa'nın Hakemlik Mahkemesi'nden kıta sahanlığını 200 deniz mili ötesinde sınırlandırmasını talep ettiği, ancak Hakemlik Mahkemesi'nin yalnızca 200 deniz miline kadar uzanan bir sınırlandırma yapmaya yetkili olduğu gerekçesiyle talebi reddettiği 1992 tarihli *St. Pierre ve Miquelon Davası* (Kanada-Fransa) olmuştur.¹⁵

¹⁰ Xuexia Liao, *The Continental Shelf Delimitation Beyond 200 Nautical Miles Towards A Common Approach to Maritime Boundary-Making*, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 173; Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, s. 100, para. 114.

¹¹ Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017, s. 3, paras. 67, 94.

¹² Massimo Lando, "Delimiting the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles at the International Court of Justice: The Nicaragua v. Colombia Cases", *Chinese Journal of International Law*, Cambridge 2017, C.16, S. 2, s. 152; Giovanni Vega-Barbosa, "The Admissibility of Outer Continental Shelf Delimitation Claims Before the ICJ Absent a Recommendation by the CLCS", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2018, C. 49, S. 2, ss. 103-117.

¹³ Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia Concerning Portions of the Limits of Their Offshore Areas as Defined in the Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Resources Accord Implementation Act and the Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, Award of the Tribunal in the Second Phase, 26 March 2002, 128 I.L.R. (2002), s. 504, para. 5.18.

¹⁴ Coalter Lathrop, "Newfoundland and Labrador-Nova Scotia: The Latest International Maritime Boundary", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2003, C. 34, S. 1, s. 85.

¹⁵ Delimitation of the Maritime Areas between Canada and France (St. Pierre and Miquelon), Award of 10 June 1992, 31 I.L.M. 1145 (1992), paras. 75-82.

Ek VII Hakemlik Mahkemesi, 2006 tarihli *Barbados-Trinidad ve Tobago Davası*'nda, yargı yetkisinin 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılmasını da kapsadığını tespit etmiştir.¹⁶ Ancak Hakemlik Mahkemesi 200 deniz milinin ötesindeki sınırı belirlemediği. Hakemlik Mahkemesi'nin vurguladığı nokta, Barbados ile Trinidad ve Tobago arasında 200 deniz mili ötesinde tek bir deniz sınırı olmadığı şeklindedir.¹⁷ 2007 tarihli *Guyana-Surinam Davası*'nda taraflar, BMDHS'nin 76(4) maddesi kapsamındaki haklarını saklı tutmalarına rağmen, Hakemlik Mahkemesi'nden 200 deniz milinin ötesindeki deniz alanlarını sınırlandırmasını talep etmemişlerdir.¹⁸

Nikaragua-Honduras Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı, taraflar arasındaki deniz sınırını kesin bir son nokta belirtmeden sınırlandırmıştır. Divan, hiçbir durumda sınırın yorumlanamayacağını açıkça belirtmiştir. Divan'ın görüşüne göre, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığı haklarına ilişkin her türlü iddia BMDHS'nin 76. maddesine uygun olmalı ve Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu tarafından incelenmelidir.¹⁹ Uluslararası Adalet Divanı bu görüşünü 2012 tarihli *Nikaragua-Kolombiya Davası*'nda tekrar teyit etmiştir. Divan Nikaragua'nın 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığı ile Kolombiya'nın anakara kıyısından ölçülen 200 deniz millik kıta sahanlığı arasında bir kıta sahanlığı sınırı belirlenmesi talebini ise reddetmiştir.

Uluslararası Adalet Divanı, Nikaragua'nın Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu'na sadece ön bilgi sunduğunu ve bunun resmi bir başvuru için gerekli şartları karşılamadığını vurgulamıştır. Nikaragua'nın mevcut yargılamalarda Kolombiya'nın 200 deniz mili hakkıyla çakışacak kadar uzanan bir kıta marjına sahip olduğunu kanıtlamadığı için, Divan Nikaragua'nın talep ettiği kıta sa-

¹⁶ Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Trinidad and Tobago), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 11 April 2006, para. 217.

¹⁷ Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Trinidad and Tobago), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 11 April 2006, para. 368.

¹⁸ Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, Award of 17 September 2007, pca-cpa.org/en/cases, para. 353.

¹⁹ Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, s. 659, para. 319.

hanlığı sınırını belirleyecek konumda olmadığı sonucuna ulaşmıştır.²⁰ Kararın verilmesinin ardından Nikaragua, Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na başvuruda bulunarak, Uluslararası Adalet Divanı'ndan bir yandan 200 deniz mili sınırının ötesindeki Nikaragua kıta sahanlığı ile diğer yandan Kolombiya kıta sahanlığı arasındaki sınırın belirlenmesini bir kez daha talep etmiştir.²¹

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından 2012 yılında karara bağlanan *Bangladeş-Myanmar Davası*, kıta sahanlığını 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırmayı taahhüt eden ilk uluslararası karardır. Kıta sahanlığını 200 deniz milinin ötesinde sınırlandıran iki uluslararası yargı kararı daha bulunmaktadır. Bu kararlar: Ek VII Hakemlik Mahkemesi nezdindeki 2014 tarihli *Bangladeş-Hindistan Davası*²² ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Daire nezdindeki 2017 tarihli *Gana-Fildişi Sahili Davası*'dır.²³

Uluslararası Adalet Divanı'nın deniz sınırlandırmasına ilişkin son kararı olan 2018 tarihli *Kosta Rika-Nicaragua Davası* üzerinde durulmayı hak etmektedir. Taraflar, Uluslararası Adalet Divanı'ndan Karayip Denizi ve Pasifik Okyanusu'nda birbirlerine ait tüm deniz alanları arasındaki deniz sınırlarının tam rotasını belirlemesini talep etmiştir.²⁴ Kosta Rika 2009 yılında Pasifik Okyanusu'ndaki kıta sahanlığı ile ilgili olarak Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na ön bilgi sunmuş, Nikaragua ise 2013 yılında Karayip Denizi'ndeki kıta sahanlığı ile ilgili olarak başvuru yapmıştır.²⁵

²⁰ Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 624, paras. 126-129.

²¹ Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, Application Instituting Proceedings, 16 September 2013, paras. 2, 12.

²² Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 80.

²³ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, paras. 492-495.

²⁴ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, para. 41.

²⁵ The Minister of Foreign Affairs of Nicaragua to the Secretary-General of the United Nations, 25 March 2010. Belgelere ilgili internet adresinden ulaşılabilir: www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_preliminary.htm.

Ancak taraflar Uluslararası Adalet Divanı'nı kıta sahanlığını 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırmaya davet etmemişlerdir. Deniz sınırlarına ilişkin nihai başvurularında, her bir taraf önerdiği sınır için koordinatlarıyla birlikte uç noktalar belirlemiştir. Karayip Denizi'ndeki sınırlandırma söz konusu olduğunda, Kosta Rika'nın önerdiği sınırın son noktası 200 deniz millik sınırıyla kesişirken, Nikaragua'nın önerdiği sınırın son noktası Kosta Rika'nınkinden daha karaya doğruydu.²⁶ Uluslararası Adalet Divanı kararında, Pasifik Okyanusu'ndaki sınırlandırma hattının son noktasının tarafların 200 deniz millik sınırlarının kesişme noktası olduğunu tespit etmiştir.²⁷ Ancak Uluslararası Adalet Divanı, Karayip Denizi'ndeki sınırlandırma hattının bitiş noktasını belirlememiştir. Divan tarafından sadece sınırlandırma hattındaki V noktası olarak kabul edilen son dönüş noktasından itibaren düzeltilmiş hattın, 7749'08 istikamet açısından başlayarak jeodezik hat boyunca devam ettiği tespit edilmiştir.²⁸

Nicaragua-Honduras Davası kararından farklı olarak Uluslararası Adalet Divanı, sınırlandırma hattının üçüncü Devletlerin haklarının etkilenebileceği alana ulaşana kadar istikamet açısı boyunca devam etmesi gerektiğini veya hattın 200 deniz milinden fazla uzanacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini belirtmemiştir.²⁹ Kararın 11 numaralı kroki haritası, sınırlandırma hattının devamının 1976 tarihli Panama-Kolombiya andlaşma sınırının batıdaki basamak benzeri bölümleri (K-L bölümü) ile kesişeceğini göstermektedir.³⁰ Kosta Rika'nın 200 deniz millik sınırı ile Panama-Kolombiya sınır hattı arasındaki ilişki

²⁶ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, para. 41.

²⁷ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, para. 201.

²⁸ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, para. 158.

²⁹ Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 320.

³⁰ Jonathan Charney/Lewis Alexander, *International Maritime Boundaries*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 1993, s. 527; Treaty on the Delimitation of Marine and Submarine Areas and Related Matters between the Republic of Panama and the Republic of Colombia, signed on 20 November 1976 and came into force on 30 November 1977, 1074 U.N.T.S. 217.

ışığında, sınırlandırma hattı Kosta Rika'nın 200 deniz mili sınırını geçmeyecektir.³¹ Ancak Uluslararası Adalet Divanı, 1976 tarihli Panama-Kolombiya Andlaşması'nın üçüncü devletleri ilgilendirdiğini ve bu antlaşmanın taraflar arasındaki sınırlandırmaya ilişkin olarak değerlendirilemeyeceğini gözlemlemiştir.³²

Uluslararası Adalet Divanı'nın *Kosta Rika-Nikaragua Davası*'ndaki alışılmadık yaklaşımı, Karayip Denizi'ndeki sınırlandırma hattının tarafların esas hatları doğrultusunda 200 deniz milinden daha fazla uzanıp uzanmadığı konusunda bazı karışıklıklara neden olmuştur. Öte yandan Uluslararası Adalet Divanı, davada 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılması konusunu özel olarak ele almamıştır. Buna ek olarak, Uluslararası Adalet Divanı Karayip Denizi'ndeki ilgili alanın tanımlanmasında Kosta Rika'nın görüşünü benimsemiştir.³³ Kosta Rika'ya göre, ilgili alan her iki tarafın kıyılarından 200 deniz mili içerisindeki alanları kapsamaktadır, çünkü çakışan hakların alanı 200 deniz milinin ötesine uzanmamaktadır.³⁴ Nikaragua'ya göre, Kosta Rika'nın pozisyonu, Karayip Denizi'nde taraflar arasındaki sınırlandırma için Nikaragua'nın 200 deniz milinin ötesinde bir kıta sahanlığı hakkının dikkate alınmasının gerekli olmadığı anlamına gelmektedir.³⁵ Bu bilgiler doğrultusunda, *Kosta Rika-Nikaragua Davası*, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılmasını içeren bir dava olarak görülmemektedir.

Bu makale, üç kilit davadaki sınırlandırma işlemlerini kronolojik olarak özetleyecektir ve ardından sınırlandırma yöntemi konusuna odaklanarak Mahkemelerin 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığı

³¹ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, Counter-Memorial of Nicaragua, s. 99.

³² Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, para. 134.

³³ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, para. 164.

³⁴ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, Memorial of Costa Rica, Volume I, para. 4.12.

³⁵ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, Counter-Memorial of Nicaragua, para. 3.70.

için sınırlama yönteminin, 200 deniz mili içindekinden farklı olmaması gerektiği şeklindeki yaklaşıma yönelik eleştiriler ve öneriler sunacaktır.

I. YARGI KARARLARI

A. Bangladeş-Myanmar Davası

Davadaki sınırlandırma işlemi birbirini izleyen dört bölümden oluşmaktadır: Karasularının sınırlandırılması; münhasır ekonomik bölgenin ve kıta sahanlığının 200 deniz mili içinde sınırlandırılması, kıta sahanlığının 200 deniz ötesinde sınırlandırılması ve orantılılık testi. Münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının 200 deniz mili içinde sınırlandırılması için her iki taraf da Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nden kıta sahanlığını kapsayan sular, deniz yatağı ve toprak altı için tek bir deniz sınırı çizmesini talep etmiştir.³⁶ Sınırlandırma yöntemi konusunda anlaşmaya varılamamıştır. Myanmar eşit uzaklık yöntemini savunurken, Bangladeş açığortay yöntemini önermiş ve Bengal Körfezi'nin kuzeyindeki içbükey kıyılar nedeniyle eşit uzaklık yönteminin hakkaniyetli bir sonuç vermeyeceğini savunmuştur.³⁷ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, tek sınırlandırma için uygulanacak uygun yöntemin eşit uzaklık/ilgili durum yöntemi olduğunu belirtmiştir.³⁸

Geçici bir eşit uzaklık çizgisi çizen Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Bangladeş kıyılarının içbükey olmasının, eşit uzaklık çizgisinin Bangladeş'in içbükey kıyısı üzerindeki kesme etkisini azaltmak için, geçici çizgide bir ayarlama yapılmasını gerektiren ilgili bir durum olduğuna karar vermiştir.³⁹

³⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 179.

³⁷ Abdullah Faruque, "Judgment in Maritime Boundary Dispute between Bangladesh and Myanmar: Significance and Implications under International Law", *Asian Yearbook of International Law*, Pohang 2016, C.18, S.1, s. 79; Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 208.

³⁸ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 239.

³⁹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 297.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, 11. noktadan itibaren, 200 deniz mili içindeki münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı için sınırlandırma çizgisinin 215 istikamet açısından (azimuttan) başlayarak Bangladeş'in 200 deniz mili sınırına ulaşana kadar jeodezik bir çizgi olarak devam etmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴⁰ Bu yaklaşım kıta sahanlığını 200 deniz mili ötesinde sınırlandırma için bir başlangıç noktasıdır. Taraflar, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin kıta sahanlığını 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırması gerekip gerekmediği konusunda karşıt pozisyonlar almışlardır. Buna ek olarak, her iki taraf da 200 deniz milinin ötesinde kıta sahanlığı iddiasında bulunmuş olsa da, taraflardan her biri diğerinin dış kıta sahanlığı hakkını reddetmiştir.⁴¹ Myanmar'a göre, Bangladeş'in kıta sahanlığı 200 deniz milinin ötesine geçemez, çünkü sınır çizgisi Bangladeş'ten itibaren 200 deniz mili sınırına ulaşmadan sona erecektir ve dolayısıyla kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesine sınırlandırılması sorunu gündeme gelmemelidir.⁴² Öte yandan Bangladeş, Myanmar'ın 200 deniz milinin ötesinde bir kıta sahanlığına hakkı olmadığını, çünkü Myanmar'ın kara kütlesi ile deniz tabanı arasında 200 deniz milinin ötesinde doğal bir uzantı olmadığını ve tarafların kıta sahanlıklarını ayıran deniz sınırının, Myanmar'ın normal esas hat çizgilerinden 1986'da sınırlandırılan Hindistan-Myanmar sınırının batı uç noktasına çok yakın bir noktaya çizilen 200 deniz mili sınırının hatlarını takip etmesi gerektiğini savunmuştur.⁴³

Dolayısıyla taraflara göre, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığı söz konusu olduğunda çakışan haklar bulunmamaktadır.⁴⁴ Bu argümanlar Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir. Myanmar'ın argümanına ilişkin olarak Uluslararası De-

⁴⁰ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 340.

⁴¹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 400.

⁴² Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 423.

⁴³ Agreement between the Socialist Republic of the Union of Burma and the Republic of India on the Delimitation of the Maritime Boundary in the Andaman Sea, in the Coco Channel and in the Bay of Bengal, signed on 23 December 1986 and entered into force on 14 September 1987, 1484 U.N.T.S. 163, art. II; Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 404.

⁴⁴ Separate Opinion of Judge Ndiaye, para. 69.

niz Hukuku Mahkemesi, Myanmar'ın inşa ettiği tek sınırlandırma hat-tının 200 deniz mili sınırına ulaştığını gözlemlemiştir.⁴⁵ Bangladeş'in argümanı ile ilgili olarak Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, do-ğal uzantının bir kıyı Devletinin 200 deniz milinin ötesinde bir kıta sahanlığına hak kazanması için yerine getirmesi gereken ayrı ve ba-ğımsız bir kriter teşkil etmediğini değerlendirmiştir.⁴⁶

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi yargı yetkisini kullanma-nın uygun olup olmadığını ve tarafların ihtilafli bölgede 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı üzerinde çakışan haklara sahip olup olmadığını tartıştıktan sonra, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı için sınır be-lirlemeye başlamıştır. Sınırlandırma süreci kısa sürmüştür. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, BMDHS'nin 83. maddesinin kıta sahanlığı-nun hem 200 deniz mili içinde hem de ötesinde sınırlandırılması için eşit şekilde uygulandığını ve eşit uzaklık/ilgili durumlar yönteminin uygu-lanmaya devam ettiğini, çünkü Mahkeme'nin görüşüne göre, mevcut davada 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığı için kullanılacak sınır-landırma yöntemi 200 deniz mili içerisindekinden farklı olmamalıdır.⁴⁷ İlgili durumlar yöntemiyle ilgili olarak Bangladeş, sınırlandırmanın Bangladeş'in Bengal Körfezi'nde en fazla doğal uzantıya sahip olduğu ve Myanmar'ın 200 deniz milinin ötesinde çok az doğal uzantıya sahip olduğu veya hiç olmadığı gerçeğini dikkate alması gerektiğini iddia et-miştir.⁴⁸ Ancak Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, daha önce açıklanan doğal uzantı yorumuna dayanarak, en doğal uzantı argümanının bir önemi olmadığına karar vermiştir.⁴⁹ Öte yandan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, Bangladeş kıyılarının içbükeyliğinin 200 deniz mi-linin ötesinde devam eden bir etkiye sahip olduğunu tespit etmiştir.⁵⁰ Bu nedenle Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, 200 deniz mili içindeki

⁴⁵ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myan-mar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 365.

⁴⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myan-mar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 435.

⁴⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myan-mar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 455.

⁴⁸ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myan-mar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 457.

⁴⁹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myan-mar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 460.

⁵⁰ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myan-mar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 461.

tek deniz sınırının Bangladeş'in 200 deniz mili sınırının ötesinde üçüncü Devletlerin haklarının etkilenebileceği alana ulaşana kadar aynı yönde devam ettiğine karar vermiştir.⁵¹

B. BANGLADEŞ-HİNDİSTAN DAVASI

Bangladeş-Myanmar Davası'nın yargılamaları *Bangladeş-Hindistan Davası'nın*kinden daha amaca uygundur ve *Bangladeş-Myanmar Davası'nın* ilkinden etkilenmesi kaçınılmazdı. Zira *Bangladeş-Myanmar Davası*, Bangladeş tarafından *Bangladeş-Hindistan Davası* ile aynı gün başlatılmıştır. Bu son husus, tarafların savunmalarına açıkça yansımıştır. Özellikle, Bangladeş, *Bangladeş-Hindistan Davası'na* ilişkin dilekçesini Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin *Bangladeş-Myanmar Davası'na* ilişkin kararını vermesinden önce sunmuştur. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin kararı ışığında Bangladeş, özellikle jeolojik ve jeomorfolojik faktörlere dayalı olanlar olmak üzere, dilekçesinde ileri sürdüğü bazı argümanları geri çekmiştir.⁵²

Bangladeş-Hindistan Davası Hakemlik Mahkemesi, bu dava ile *Bangladeş-Myanmar Davası'nın* birbirinden bağımsız olduğunu ve Mahkeme'nin bu davadaki kararı *res inter alios acta* (bir andlaşma yalnız taraf olanlar arasında hüküm ifade etmektedir) olarak kabul ettiğini vurgulamış olsa da, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin önceki davadaki gözlemlerine sık sık başvurulmuş ve *Bangladeş-Myanmar Davası'nda* belirlenen sınırlandırma hattı, Hakemlik Mahkemesi tarafından davadaki sınırlandırma için ilgili alanın kısmi doğu sınırını oluşturmak üzere kullanılmıştır.⁵³

⁵¹ Qiu Wenxian/Gullett Warwick, "Quantitative Analysis for Maritime Delimitation: Reassessing the Bay of Bengal Delimitation Between Bangladesh and Myanmar", *Marine Policy*, Amsterdam 2017, C.78, S.1, s. 45-54; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 462.

⁵² Hyun Jung Kim, "Natural Prolongation: A Living Myth in the Regime of the Continental Shelf?", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2014, C. 45, S. 4, s. 384. Hyun'a göre bu durum, doğal uzantının artık devletlerin kıta sahanlığı iddiaları için bir savunma olarak hizmet etmediğini göstermektedir. Ancak bu görüş, muhtemelen sadece bir dava stratejisi olan değişikliğin aşırı yorumlanmasından ibarettir.

⁵³ *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India)*, an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 411.

*Bangladeş-Myanmar Davası'*nda olduğu gibi, *Bangladeş-Hindistan Davası'*ndaki deniz sınırlandırması da karasuları, münhasır ekonomik bölge ve 200 deniz mili içindeki kıta sahanlığı ile 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılmasından oluşmakta ve son adım olarak orantısızlık testi uygulanmaktadır. İki davadaki sınırların neredeyse birbirinin aynısı olduğu görülmektedir.⁵⁴ Bununla birlikte, bazı belirgin farklılıklar vardı. İlk olarak, karasularının sınırlandırılmasını tamamladıktan sonra ve 200 deniz mili içindeki münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılmasına başlamadan önce, Hakemlik Mahkemesi, karasularının ötesindeki sınırlandırma, yani 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki sınırlandırma için ilgili kıyıları ve ilgili alanı özellikle belirlemiştir. *Bangladeş-Myanmar Davası'*nda, ilgili alan orantısızlık testi aşamasına kadar belirlenmemiştir. İkinci olarak, münhasır ekonomik bölgenin ve 200 deniz mili içindeki kıta sahanlığının sınırlandırılması söz konusu olduğunda, *Bangladeş-Myanmar Davası'*nda olduğu gibi, Bangladeş açığortay yöntemini savunurken, Hakemlik Mahkemesi eşit uzaklık/ilgili durumlar yöntemini uygulamaya karar vermiştir.⁵⁵ Geçici bir eşit uzaklık çizgisi çizen Hakemlik Mahkemesi, Bangladeş'in aleyhine makul olmayan bir kesme etkisinden kaçınmak için geçici çizginin ayarlanması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁶

*Bangladeş-Myanmar Davası'*ndan farklı olarak, Hakemlik Mahkemesi bu aşamada ayarlama yapmamış, ancak 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanmasını birlikte ele almaya karar vermiştir, çünkü Hakemlik Mahkemesi, tek bir kıta sahanlığı kavramıyla tutarlı olarak, 200 deniz mili içindeki geçici eşit uzaklık çizgisinin herhangi bir ayarlamasının 200 deniz mili ötesindeki alana uzanan bir sınırlandırma çizgisiyle sonuçlanması gerektiği görüşündedir.⁵⁷ Dolayısıyla, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının sınır-

⁵⁴ David Anderson, "Bay of Bengal Maritime Boundary Bangladesh v. India", *The American Journal of International Law*, New York 2015, C. 106, S. 4, s. 818.

⁵⁵ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 345.

⁵⁶ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 421.

⁵⁷ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 437.

landırılmasına başlamadan önce, Hakemlik Mahkemesi 200 deniz mili içindeki sınırlandırmayı tamamlamamıştır.

Üçüncü olarak, 200 deniz mili ötesindeki sınırlandırma ile ilgili olarak, her iki taraf da dış kıta sahanlığı üzerinde hak sahibi oldukları ve Hakemlik Mahkemesi'nin sınırlandırma yapmak için yargı yetkisine sahip olduğu konusunda mutabık kalmıştır.⁵⁸ Bununla birlikte, Hakemlik Mahkemesi, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılması aşamasına ertelemek yerine, yetki konusunu sadece *proprio motu* (kendiliğinden) değil, aynı zamanda esasa girmeden önce de incelemiştir. Açıklanan tüm yaklaşımlar *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda benimsenen yaklaşımlardan farklıdır. Daha da önemlisi, sınırlandırma süreci de farklıdır.

Bangladeş, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılması için, Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na sunduğu kıta sahanlığının dış sınırlarına kadar Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından kararlaştırılan Bangladeş-Myanmar sınır çizgisine paralel bir çizgi önermiştir. Hindistan ise eşit uzaklık çizgisini savunmuştur.⁵⁹ Hakemlik Mahkemesi geçici bir eşit uzaklık hattı oluşturmuş ve ardından ilgili durumları değerlendirmiştir. Geçici hat, tarafların 200 deniz mili sınırlarının kesiştiği noktadan başlamış, burada 200 deniz mili içindeki geçici eşit uzaklık hattı ile de birleşmiş ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından kararlaştırılan Bangladeş-Myanmar sınırı ile buluştuğu noktada durmuştur.⁶⁰ Bununla birlikte, Hakemlik Mahkemesi sınırlandırmanın ilk adımı olarak neden geçici bir eşit uzaklık hattı çizilmesi gerektiği konusunu gereçlelendirmedeği görülmektedir. Hakemlik Mahkemesi ancak geçici hat inşa edildikten sonra, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığını sınırlandırmak için eşit uzaklık/ilgili durumlar yöntemini kullanacağını belirtmiştir. Hakemlik Mahkemesi'nin bu karar

⁵⁸ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 78.

⁵⁹ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 451.

⁶⁰ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 464.

için gösterdiği gerekçeler *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda gösterilenlerle hemen hemen aynıdır. Hakemlik Mahkemesi, tek bir kıta sahanlığı olduğunu gözlemlenmiştir. Kıta sahanlığının sınırlandırılması için uygun yöntem, sınırlandırılacak alanın 200 deniz mili içinde veya ötesinde olmasına bakılmaksızın aynı kalmaktadır.⁶¹ İlgili durumlara ilişkin olarak, Hakemlik Mahkemesi, Bengal Körfezi'nin iç kısmının özel coğrafi yapısı nedeniyle, 200 deniz milinin ötesindeki alanda Bangladeş'e atfedilen alanın, tarafların haklarının çakıştığı alana kıyasla kapsam olarak sınırlı olduğunu belirtmiş ve geçici eşit uzaklık hattının ayarlanması gerekliliğini vurgulamıştır.⁶²

Hakemlik Mahkemesi'nin 200 deniz mili ötesinde sınırlandırma amacıyla, tarafların ve Myanmar'ın 200 deniz millik sınırlarının yanı sıra Bangladeş tarafından Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na sunulan kıta sahanlığının dış sınırlarına bağlı olan 200 deniz milinin ötesinde örtüşen haklar alanı belirlediği belirtilmelidir.⁶³ Hakemlik Mahkemesi geçici eşit uzaklık çizgisini 200 deniz mili içinde ve ötesinde birlikte ayarlamıştır. Hakemlik Mahkemesi, Prov-3 noktasından (eşit uzaklık çizgisi boyunca ilk dönüş noktası) itibaren sınırlandırma çizgisinin 2012 davası ile belirlenen Bangladeş-Myanmar deniz sınırı ile buluşana kadar başlangıç azimutu 1773000} olan bir jeodezik çizgi olduğuna karar vermiştir.⁶⁴ Hakem P. S. Rao'ya göre, azimut çizgisi Prov-3'ü Hindistan'ın Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na sunduğu ve Uluslararası Deniz

⁶¹ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 465.

⁶² Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 473; İlgili durumlar hakkında coğrafi ve coğrafi olmayan açıdan bir ayrıma giden görüş hakkında: Yoshifumi Tanaka, "The Mirage of Predictability in the Law of Maritime Delimitation: A Comparative Analysis of the Bangladesh v. Myanmar and Nicaragua v. Colombia Cases", *The Journal of International Law and Diplomacy*, Tokyo 2014, C.113, S. 1, s. 18.

⁶³ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, s. 139.

⁶⁴ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 478; Technical Report of the Tribunal's Hydrographer, para. 15.

Hukuku Mahkemesi'nin 2012 tarihli sınırlandırma çizgisinin keşiştiği jeodezik çizgiyle neredeyse eşleşmektedir.⁶⁵

C. Gana-Fildişi Sahili Davası

Gana-Fildişi Sahili Davası için taraflar 2014 yılında Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi üç üyesi ve iki ad hoc yargıçtan oluşan bir Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi dairesini kullanmak üzere bir Özel Anlaşma imzalamışlardır.⁶⁶ Gana, bu davanın, uluslararası bir Mahkeme veya yargı mercii önünde bulunan bir tarafın, dava karara bağlanmadan önce Komisyon'dan dış sınırlarına ilişkin tavsiyeler aldığı ilk deniz sınırı davası olması nedeniyle benzersiz olduğuna işaret etmiştir.⁶⁷ Taraflar, Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na sunumlarını sırasıyla Nisan ve Mayıs 2009'da yapmışlardır. Gana başvurusundaki dış kıta sahanlığı iki bölümden oluşmaktadır: Doğu Genişletilmiş Kıta Sahanlığı Bölgesi ve Batı Genişletilmiş Kıta Sahanlığı Bölgesi.

Burada söz konusu olan ikinci kısımdır. Gana tarafından 2013 yılında sunulan Gözden Geçirilmiş Özete göre, Batı Bölgesi 200 deniz mili ötesinde 6,821.4 km²'lik bir alanı çevreleyen ve dört sabit nokta ile tanımlanan bir poligondur: OL-GHA-8 noktası Gana'dan itibaren 200 deniz mili çizgisi üzerinde yer almaktadır, OL-GHA-7 ve OL-GHA-4 noktaları 76. maddenin 4(a)(i) paragrafındaki tortu kalınlığı formülü ile tanımlanmaktadır ve OL-GHA-9 noktası genişletilmiş kıta sahanlığının Fildişi Sahili ve Gana arasındaki eşit uzaklık çizgisi ile birleştiği bir noktadır.⁶⁸

Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu 2014 yılındaki tavsiyelerinde OL-GHA-8, -7 ve 4 sabit noktalarının belirlen-

⁶⁵ Concurring and Dissenting Opinion of Dr. P.S. RAO, para. 21; Benzer bir görüş için: Marcin Kaldunski, "A Commentary on Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India Concerning the Bay of Bengal", *Leiden Journal of International Law*, Cambridge 2015, C. 28, S. 4, s. 847.

⁶⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, Special Agreement and Notification of 3 December 2014 and the Minutes of Consultation annexed thereto.

⁶⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, ITLOS/PV.17/C23/3, s. 7.

⁶⁸ Revised Executive Summary of the Submission by Ghana, 21 August 2013, section 6.2; Memorial of Ghana, Volume I, para. 6.8.

mesine katılmıştır.⁶⁹ Ancak Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu, Gana ile Fildişi Sahili arasında uluslararası bir kıta sahanlığı sınırının bulunmadığını kaydetmiştir. Bu nedenle, Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu OL-GHA-9 sabit noktası ile ilgili tavsiyelerde bulunmamıştır.⁷⁰ Gana dilekçesinde, Komisyon'un tavsiyelerine dayanarak dış kıta sahanlığının dış sınırlarını zaten kabul ettiğini ifade etmiştir.⁷¹ Ancak Gana, davanın sonuna kadar BMDHS'nin 76(9) maddesi uyarınca kıta sahanlığının dış sınırlarını tanımlayan çizelgeleri ve ilgili bilgileri Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne tevdi etmemiştir.

Fildişi Sahili'nin Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu başvurusu ile ilgili olarak, 2009 tarihli orijinal başvuru Genişletilmiş Doğu Kıta Sahaneliği Bölgesi ile ilgilidir. Sunumdaki dış sınırların en doğudaki sabit noktası (OL-CI-1), Gana'nın en batıdaki sabit noktasının (OL-GHA-9) batısında yer almaktadır. Ancak, Fildişi Sahili'nin 200 deniz millik hattına bağlı olmadığı gibi, iki devlet arasındaki eşit uzaklık hattında da yer almadığı belirtilmiştir.⁷² Dolayısıyla, Fildişi Sahili'nin 2009 tarihli başvurusunda iddia ettiği dış kıta sahanlığı bölgesinin doğu sınırı belirlenmemiştir. 24 Mart 2016 tarihinde, Gana'nın dilekçesini sunmasından sonra ve Fildişi Sahili'nin cevap dilekçesini sunmasından kısa bir süre önce, Fildişi Sahili Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu'na, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı üzerindeki hakkını ve bunun kapsamını kanıtlamak amacıyla, 2009 tarihli başvurunun tamamının yerine geçmek üzere tadil edilmiş bir başvuru sunmuştur.⁷³ Değiştirilmiş başvuruda Fildişi Sahili kıta sahanlığının dış sınırlarını büyük ölçüde Gana ta-

⁶⁹ Summary of Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Ghana, www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_gha_26_2009.htm, para. 61

⁷⁰ Summary of Recommendations of the CLCS in regard to the Submission made by Ghana, www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_gha_26_2009.htm, para. 60; Annex I, Table 5. The Recommendations were adopted by the CLCS on 5 September 2014.

⁷¹ Memorial of Ghana, Volume I, para. 6.26.

⁷² Executive Summary of the Submission by Cote d'Ivoire, 8 May 2009, section 6. Fildişi Sahili'nin başvurusu hakkında ayrıntılı bilgi için, www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_civ_42_2009.htm.

⁷³ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, Rejoinder of Cote d'Ivoire, Volume I, para. 4.70.

rafına doğru yerleştirmiştir. Dört sabit nokta (FP_RCI_1-4) Gana OL-GHA-4'ün doğusunda yer almakta ve 100 deniz milinden daha uzun olan dış sınırların bir kısmını oluşturmaktadır. En doğudaki nokta Gana kıyısından itibaren 200 deniz mili çizgisinde yer almaktadır.⁷⁴

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi önünde Gana, zamanlama gerekçesiyle Fildişi Sahili'nin değiştirilmiş beyanının kanıt değerine itiraz etmiştir.⁹¹ Ancak Özel Daire, diğer hususların yanı sıra, BMDHS'nin 76. maddesinin 8. paragrafında (Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu Kuralları da dâhil olmak üzere) belirtilen çerçeve dâhilinde, Birleşmiş Milletler Kıta Sahanlığını Sınırlandırma Komisyonu'na ne zaman ve nasıl başvurulacağına karar vermenin her Devlete ait olduğunu gözlemleyerek, Fildişi Sahili'nin tadil edilmiş başvurusunu ileri sürebileceğini tespit etmiştir.⁷⁵ Fildişi Sahili'nin değiştirilmiş sunumunda önerdiği kıta sahanlığının dış sınırları ve Gana kıta sahanlığının dış sınırları Özel Daire tarafından ilgili alanın güney sınırını belirlemek için kullanılmıştır.⁷⁶

Bu dava, sınırlandırma süreci açısından alışılmadık bir yaklaşım sunmaktadır. İlk olarak, önceki iki davadan farklı olarak, Özel Daire karasularını münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı ile birlikte 200 deniz mili içinde sınırlandırmıştır. Daire'den her iki taraf da karasuları, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı için tek bir deniz sınırı belirlemesini talep etmiştir. Gana eşit uzaklık konusunda ısrar ederken, Fildişi Sahili açırtay yöntemini savunmuştur.⁷⁷ Özel Daire, Tarafların bu deniz alanları için aynı sınırlandırma metodolojisinin, yani münhasır ekonomik bölgelerin ve kıta sahanlıklarının sınırlandırılması için geliştirilen metodolojinin kullanılmasını zımnen kabul ettikleri

⁷⁴ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, Counter-Memorial of Cote d'Ivoire, Volume I, paras. 8.16-8.17.

⁷⁵ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 515.

⁷⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 385.

⁷⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 257.

şeklinde yorumlamıştır.⁷⁸ Özel Daire ayrıca, bu davada sınırlandırma için eşit uzaklık/ilgili koşullar metodolojisinden sapmak için ikna edici bir neden bulunmadığını kaydetmiştir.⁷⁹

İkinci olarak, 200 deniz mili içindeki sınırlandırma söz konusu olduğunda, Özel Daire, ilk aşamada tarafların baz noktalarının sayısını azaltarak, katı bir eşit uzaklık çizgisi yerine basitleştirilmiş bir geçici eşit uzaklık çizgisi oluşturmuştur.⁸⁰ Geçici hat, altı dönüş noktasından oluşmakta ve son segmenti 1913806.7} istikamet açısından başlayarak 200 deniz milinin ötesinde kıta sahanlığının dış sınırlarına ulaşana kadar jeodezik bir hat olarak devam etmektedir.⁸¹ İlgili durumları göz önünde bulunduran Özel Daire, geçici eşit uzaklık çizgisinin düzeltilmesini haklı çıkaracak bir durum olmadığına karar vermiştir.⁸²

Özel Daire'ye göre, sınırlandırma çizgisi tarafların esas hatlarından 200 deniz mili uzaklıkta bulunan bir noktada durmalıdır.⁸³ Üçüncü olarak, Özel Daire 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı sınırı için basitleştirilmiş bir eşit uzaklık çizgisi kullanmıştır ki bu iki Bengal Körfezi davasında benimsenen düzeltilmiş eşit uzaklık çizgisi ile karşılaştırılabilir. Sonuçta, nihai sınır çizgisi Gana'nın iddiasından çok az sapma göstermektedir.⁸⁴

Kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırılması için, Özel Daire, yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik konularını değerlendir-

⁷⁸ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 262.

⁷⁹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 324.

⁸⁰ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 400.

⁸¹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 401.

⁸² Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 480.

⁸³ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 481.

⁸⁴ Nuwan Peiris, "Ghana v. Ivory Coast. Case No. 23", *The American Journal of International Law*, New York 2018, C. 112, S. 1, s. 90.

dikten sonra tarafların dış kıta sahanlığı üzerindeki hakları sınırlandırma yöntemi söz konusu olduğunda, Özel Daire, iki Bengal Körfezi davasındaki Mahkemeler ile aynı pozisyonu almış ve tek bir kıta sahanlığı olduğunu gözlemlemiştir. Bu nedenle, sınırlandırma metodolojisi söz konusu olduğunda 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki kıta sahanlığı arasında bir ayırım yapmanın uygun olmadığı düşünülmektedir.⁸⁵ Böylece, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılması için eşit uzaklık/ilgili durumlar yöntemi kullanılmıştır. Bununla birlikte, Özel Daire tarafından kullanılan yöntemin uygulanması ve açıklanması şaşırtıcı derecede kısadır. Daire, daha fazla analiz yapmadan, belirtilen nedenlerden dolayı, 200 deniz mili içindeki sınırlandırma çizgisi, kıta sahanlığının dış sınırlarına ulaşana kadar aynı yönde devam etmektedir gerekçesiyle sınırlandırma yönteminden, doğrudan sınırlandırma çizgisinin rotasına ilişkin sonuca atlamıştır.⁸⁶

II. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Makalede incelenen davalar, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırıldığı üç davanın birçok ortak noktası olduğunu göstermektedir. Mahkemelerin hepsi dış kıta sahanlığının sınırlandırılmasında sözde eşit uzaklık/ilgili durumlar yöntemini kullanmaya karar vermiş ve 200 deniz milinin ötesindeki sınır çizgisi, 200 deniz mili içindeki sınırın 200 deniz milinin sınırlarının ötesinde aynı yönde uzatılmasıyla çizilmiştir.⁸⁷ Dış kıta sahanlığının sınırları, 200 deniz millik sınırlar içinde başlayan istikamet açısı (azimut) çizgileriydi ve sonları koordinatlarla değil, çizgilerin uzantı sınırını göstererek tanımlanıyordu. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve Dairesi tarafından karara bağlanan iki davada, sınırlandırma çizgisinin sonuna

⁸⁵ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 526; Gökhan Güneysu, "Gana ve Fildişi Sahili Arasındaki Deniz Sınırına İlişkin Itlos Kararı Bağlamında Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Bazı Meseleler", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2019, C. 13, S. 1, s. 228.

⁸⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 527.

⁸⁷ İbrahim Gökalp, Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2008, s. 51.

bir ibre eklenirken,⁸⁸ *Bangladeş-Hindistan Davası*'nda, Ek VII Hakemlik Mahkemesi tarafından çizilen sınırlandırma hattı Bangladeş-Myanmar sınırına bağlanmıştır.⁸⁹ Davaların emsal değeri değerlendirilirken bazı hususlara dikkat edilmelidir. Tüm kararlar bitişik kıyılar arasındaki sınırın belirlenmesi ile ilgilidir, davalardan ikisi Bengal Körfezi'ndeki üç komşu devletle ilgilidir ve ikisi Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve Dairesi tarafından karara bağlanmıştır. Üç yargı kuruluşunun dış kıta sahanlığının sınırlandırılmasında aynı yöntemi uygulama şekilleri farklı olmuştur.

Eşit uzaklık/ilgili durumlar terimi ilk kez 2006 tarihli *Barbados-Trinidad ve Tobago Davası*'nda dile getirilmiş olup, burada iki aşamadan oluşmakta⁹⁰ ve 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan eşit uzaklık/özel koşullar kuralı⁹¹ ve çeşitli Uluslararası Adalet Divanı kararlarında yer alan hakkaniyet ilkeleri/ilgili koşullar kuralı terimlerini birleştirmektedir.⁹² Uluslararası Adalet Divanı 2009 tarihli *Karadeniz Davası*'nda (Romanya-Ukrayna), adını vermeksizin

⁸⁸ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, s. 146, Sketch-map No. 9,

⁸⁹ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, s. 163, Map 12.

⁹⁰ Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Trinidad and Tobago), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pcacpa.org/en/cases, Award of 11 April 2006, para. 304.

⁹¹ Convention on the Continental Shelf, done on 29 April 1958 and entered into force on 10 June 1964, 499 U.N.T.S. 311. 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre "1. Aynı kıta sahanlığının, kıyıları karşı karşıya olan iki ya da daha fazla Devletin ülkesine bitişik olduğu yerlerde, bu Devletlere ait kıta sahanlığının sınırı bu Devletler arasında anlaşma ile tespit edilecektir. Anlaşma yoksa ve özel şartlar başka bir sınır hattını haklı kılmıyorsa, sınır, her noktası her bir Devletin karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatların en yakın noktalarına eşit uzaklıkta olan orta hattır. 2. Aynı kıta sahanlığının kıyıları yan yana olan iki Devletin ülkesine bitişik olduğu yerlerde, kıta sahanlığının sınırı bu Devletler arasında anlaşma ile tespit edilecektir. Anlaşma yoksa ve özel şartlar başka bir sınır hattını haklı kılmıyorsa, sınır, her bir Devletin karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatların en yakın noktalarından itibaren eşit uzaklık ilkesinin uygulanması suretiyle tespit edilecektir. 3. Kıta sahanlığının sınırlarını tespit ederken, bu maddenin 1. ve 2. paragraflarına uygun şekilde çizilen herhangi bir hat belirli bir tarihte mevcut olan haritalara ve coğrafi hususiyetlere göre tarif edilmeli ve kara üzerindeki teşhisi kabil daimî sabit noktalar dikkate alınmalıdır."

⁹² Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, s. 40, para. 231.

üç aşamalı bir sınırlandırma metodolojisi ortaya koymuştur.⁹³ *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, *Gana-Fildişi Sahili Davası*'nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi ve *Bangladeş-Hindistan Davası*'nda Ek VII Hakemlik Mahkemesi'nin yaptığı gibi, eşit uzaklık/ilgili durumlar yöntemini Uluslararası Adalet Divanı'nın üç aşamalı yaklaşımı ile ilişkilendirmiştir.

Ancak, *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda ilgili durumlar dikkate alınmadan önce dış kıta sahanlığının sınırlandırılması için geçici bir eşit uzaklık çizgisi oluşturulmamıştır. *Bangladeş-Hindistan Davası*'nda Hakemlik Mahkemesi 200 deniz milinin ötesindeki sınırı belirlerken eşit uzaklık/ilgili durumlar yönteminin üç aşamasından geçmiş, ancak 200 deniz mili ötesindeki geçici eşit uzaklık çizgisini 200 deniz mili içindeki geçici eşit uzaklık çizgisiyle birlikte ayarlamıştır.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi, *Gana-Fildişi Sahili Davası*'nda, 200 deniz içindeki sınırı belirleyen bölümde 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının dış sınırlarına kadar geçici bir eşit uzaklık çizgisi oluşturmuş ve 200 deniz mili ötesindeki sınır için ilgili durumları dikkate almamıştır. Böylece, eşit mesafe/ilgili durumlar yöntemi, bugüne kadar kıta sahanlığının dış sınırların belirlendiği hiçbir davada tam olarak uygulanmamıştır.⁹⁴

Sınırlandırma çizgileri, sınırlandırma yönteminin uygulanmasının sonuçları olmalıdır. Bununla birlikte, yargı kuruluşlarının eşit uzaklık/özel koşullar yöntemini uygulamadaki farklı uygulamalarına ve ilk iki davada ilgili durumların var olduğu ancak üçüncüsünde bulunmadığı gerçeğine rağmen, üç Mahkeme 200 deniz mili ötesindeki sınır konusunda aynı sonuca varmıştır: 200 deniz mili içindeki sınırı bir azimut ile tanımlanan aynı yönde genişletmek. Bu durum, Mahkemelerin 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı için sınırlandırma yönteminin 200 deniz mili içindekinden farklı olmaması gerektiği görüşünün bir sonucudur.⁹⁵

⁹³ Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009, s. 61, paras. 115-122.

⁹⁴ Alex Elferink/Tore Henriksen/Signe Busch, Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?, Cambridge University Press, Cambridge 2018, s. 2.

⁹⁵ Bjarni Magnusson, The Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Delineation, Delimitation and Dispute Settlement, Brill, The Hague 2015, s. 298.

Ayrıca, 200 deniz mili içinde sınırlandırma ile ilgili olduğu düşünülen koşulların, örneğin iki Bengal Körfezi davasındaki coğrafi yapı gibi, 200 deniz milinin ötesinde de devam eden bir etkiye sahip olmasına izin verilmiştir. Sınırlandırmayı 200 deniz mili içinde etkileyen ilgili bir durum olmadığında, 200 deniz milinin ötesindeki sınırlandırma için de ilgili bir durum bulunmamıştır. Kararlarda 200 deniz mili ötesi kıta sahanlığı sınırlandırması, 200 deniz mili içi sınırlamadan resmi olarak ayrılmış olmasına rağmen, Mahkemeler, 200 deniz mili ötesi kıta sahanlığı sınırlandırmasının 200 deniz mili içi sınırlandırmaya yardımcı olduğu izlenimini oluşturmuştur.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve Dairesi tarafından karara bağlanan iki davada (yargı yetkisi ve hak sahipliği konularına atıfta bulunulan kısımlar hariç) dış kıta sahanlığının sınırlandırılması sürecine gösterilen kısa ilgiye bakıldığında bu izlenim güçlenmektedir: *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda sadece 13 paragraf (paragraf 450-462) ve *Gana-Fildişi Sahili Davası*'nda sadece sekiz paragraf (paragraf 520-527); burada yukarıda belirtilen nedenlerle ifadesi 200 deniz milinin ötesindeki sınırlandırma hattının seyri için Daire'nin tüm gerekçesini oluşturmaktadır. *Bangladeş-Hindistan Davası*'nda Ek VII Hakemlik Mahkemesi'nin 200 deniz mili içindeki geçici eşit uzaklık hattında yapılacak herhangi bir ayarlanmanın 200 deniz mili ötesindeki alana uzanan bir sınırlandırma hattıyla sonuçlanması gerektiği yönündeki ifadesi de mevcuttur.⁹⁶

Her ne kadar 200 deniz mili içindeki sınırın aynı yönde 200 deniz mili ötesindeki alana genişletilmesi şimdiye kadar birkaç davada sınırlandırmanın bir sonucu olsa da, genişletme yaklaşımının gelecekteki Mahkemeler tarafından uluslararası içtihadın bu yaklaşımı desteklediği gerekçesiyle dış kıta sahanlığının sınırlandırılmasının başlangıç noktası olarak benimsenmesi olasılığı göz ardı edilemez. Gana'nın *Gana-Fildişi Sahili Davası*'nda Özel Dairenin iki Bengal Körfezi davasında Mahkemeler tarafından kullanılan aynı yaklaşımı benimsemesi ve bu nedenle yön değişikliği olmaksızın 200 deniz milinin ötesinde aynı çizgiyi devam ettirmesi gerektiğini savunması dikkate değerdir.⁹⁷

⁹⁶ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 437.

⁹⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, Memorial of Ghana, Volume I, paras. 6.33-6.34.

Şimdiye kadar 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığını sınırlandıran üç davada, dış kıta sahanlığı için sınırlandırma yönteminin 200 deniz mili içindekini takip etmesi gerektiği, Mahkemelerin en önemli yaklaşımlarından biriydi ve dış kıta sahanlığının sınırlandırılması için eşit uzaklık/ilgili durumlar yönteminin uygulanmaya devam etmesi gerektiği yönündeki kararlarının temelini oluşturdu. Bunun nedenlerine ilişkin olarak Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda BMDHS'nin 83. maddesine atıfta bulunurken, diğer iki davadaki Mahkemeler tek bir kıta sahanlığı olduğunu vurgulamışlardır.⁹⁸

A. Tek Kıta Sahanlığı Kavramı

Bangladeş-Hindistan Davası'nda Ek VII Hakemlik Mahkemesi ve *Gana-Fildişi Sahili Davası*'nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi, tek bir kıta sahanlığı argümanına dayanarak, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı için sınırlandırma yönteminin 200 deniz mili içindekinden farklı olmaması gerektiğine karar vermiştir. Ancak tek bir kıta sahanlığı kavramını kabul etmenin ötesinde nedenselliğini açıklamamışlardır.

Tüm Mahkemeler, 2006 tarihli *Barbados-Trinidad ve Tobago Davası*'nda Hakemlik Mahkemesi'nin her halükarda hukuken bir iç kıta sahanlığı ve ayrı bir genişletilmiş veya dış kıta sahanlığı yerine sadece tek bir kıta sahanlığı olduğu yönündeki gözlemlerine atıfta bulunmuştur.⁹⁹ İlk olarak, bu gözlemler Mahkeme tarafından Barbados'un 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılması konusunda Mahkeme'nin yargı yetkisine yönelik itirazlarını çürütmek için gerekçelerden biri olarak yapılmıştır ve Mahkeme tek kıta sahanlığı terimi hakkında daha fazla ayrıntı vermemiştir. *Barbados-Trinidad ve Tobago Davası* bağlamı ışığında, Mahkeme'nin kıta sahanlığı teriminin hem

⁹⁸ Tek kıta sahanlığı kavramı özellikle uluslararası hukukta ilgi görmeye başlamıştır. Sadece tek bir kıta sahanlığı olduğu fikrine karşı çıkan bir görüş hakkında: Leonardo Bernard, "The Problem with the Concept of Single Continental Shelf", *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, The Hague 2022, C. 7, S. 1, s. 91-109. Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 526.

⁹⁹ Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Trinidad and Tobago), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 11 April 2006, para. 213.

200 deniz mili içindeki hem de ötesindeki kıta sahanlığını içerdiğini vurgulamayı amaçladığı görülmektedir. İkinci olarak, tek kıta sahanlığı terimi kararda sadece bir kez geçmektedir. Buna karşılık, Mahkeme 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığını tanımlamak için dış kıta sahanlığı terimini kullanmış ve taraflarca kullanılan genişletilmiş kıta sahanlığı terimiyle karşılaştırıldığında, kıta sahanlığı genişletilmediği için dış kıta sahanlığına atıfta bulunmanın daha doğru olduğunu gözlemlemiştir.¹⁰⁰ Tek kıta sahanlığı terimi, Hakemlik Mahkemesi'nin dış kıta sahanlığı terimini kullandığı 2007 tarihli *Guyana-Surinam Davası* kararında yer almamıştır.¹⁰¹ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda da tek kıta sahanlığı terimini yargı yetkisi amacıyla kullanmış ve kıta sahanlığını bütünüyle sınırlandırma yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir.¹⁰² Ancak Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, *Barbados-Trinidad ve Tobago Davası*'ndaki Hakemlik Mahkemesi'nden farklı olarak, tek bir kıta sahanlığı kavramını kanıtlamaya çalışmış ve şu gözlemlerde bulunmuştur:

BMDHS'nin 76. maddesi tek kıta sahanlığı kavramını somutlaştırmaktadır. BMDHS'nin 77. maddesinin 1. ve 2. paragrafları uyarınca, kıyı Devleti, 200 deniz mili içindeki sahanlık ile bu sınırın ötesindeki sahanlık arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın, kıta sahanlığının tamamı üzerinde münhasır egemenlik haklarına sahiptir. Karşılıklı veya bitişik kıyıları olan Devletler arasında kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin BMDHS'nin 83. maddesi de aynı şekilde böyle bir ayırım yapmamaktadır.¹⁰³

Bangladeş-Hindistan Davası'ndaki Ek VII Hakemlik Mahkemesi, yetki meselesi bağlamında bu ifadeleri tekrarlamıştır. Mahkeme tek kıta sahanlığı argümanını sınırlandırma işlemine kadar genişletmiştir. Mahkeme, sınırlandırma yöntemine ek olarak, ilgili kıyının belirlen-

¹⁰⁰ Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Trinidad and Tobago), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pcacpa.org/en/cases, Award of 11 April 2006, para. 65.

¹⁰¹ Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, Award of 17 September 2007, pca-cpa.org/en/cases, para. 353.

¹⁰² Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 363.

¹⁰³ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 361.

mesinde ve bir kesme etkisinin varlığının tespitinde de bu argümana başvurmuştur.¹⁰⁴ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi *Gana-Fildişi Sahili Davası*'nda *Bangladeş-Hindistan Davası*'ndaki yaklaşımı takip ederek hem yargı yetkisi hem de sınırlandırma amacıyla tek kıta sahanlığı argümanına başvurmuştur.¹⁰⁵ Mahkemeler tek kıta sahanlığı için özel bir açıklama yapmamışlardır; ancak ilgili ifadeleri ışığında argümanın özü anlaşılabilir. *Bangladeş-Hindistan Davası*'nda Mahkeme'nin sözleriyle, sadece tek bir kıta sahanlığı vardır ve bu nedenle 200 deniz mili içinde ve ötesinde kıta sahanlığı arasında bir ayırım yapmak uygun değildir.¹⁰⁶

Kıta sahanlığının dış sınırların belirlenmesine ilişkin olarak Mahkemelerin yargı yetkisi söz konusu olduğunda, tek kıta sahanlığı argümanı doğrudur çünkü böyle bir ihtilaf, BMDHS'nin 83. maddesi ile ilgilidir ve bu madde 200 deniz mili içinde ve ötesinde kıta sahanlığı açısından bir ayırım yapmamaktadır. Bu nedenle bazı özel kısıtlamalar mevcut olmadığı sürece, uluslararası bir Mahkemenin kıta sahanlığının sınırlarını belirleme yetkisi, kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesindeki sınırlandırılmasını da içermektedir. Bununla birlikte, 200 deniz mili içindeki kıta sahanlığı ile ötesi arasındaki farkı inkâr etmek veya dış kıta sahanlığının benzersiz karakterini silmek doğru değildir.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ve *Bangladeş-Hindistan Davası* Hakemlik Mahkemesi, Bangladeş'in 200 deniz mili içinde ve ötesinde kıta sahanlığı arasında hiçbir fark olmadığını göstermek amacıyla BMDHS'nin çeşitli maddelerini sunmuştur, ancak bu elbette sorgulanabilir bir yaklaşımdır. Örneğin, BMDHS'nin 76. maddesi 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki kıta sahanlığı arasında açık bir ayırım yapmaktadır. Paragraf 1'e göre kıyı devletlerinin dış kıta sahanlığı üzerindeki hakları doğal uzantıya dayanmaktadır, 200 deniz mili içinde kıta sahanlığı hak kazanımları ise esas alınmamaktadır.

¹⁰⁴ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 299.

¹⁰⁵ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 526.

¹⁰⁶ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 404.

BMDHS'nin 76 maddesinin 8. paragrafına göre, kıta sahanlığının 200 deniz mili ötesindeki dış sınırları, Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu tavsiyeleri temelinde kıyı devletleri tarafından belirlenirken, kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesine uzanmayan dış sınırlarının belirlenmesi için Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu tavsiyeleri gerekmemektedir.¹⁰⁷ Dolayısıyla, iki farklı Hakemlik Mahkemesi'nin gözlemlerinin aksine, 76. madde tek bir kıta sahanlığı kavramını içermemektedir. Madde 77'nin 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki sahanlık arasında bir ayırım yapmadığı doğrudur, ancak kıyı devletinin 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının cansız kaynaklarının işletilmesi ile ilgili olarak ödemeler veya aynı katkılar yapmasını gerektiren ve dolayısıyla kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerindeki egemenlik haklarını kullanmasına ilişkin bir ayırım yapan 82. madde de bulunmaktadır.¹⁰⁸ BMDHS'nin 83. maddesinin, böyle bir ayırım içermemesi, 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki kıta sahanlığı için sınırlandırma yöntemlerinin aynı olduğu veya olması gerektiği anlamına gelmemektedir.

Ayrıca, üç davadaki Hakemlik Mahkemeleri'nin sınırlandırma süreci, dış kıta sahanlığının sınırlandırılması 200 deniz mili içindeki sınırlandırmadan ayrıldığı için aslında tek kıta sahanlığı kavramını uygulamamıştır. *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda Yargıç Cot'un vurguladığı üzere: Mantıken, 200 deniz mili sınırının hem içinde hem de ötesinde tek bir kıta sahanlığı varsa, aynı kurallar ve ilkeler tarafından yönetilen tek bir sınırlandırma çizgisi vardır. Bu nedenle, bu çizgiyi tanımlamak için, kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesindeki kısmı da dahil olmak üzere, tüm uzunluğu boyunca geçici bir eşit uzaklık çizgisi çizilmelidir.¹⁰⁹

Buradaki tek bir sınırlandırma çizgisinin hem münhasır ekonomik bölge hem de kıta sahanlığı için tek bir deniz sınırı yerine tek bir kıta sahanlığı sınırlandırma çizgisine atıfta bulunduğu ölçüde ifade doğrudur.

¹⁰⁷ Kevin Baumert, "Article 76 of the UN Convention on the Law of the Sea: Parties and Non-Parties", *International Law Studies*, Newport 2022, C. 99, S. 1, s. 979.

¹⁰⁸ Helmut Tuerk, "Questions Relating to the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Delimitation, Delineation, and Revenue Sharing", *International Law Studies*, Newport 2021, C. 97, S. 1, s. 252.

¹⁰⁹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, Separate Opinion of Judge Cot, s. 8.

200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının bitişik kıyıları olan devletler arasındaki sınırlandırmanın bir parçası olarak, iki seçenek mevcuttur: Tek bir deniz sınırı veya tek bir kıta sahanlığı. İlk seçenek, 200 deniz mili içindeki sınırlandırmayı 200 deniz milinin ötesindekinden ayırmaktır. İkinci seçenek, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılmasını ayrı ayrı sınırlandırılmış iki çizgi ile ayırmaktır, bu da 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki sahanlığı sınırlandıran birleşik bir kıta sahanlığı sınırı ve bir münhasır ekonomik bölge sınırı ile sonuçlanır. Bu iki seçenek bağdaştırılamazdır. 200 deniz mili içindeki kıta sahanlığı münhasır ekonomik bölge ile birlikte tek bir deniz sınırı ile sınırlandırıldığında, dış kıta sahanlığından başka bir şey kalmayacaktır. Ancak, Hakemlik Mahkemeleri iki seçeneği yanlış bir şekilde birbirine karıştırmıştır. Mahkemeler 200 deniz mili içindeki sınırlandırma için tek deniz sınırını seçerken, 200 deniz mili ötesindeki sınırlandırma için tek kıta sahanlığını vurgulamışlardır. Tek bir deniz sınırı 200 deniz mili içinde uygulanan sınırlandırma olduğundan ve dış kıta sahanlığı sınırına ilişkin davalarda ayrı ayrı sınırlandırma metodu izlendiğinden, tek bir kıta sahanlığı kavramı uygulanmamıştır. Kavram uygulanabilir olsa bile, kıta sahanlığının 200 deniz mili içinde ve ötesinde sınırlandırılması için aynı yöntemin kullanılması gerektiği sonucu çıkmaz. Bangladeş'in savunduğu gibi, aynı deniz bölgesi içinde tek bir sınırlandırma yöntemine bağlı kalınmasını gerektiren bir hukuk kuralı bulunmamaktadır.¹¹⁰

BMDHS hükümlerinin 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki alanlar arasında belirli bir ayırım içermediği durumlarda, kıta sahanlığı terimi hem iç kıta sahanlığını hem de dış kıta sahanlığını içerecek şekilde yorumlanmalıdır. Bununla birlikte, örneğin 76. ve 82. maddelerde açıkça görüldüğü üzere, 200 deniz mili içindeki kıta sahanlığı ile 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı arasında bir ayırım olduğu inkâr edilemez. Mahkemeler tarafından tek bir kıta sahanlığı için ileri sürülen nedenler, dış kıta sahanlığı için sınırlandırma yönteminin 200 deniz mili içindekini takip etmesi gerektiği veya takip etmesinin zorunlu olduğu sonucunu destekleyemez.

¹¹⁰ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, Reply of Bangladesh, Volume I, para. 5.34.

B. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 83. Madde

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı için sınırlandırma yönteminin 200 deniz mili içinden farklı olmaması gerektiği sonucuna vardığında, BMDHS'nin 83. maddesine atıfta bulunmuş ve şunları kaydetmiştir:

Sözleşmenin 83. maddesi, alan bakımından herhangi bir sınırlama olmaksızın, karşılıklı veya bitişik kıyıları olan Devletler arasında kıta sahanlığının sınırlandırılmasını ele almaktadır. BMDHS'nin 76. maddesinin 1. paragrafında belirtilen sınırlara herhangi bir atıfta bulunmamaktadır. BMDHS'nin 83. maddesi, kıta sahanlığının hem 200 deniz mili içinde hem de ötesinde sınırlandırılması için eşit derecede geçerlidir.¹¹¹

BMDHS'nin 83. maddesinin 1. paragrafına göre "Sahilleri bitişik veya karşı karşıya bulunan devletler arasında kıta sahanlığının sınırlandırılması, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde belirtildiği şekilde, uluslararası hukuka uygun olarak anlaşma ile yapılacaktır."

Bu durum, BMDHS'nin 83. maddesinin kıta sahanlığının hem 200 deniz mili içinde hem de ötesinde sınırlandırılması için eşit derecede geçerli olduğu anlamına gelmektedir, ancak kıta sahanlığı için sınırlandırma yöntemi 200 deniz milinin ötesinde 200 deniz milinin içinden farklı olamaz.

İlk olarak, 83. madde sınırlandırma yöntemini belirtmemektedir. Sadece hakkaniyete uygun sonuca vurgu yapmaktadır.¹¹² *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, sınırlandırma yönteminin belirlenmesinde Mahkeme'nin eylemine rehberlik eden en önemli hususun hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşma hedefi olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre uygulanacak yöntemin, mevcut coğrafi gerçekler ve her bir davanın özel koşulları altında hakkaniyete uygun bir sonuca yol açabilecek bir yöntem olması ge-

¹¹¹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 454.

¹¹² Valentin Koshkin, "Delimitation of the Continental Shelf in the Central Arctic Ocean: Is It Possible Nowadays?", *Arctic Review on Law and Politics*, Tromsø, 2022, C. 13, S. 1, s. 395.

rekmetedir.¹¹³ Davada 200 deniz milinin ötesindeki sınırlandırma 200 deniz milinin içindeki sınırlandırmadan ayrıldığı için, 83. maddenin iki tür sınırlandırmaya eşit şekilde uygulanmasının sonuçları (1) her sınırlandırmanın hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşması ve (2) her durum için sınırlandırma yönteminin her davanın özel koşulları ışığında belirlenmesi olmalıdır.¹¹⁴ Ancak bu sonuçların, bu sınırlandırmalar için yöntemlerin aynı olması gerektiği sonucuna hiçbir etkisi yoktur.

İkinci olarak, 83. madde *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda kıta sahanlığının hem 200 deniz mili içinde hem de ötesinde sınırlandırılmasına eşit şekilde uygulanamaz. 200 deniz mili içindeki sınırlandırma yalnızca kıta sahanlığı için değil hem münhasır ekonomik bölge hem de kıta sahanlığı için tek bir deniz sınıridir. Ancak Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi bu gerçeği dikkate almamıştır.¹¹⁵ Tek deniz sınırı teriminin deniz sınırlandırması alanında özel bir anlamı vardır. *Guyana-Surinam Davası*'nda Mahkeme'nin de belirttiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı 1984 tarihli Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri arasındaki *Maine Körfezi Davası*'nda, tek bir deniz sınırının belirlenmesi ile karşı karşıya kalan ilk uluslararası yargı organı olmuştur. Bu davada hem münhasır balıkçılık bölgesini hem de kıta sahanlığını bölen bir hat belirlenmiştir.¹¹⁶

Tek sınır hattının son noktası, Amerika Birleşik Devletleri'nin alçak su seviyesi çizgisinden 200 deniz mili ve Kanada'nın esas hat çizgilerinden yaklaşık 176 deniz mili uzaklıkta yer almaktadır.¹¹⁷ *Pi-*

¹¹³ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 235.

¹¹⁴ Evans, muğlak olan hakkaniyete uygun çözüm formülünün yargı kararlarında pratik bir anlam ve açıklık bulduğunu savunmaktadır. Malcolm Evans, "Maritime Boundary Delimitation: Whatever Next?", içinde Jill Barrett/Richard Barnes, Editörler Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty, British Institute of International and Comparative Law, London 2016, s. 47.

¹¹⁵ Robin Churchill, "The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Cambridge 2012, C.1, S.1, s. 149.

¹¹⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, s. 246.

¹¹⁷ Barbara Kwiatkowska, "The 2006 Barbados/Trinidad and Tobago Award: A Landmark in Compulsory Jurisdiction and Equitable Maritime Boundary Delimitation", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, The Hague 2007, C. 22, S.1, s. 34. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, Technical Report, para. 15.

*erre ve Miquelon Davası'*nda taraflar arasındaki anlaşma doğrultusunda, Hakemlik Mahkemesi'nden tarafların deniz alanlarında uluslararası hukuk uyarınca kullanabilecekleri tüm hak ve yargı yetkilerini düzenleyecek tek bir sınırlandırma tespit edilmesi talep edilmiştir.¹¹⁸ Hakemlik Mahkemesi, bu hükmün, sınırlandırmaya tabi alanda hem deniz yatağı hem de kıta sahanlığını kapsayan su kütlesi için geçerli olacak tek bir sınır çizgisini zorunlu kıldığını gözlemlemiştir. Bu nedenle, Mahkeme yalnızca 200 deniz mili dış sınırına kadar uzanan bir sınırlandırma yapmaya yetkilidir. Bu sınırlandırma tarafların hem münhasır ekonomik bölgesi hem de normal kıta sahanlığı, yani 1982 Sözleşmesi'nin 76(4) maddesi uyarınca genişletilmeyen kıta sahanlığı için aynı anda geçerli olan tek sınırlandırmadır.¹¹⁹

Newfoundland ve Labrador-Nova Scotia Hakemliğinde Kanada yerel mahkemesi, tek deniz sınırının hem münhasır ekonomik bölgeyi hem de 200 deniz miline kadar kıta sahanlığını içerdiğini gözlemlemiştir.¹²⁰ *Jan Mayen Davası'*nda Uluslararası Adalet Divanı, Danimarka'nın tek bir deniz sınırı talebini, taraflar arasında böyle bir anlaşma ile bunu yapma yetkisi olmadığı gerekçesiyle değerlendirmemiştir.¹²¹ Bunun yerine, Uluslararası Adalet Divanı teorik olarak ayrı ancak gerçekte çakışan iki hat belirlemiştir. Uluslararası Adalet Divanı, çok amaçlı tek sınır terimini belirtmiştir.¹²² *Peru-Şili Davası'*nda Uluslararası Adalet Divanı, su kütlesi, deniz tabanı ve toprak altı için geçerli tek bir deniz sınırı ile çok amaçlı sınır terimlerini yan yana zikretmiştir.¹²³ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi *Gana-Fildişi Sa-*

¹¹⁸ Agreement Establishing a Court of Arbitration for the Purpose of Carrying Out the Delimitation of Maritime Areas between France and Canada, 30 March 1989, Article 2(1). Delimitation of the Maritime Areas between Canada and France (St. Pierre and Miquelon), Award of 10 June 1992, 31 I.L.M. 1145 (1992), para. 1.

¹¹⁹ Delimitation of the Maritime Areas between Canada and France (St. Pierre and Miquelon), Award of 10 June 1992, 31 I.L.M. 1145 (1992), para. 82.

¹²⁰ Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia Concerning Portions of the Limits of Their Offshore Areas as Defined in the Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Resources Accord Implementation Act and the Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, Award of the Tribunal in the Second Phase, 26 March 2002, 128 I.L.R. (2002), para. 2.25.

¹²¹ Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1993, s. 38, paras. 41-43.

¹²² Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1993, para. 56.

¹²³ Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014, s. 3, paras. 100-102.

*hili Davası'*nda sadece deniz yatağı ve toprak altını kapsayan tek bir deniz sınırını değil, aynı zamanda yan yana kıta sahanlığını kapsayan su kütlelerini de sınırlandıran çok amaçlı sınır terimini vurgulamıştır.¹²⁴ Bu bilgiler ışığında, tek deniz sınırı terimi bir sınırın belirlenmesi anlamına gelmelidir deniz tabanı ve toprak altının yanı sıra üstteki su kütleleri için eş zamanlı olarak tarafların deniz alanlarını kapsamaktadır ve bu nedenle de kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesindeki sınırını içermez.

Tek bir deniz sınırı için uygulanacak hukuk söz konusu olduğunda, *Bangladeş-Myanmar Davası'*nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, hem münhasır ekonomik bölge hem de kıta sahanlığı için tek bir sınırlandırma çizgisi çizeceğini gözlemledikten sonra, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılmasına uygulanacak Sözleşme hükümlerinin 74. ve 83. maddelerde yer aldığına işaret etmiştir.¹²⁵ *Bangladeş-Hindistan Davası'*ndaki Ek VII Hakemlik Mahkemesi, tarafların Sözleşme'nin 74(1) ve 83(1) maddelerinin 200 deniz mili içindeki münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılmasını düzenlediğini kabul ettiğini belirtmiştir.¹²⁶ *Gana-Fildişi Sahili Davası'*ndaki Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi de bu görüşü benimsemiştir.¹²⁷ Uluslararası Adalet Divanı ve diğer Hakemlik Mahkemeleri'nin açıklamaları da benzerdir. Örneğin, *Karadeniz Davası'*nda Uluslararası Adalet Divanı, BMDHS'nin 74. ve 83. maddelerinin sırasıyla münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılması ile ilgili olduğunu vurgulamıştır.¹²⁸ *Barbados-Trinidad ve Tobago Davası* Hakemlik Mahkemesi, BMDHS'nin 74(1) ve

¹²⁴ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 226.

¹²⁵ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 181.

¹²⁶ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 312.

¹²⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 277.

¹²⁸ Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 31; Land

^and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002, s. 303, para. 285.

83(1) maddelerinin sırasıyla münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılmasına uygulanacak hukuku ortaya koyduğunu belirtmiştir.¹²⁹ BMDHS'nin 74. ve 83. maddeleri sırasıyla münhasır ekonomik bölgenin ve kıta sahanlığının sınırlandırılmasını düzenliyor olarak görülmektedir; eğer bu şekilde kabul edilecekse, öncelikle 74. ve 83. maddelerin münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılması için kullanılması amaçlanıyorsa, hem münhasır ekonomik bölge hem de kıta sahanlığı için tek sınırlandırmaya uygulanabilir hukuk oldukları hakkında gerekli bir açıklama gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı, tek bir deniz sınırı kavramının çok taraflı andlaşma hukukundan kaynaklanmadığını gözlemlemiştir.¹³⁰ Ancak, herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kıta sahanlığı tek deniz sınırının bir parçası olmasına rağmen, BMDHS'nin 83. maddesi 200 deniz mili içindeki tek deniz sınırı için uygulanacak hukuk olmamalıdır. *Maine Körfezi Davası*'nda, 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesi taraflar arasında yürürlükteydi, ancak Uluslararası Adalet Divanı, 6. maddenin Divan için tek deniz sınırlandırılmasına uygulanması için herhangi bir hukuki zorunluluk getirmediği sonucuna varmıştır.¹³¹

Kıta sahanlığının sınırlandırılması ile sınırlı olan bir andlaşma yükümlülüğünün genişletilip genişletilemeyeceği tartışılmalıdır. Kıta sahanlığının sınırlandırılmasını andlaşma belgelerinin yorumlanmasını düzenleyen katı kriterlerin getirdiği sınırları açıkça aşacak bir şekilde, çok daha büyük, heterojen ve dolayısıyla temelde farklı olan bir alanla ilişkilendirmek doğru görünmemektedir.

Ayrıca, 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin 6. maddesinin tek deniz sınırının bir bileşeni olarak kıta sahanlığına doğrudan uygulanmadığı görülmektedir. Aynı mantığa göre, BMDHS'nin 83. maddesi de tek deniz sınırına uygulanmamalıdır. Uluslararası Mahkemeler 74. ve 83. maddelerin içerik olarak aynı olduğunu, ya da iki maddenin hükümlerinin aynı terimlerle ve özde ifade edildiğini vurgulamışlar-

¹²⁹ Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Trinidad and Tobago), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pcacpa.org/en/cases, Award of 11 April 2006, para. 221.

¹³⁰ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, para. 173.

¹³¹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 125.

dır.¹³² Ancak, belirli bir yöntem içermeyen hükümler ışığında, hükümlerin metinlerinin aynı olması, münhasır ekonomik ve kıta sahanlığı için ayrı ayrı çizilen iki sınırın birbiriyle çakışacağı veya çakışması gerektiği bir yana, sınırlandırma konusu münhasır ekonomik, kıta sahanlığı veya tek bir deniz sınırı olsun, belirli kuralların aynı olduğu anlamına gelmez. Örneğin, Timor Denizi'nde Doğu Timor ile Avustralya arasındaki sınırlandırmada kıta sahanlığı sınırı ile münhasır ekonomik bölge sınırı tam olarak çakışmamaktadır.¹³³ Aksi takdirde, tarafların savunmalarında hem münhasır ekonomik bölge hem de kıta sahanlığı için tek bir sınırlandırma hattının özellikle talep edilmesi gereksiz olacaktır. Uluslararası Adalet Divanı *Maine Körfezi Davası*'nda öngördüğü gibi, münhasır ekonomik bölgenin denizci Devletlerin çoğunluğu tarafından kademeli olarak kabul edilmesiyle birlikte, çok sayıda ayrı sınırlandırmanın doğasında bulunan dezavantajlardan mümkün olduğunca kaçınmak için tek bir sınırlandırma talebi artacaktır.¹³⁴ Divan'a göre,

Kıta sahanlığına ve üstteki su kütesine aynı anda uygulanması gereken bir sınırlandırma, ancak bu iki nesneden birine diğerinin aleyhine ayrıcalıklı muamele yapmayan ve aynı zamanda bunlardan herhangi birinin bölünmesine eşit derecede uygun olan bir kriterin veya kriterler kombinasyonunun uygulanmasıyla gerçekleştirilebilir.¹³⁵

Tek bir deniz sınırının niteliği, Mahkemeler tarafından deniz yatağı ve toprak altına özgü unsurların geçerliliğini reddetmek için kullanılmıştır.¹³⁶ Örneğin, *Bangladeş-Myanmar Davası*'nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, hem deniz yatağı ve toprak altı hem de 200 deniz mili sınırı içindeki kıta sahanlığını kapsayan sular için geçerli olan tek deniz sınırının konumu ve yönünün, sınırlandırma alanının

¹³² Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014, para. 179.

¹³³ Treaty between the Democratic Republic of Timor-Leste and Australia Establishing their Maritime Boundaries in the Timor Sea, signed on 6 March 2018, arts-2-4. The Treaty is Annex 28 to the Report and Recommendations of the Compulsory Conciliation Commission between Timor-Leste and Australia on the Timor Sea, 9 May 2018, pca-cpa.org/en/cases/132/.

¹³⁴ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 194.

¹³⁵ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, para. 173.

¹³⁶ Erik Franckx, "A Single Maritime Boundary: From UNCLOS III to Present-day Developments", *Marine Policy*, Amsterdam 2023, C. 148, S.1, s. 5.

deniz yatağının jeolojisi veya jeomorfolojisine göre belirlenmeyeceğini gözlemlemiş ve bu nedenle Bengal çökeltme sisteminin 200 deniz mili içindeki tek sınırlandırma ile ilgisiz olduğunu vurgulamıştır.¹³⁷ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi, yalnızca deniz yatağı ve toprak altındaki petrol faaliyetlerinin özel amacına ilişkin kanıtların, yalnızca deniz yatağı ve toprak altını değil, aynı zamanda kıta sahanlığını kapsayan su kütlelerini de sınırlayan çok amaçlı bir sınırın varlığını kanıtlamada sınırlı bir değere sahip olduğu görüşünü ifade etmiştir.¹³⁸

Netice itibariyle, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılmasının 200 deniz mili içindeki tek deniz sınırından ayrıldığı durumlarda, 83. madde 200 deniz mili ötesindeki sınırlandırma yönteminin 200 deniz mili içindeki ile aynı kalması gerektiği sonucunu desteklemek için kullanılamaz, çünkü 83. madde 200 deniz mili içindeki tek sınırlandırma için geçerli değildir ve madde herhangi bir özel sınırlandırma yöntemi öngörmemektedir.

C. Eşit Uzaklık/İlgili Durumlar Yöntemi

Kıta sahanlığının dış sınırının belirlenmesi esasen 200 deniz mili içindeki tek deniz sınırından farklıdır, çünkü bir Devletin esas hatlarından 200 deniz mili içinde kalan mesafe kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge hakkı için temel oluştururken, BMDHS'nin 76(1) maddesi uyarınca, 200 deniz mili ötesinde kıta sahanlığı hakkı doğal uzantıya bağlıdır. Doğal uzantı kavramı, kıta sahanlığı rejiminin temelini oluşturan temel bir kavram olarak ortaya atılmış,¹³⁹ ve kıta sahanlığı hakkının temeli olarak kabul edilmiştir. Uzaklığın 76. maddenin 1. paragrafına eklenmesiyle birlikte, doğal uzantı ve uzaklık, kıta sahanlığı hukuki kavramında temel unsurlar olmaya devam etmektedir.¹⁴⁰

¹³⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 322.

¹³⁸ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 226.

¹³⁹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 432.

¹⁴⁰ Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985, s. 13, para. 34.

*Bangladeş-Myanmar Davası'*nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, doğal uzantının 200 deniz milinin ötesinde kıta sahanlığına hak sahibi olmak için bağımsız bir temel olmadığını gözlemlemiştir.¹⁴¹ Mahkeme'nin görüşüne göre, 200 deniz milinin ötesinde bir kıta sahanlığı hakkı, 76. maddenin 4. paragrafı uyarınca tespit edilecek olan kıta marjının dış kenarına atıfta bulunularak belirlenmelidir.¹⁴² Yargıç Gao'ya göre, karar kıta kenarının dış kenarının tek başına 200 deniz milinin ötesinde bir kıta sahanlığına hak kazanmanın ayrı ve bağımsız bir kriterini oluşturduğunu öngörmektedir.¹⁴³ Yargıç Gao 76. maddenin cüretkâr yorumlarının yanlış olduğunu düşünmektedir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi gerekçesinde doğal uzantı kavramını hiçbir zaman tanımlamamıştır. Ancak bu durum, kavramın tanımlanmasına ihtiyaç bulunmadığı ya da kavramın pratikte uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.¹⁴⁴

Uluslararası Adalet Divanı'nın uygulaması söz konusu olduğunda, Divan 1969 tarihli *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davaları'*nda, Kuzey Denizi'nde Norveç kıyısından Norveç Kanalı ile ayrılan sahanlık alanlarının fiziksel anlamda onun doğal uzantısı olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁴⁵ *Tunus-Libya Davası'*nda ise söz konusu kıta sahanlığının her iki taraf için ortak doğal uzantı olduğu ve Trablus Oluğu olarak nitelendirilen Libya kıyılarına paralel uzanan denizaltı vadisi veya çöküntüsünün ortak doğal uzantının sürekliliğini kesintiye uğratmadığı sonucuna varmıştır.¹⁴⁶ *Maine Körfezi Davası'*nda, Maine Körfezi'nin kıta sahanlığı Maine Körfezi çevresindeki kara kütesinin

¹⁴¹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 460.

¹⁴² Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 437.

¹⁴³ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, Separate Opinion of Judge Gao, para. 90.

¹⁴⁴ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından doğal uzantının yorumlanmasına ilişkin bir eleştiri için: Oystein Jensen, "Maritime Boundary Delimitation beyond 200 Nautical Miles: The International Judiciary and the Commission on the Limits of the Continental Shelf", *Nordic Journal of International Law*, The Hague 2015, C. 84, S.4, s. 603.

¹⁴⁵ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, s. 3, para. 45.

¹⁴⁶ Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, s. 18, paras. 68, 80.

doğal uzantısı olarak tanımlanmıştır.¹⁴⁷ Doğal uzantı kavramının özel bir anlamı olmasaydı, Uluslararası Adalet Divanı'nın bu davalardaki kararları temelsiz olurdu. 200 deniz mili içinde kıta sahanlığı hakkı kıyıda coğrafi uzaklığa dayanırken, 200 deniz mili ötesindeki hak deniz yatağı ve toprak altının jeomorfolojisi ve jeolojisine dayanmaktadır. Kıta sahanlığı hakkının temeli ile sınırlandırılmasının bağlantılı olması, sınırlandırma sürecinin kıta sahanlığının 200 deniz mili içinde ve ötesinde sınırlandırılması arasında farklı olabileceğini göstermektedir.¹⁴⁸

Eşit uzaklık yöntemi söz konusu olduğunda, bu yöntemin kullanımını destekleyen iki koşul vardır yöntem, sınırlandırmaya ilişkin son davaların çoğunda mevcuttur. İlk olarak, davalar 200 deniz mili içerisindeki sınırlandırma ile ilgilidir; ikinci olarak, tek deniz sınırını ilgilendirmektedir. Bu koşullar, kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesinde sınırlandırılmasında ortadan kalkmaktadır. Eşit uzaklık yöntemi yakınlık kavramına dayandığından, kıyıda uzaklık kriteri ile yakın bir ilişkisi vardır; aynı nedenle, bu durum eşit uzaklık yöntemini doğal uzantı kavramı ile uyumsuz hale getirmektedir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın eşit mesafenin temel kıta sahanlığı doktrininin kaçınılmaz bir *a priori* eşlikçisi olmadığı yönündeki gözlemini hatırlatmakta fayda vardır.¹⁴⁹ Dış kıta sahanlığının sınırlandırılması için, eşit uzaklık yöntemini destekleyen bir karine bulunmadığı gibi, bu yönüme karşı bir karine de bulunmaktadır.

Uluslararası Hukuk Derneği 2002 tarihli bir raporunda, 76. maddede uyarınca dış kıta sahanlığının dış sınırının doğrudan karasularının taban çizgisine bağlı olmadığı, ancak kıta yamacının tabanının konumuna bağlı olduğu gerekçesiyle, kıta yamacının ayağına dayalı bir eşit uzaklık çizgisi oluşturma olasılığı üzerinde durmuştur.¹⁵⁰ Sınırlandır-

¹⁴⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 45.

¹⁴⁸ International Law Association (ILA) Committee on Legal Issues of the Outer Continental Shelf, Preliminary Report, 15 January 2002, www.ila-hq.org/index.php/committees, s. 9.

¹⁴⁹ North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 46.

¹⁵⁰ International Law Association (ILA) Committee on Legal Issues of the Outer Continental Shelf, Preliminary Report, 15 January 2002, www.ila-hq.org/index.php/committees, s. 9.

ma için başlangıç noktası olarak kıta yamacının ayağının kullanılması, hak sahipliği ve deniz sınırlandırması arasındaki bağlantı nedeniyle belirli bir teorik cazibeye sahiptir.¹⁵¹ Kıta yamacının ayakları arasında bir eşit uzaklık çizgisi inşa etme fikri bazı akademisyenler tarafından desteklenmiştir.¹⁵² Bu duruma, sorunların ortaya çıkabileceği gerekçeyle itiraz edilmiştir.¹⁵³ Kıta yamacı eşit uzaklık çizgisinin bir ayağı ile dış kıta sahanlığı hakkı arasındaki bağlantı görüldüğü kadar yakın değildir. Madde 76'ya göre, bir kıyı devleti kıta sahanlığının 200 deniz milinin ötesindeki dış sınırlarını belirlerken paragraf 4'deki¹⁵⁴ iki formül çizgisini ve paragraf 5'teki¹⁵⁵ iki kısıtlama çizgisini kullanabilir. Bunlardan sadece 60 deniz mili mesafe formülü, tarafların kıta yamacının ayakları arasında bir eşit mesafe çizgisi oluşturmak için bir temel sağlayabilir. Buna karşılık, sedimanter kayaların yüksekliği formülü, uzaklığın sınırlanması ve derinlik kısıtı eşit uzaklık çizgisine uyumsuzdur. Dolayısıyla, her iki tarafın da kıta sahanlığının dış sınırlarını

¹⁵¹ Bjarni Magnusson, "The Rejection of a Theoretical Beauty: The Foot of the Continental Slope in Maritime Boundary Delimitations Beyond 200 Nautical Miles", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2013, C. 45, S. 1, s. 48.

¹⁵² Clive Schofield/Anastasia Telesetsky/Seokwoo Lee, "A Tribunal Navigating Complex Waters: Implications of the Bay of Bengal Case", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2013, C. 44, S. 4, s. 375.

¹⁵³ Oystein Jensen, *The Commission on the Limits of the Continental Shelf Law and Legitimacy*, Brill, The Hague 2014, s. 144. Kıta yamacının ayağının komşu devletler arasındaki 200 deniz mili içindeki sınırın son noktasının deniz kıyısında olduğu durumlarda, son nokta ile kıta yamacının ayağı arasındaki sınır hangi ilkeye göre belirlenmelidir? Kıta yamacının ayağının 200 deniz mili içinde olduğu yerlerde, 200 deniz mili içindeki ve ötesindeki sınır arasındaki ilişki nedir?

¹⁵⁴ BMDHS 76(4): " a): İşbu Sözleşmenin amaçları uyarınca sahildevlet, kıta yamacı, kıta yamacının ayağı, kıta yamacının ayağı ile sabit uç noktalar arasındaki mesafenin en az yüzde birine eşit olduğu yerdeki sabit uç noktaları esas alınarak 7. paragrafa göre çizilen bir çizgi ile; veya ii) Kıta yamacı ayağından en çok 60 deniz mili uzaklıkta sabit noktalar esas alınarak, 7. paragrafa göre çizilen bir çizgi ile; b) Aksi ispatlanmadıkça, kıta yamacı ayağı, yamacın eğiminin dipte en belirgin kırılmaya uğradığı yer olacaktır". *United Nations Convention on the Law of the Sea*, opened for signature on 10 December 1982, entered into force on 16 November 1994, 1833 U.N.T.S. 397.

¹⁵⁵ BMDHS 76(5): "Deniz yatağında kıta sahanlığının dış sınırını belirleyen ve 4. Paragrafın a), i), ii) fıkralarına göre çizilen çizgiyi oluşturan sabit noktalar, ya karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 350 deniz milini veya 2500 metre su derinliği noktalarını birleştiren 2500 metre eş derinlik çizgisinden itibaren 100 deniz milini aşmayacaktır." *United Nations Convention on the Law of the Sea*, opened for signature on 10 December 1982, entered into force on 16 November 1994, 1833 U.N.T.S. 397.

belirlemek için 60 deniz mili mesafe formülünü kullandığı durumlarda, kıta yamacının dibinden bir eşit uzaklık çizgisi uygulanabilir. Ancak, böyle bir çizgi diğer durumlarda geçerli olmayacaktır.

Orantısızlık testi, dış kıta sahanlığı ile ilgili üç sınırlandırma davasında Mahkeme tarafından sonucun hakkaniyete uygunluğunu göstermek için kullanılmıştır. Ancak bu test, aşağıdaki nedenlerden dolayı dış kıta sahanlığının sınırlandırılmasında eşit uzaklık yönteminin kullanılmasını haklı çıkaramamaktadır. Orantısızlık testi son derece kolay bir testtir (hiçbir sınırlandırma başarısız olmamıştır)¹⁵⁶ ve bu nedenle ispat değeri şüphelidir. Test, ilgili alanın belirlenmesi ve hesaplanmasına ilişkin güçlü bir öznellik ile karakterize edilmektedir. *Newfoundland ve Labrador-Nova Scotia* Hakemlik Mahkemesi, ilgili alanın belirlenmesinde genellikle izlenimciliğin söz konusu olduğunu belirtmiştir.¹⁵⁷ Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ilgili alanın hesaplanmasında matematiksel kesinliğin gerekli olmadığını ve orantısızlık testinin yapılması için yaklaşık bir rakamın yeterli olduğunu vurgulamıştır.¹⁵⁸ *Bangladeş-Hindistan Davası*'nda belirtildiği üzere orantısızlığın takdiri çok öznelidir. Bu tür bir orantısızlığı neyin oluşturduğu davadan davaya değişebilir.¹⁵⁹ Çifte belirsizlik testle ilgili soru işaretleri doğurmaktadır.

Orantılılık testi dış kıta sahanlığının sınırlandırılması için uygun değildir. Testin ön koşulu, kıyı uzunluklarının taraflara ait deniz alanlarının oluşturulmasındaki rolüdür. Bununla birlikte, deniz alanına ilişkin hakkın doğal uzantı ilkesine dayandığı durumlarda, kıta sahanlığının kapsamı kıyı uzunluğundan ziyade öncelikle deniz yatağının

¹⁵⁶ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, Declaration of Judge Ad Hoc Al-Khasawneh.

¹⁵⁷ Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia Concerning Portions of the Limits of Their Offshore Areas as Defined in the Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Resources Accord Implementation Act and the Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, Award of the Tribunal in the Second Phase, 26 March 2002, 128 I.L.R. (2002), para. 5.18.

¹⁵⁸ Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018, para. 164.

¹⁵⁹ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, para. 492.

ve toprak altının doğal özelliklerine bağlıdır. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından vurgulandığı üzere, her kıyı 200 deniz milinin ötesine uzanan bir kıta sahanlığı hakkı doğurmamaktadır.¹⁶⁰ Bu durumda, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılmasında orantısızlık testini uygulamak için teorik bir temel bulunmamaktadır.

Ayrıca, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığının dış sınırları BMDHS'ye göre belirlenmemişse, testin uygulanmasında pratik zorluklar ortaya çıkabilir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi ilgili alanın tarafların çakışan yetkilerine tabi olan deniz alanlarını içermesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁶¹ 200 deniz milinin ötesinde çakışan yetki alanları, 200 deniz milinin içindekinden temelde farklıdır. Ülke olarak, birinci taraf, kıyılardan farklı mesafelere sahip olabilen tarafların kıta sahanlığının dış sınırları ile, ikincisi ise tarafların ilgili kıyılarından itibaren 200 deniz mili sınırları ile sınırlandırılmalıdır.

*Bangladeş-Myanmar Davası'*nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, ilgili alanın dış sınırlarını belirlemek için tarafların kıta sahanlığının dış sınırları kullanılmak yerine düz esas hattı tercih etmiştir.¹⁶² *Bangladeş-Hindistan Davası'*nda Hakemlik Mahkemesi, tarafların ve Myanmar'ın 200 deniz millik sınırlarının yanı sıra Bangladeş'in Birleşmiş Milletler'in Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu'na yaptığı başvuruda önerdiği kıta sahanlığının dış sınırlarını 200 deniz milinin ötesindeki çakışan hak alanını tanımlamak için kullanmış, Hindistan'ın 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının dış sınırları kullanılmamıştır.¹⁶³ *Gana-Fildişi Sahili Davası'*nda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Özel Dairesi, ilgili alanın güney sınırını belirlemek için her iki tarafın kıta sahanlığının dış sınırlarını kullanmıştır.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 439.

¹⁶¹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 493.

¹⁶² Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 495.

¹⁶³ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, s. 139.

¹⁶⁴ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 385.

Kararın 3 numaralı kroki haritası Gana tarafında iki güney sınırını göstermektedir: Mavi çizgi Fildişi Sahili tarafından önerilen kıta sahanlığının dış sınırlarını, yeşil çizgi ise Gana'nın kıta sahanlığının dış sınırlarını temsil etmektedir. İki çizgi birbirine yakın olmakla birlikte çakışmamaktadır. Ayrıca, Özel Daire'ye göre, ilgili alanın doğu sınırı, Üç Nokta Burnu'ndan başlayarak Gana kıta sahanlığının dış sınırlarına ulaşana kadar güneye doğru uzanan bir çizgidir.¹⁶⁵ Ancak 3 numaralı kroki haritada, doğu sınırının kesiştiği çizgi, Fildişi Sahili tarafından önerilen kıta sahanlığının dış sınırlarını temsil eden mavi çizgidir. Özel Daire'nin iki tarafın dış sınırları arasındaki uyumsuzluğu ele alması gerekirdi.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin *Bangladeş-Myanmar Davası*'ndaki ilgili alanı tanımlama yaklaşımı ile karşılaştırıldığında, tarafların Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu'na sundukları kıta sahanlığının dış sınırlarını kullanan yaklaşım tercih edilebilirdir. Bununla birlikte, taraflarca önerilen ve Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu tarafından kabul edilmeyen dış sınırlara dayalı ilgili alan belirsizliğini korumaktadır. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin da belirttiği gibi, Birleşmiş Milletler Kıta Sahaneliğini Sınırlandırma Komisyonu bazı tavsiye kararlarında bir kıyı devletinin başvurusunda yer alan bir alanın tamamının veya bir kısmının derin okyanus tabanının bir bölümünü oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁶⁶ *Gana-Fildişi Sahili Davası* Özel Dairesi, kıta sahanlığının 200 deniz mili ötesindeki dış sınırlarının belirlenmemiş olması nedeniyle, ilgili alanın büyüklüğüne ilişkin rakamın ancak yaklaşık bir değer olabileceğini belirtmiştir.¹⁶⁷ Belirsiz bir ilgili alana dayanan orantısızlık testi hiçbir amaca hizmet etmeyecektir.

¹⁶⁵ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 383.

¹⁶⁶ Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases, para. 439.

¹⁶⁷ Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017, para. 385.

SONUÇ

200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının sınırlandırılması-na ilişkin yöntem hala gelişiminin ilk aşamasındadır. 200 deniz mili ötesindeki sahanlık alanlarını sınırlandıran Mahkemelerin yaklaşımı, 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı için sınırlandırma yönteminin 200 deniz mili içindekinden farklı olmaması gerektiği yönünde olmuştur. Bu yaklaşım ne tek kıta sahanlığı kavramına ne de Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 83. maddesine dayandırılmaz. Eşit uzaklık/ilgili durum yönteminin uygulanabilirliğini 200 deniz mili içindeki tek deniz sınırlandırmasından 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığı sınırlandırmasına genişleterek, Mahkemeler iki tür sınırlandırma arasında var olan temel farklılıkları göz ardı etmişlerdir. Bangladeş'in de savunduğu gibi, 200 deniz mili içerisinde kabul edilen sınırın 200 deniz mili ötesindeki kıta sahanlığına doğru genişletilmesinde cazip bir sadelik olsa da hakkaniyete uygun bir çözümün her bir davanın özel koşullarına bağlı olması gerektiği fikri esas alınmalıdır.¹⁶⁸

Kıta sahanlığının fiziksel gerçekliği ve 76. maddede öngörülen kurallar nedeniyle, 200 deniz milinin ötesindeki çakışan haklar alanı 200 deniz mili içindekinden daha karmaşıktır. Bu durumda, odaklanılması gereken nokta genel uygulanabilirliğe sahip tek bir yöntem arayışı değildir. Belirli bir davada hakkaniyete uygun bir sonucun elde edilmesi amaçlanmalıdır.¹⁶⁹ *Maine Körfezi Davası*'nda UAD Dairesi, Devletlerin kıyıların deniz projeksiyonlarının birleştiği ve çakıştığı alanların eşit bir şekilde bölünmesinin hedeflenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷⁰ Daire'nin görüşüne göre, bu temel kriter özünde hakkaniyete uygundur.¹⁷¹ UAD, *Nikaragua-Honduras Davası*'nda bu kriteri tekrarlamış-

¹⁶⁸ Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014, Reply of Bangladesh, Volume I, para. 5.28.

¹⁶⁹ İLA Dış Kıta Sahanlığının Hukuki Sorunları Komitesi de dış kıta sahanlığının sınırlandırılmasıyla ilgili tüm durumların benzer şekilde mi ele alınabileceği yoksa dış sınır çizgisinin konumuna bağlı olarak farklı durumlar arasında ayırım yapılması gerekip gerekmediği sorusunu gündeme getirmiştir. International Law Association (ILA) Committee on Legal Issues of the Outer Continental Shelf, Preliminary Report, 15 January 2002, www.ila-hq.org/index.php/committees, s. 9.

¹⁷⁰ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 195.

¹⁷¹ Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984, para. 197.

tır.¹⁷² Hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmak için, yöntem belirli bir durumda temel kritere etki edebildiği sürece, eşit uzaklık yöntemi de dahil olmak üzere çeşitli yöntemler kullanılabilir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akkutay Ali İbrahim, 200 Deniz Milinin Ötesindeki Kıta Sahanlığı, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- Aksar Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Seçkin Yayınları, İstanbul 2021.
- Charney Jonathan/Alexander Lewis, International Maritime Boundaries, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 1993.
- Elferink Alex/Henriksen Tore/Busch Signe, Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?, Cambridge University Press, Cambridge 2018.
- Evans Malcolm, "Maritime Boundary Delimitation: Whatever Next?" içinde Jill Barrett/Richard Barnes, Editörler Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty, British Institute of International and Comparative Law, London 2016.
- Gökalp İbrahim, Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2008.
- Jensen Oystein, The Commission on the Limits of the Continental Shelf Law and Legitimacy, Brill, The Hague 2014.
- Liao Xuexia, The Continental Shelf Delimitation Beyond 200 Nautical Miles Towards A Common Approach to Maritime Boundary-Making, Cambridge University Press, Cambridge 2021.
- Magnusson Bjarni, The Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Delineation, Delimitation and Dispute Settlement, Brill, The Hague 2015.

Makaleler

- Anderson David, "Bay of Bengal Maritime Boundary Bangladesh v. India", *The American Journal of International Law*, New York 2015, C. 106, S. 4, s. 817-824.
- Baumert Kevin, "Article 76 of the UN Convention on the Law of the Sea: Parties and Non-Parties", *International Law Studies*, Newport 2022, C. 99, S. 1, s. 964-988.
- Bernard Leonardo, "The Problem with the Concept of Single Continental Shelf", *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, The Hague 2022, C. 7, S. 1, s. 91-109.
- Churchill Robin, "The Bangladesh/Myanmar Case: Continuity and Novelty in the Law of Maritime Boundary Delimitation", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Cambridge 2012, C.1, S.1, s. 137-152.

¹⁷² Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 287.

- Faruque Abdullah, "Judgment in Maritime Boundary Dispute between Bangladesh and Myanmar: Significance and Implications under International Law", *Asian Yearbook of International Law*, Pohang 2016, C.18, S.1, s. 62-84.
- Franckx Erik, "A Single Maritime Boundary: From UNCLOS III to Present-day Developments", *Marine Policy*, Amsterdam 2023, C. 148, S.1, s. 1-10.
- Giovanny Vega-Barbosa, "The Admissibility of Outer Continental Shelf Delimitation Claims Before the ICJ Absent a Recommendation by the CLCS", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2018, C. 49, S. 2, s. 103-117.
- Güneysü Gökhan, "Gana ve Fildişi Sahili Arasındaki Deniz Sınırına İlişkin Itlos Kararı Bağlamında Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Bazı Meseleler", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2019, C. 13, S. 1, s. 213-231.
- Jensen Oystein, "Maritime Boundary Delimitation beyond 200 Nautical Miles: The International Judiciary and the Commission on the Limits of the Continental Shelf", *Nordic Journal of International Law*, The Hague 2015, C. 84, S.4, s. 580-604.
- Jung Kim Hyun, "Natural Prolongation: A Living Myth in the Regime of the Continental Shelf?", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2014, C. 45, S. 4, s. 374-388.
- Kaldunski Marcin, "A Commentary on Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India Concerning the Bay of Bengal", *Leiden Journal of International Law*, Cambridge 2015, C. 28, S. 4, s. 799-848.
- Koshkin Valentin, "Delimitation of the Continental Shelf in the Central Arctic Ocean: Is It Possible Nowadays?", *Arctic Review on Law and Politics*, Tromso 2022, C. 13, S. 1, s. 393-406.
- Kwiatkowska Barbara, "The 2006 Barbados/Trinidad and Tobago Award: A Landmark in Compulsory Jurisdiction and Equitable Maritime Boundary Delimitation", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, The Hague 2007, C. 22, S.1, s. 7-60.
- Lando Massimo, "Delimiting the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles at the International Court of Justice: The Nicaragua v. Colombia Cases", *Chinese Journal of International Law*, Cambridge 2017, C.16, S. 2, s. 137-173.
- Lathrop Coalter, "Newfoundland and Labrador-Nova Scotia: The Latest International Maritime Boundary", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2003, C. 34, S. 1, s. 83-99.
- Magnusson Bjarni, "The Rejection of a Theoretical Beauty: The Foot of the Continental Slope in Maritime Boundary Delimitations Beyond 200 Nautical Miles", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2013, C. 45, S. 1, s. 41-52.
- Peiris Nuwan, "Ghana v. Ivory Coast. Case No. 23", *The American Journal of International Law*, New York 2018, C. 112, S. 1, s. 88-93.
- Qiu Wenxian/Gullett Warwick, "Quantitative Analysis for Maritime Delimitation: Reassessing the Bay of Bengal Delimitation Between Bangladesh and Myanmar", *Marine Policy*, Amsterdam 2017, C.78, S.1, s. 45-54.
- Schofield Clive/Telesetsky Anastasia/Lee Seokwoo, "A Tribunal Navigating Complex Waters: Implications of the Bay of Bengal Case", *Ocean Development & International Law*, Oxfordshire 2013, C. 44, S. 4, s. 363-388.

Tanaka Yoshifumi, "The Mirage of Predictability in the Law of Maritime Delimitation: A Comparative Analysis of the Bangladesh v. Myanmar and Nicaragua v. Colombia Cases", *The Journal of International Law and Diplomacy*, Tokyo 2014, C.113, S. 1, s. 1-29.

Tuerk Helmut, "Questions Relating to the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles: Delimitation, Delineation, and Revenue Sharing", *International Law Studies*, Newport 2021, C. 97, S. 1, s. 233-257.

Mahkeme Kararları

Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Trinidad and Tobago), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pcacpa.org/en/cases, Award of 11 April 2006.

Arbitration between Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, Award of 17 September 2007, pca-cpa.org/en/cases.

Arbitration between Newfoundland and Labrador and Nova Scotia Concerning Portions of the Limits of Their Offshore Areas as Defined in the Canada-Nova Scotia Offshore Petroleum Resources Accord Implementation Act and the Canada-Newfoundland Atlantic Accord Implementation Act, Award of the Tribunal in the Second Phase, 26 March 2002, 128 I.L.R. (2002).

Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh v. India), an Arbitral Tribunal under Annex VII of the LOS Convention, pca-cpa.org/en/cases, Award of 7 July 2014.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, I.C.J. Reports 1985.

Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982.

Delimitation of the Maritime Areas between Canada and France (St. Pierre and Miquelon), Award of 10 June 1992, 31 I.L.M. 1145 (1992).

Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Cote d'Ivoire), Special Chamber of the ITLOS, www.itlos.org/en/cases, Judgment of 23 September 2017.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS, Judgment of 14 March 2012, www.itlos.org/en/cases.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 1984.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2002.

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001.

Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1993.

Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009.

Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua), ICJ, www.icj-cij.org/en/case/157, Judgment of 2 February 2018.

Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2017.

Maritime Dispute (Peru v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2014.

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, I.C.J. Reports 1969.

Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016.

Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012.

Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007.

FRANSIZ DANIŞTAYI'NIN DİJİTALLEŞME OLGUSUNA BAKIŞI

DIGITALIZATION IN THE EYES OF FRENCH COUNCIL OF STATE

Halim Alperen ÇITAK*

Özet: Fransız Danıştayı (*Conseil d'État*) her yıl, kamu yönetimi ve hukuk açısından önem taşıyan belli konular üzerine yıllık raporlar (*études annuelles*) yayımlamaktadır. Son on yıl zarfında hazırlanan raporlardan üçü, dijitalleşme olgusuyla doğrudan bağlantılı meselelere ayrılmıştır. Bu raporlar aracılığıyla Fransız Danıştayı, dijital platformlar ve sosyal medya gibi alanlarda kamu gücünün tezahürlerine ve bu tezahürler karşısında temel hakların korunmasına ilişkin bakış açısını ortaya koymaktadır. Raporlarda ayrıca uygulamada karşılaŐılması muhtemel sorunlara yönelik somut çözümler önerileri de geliştirilmektedir. Bu makalede 2014, 2017 ve 2022 tarihli yıllık raporlar ele alınmakta ve Fransız Danıştayı'nın dijitalleşme olgusunu nasıl kavradığına dair değerlendirmelerde bulunmaktadır. İncelenen yıllık raporlar Fransız Danıştayı'nın yalnızca bir yüksek mahkeme değil aynı zamanda toplum ve devlet hayatını ilgilendiren meseleleri yakından takip ederek hukuk politikasına yön veren bir müessese olduğunu göstermektedir. Raporlarda; devletlerin stratejik özerkliğinin tehdit eden, çalışanlarını sosyal güvenlikten mahrum bırakan, kullanıcılarının kişisel verilerini ticarileştirerek kâr amacı güden ve tekelleşmeye meyilli platformlar kapitalizmi yerine; kamunun denetiminde, işbirlikçi, katılımcı ve dayanışmacı bir dijitalleşmenin imkânı araştırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Platformlar, Platformlar Kapitalizmi, Uberleşme, Sosyal Ağlar, Kamu Politikası, Temel Hakların Korunması

Abstract: The French Council of State (*Conseil d'État*) publishes annual reports (*études annuelles*) on selected topics which have importance in terms of both public administration and law. Three of the reports prepared over the last decade are devoted to problems directly related to digitalization. Through these reports, the French Council of State reveals its perspective on the manifestations of public power in areas such as digital platforms and social media and

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, halim.citak@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8355-4815, Makalenin Gönderim Tarihi: 04.09.2023, Kabul Tarihi: 04.12.2023

the protection of fundamental rights in the face of these manifestations. These reports also propose some concrete solutions for possible problems to be occurred. In this article; annual reports of 2014, 2017 and 2022 are discussed and evaluations are made on how the French Council of State perceives the phenomenon of digitalization. Examination made throughout this article demonstrates that the French Council of State is not only a high court, but also an institution which closely follows the issues concerning public life and directs the policy of law. Platform capitalism threatens the strategic autonomy of states, deprives employees of social security and commercializes the personal data of users. It is prone to monopolization as well. By these three reports, the French Council of State investigates the possibility of a collaborative and participatory type of digitalization under the supervision of the public authorities.

Keywords: Digital Platforms, Platform Capitalism, Uberization, Social Networks, Public Policy, Protection of Fundamental Rights

GİRİŞ

Modern-demokratik ülkelerde kamu idaresine yüklenen ve ifa edilmediği takdirde idarenin sorumluluğunu doğuran iki temel vazife vardır: Kamu hizmetlerinin sunulması ve kamu düzeninin muhafaza edilmesi. İdarenin gerek kamu hizmetlerini sunmak gerek kamu düzenini muhafaza etmek bakımından etkin faaliyet gösterebilmesi, toplum hayatını şekillendiren bütün değişim ve dönüşümleri yakından takip etmesine ve onlara uyum sağlamasına bağlıdır. Teknolojik gelişmelerin, söz konusu değişim ve dönüşümler arasında son derece önemli bir yer tuttuğu ise izahattan varestedir. Bu gelişmeler hem idarenin işleyiş biçimini değiştirmek hem temel hak ve hürriyetlerin korunmasına dair yeni tartışmalar doğurmak itibarıyla, idare hukukunun ilgi alanına girmektedir.

Fransız Danıştayı (*Conseil d'État*)¹ her sene, idarî ve hukukî açıdan önem arz eden seçilmiş konular üzerine *yıllık raporlar* (*études annuelles*)²

¹ Metnin devamında orijinal isim olan Conseil d'État kullanılacaktır.

² Esasında *étude* kelimesi, çalışma anlamına gelmektedir. Fakat yıllık çalışma tabiri Türkçede istenen anlamı vermediği için rapor sözcüğü tercih edilmiştir. Conseil d'État her sene, idari yargıda açılan davalarla ilgili istatistikleri ve önemli içtihatları içeren faaliyet raporları (*rappports d'activité*) da yayımlamaktadır. Yıllık rapor ifadesiyle işbu faaliyet raporlarının değil, *études annuelles*'in kastedildiğini belirtmek gerekir. Benzer bir çeviri için bkz. Emrah Özcan/Emre Erman, "Bir Çalışma Ziyaretinin Notları: Bugünkü Görünümü ve Genel Çizgileriyle Fransız İdari Yargı Sistemi", *Danıştay Dergisi*, Sayı: 152, Yıl: 2020, s. 106.

yayımlamaktadır. Son on yıl zarfında hazırlanan raporlardan üçünün dijitalleşme olgusuyla doğrudan bağlantılı meselelere ayrılması, billhassa dikkat çekicidir.³ *Conseil d'État* bu raporlar vesilesiyle, dijital platformlar ve sosyal medya gibi alanlarda kamu gücünün tecellisine ve bu tecelli karşısında temel hakların korunmasına ilişkin bakış açısını ortaya koymaktadır. Raporlarda ayrıca uygulamada karşılaşılabilecek muhtemel sorunlara yönelik somut çözüm önerileri de geliştirilmektedir.

Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde Fransa, Türk kamu yönetimini ve idare hukukunu etkileyen ülkelerin başında gelmektedir. Yıllık raporların muhtevası, bu sebeple, Türkçe literatüre de katkı sağlayacak niteliktedir. Okuyucularını söz konusu içerik hakkında genel olarak bilgilendirme amacı taşıyan bu çalışmada; 2014, 2017 ve 2022 tarihli yıllık raporlar ele alınacak ve *Conseil d'État*'nin dijitalleşme olgusunu kavrama biçimine dair tespitler yapılacaktır.⁴

I. DİJİTAL ÇAĞDA TEMEL HAKLAR

İncelenecek birinci rapor⁵ 2014 tarihli olup “*Dijital Çağda Temel Haklar (Le numérique et les droits fondamentaux)*” başlığını taşımaktadır.⁶

³ Conseil d'État, söz konusu üç rapordan önce (1997 yılında) “İnternet ve Dijital Ağlar (Internet et les réseaux numériques)” başlıklı bir rapor daha yayımlamıştır. Raporla ulaşmak için bkz. Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques, Étude annuelle, La documentation française, Paris, 1997, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/internet-et-les-reseaux-numeriques>, Erişim Tarihi: 15.07.2023. Conseil d'État ayrıca, yıllık rapor niteliğinde olmamakla birlikte, Başbakan'ın özel isteği üzerine yapay zekâ konusunda 2022 tarihli detaylı bir rapor hazırlamıştır. Söz konusu rapora ulaşmak için bkz. Conseil d'État, Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance, Étude à la demande du Premier ministre, 2022, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/intelligence-artificielle-et-action-publique-construire-la-confiance-servir-la-performance>, Erişim Tarihi: 15.07.2023.

⁴ Raporlarda yalnızca Fransa'yı veya Avrupa Birliği üyesi ülkeleri ilgilendiren yahut bu çalışmanın kaleme alındığı zaman itibarıyla güncelliğini kaybetmiş birçok spesifik meseleyle de yer verilmektedir. Aşağıda bunlara değinilmeyecektir.

⁵ Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, Étude annuelle, La documentation française, Paris, 2014, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>, Erişim Tarihi: 15.07.2023. (Droits)

⁶ Fransızcada dijital anlamına gelen numérique kelimesi, isim olarak da kullanılmaktadır. İngilizcede digital sözcüğünün böyle bir kullanımı bulunmadığı için, raporun resmi İngilizce özetinde başlık “Fundamental Rights in the Digital Age” şeklinde çevrilmiştir. Türkçe açısından da benzer bir durum söz konusu olduğun-

Rapor için dönemin *Conseil d'État* Başkanı⁷ Jean-Marc Sauvé tarafından kaleme alınan takdim yazısı, başkanlığını yaptığı müessesenin, içinden geçtiğimiz dijitalleşme sürecini nasıl algıladığına dair önemli ipuçları vermektedir.⁸ Yaşanan süreci “teknolojik devrim” olarak adlandıran Sauvé, bu devrimin, etkileri itibarıyla matbaanın icadına denk olduğu kanaatinde. İnternet teknolojilerinin yarattığı sanal ortam / dijital dünya ise, hukukçuların önünde bir “terra incognita” olarak durmaktadır. Toplum ve onu kavrayan hukuk düzeni, daha önce görülmemiş ölçüde büyük bir değişimle karşı karşıyadır. Kamu hukukunun geleneksel çatışmaları (antinomileri) derinleşmiş, bireysel özgürlükleri kamu düzeninin gerekleriyle telif etmek daha da güçleşmiştir. Yeni sorunlara çözüm bulmak, sağduyu ve yaratıcılık gerektirmektedir. Sauvé, gerçekleşen devrimin tek tek devletleri aşan / onların ötesinde bir boyuta sahip olduğuna ise defaatle işaret etmektedir.

Bugün dünyada yaygın olarak benimsenen siyasi örgütlenme modeli (ulus-devlet) ve onun tarafından yaratılan modern hukuk düzeni; XV. yüzyıldan XIX. yüzyıla uzanan bir dizi gelişmenin neticesi olarak doğmuştur.⁹ Sauvé'nin dijitalleşmeyi söz konusu dönemde gerçekleşen matbaanın icadı ile bir tutması ve yine aynı döneme denk düşen Coğrafi Keşifler boyunca sıklıkla kullanılan *terra incognita* tabirine¹⁰ referans vermesi, dijitalleşmenin modernite-sonrası yeni bir dönemi başlatacak ve modern hukuk düzenini temelinden değiştirecek bir hadise olarak telakki edildiğini göstermektedir.

dan, bu çalışmada İngilizce özet esas alınarak “Dijital Çağda Temel Haklar” ifadesi tercih edilmiştir. İngilizce özet için bkz. Conseil d'État, “Fundamental Rights in the Digital Age”, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>, Erişim Tarihi: 15.07.2023.

⁷ Sembolik açıdan hükumete bağlı bir müessese olması sebebiyle, Conseil d'État'da fiilen başkanlık görevini yürüten kimseye vice-président (başkan yardımcısı) unvanı verilmektedir. Bu kişi Türkiye'de Danıştay Başkanı'na tekabül ettiği için başkan ifadesi tercih edilmiştir.

⁸ Conseil d'État, Droits, s. 5-7.

⁹ Söz konusu gelişmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Gianfranco Poggi, *The Development of the Modern State*, Stanford, 1978; Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010.

¹⁰ Antik çağda Batlamyus'un kaleme aldığı Coğrafya adlı eserde geçen ve Türkçede bilinmeyen yer/bölge anlamına gelen bu tabir, XV. yüzyılda yeniden dolaşıma girerek kâşifleri yönlendiren bir kavrama dönüşmüştür. Ronald S. Love, *Maritime Exploration in the Age of Discovery: 1415-1800*, Westport, 2006, s. 130-131.

A. Yeni Haklar, Yeni Yorumlar

Raporun birinci bölümünde; dijitalleşme olgusunun, mevcut temel hakların yorumlanma ve kullanılma biçiminde değişiklikler yarattığı ve böylece yeni bazı temel hak kategorilerini ortaya çıkardığı tespit edilmektedir.¹¹ Rapora göre dijitalleşme, iki temel hakka vücut vermiştir: kişisel verilerin korunması hakkı ve internete erişim hakkı. Bu haklar, başlangıçta özel hayatın gizliliği / mahremiyet ve ifade hürriyetinin uzantısı gibi görülse de ilgili oldukları özgün sorunlar sebebiyle daha geniş bir içerik kazanmış ve artık müstakil temel haklar olarak değerlendirilmeye başlamıştır.¹²

Kişisel verilerin korunması hakkına dair uluslararası ve ulusal hukuk kurallarını aktaran raporda hakkın, kısa geçmişine rağmen, birçok düzenlemeye konu olduğu tespit edilmektedir¹³. Hakka ilişkin bütün bu düzenlemeler; ilgilinin rızasının alınması, meşru amaçlar için işleme, ancak gerekli süre kadar muhafaza edilme, özel nitelikli / hassas verilerin toplanmasının yasaklanması ve hakkı gözetecek bağımsız idari otoritelerin kurulması gibi başlıca bazı ilke ve teminatların kabulü hususunda ortaklaşmaktadır.¹⁴ *Conseil d'État*, biyometrik pasaportlar hakkında bir düzenleyici işleme (*décret*) karşı açılan davada verdiği *Association pour la promotion de l'image* kararında, ulusal ve uluslararası düzenlemelerden çıkan müşterek esasları sentezlemiştir. Karar uyarınca kamusal otoritelerin kişisel verileri toplaması, saklaması ve işlemesi; yalnızca kanunun izin verdiği hallerde, meşru amaçlar doğrultusunda ve bu meşru amaçlarla orantılı bir şekilde yapılmak kaydıyla mümkün olabilecektir.¹⁵

İlk kez ABD Yüksek Mahkemesi'nin 26.06.1997 tarihli *Reno vs. American Civil Liberties Union* kararında,¹⁶ ifade hürriyetinin bir uzantısı olarak kendisini gösteren internete erişim hakkı, rapora göre

¹¹ Conseil d'État, Droits, s. 41-152.

¹² Conseil d'État, Droits, s. 70.

¹³ Conseil d'État, Droits, s. 70.

¹⁴ Conseil d'État, Droits, s. 85-86. Raporda söz konusu güvence ve ilkelerin Avrupa kişisel verileri koruma hukukuna temel oluşturduğu tespit edilirken, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunun aynı alanda çok farklı esaslar benimsediği de hatırlatılmaktadır. Conseil d'État, Droits, s. 72-74.

¹⁵ CE, Ass., 26 octobre 2011, n° 317827, Rec. p. 505. (Conseil d'État, Droits, s. 86).

¹⁶ *Reno vs. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

(<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/case.pdf>)

Fransa'da yaklaşık iki yıl sonra, Anayasa Konseyi'nin (*Conseil constitutionnel*) 10.06.2009 tarih ve 2009-580 DC numaralı kararıyla¹⁷ gündeme gelmiştir. Kararda İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin haberleşme hakkına ilişkin 11. maddesi, internete erişim hakkını da içerecek şekilde yorumlanmıştır. İnternete erişimin bir temel hak olarak kabulü, bu erişim bağlamında bireylere ve şirketlere eşit muamele etme zorunluluğunu ifade eden ağ tarafsızlığı (*neutralité du net / net neutrality*) tartışmalarını da beraberinde getirmektedir.¹⁸ Birinci bölümde bu tartışmalar, detaylı bir şekilde ele alınmaktadır.¹⁹

Dijitalleşmenin yükselişi, mevcut temel hakların kullanılması üzerinde de etkiler doğurmaktadır. Rapora göre dijitalleşme; ifade hürriyeti ve teşebbüs hürriyeti gibi temel hakları destekleyici, kişi güvenliği ve fikri mülkiyet gibi hakları ise tehdit edici bir rol oynamaktadır. Dijitalleşmenin desteklediği temel haklar bakımından sınırlama, tehdit ettiği temel haklar bakımından ise koruma sorunları ortaya çıkmaktadır.²⁰ Örneğin internet öncesi dönemde ifade hürriyetinin sınırlanması rejimi, ifadenin hangi araçla (yazı, ses, görüntü gibi) gerçekleştirildiğine bağlı olarak ayrı ayrı düzenlenmekteydi. İnternet ortamı bütün bu araçların aynı anda kullanılabilmesine imkân verdiği için sınırlamanın nasıl (hangi esaslar dâhilinde) yapılacağı konusu da muğlaklaşmıştır.²¹ Bütün bu güçlükler ve dijitalleşmeye önyak olan bazı çevrelerin aksi yöndeki beklentisine rağmen, internetin hukuk-dışı ve devlet kontrolünün tamamen sıfırlandığı bir alan olmadığı da anlaşılmıştır. Devletler, insanların faaliyet gösterdiği diğer birçok sahada olduğu gibi, internet üzerinde de hâkimiyet kurma kapasitesi olduğunu ispat etmiştir.²²

¹⁷ CC, Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009580DC.htm>)

¹⁸ Conseil d'État, Droits, s. 90-92. Ağ tarafsızlığı, internet servis sağlayıcılarının içerik sağlayıcılar arasında ayrımcılık yapmamasını öngören bir ilkedir. İlk olarak ABD'de hukuk profesörü Tim Wu tarafından dile getirilen bu ilke, ülke uygulamasında yakın zamana kadar kabul görmüş fakat Donald Trump döneminden itibaren kısmen terk edilmiştir (bazı eyaletlerde ağ tarafsızlığına ilişkin yasal düzenlemeler mevcuttur). Britannica, "Net Neutrality", <https://www.britannica.com/topic/net-neutrality>, Erişim Tarihi: 17.07.2023; "Neutralité du net: une question économique ou démocratique?", Vie Publique, <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18846-neutralite-du-net-une-question-economique-ou-democratique>, Erişim Tarihi: 17.07.2023.

¹⁹ Conseil d'État, Droits, s. 93-97.

²⁰ Conseil d'État, Droits, s. 98.

²¹ Conseil d'État, Droits, s. 98-104.

²² Conseil d'État, Droits, s. 132.

B. Çift Yönlü Etkiler

Raporun ikinci bölümünde hem olumlu hem de olumsuz etkileri bulunması itibarıyla çift yönlü (*ambivalent*) bir vakıa olarak nitelenen dijitalleşmenin, hâlihazırdaki temel hakların korunması rejimi üzerinde tekraren düşünmeyi gerektirdiği vurgulanmaktadır.²³ Dijitalleşme hukukta ciddi değişikliklere yol açmış, ancak bu değişiklikler henüz bir denge noktasına (*point d'équilibre*) ulaşamamıştır. Zira hukuk, teknolojik gelişmelere cevap vermeye / onları kavramaya çalışırken, başka yeni gelişmeler ortaya çıkmaktadır. Hukukun geride kalışı, bu alanın bizzat (özü bakımından) çift yönlü olmasının sonucudur. Dijital teknolojiler üzerinde yasama yahut yürütme organı tarafından belli bir riski önlemek için alınacak her tedbirin, o teknolojinin doğuracağı birçok faydayı yok etme ihtimali bulunmaktadır.²⁴

Kişisel verilerin korunması alanında mevcut düzenlemeleri yeniden düşünmeyi ve sürekli güncellemeyi gerektiren riskler, raporda altı madde halinde teşhis edilmiştir:²⁵

- Kişisel verilerin sahibinin iradesi dışında yayılması.
- Doğrudan doğruya bireyleri hedef alan kişiselleştirilmiş reklamların gün geçtikçe artması.
- Müşterileri kişisel verilerini kullanarak farklılaştırma gibi istismarcı ticari pratiklerin çoğalması.
- Kişilerin itibarının; sigorta yaptırımalarını, kredi almalarını veya iş bulmalarını kısıtlayacak şekilde sarsılması.
- Verilerin doğrudan doğruya şahıslara veya mülkiyete zarar vermek üzere kullanılması.
- Kamusal otoritelerin kamu düzenini ve milli güvenliği koruma bahanesiyle kişisel verileri aşırı kullanması.

Teşhis edilen bu risklerin giderilmesi için, raporda dört ilave çözüm yolu önerilmiştir:²⁶

²³ Conseil d'État, Droits, s. 153-260.

²⁴ Conseil d'État, Droits, s. 153.

²⁵ Conseil d'État, Droits, s. 159-162.

²⁶ Conseil d'État, Droits, s. 179.

- Kişilere kendi verilerinin kullanılmasını daha fazla kontrol etme kabiliyeti verecek teknolojilerin sunulması.
- Yazılımı ve onunla bağlantılı nesnelere tasarlayanlardan son kullanıcılara uzanan ve veri işleyen sorumluluğunu tamamlayıcı bir sorumluluklar zincirinin (*chaîne de responsabilités*) tanımlanması.
- Kişisel verilerin sirkülasyonuna özel önem verilmesi.
- İç ve dış denetimlerle güvence altına alınmak üzere, şekli beyan mantığından *düzenlemelere devamlı uygunluk* mantığına geçilmesi.

Dijitalleşme, iletişimin izlenmesi ve denetlenmesi bakımından kamu otoritelerine yeni imkânlar sunmaktadır. Bu durum, özgürlük-güvenlik dengesini bozma potansiyeli sebebiyle, mevcut koruma mekanizmalarının gözden geçirilmesini gerektirmektedir. Raporda Avrupa Adalet Divanı'nın 08.04.2014 tarihli *Digital Rights Ireland* kararı,²⁷ mezkûr gözden geçirme ihtiyacına örnek olarak gösterilmektedir.²⁸ Bu kararlar; üye devletlerin, haberleşme operatörlerine kullanıcılara ait bağlantı verilerini altı aydan iki yıla kadar saklama yükümlülüğü getirmesini öngören 15.03.2006 tarih ve 2006/24/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin geçersizliğine hükmedilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre; ciddi / ağır suçların takibi, tespiti ve soruşturulması amacıyla getirilen bu genel yükümlülük; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 7. ve 8. maddelerinde düzenlenen özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması haklarına ölçsüz bir müdahale teşkil etmektedir. Karar uyarınca böyle bir saklama yükümlülüğü, genel ifadelerle değil, ancak bireylere çeşitli teminatlar sunan özel ve detaylı bir düzenleme yapılmak suretiyle getirilebilecektir.

Ağ tarafsızlığı (*neutralité du net / net neutrality*) konusunda raporun birinci bölümünde ele alınan tartışmalar, ikinci bölümde bir sonuca bağlanmaktadır: *Conseil d'État*, ağ tarafsızlığı ilkesinin pozitif hukuka derç edilmesi taraftarıdır.²⁹ Raporun yayımlanmasından yaklaşık bir yıl sonra çıkarılan 25.11.2015 tarih ve 2015/2120 numaralı Avrupa Birli-

²⁷ CJUE, GC, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0293>)

²⁸ Conseil d'État, Droits, s. 197-201.

²⁹ Conseil d'État, Droits, s. 217-218.

ği regülasyonu,³⁰ ağ tarafsızlığını teminat altına almayı amaçlamıştır.³¹ Ertesi sene (2016) Fransa'da yürürlüğe giren *Dijital Cumhuriyet Kanunu* (*Loi pour une République numérique*)³² ise, bu ilkeyi pozitif hukuka açıkça dâhil etmiş ve detaylı bir şekilde düzenlemiştir (m. 40 ila 47). İkinci bölümde ayrıca dijital platformların erişim sağlayıcılardan ayrı bir hukuki statüye sokulması ve kullanıcılarına karşı sadakat yükümlülüğüne (*obligation de loyauté*) tabi tutulması önerilmiştir.³³ Sonraki yıl çıkarılan *Dijital Cumhuriyet Kanunu*, bu hususu da ayrıca düzenlemiştir (m. 49 ila 53). Söz konusu gelişmeler, bir müessese olarak *Conseil d'État*'in pozitif hukuku öngörme (ve hatta biçimlendirme) kabiliyetine işaret etmektedir. Başka bir deyişle, *Conseil d'État*'in yıllık raporlarını okuyarak Fransız pozitif hukukunun hangi yöne evrileceğini tahmin etmek mümkündür.

Conseil d'État, klasik sesli-görüntülü yayınlar (radyo-televizyon) alanındaki regülasyon faaliyetine ilişkin teorik temellerin, internet üzerinden yapılan sesli-görüntülü yayınlar bakımından tam anlamıyla geçerli olmadığı kanaatindedir. Bu sebeple raporda, iletişim operatörlerine genel internet ortamında yapılan sesli-görüntülü bütün yayınların içeriğini (hukukî olup olmamaları yönünden) ayrıştırma ödevi yüklenmesinin gerçekçi olmadığı, böyle bir ödevin ancak özelleşmiş servisler için getirilebileceği ifade edilmektedir.³⁴

İkinci bölümde, dijital platformlarca kullanılan algoritmaların hangi esaslara tabi olacağına dair düşüncelere de yer verilmiştir. Algoritmalar, özgürlükler açısından üç risk kaynağını bünyesinde barındırmaktadır:³⁵

- İnternet kullanıcısının, bizzat kontrol edemediği bir *kişiselleştirme* alanı içerisinde mahpus kalması.

³⁰ Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120>).

³¹ Emmanuel Derieux, "Le principe de « neutralité du Net » en droit européen", *La revue européenne des médias et du numérique*, N°54bis-55, Automne 2020, <https://la-rem.eu/2021/01/le-principe-de-neutralite-du-net-en-droit-europeen?action=genpdf&id=15270>, Erişim Tarihi: 17.07.2023, s. 1-2.

³² Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000033202746>)

³³ Conseil d'État, Droits, s. 219.

³⁴ Conseil d'État, Droits, s. 231-233.

³⁵ Conseil d'État, Droits, s. 234-236.

- Algoritma sonuçlarının nesnel ve yanılmaz olduğuna yönelik yanlış bir inancın yaratılması.
- Kişisel verilerin kullanıcıya hissettirilmeksizin (sinsi bir şekilde) kötüye kullanılmasından yeni hakkaniyet sorunlarının doğması.
- Raporda, algoritmaların kamu otoritelerince nasıl denetlenebileceği konusunda ise üç yöntem önerilmektedir:³⁶
- Algoritmalar vasıtasıyla karar verme süreçlerinde etkin insan müdahalesinin temin edilmesi.
- Bir kişi hakkında / kişinin aleyhine sonuç doğurabilecek kararların algoritmalar aracılığıyla alınması halinde şeffaflığı sağlayacak ve usuli güvenceler sunacak tedbirlerin devreye sokulması.
- Özellikle gayrimeşru ayrımcılıkların tespit edilmesini içerecek şekilde, algoritmalar tarafından üretilen sonuçlar üzerindeki denetimin geliştirilmesi.

Dijitalleşme, ulusal sınırları aşan bir fenomendir. Bu durum, milletlerarası özel hukukun sıradan vatandaşların hayatına daha önce hiç olmadığı kadar girmesi anlamına gelmekte ve hukuk kurallarının yer bakımından uygulanması (mülkîlik - *territorialité*) bakımından sorunlar doğurmaktadır. Hukukun sadeleştirilmesi ve erişilebilir kılınması gerekliliğine dikkat çekilen raporda, vatandaşların temel haklarını ve özellikle adil yargılanma haklarını korumak için dijital ortamlardan kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin bazı maddî hukuk kurallarının (özellikle kişisel verilerin korunmasına ve milli güvenlik amacıyla getirilecek işbirliği yapma zorunluluğuna ilişkin kuralların) *doğrudan uygulanan kurallar (lois de police - overriding mandatory rules)*³⁷ olarak ni-

³⁶ Conseil d'État, Droits, s. 237-239.

³⁷ Doğrudan uygulanabilir kurallar (başka bir ifadeyle *müdahaleci kurallar*), Kıta Avrupası milletlerarası özel hukuk doktrininde geliştirilen bir yaklaşımdır. Yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde bu kurallar, *lex causae* ne olursa olsun, forum devletinin menfaati gereği uygulanırlar. Kendi uygulama alanını bizzat belirleyen bu kuralların iç hukuk kuralı olarak hizmet ettikleri menfaatin, milletlerarası ilişkilerde de varlığını sürdürdüğü kabul edilir. Başka bir deyişle forum devletinin doğrudan uygulanabilir kurallar vasıtasıyla korunmasını istediği menfaat o kadar güçlüdür ki, normalde uyuşmazlığa tatbik edilecek hukuk, aslında yabancı bir ülkenin hukuku bile olsa, forum devleti bundan sarfınazar ederek uyuşmazlığa kendi hukuk kuralını uygulamaktadır. Sibel Özel, "Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 2, Yıl: 2022, s. 967.

telendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁸ Böylece devletlerin tarafların milliyetinden yahut ikametgâhından bağımsız olarak sınırları içerisindeki bütün ihtilaflara aynı kuralları tatbik etmesi ve temel hakların korunması rejiminin parçalanmaması temin edilmiş olacaktır.

C. Temel Hakların ve Kamu Yararının Hizmetinde Bir Dijitalleşme

Raporun üçüncü ve son bölümünde, dijitalleşme olgusunu bireysel haklara ve kamu yararına hizmet eden bir enstrümana dönüştürmenin imkânı sorgulanmaktadır.³⁹ Bölüm, kişisel verileri koruma hukukunun yetersizliğine ilişkin bir tespitle başlamaktadır: Mevcut haliyle bu hukuk, kişilere sadece veri işleme sürecinin tamamen dışında kalma imkânı tanımaktadır ki, bu da insanların -pratik sebeplerle- neredeyse hiçbir zaman tercih etmedikleri / etmek istemeyecekleri bir seçenektir. Yapılması gereken, bireyleri sunulan hizmetin içeriği ve kendi verilerinin nasıl işleneceği konusunda daha belirleyici bir pozisyona taşımaktır. Bireyin güçlendirilmesini ve özerkleştirilmesini esas alan bu yaklaşım dâhilinde gerçekleştirilecek kamusal müdahaleler, temel hakların savunulması bağlamında vatandaşların hareket kabiliyetini de artıracaktır.⁴⁰ Dijital teknolojiler; sağlık, kültür, güvenlik ve idarî usulün basitleştirilmesi gibi birçok alanda ciddi faydalar sağlayabilir. Devlet ve kamu tüzel kişilerinin bu faydaları hayata geçirmek için yine hukuki bir çerçeveye ve hukuki araçlara ihtiyacı vardır. Üçüncü bölümde söz konusu hukuki çerçevenin ve muhtemel hukuki araçların neler olabileceği üzerinde de durulmaktadır.⁴¹

Conseil d'État, kişisel verilerin hukukî niteliği hususunda mülkiyetçi görüşü reddetmektedir. Kişisel verileri mülkiyet hakkının konusu kılan bu görüş,⁴² bireylerin finansal çıkarlarını düşünerek verilerinin

³⁸ Conseil d'État, Droits, s. 240.

³⁹ Conseil d'État, Droits, s. 261-332.

⁴⁰ Conseil d'État, Droits, s. 261-262.

⁴¹ Conseil d'État, Droits, s. 262-263.

⁴² Mülkiyetçi görüş, konuya iktisadi açıdan yaklaşmakta ve daha çok Anglo-Sakson hukuk sistemine (Common Law) mensup ülkelerde kabul görmektedir. Bu görüş de kendi içinde kişisel veriyi şey / eşya olarak vasıflandıran yaklaşım ve kişisel veriyi fikrî mülkiyet olarak nitelendiren yaklaşım olmak üzere iki alt fraksiyona ayrılmaktadır. Sinan Sami Akkurt, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, 2020, s. 22-25.

işlenmesi konusunda daha duyarlı ve dikkatli davranacağı düşüncesiyle savunulmaktadır. *Conseil d'État*, bireylerin veri işleyenlere karşı güçlendirilmesi lüzumunu kabul etmekle beraber, mülkiyetçi görüşün, kamusal otoritelerin düzenleme alanını kısıtlamak itibarıyla işleri daha da içinden çıkılmaz hale getireceği kanaatinde. Bireylere kişisel verileri üzerinde tanınması gereken hak, mülkiyet hakkından ziyade, öz-belirleme hakkı (*droit à l'autodétermination*) olmalıdır.⁴³ Raporda Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 1983 yılında benzer görüşleri ortaya koyduğu meşhur *Nüfus Sayımı Kararı*'na da atıf yapılmaktadır. Vatandaşlara ilişkin son derece ayrıntılı bilgilerin anketler aracılığıyla toplanmasını ve toplanan bilgilerin muhtelif idari makamlarla paylaşılmasını öngören Nüfus Sayımı Kanunu'nu (*Volkszählungsgesetz*) iptal eden bu kararda; *bilgilerin geleceğini belirleme hakkı (informationelle Selbstbestimmung)*, insan onurunun ve kişiliği serbestçe geliştirme hakkının bir gereği olarak vazedilmektedir.⁴⁴

Dijitalleşmeyi temel haklara hizmet eden bir sürece dönüştürme bağlamında kişilerin hareket kabiliyetinin artırılması, rapora göre bireysel ve kolektif olmak üzere iki düzeyde ele alınmalıdır. Bireysel düzey için getirilen başlıca öneriler şunlardır:⁴⁵

- Veri koruma otoritelerine (Türkiye'deki Kişisel Verileri Koruma Kurumu gibi), bireylerin kendi verilerinin kullanılmasında kontrolünü güçlendirecek teknolojileri teşvik etme görevinin verilmesi.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Google Spain* kararıyla⁴⁶ tanınan, internet ortamındaki içeriğin arama motorlarında listelenmemesini talep etme (unutulma) hakkının (*droit au déréférencement*) etkin bir şekilde hayata geçirilmesi.
- Kişisel verilerin korunmasına özgü bir ihbar hakkının (*droit d'alerte*) düzenlenmesi.

⁴³ Conseil d'État, Droits, s. 264-269.

⁴⁴ Elif Küzeci, "İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 32, Yıl: 2014, s. 53-56.

⁴⁵ Conseil d'État, Droits, s. 274-283.

⁴⁶ CJUE, GC, 13 mai 2014, Google Spain SL. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0131>)

Kolektif düzey için getirilen başlıca öneriler ise şöyledir:⁴⁷

- Kişisel verilerin korunması konusunda belli tüzel kişilerin mahkemeden ihlalin durdurulmasına yönelik yargısal emir almasına imkân veren bir toplu dava türünün yaratılması.
- Veri koruma otoritelerinin bütün bildirimlerine / beyanlarına ve veri işleme izinlerine açık erişim sağlanması.
- Dijital platform kullanıcılarının, kullandıkları siteye hangi içeriklerin konulabileceğini düzenleyen editoryal kuralların belirlenmesi sürecine katılımının temin edilmesi.
- Veri koruma otoritelerine, dijital teknolojiye ilişkin etik sorunlar / meseleler üzerine düzenli olarak kolektif tartışmalar yürütme görevinin verilmesi.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuki çerçeve, kişisel verilerin bugüne nazaran daha az dolaşımında bulunduğu ve daha kısıtlı bir ekonomik değer arz ettiği yıllarda çizilmiştir. Ortaya çıkan yeni tehditler karşısında temel hakların güvence altına alınabilmesi için *Conseil d'État*'ın, kamusal otoriteler tarafından alınmasını önerdiği bazı tedbirler, aşağıdaki gibidir:⁴⁸

- Kişisel verilerin istatistiksel yeniden-kullanımının, bu verilerin güvenli bir şekilde anonimleştirilmiş olması şartına bağlanması.
- Veri koruma otoritelerinin veri sorumlularına yönelik danışmanlık ve destek fonksiyonunun güçlendirilmesi.
- İşlenmesi en riskli olan veri kategorilerinin tespit edilerek bu alanlarda denetimi artıracak ön-konsültasyon (*consultation préalable*) ve süreli / periyodik ruhsatlandırma gibi yöntemlerin benimsenmesi.
- Bir birimden (kurum, kuruluş, şirket, dernek gibi) başka birimlere veri koruma otoritesinden izin alınmaksızın transfer edilmiş kişisel verilere istinaden yapılan hukukî işlemlerin mutlak hükümsüzlüğünün kabul edilmesi.
- Barındırma hizmeti (*hosting*) sunanlara ve dijital platformlara, daha önce geri çekilmiş içeriklerin yeniden görünür olmasını belirli bir süre için önleme yükümlülüğünün getirilmesi.

⁴⁷ Conseil d'État, Droits, s. 283-288.

⁴⁸ Conseil d'État, Droits, s. 289.

- Dijital teknolojilerin kullanılmasından doğan ve ilgililerin normalde yargı yoluna gitmek yerine haklarından vaz geçmeyi yeğleyecekleri *küçük uyuşmazlıklarda (petits litiges)* arabuluculuk (*médiation*) yolunun öngörülmesi.
- Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin elindeki bütün veri tabanlarının, anonimleştirilmek suretiyle erişime açık hale getirilmesi.

II. KAMU GÜCÜ VE DİJİTAL PLATFORMLAR: UBERLEŞMEYE EŞLİK ETMEK

Çalışma kapsamında incelenecek ikinci rapor,⁴⁹ 2017 yılında hazırlanmış olup “*Kamu Gücü ve Dijital Platformlar: Uberleşmeye Eşlik Etmek (Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l’ubérisation)*” başlığını taşımaktadır. Başlıkta kullanılan ve bu çalışmada *uberleşme* şeklinde Türkçeleştirilen *ubérisation*, meşhur bir start-up olan *Uber* firmasının adından türetilerek Fransızcanın söz varlığına yeni girmiş bir kelimedir. *Larousse* sözlüğüne göre *ubérisation* sözcüğü; “*aynı hizmeti daha düşük fiyatlarla, çoğunlukla internetteki rezervasyon platformları aracılığıyla ve maaşlı çalışanlardan ziyade serbest çalışanlar eliyle sunan yeni bir oyuncunun gelişile bir şirketin veya faaliyet sektörünün ekonomik modelinin sorgulanması*” anlamına gelmektedir.⁵⁰ Sözlüğe göre kelimenin fiil hali olan *ubériser* ise “*mevcut bir ekonomik modeli, özellikle dijital platformları kullanmak suretiyle işe yaramaz hale getirmek*” anlamı taşımaktadır.⁵¹ Uberleşme olgusu karşısında Fransız sisteminin güçlü ve zayıf yanlarını tespit ederek hukuk politikasına yön vermeyi amaçlayan⁵² raporun hemen başında, önceki raporlardan farklı olarak,⁵³ dijital platformlara ilişkin bazı teknoloji terimlerinin açıklandığı küçük bir sözlüğe de yer verilmiştir.⁵⁴

⁴⁹ Conseil d’État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l’ubérisation*, Étude annuelle, La documentation française, Paris, 2017, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/puissance-publique-et-plateformes-numeriques-accompagner-l-uberisation>, Erişim Tarihi: 18.07.2023. (Ubérisation)

⁵⁰ Larousse, “Ubérisation”, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ub%C3%A9risation/188213>, Erişim Tarihi: 18.07.2023.

⁵¹ Larousse, “Ubériser”, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ub%C3%A9riser/188418>, Erişim Tarihi: 18.07.2023.

⁵² Conseil d’État, *Ubérisation*, s. 31.

⁵³ Conseil d’État, *Ubérisation*, s. 7.

⁵⁴ Conseil d’État, *Ubérisation*, s. 25-28.

A. Platformlar Kapitalizmine Doğru

Raporun birinci bölümü, hukukî bir analiz yapmaktan ziyade, dijital platformların mahiyetini ve sosyo-ekonomik etkilerini ele almaktadır. *Conseil d'État*'a göre dijital platformların, içerisinde ekonomik ilişkilerin yoğunlaştığı bir mübadele ekosistemi olarak öne çıkmasını sağlayan dört temel özelliği vardır.⁵⁵

- Çok sayıda insanı, herhangi bir ek maliyet olmaksızın, üreticilerle tüketiciler arasında mübadeleyi artıracak şekilde örgütleyebilmesi.
- Kullanıcıya sunulacak hizmetin mümkün olduğunca (neredeyse tamamen) bireyselleştirilmesine dayanan bir ekonomik model getirmesi.
- Kullanıcılar arasında, mübadelenin katlanarak artmasını sağlayan bir güven ilişkisi kurması.
- Platform aracılığıyla gerçekleştirilen işlemlerin maliyetinin geri çevrilemez bir şekilde sifıra yaklaşması.

Uberleşme sürecinde dijital platformlar, geleneksel ekonomideki araçların yerine geçmekte ve onların kârından pay almaktadır. Rekabeti artıran uberleşme, aynı zamanda kamu gücü tarafından hâlihazırda tanzim edilmiş sektörlere ilişkin hukukî boşlukları, tutarsızlıkları ve yetersizlikleri de açığa çıkarmaktadır.⁵⁶ İktisadî etki doğurarak uberleşme sürecinde rol oynayan dijital platformlar, raporda beş kategori altında toplanmıştır:⁵⁷

- Ortak malların (*biens communs*) üretilmesi için kurulan platformlar (*Wikipedia* gibi)
- Maliyet veya masraf paylaşım platformları (*BlaBlaCar* gibi)
- İştirak ekonomisi (*économie contributive*) platformları (*Waze* gibi)
- Aracılık / simsarlık platformları (*Amazon* gibi)
- Faaliyet / iş görme platformları (*Uber* gibi).

⁵⁵ Conseil d'État, *Ubérisation*, s. 37-39.

⁵⁶ Conseil d'État, *Ubérisation*, s. 41-45.

⁵⁷ Conseil d'État, *Ubérisation*, s. 48-49.

Conseil d'État'ya göre dijital platformlarca yaratılan ağ ekonomisi, XIX. yüzyılın başlarından beri egemen olan sınaî ekonominin piramit biçimindeki / hiyerarşik örgütlenme modelini temelinden sarsmaktadır. Yaratılan yeni ekonomi, toplumda yükselen iştirakçi ve paylaşımcı beklentilere hitap etmektedir. Bununla birlikte, dünya çapındaki platformların yine iktisadî ve kapitalist amaçlar çerçevesinde kurulduğu / işletildiği ve söz konusu platformlarca oluşturulan küresel-yatay ağın da kamu gücü tarafından düzenlenmesi gereken yeni derebeylikler / feodal yapılar üretebileceği unutulmamalıdır.⁵⁸ Platform ekonomisini biçimlendiren ve güçlendiren yapay zekâ (algoritmalar), nesnelere interneti ve blok zincir gibi teknolojilerin her biri, muhtelif toplumsal beklentileri / ihtiyaçları karşılamakla beraber, kişisel verilerin korunması, güvenlik ve etik gibi alanlarda kamu gücünün müdahalesini icap ettiren birçok sorun da doğurmaktadır.⁵⁹

B. Ekonomik Parçalanmadan Hukukî Değişimlere

İkinci bölüm, uberleşme olgusunun hukuk alanındaki etkilerine odaklanmaktadır. *Conseil d'État*; platformlar ekonomisinin, devletin iktisadî hayata müdahalesine ilişkin mevcut hukukî formları bozduğu kanaatinde. Piyasa ekonomisinin merkezî kavramı olan fiyat, platform ekonomisinde bulanık hale gelmiştir. Zira dijital platformlar, doğaları itibarıyla saf ve mükemmel anlamda bir pazar olmaktan uzaktır. Kullanıcı verileri, platform ekonomisinin yan-ürünüdür. Bu ekonomide oluşan fiyat, söz konusu verilerin iktisadî değerini içermediği için, aslında kullanıcıların ödediği gerçek bedele karşılık gelmemektedir. Ağ etkisi (*effet de réseau*) ise başka bir sorundur. Herhangi bir dijital platform, belli bir eşiği aştıktan sonra, ağ etkisi sebebiyle bir anda sektöre hâkim olarak tekelleri bir karakter kazanabilmektedir. Bu durum, platform ekonomilerinin de kamu gücü tarafından, yenilenmiş bir hukukî çerçeve içerisinde düzenlenmesi ve denetlenmesi gerektiğini göstermektedir.⁶⁰

Tüketici hukuku başta olmak üzere, vergi hukuku ve ticaret hukuku gibi birçok alana ait hukuk kurallarının uygulanması, *profesyonel olan ile profesyonel olmayan* arasında yapılan teorik ayrıma bağlıdır.

⁵⁸ Conseil d'État, *Ubérisation*, s. 52-55.

⁵⁹ Conseil d'État, *Ubérisation*, s. 55-68.

⁶⁰ Conseil d'État, *Ubérisation*, s. 71-74.

Platform ekonomisinde ise çok sayıda insan; kâh üretici, kâh tedarikçi, kâh satıcı sıfatıyla hareket eder. Kendiliğinden / spontane biçimde oluşan söz konusu insan topluluklarının nitelendirilmesi de mümkün değildir. Bu durum, hukukî yükümlülükler bakımından, geleneksel şekilde faaliyet gösteren aktörlerle dijital platformlar arasında bir asimetriye de yol açmaktadır. Geleneksel-sınai ekonomide idarî kamu hizmetleri kapsamında gerçekleştirilen denetimin ve tahsilat işlemlerinin muhatabı, merkezî-hiyerarşik yapılardır. Söz konusu denetim ve tahsilat mekanizmalarının, platform ekonomisinde ortaya çıkan eşitler-arası / denkler-arası (*de pair à pair*) etkinliklere nasıl uyarlanacağı, raporda dikkat çekilen başka bir tartışma konusudur.⁶¹ Yukarıda incelenen 2014 tarihli yıllık raporun işaret ettiği hukukun mülkiliğine ilişkin sorunlar da, burada tekraren gündeme getirilmektedir.⁶²

Dijital platformlar, ücretli çalışmayı tamamen ortadan kaldıramamıştır. Bununla birlikte, meslekî faaliyetin ağırlık merkezini ücretli çalışmadan atipik istihdama tedrici olarak kaydıran hâlihazırdaki eğilimi hızlandırmıştır. Geleneksel-sınai ekonomi için tasarlanan yürürlükteki hukuk düzeninde, ücretli çalışma ile bağımsız çalışma (serbest meslek) arasında bir ikilik vardır. *Conseil d'État*'a göre artık fazlasıyla radikal hale gelen bu ikiliğin aşılması gerekmektedir. Fransa'da ve diğer birçok Avrupa ülkesinde dijital platformlar kapsamında çalışanlar, yargı yoluna giderek, kendilerinin bağımsız çalışan (serbest meslek erbabı) olarak değil, işçi olarak nitelendirilmelerini talep etmektedir. Böyle bir yeniden-nitelendirme yaparak söz konusu ilişkiye iş hukukunu uygulamanın hem dijital platformlar hem de bu platformlar kapsamında çalışanlar açısından ciddi sonuçları vardır. Zira dijital platformların yarattığı ekonomik model, iş hukukunun mevcut haline zaten temelden aykırıdır. Fransa'da bugüne dek iş ve sosyal güvenlik mevzuatında bazı değişiklikler yapılmış, ancak bunlar da doğal sınırlarına ulaşmıştır. *Conseil d'État*, dijital platformları tamamen yasadışı ilan etmenin gerçekçi bir fikir olmadığı kanaatindedir. Rapora göre platform çalışanlarına özgü bir statü yaratılması veya gerçekleştirilen faaliyetin niteliğinden / statüsünden ziyade tek tek çalışan kişilere ve onların meslekî kariyerine odaklanan bir sosyal güvenlik sisteminin tasarlanması daha yerinde bir çözüm olacaktır.⁶³

⁶¹ Conseil d'État, Ubérisation, s. 76-81.

⁶² Conseil d'État, Ubérisation, s. 82-83.

⁶³ Conseil d'État, Ubérisation, s. 84-89.

Uberleşme, çalışanları ve üreticileri küçük parçalara ayırarak geleneksel sosyal dayanışma bağlarını koparmıştır. Buna mukabil; internet üzerinden örgütlenen, işbirlikçi, iştirakçi / kooperatifçi ve evrensel yeni bir tür dayanışma (e-dayanışma) ortaya çıkmıştır. Bu yeni dayanışma türü sosyal medya kampanyaları, forumlar, gruplar ve çevrimiçi dilekçeler (imza kampanyaları) şeklinde kendisini göstererek sosyal ve katılımcı demokrasiyi canlandırmaktadır. Dijital platform çalışanları, özellikle karşılaştıkları idarî / hukukî güçlükleri aşmak için iş birliğine gitmekte, ihtiyaç duydukları evrak ve bilgileri birbirleriyle ücretsiz olarak paylaşmaktadır. *Conseil d'État*, bir karşı-güç oluşturarak çalışanların elini güçlendiren bu yeni dayanışma biçiminin, temel hakların korunması bakımından önemli olduğu kanaatinde-dir.⁶⁴

Kamu gücü kullanan makamlar, kamu tüzel kişileri, kamusal otoriteler ve bir bütün olarak kamu hizmeti de uberleşme olgusundan azade değildir. Güvenlik, çevre, insan onuru veya temel haklar gibi ortak / kamusal değerlerin korunması ihtiyacının hâlâ devam etmesi, kamu gücü kullanan makamların ve onların sundukları kamu hizmetlerinin olduğu gibi kalacağı anlamına gelmemektedir. Uberleşme, otorite-devlete meydan okumaktadır. Raporla uberleşmenin, bir otorite olarak devletin bazı işlevlerini zorladığına işaret edilmektedir. Örneğin sertifikasyon (ruhsatlandırma, belgelendirme ve onaylama) işlevinin kamusal makamların tekelinden çıkma ihtimali vardır. Verili bir referans sistemine göre bir niteliğin mevcudiyetini veya bir durumun uygunluğunu tespit etmekten ibaret olan sertifikasyon işlevinin artık devletin hiçbir dahli olmaksızın, dijital platformlar tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür. Kamu gücü, bu alandaki otoritesini tekrar kazanabilmek için yeni yöntemler bulmak zorundadır. Hükümet tarafından geliştirilen *FranceConnect* uygulaması,⁶⁵ söz konusu yeni yöntemlerin başarılı olabileceğini göstermektedir.

⁶⁴ Conseil d'État, *Ubérisation*, s. 90-93.

⁶⁵ FranceConnect, Fransız Hükümeti tarafından ücretsiz olarak sunulan ve vatandaşların kendilerini diğer dijital kamu hizmetlerine elektronik olarak tanıtmak için mevcut kimlik bilgilerini kullanmalarına izin veren merkezi bir kimlik otoritesidir. FranceConnect sayesinde tasarımcıların, kullanıcıları için bir elektronik kimlik doğrulama sistemi geliştirmelerine gerek kalmamaktadır. Devlet böylece internet ortamında Facebook / Google aracılığıyla bağlan yerine FranceConnect aracılığıyla bağlan seçeneğini yaygınlaştırmaya çalışmaktadır. "Tout savoir sur FranceConnect", FranceConnect, <https://franceconnect.gouv.fr/franceconnect>, Erişim Tarihi: 20.07.2023.

Genel ve ortak ihtiyaçların dijital platformlar aracılığıyla klasik kamu hizmetlerine nazaran çok daha ucuz bir şekilde karşılanabilmesi, kamu hizmetlerinin örgütlenme biçiminde de değişikliğe gidilmesi sonucunu doğuracaktır. Devlet, mevcut hiyerarşik / piramit biçimindeki yapısını gevşeterek, kendisini platformların platformuna (bir nevi meta-platforma) dönüştürmek zorunda kalabilir.⁶⁶

C. Kamu Gücü, İnovasyon ve Hukuk

Raporun üçüncü ve son bölümünde, uberleşme olgusunun yarattığı hukukî sorunların çözümüne yönelik somut öneriler geliştirilmektedir. Toplam yirmi bir öneri arasından seçilmiş bazı öneriler şunlardır:⁶⁷

- Hem dijital platformda hem de fiziksel olarak (gerçek dünyada) gerçekleştirilen ekonomik faaliyetlere uygulanacak hukukun birliği ilkesinin benimsenmesi (her iki faaliyet türüne de uygulanacak bir hukukî çerçevenin oluşturulması).
- İşçilerin Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı (*Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*) kapsamında, bütün çalışanlara aynı sosyal haklardan yararlanabilme imkânının tanınması.
- Tüketici hukukundaki *profesyonel / meslekî kavramının, bir mal veya hizmetin tüketilmesi* eylemi merkeze alınarak yeniden inşa edilmesi.
- Yapay zekâ algoritmaları kullanan dijital platformlar için oto-regülasyon işlevi görmek üzere, Isaac Asimov'un üç robot yasasına benzer temel prensipler geliştirilmesi ve uygunluk / hesap verebilirlik denetiminin bu prensipler üzerinden yapılması. Algoritmaların işleyişi bakımından sadakat ve sorumluluk prensiplerinin kabul edilmesi.
- Herkese dijitalleşme eğitimi hakkı tanınması (herkesin dijitalleşme konusunda yeterince bilgi sahibi olmasına yönelik bir eğitim sistemi).
- Bireysel / küçük girişimcilerin önündeki idarî / bürokratik engellerin ortadan kaldırılması.

⁶⁶ Conseil d'État, Ubérisation, s. 94-104.

⁶⁷ Conseil d'État, Ubérisation, s. 143-148.

- Dijital platformların, vergiye tabi işlemlere ilişkin verilerini ilgili idarelere sunmakla yükümlü tutulması. Dijital platformlar üzerinden elde edilen gelirlerin diğer faaliyetler neticesinde elde edilen gelirlerle eşit bir şekilde vergilendirilebilmesi için mevzuatın gözden geçirilmesi.
- *Unicorn* niteliğindeki girişimlerin ortaya çıkması için özel yatırım fonları gibi finansman kaynaklarının artırılması.
- Araştırma programları ve endüstriyel programlar aracılığıyla *start-up*'ları destekleyecek ajansların oluşturulması.
- Dijital platform çalışanlarının haklarını savunma kabiliyetini artıracak (işçilerin sendikaları gibi) yeni temsil biçimlerinin teşvik edilmesi.
- Bireylerin (işçi, serbest meslek erbabı gibi) statülerden bağımsız olarak çalışma hayatlarının / kariyerlerinin tamamında elde ettikleri sosyal hakları kapsayacak bir kişisel faaliyet hesabının (*compte personnel d'activité*) oluşturulması.
- Dijital platformların alternatif teşkil etmeye (rakip olmaya) başladığı kamu hizmetlerinin tespit edilerek hizmetin örgütlenme ve sunulma biçiminde gerekli değişikliklerin yapılması.
- Kamu personelinin görev yaptıkları alana ilişkin teknolojik / dijital gelişmelere dair bilgi sahibi olmasını ve bu bilgilerin güncellenmesini sağlayacak hizmet içi eğitimlere sürekli biçimde tabi tutulması.
- Dijital ağların korunması faaliyetinin açıkça bir kamu hizmeti olarak öngörülmesi.
- Yapılacak bütün hukukî reformların öncesinde, ilgili sektördeki tüm aktörlerden oluşan ve hızlı çalışan organlar oluşturulması ve getirilecek kuralların meşruiyetinin, gerekliliğinin ve orantılılığının bu organlar marifetiyle detaylı olarak incelenmesi. Böylece eski ve yeni ekonominin oyuncularını arasında adaletin sağlanması.

III. SOSYAL AĞLAR: KAMU GÜCÜNE YÖNELİK SORUNLAR VE İMKÂNLAR

İncelenecek son rapor,⁶⁸ 2022 tarihli olup “Sosyal Ağlar: Kamu Gücüne Yönelik Sorunlar ve İmkânlar (*Les réseaux sociaux: enjeux et opportunités pour la puissance publique*) başlığını taşımaktadır. *Conseil d’État* Başkanı Didier-Roland Tabuteau, takdim yazısında raporun cevap aradığı soruları şöyle sıralamaktadır: Sosyal ağ nedir? Başlıca sosyal ağlar, hangi teknolojik ve ekonomik modele dayanmaktadır? Sosyal ağların topluma sunabileceği imkânlar ve toplum için arz ettiği tehlikeler nelerdir? Kamusal otoriteler, sosyal ağları hangi amaçlar çerçevesinde, ne ölçüde ve hangi araçlarla regüle etmelidir?

Tabuteau’ya göre sosyal ağların regülasyondan tamamen azade olması gibi bir seçenek, gerçek / günlük hayatta kazandıkları fiilî önemden dolayı, artık söz konusu değildir. Devletler, uzun süredir sosyal medya platformlarına müdahale etmemeyi yeğlemiş ve bu platformlardan kendilerini bizzat regüle etmelerini (*auto-régulation*) beklemiştir. Ne var ki sosyal ağların kendi kendine yapmaya çalıştığı regülasyonun yetersiz kaldığı, gereği gibi işlemediği ve hatta skandallara yol açtığı ortaya çıkmış durumdadır.⁶⁹

Avrupa Birliği, Fransa’nın dönem başkanlığında *Dijital Piyasalar Yasası*⁷⁰ (*Digital Markets Act*)⁷¹ ve *Dijital Hizmetler Yasası* (*Digital Services Act*)⁷² isimli iki regülasyonu yürürlüğe koymuştur. Dijital Piyasalar Yasası, dijital ortamı adil ve rekabetçi kılma amacıyla, Avrupa Komisyonu nezdinde merkezleşmiş ve özellikle büyük platformlara asimetric yükümlülükler ve yasaklar getiren bir regülasyon modeli öngörmektedir. Dijital Hizmetler Yasası ise, platformların içerikler açısından

⁶⁸ Conseil d’État, *Les réseaux sociaux: enjeux et opportunités pour la puissance publique*, Étude annuelle, La documentation française, Paris, 2022, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/reseaux-sociaux-placer-l-utilisateur-au-centre>, Erişim Tarihi: 21.07.2023. (Réseaux sociaux)

⁶⁹ Conseil d’État, *Réseaux sociaux*, s. 9-10.

⁷⁰ Çeviride *yasa* kelimesi, ilgili düzenlemelerin ulusal düzeydeki kanunlarla karıştırılmaması için kullanılmıştır.

⁷¹ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>)

⁷² Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>)

moderatör rolünü korumak ve onlara genel bir içerik denetimi görevi vermemekle beraber; büyük platformlara daha ağır olmak üzere, bütün dijital platformlara şeffaflık ve uygunluğa / tutarlılığa ilişkin bazı yükümlülükler getirmektedir. Tabuteau'ya göre önümüzdeki yıllar, söz konusu düzenlemelerin uygulamadaki başarısını göstermek itibarıyla önem taşımaktadır. Raporun hazırlanmasında, Fransa'nın öncülük ettiği bu düzenlemelerin başarısına katkı sağlama amacının da etkili olduğu anlaşılmaktadır.⁷³

A. Bir Fenomen Olarak Sosyal Ağlar: Söz Altına Dönüşürken⁷⁴

Birinci bölüm, öncelikle *sosyal ağ* olgusunu tarif etmeye çalışmaktadır. Çok-yönlü nitelik arz eden sosyal ağların muhtelif türleri bulunmaktadır. Bazı sosyal ağlar daha kamusal (halka açık) iken, bazıları daha sınırlı bir kitleye hitap etmektedir. Bazıları profesyonel / meslekî kullanıma, bazıları boş zaman aktivitelerine daha uygundur. Tartışma ve içerik paylaşımı; bazı sosyal ağların ana / birincil, bazı sosyal ağların ise ikincil / ek işlevidir. Raporda *sosyal medya* veya *mesajlaşma / sohbet platformu* gibi ifadelerin tercih edilmeme sebebi de söz konusu çeşitliliiktir.⁷⁵

Conseil d'État, *sosyal ağlar (réseaux sociaux)* tabirini, yukarıda değinilen çeşitliliği ihata edecek şekilde, geniş bir anlam vererek kullanmaktadır. Dijital Piyasalar Yasası'nın da benzer bir yaklaşımla kaleme alındığı görülmektedir. Gerçekten de Dijital Piyasalar Yasası'nın 2. maddesinde aynı tabire yer verilmekte ve sosyal ağ, "*son kullanıcıların; başta sohbetler, yayınlar, videolar ve öneriler olmak üzere çeşitli araçlar vasıtasıyla birbirleriyle bağlantı kurmasına, paylaşım yapmasına, iletişime geçmesine ve birlikte keşfetmesine imkân sağlayan platform*" şeklinde tanımlanmaktadır. Raporda bu tanımın, herhangi bir normatif metinde yapılan ilk sosyal ağ tanımı olduğuna da ayrıca dikkat çekilmektedir.⁷⁶

Kamuoyunu aydınlatma amacıyla, birinci bölümde sosyal ağların bazı özellikleri hakkında bilgiler de verilmektedir. Bu kapsamda sosyal ağlara dâhil olma / kayıt koşulları ve sosyal ağların işlevleri ele alınırken, sosyal ağların kişisel veri ve algoritma kullanımına dayalı-

⁷³ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 10.

⁷⁴ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 27.

⁷⁵ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 33-38.

⁷⁶ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 38-41.

nan çalışma biçimleri de ortaya konmaktadır.⁷⁷ Raporda sosyal ağlar, içerdikleri ekonomik modelin nitelikleri açısından da incelemektedir. Buna göre sosyal ağlardaki ekonomik model, genellikle *kazanan çoğunu / en büyük parçayı alır (le gagnant prend l'essentiel)* formülünü güçlendirecek şekilde işlemektedir. Bu noktada, sosyal ağların yarattığı problemleri daha iyi anlamak açısından, iki sosyal ağ türünü birbirinden ayırt etmek gerekir. Sözde *halka açık* ve *ana akım* olarak anılan bazı sosyal ağlar, aslında tek bir merkezden örgütlenmekte, -ücretsiz erişim sağlayıp aksi yönde bir yanılısma yaratmalarına rağmen- kâr amacı gütmekte ve veri ticareti yapmaktadır. Bazı sosyal ağlar ise daha adem-i merkezîyetçi biçimde organize olmakta ve daha katılımcı-işbirlikçi bir çalışma tarzını benimsemektedir.⁷⁸

Birinci bölümde son olarak, sosyal ağlara uygulanacak hukuk kuralları incelenmektedir. Sosyal ağlar, tek / spesifik bir hukukî kategori teşkil etmez. Aksine, sosyal ağlara ilişkin muhtelif meselelere taalluk eden çeşitli hukukî kategoriler bulunmaktadır. Teknik / mühendislik boyutuyla telekomünikasyon, kişisel veri, algoritmalar ve yapay zekâ kategorilerini ilgilendiren sosyal ağlar, bir piyasa oyuncusu olarak aynı zamanda rekabet ve ticaret hukukunun uygulama alanına girmektedir. Kullanıcılarıyla akdî bir ilişki kurmasından dolayı sosyal ağların, sözleşme ve tüketici hukukuna ilişkin bir boyutu da vardır. Sundukları tartışma ve içerik paylaşımı imkânı sebebiyle sosyal ağlar; ifade hürriyetinin, özel hayatın, kamu düzeninin, iç güvenliğin, fikrî mülkiyetin ve çocuklar gibi dezavantajlı grupların korunmasına yönelik kurallara da tabidir.⁷⁹

Sosyal ağlar hukuku (*droit des réseaux*), yukarıda işaret edildiği gibi parçalı bir yapı arz etse de *Conseil d'État*'a göre müşterek değerlerden oluşan bir temele sahiptir. Adı geçen muhtelif hukukî kategorilerin / hukuk alanlarının gözettiği bu ortak değerler; teşebbüs hürriyeti, ifade hürriyeti, iletişim özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve kamu düzeninin korunmasıdır.⁸⁰ Sosyal ağların hukukî rejimi, hâlâ devam eden ve birbirini etkileyen üç hareket / eğilim / akım tarafından şekillendirilmektedir. Söz konusu akımların ilki, özel bir hak kategorisi olarak tek-

⁷⁷ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 41-47.

⁷⁸ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 47-50.

⁷⁹ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 54-65.

⁸⁰ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 55-57.

nolojik dijital buluş hakkını (*droit à l'invention technique du numérique*) ve onu takiben dijitalleşme hukukunu (*droit du numérique*) yaratan harekettir. İkincisi, ekonomik ilişkilerde aracılık faaliyetinin yeni formlarına yönelerek platformlar hukukunu (*droit des plateformes*) doğuran ve Dijital Piyasalar Yasası ve Dijital Hizmetler Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle zengin bir içerik kazanan harekettir. Üçüncüsü ise, sosyal ağların getirdiği yeni meseleler ışığında geleneksel hakları köklü biçimde dönüştüren / geliştiren ve gerek bireyler gerekse toplum için bütüncül ve tutarlı / insicamlı bir hukukî çerçeve sağlamaya yönelik harekettir.⁸¹ Sosyal ağların mevzubahis üç akım tarafından şekillendirilen hukukî rejiminin tamamlanmasına, Avrupa Birliği düzeyinde yürürlüğe konulacak bazı yeni metinlerle (Yapay Zekâ Yasası - *Artificial Intelligence Act*, Medya Özgürlüğü Yasası - *Media Freedom Act*, Veri Yasası - *Data Act* ve Elektronik Mahremiyet Regülasyonu - *Electronic Privacy Regulation* gibi) katkı sunulacaktır.⁸²

B. Teknoloji Karşısında Kendini Baştan Yaratmaya Çalışan Kamu Gücü

Raporun ikinci bölümü, sosyal ağların yarattığı sorunları ve kamusal otoritelerin bu sorunlar karşısında geliştirdiği çözümleri teşhis etmektedir. Bu bölümde ayrıca, kamu gücünün müdahalesine hâlâ ihtiyaç duyulan diğer meseleler de belirlenmektedir.

Teşhis edilen ilk sorun, Fransa'nın (ve Avrupa'nın) stratejik özerkliğine (*autonomie stratégique*) ilişkindir. Sosyal ağlar; teknolojik üstünlükleri, ekonomik büyüklükleri ve yüzlerce milyon kişiden elde ettikleri veriler sayesinde devletlere karşı son derece güçlü bir pozisyon kazanmıştır. Dünya çapında yaygın kullanıma sahip sosyal ağların büyük ölçüde ABD ve Çin kaynaklı olması, diğer ekonomik aktörlerin yanı sıra Avrupa devletlerinin stratejik özerkliğini de tehdit etmektedir. Ortaya çıkan bu yeni *dünya güçlerine* karşı, Avrupa Birliği düzeyinde aksiyon alınması gerekmektedir. Alınacak tedbirler, Avrupa Bulutu (*European Cloud*) gibi teknolojik alternatiflerin geliştirilmesini de içermelidir.⁸³

⁸¹ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 53.

⁸² Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 99-101.

⁸³ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 107-118.

Raporda tespit edilen diğer sorun, demokrasiye ve kamusal müzakere ortamına ilişkindir. Vatandaşlar, sosyal ağlar sayesinde fikirlerini daha güçlü bir şekilde ifade etme olanağı bulmaktadır. Özellikle seçimler esnasında bu platformlar, önemli bir iletişim aracı haline gelmektedir. Söz konusu olumlu etkilerine rağmen sosyal ağlar; manipülasyonlara, dezenformasyon kampanyalarına ve toplumsal istikrarı bozma teşebbüslerine de zemin teşkil etmektedir. Kamusal müzakere ortamının işleyiş tarzını değiştiren sosyal ağlar, bir yandan bireysel fikir alış-verişlerini artırarak başta toplumun kenarına itilmiş azınlıklar olmak üzere herkesin sesini duyurmasına imkân vermekte, öte yandan kamusal müzakereyi atomize ederek temsili demokrasiye zarar vermeyi amaçlayan aşırı / ekstrem grupların görünürlük ve popülerlik kazanmasına yol açmaktadır. Büyük sosyal ağlar, kullanıcılarının platformda daha çok zaman geçirmesini sağlamak ve reklam gelirlerini artırmak için düşmanca ve önyargılı paylaşımları öne çıkaran algoritmalar kullanmaktadır. *Conseil d'État*, bütün bu koşullar altında, ifade hürriyetini ve sağlıklı bir kamusal müzakere ortamının aynı anda korunmasının hiç de kolay bir iş olmadığını kanaatindedir.⁸⁴

Sosyal ağlar, bireylerin dünya ile kurduğu ilişkiyi temelinden değiştirmektedir. Raporda bireysel kimlik ve mahremiyet, başka bir problemlili alan olarak teşhis edilmektedir. Özel hayatın sınırları, sosyal ağların ortaya çıkışından beri yeniden çizilmektedir. İmaj yönetimi, artık sadece ünlülerin değil, herkesin başlıca kaygısı haline gelmiştir. Kişilerin itibarı, sosyal ağ ortamında birkaç tık darbesiyle yıkılabilmektedir. Bu kapsamda dijital ölüm, kimlik bilgilerinin korunması, yaş doğrulaması, dijital ayak izleri gibi kişisel mahremiyetle bağlantılı başka birçok mesele de ortaya çıkmaktadır.⁸⁵

Raporda sosyal ağların çalışma hayatına, çevreye, çocuklara ve kamu selametine (*tranquillité publique*) etkileri de ele alınmaktadır. Kamuya açık ve yaygın kullanılan sosyal medya platformları başta olmak üzere, sosyal ağlar reklamcılık sektörünü dönüştürmüş, veri pazarını büyütmüş ve sosyal dinleme (*social listening*), topluluk yönetimi (*community management*), etkileyici pazarlama (*influencing*), içerik üretimi (*content creation*) veya tık işçiliği (*click workers*) gibi yeni mesleklerin

⁸⁴ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 118-131.

⁸⁵ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 133-138.

/ faaliyet alanlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Sosyal ağlar, 2022 itibarıyla küresel sera gazı emisyonununun %4'ünden sorumludur. Bu oranın 2040 itibarıyla %7'ye çıkacağı tahmin edilmektedir. Çocukların yaşadığı ekran bağımlılığı, öz-saygı kaybı, kaygı bozukluğu, sosyal izolasyon, pornografiye maruz kalma ve çevrimiçi taciz gibi birçok sorun, sosyal ağlar tarafından tetiklenmektedir. İtibar suikastlarının, şahsî ölçüm teşebbüslerinin ve hilenin / dolandırıcılığın artması gibi olgular ise, *Conseil d'État*'a göre sosyal ağların kamu selameti bakımından yarattığı risklerdir.⁸⁶

Yol açtığı sorunların yanı sıra, ikinci bölümde sosyal ağların kamusal faaliyet açısından sunduğu imkânlarla da dikkat çekilmektedir. Sosyal ağlar aracılığıyla idare ile kamu hizmetinden yararlananlar arasındaki ilişkiler yenilenerek daha şeffaf / akışkan hâle getirilebilir. Bugün *Conseil d'État* dâhil olmak üzere, *SNCF* (Fransız Ulusal Demiryolları Şirketi) ve *Pôle emploi* (Fransız İş ve İşçi Bulma Kurumu) gibi birçok kamu kuruluşu, halkın yaygın olarak kullandığı sosyal ağlarda resmî hesaplar açmakta ve bu hesaplar üzerinden vatandaşlarla daha etkili bir iletişim geliştirmeye çalışmaktadır. Sosyal ağlar kullanılmak suretiyle idarenin iç işleyişinin modernize edilmesi ve kamusal faaliyetlerin hızlandırılması da mümkündür. Örneğin Jandarma Ulusal Müdahale Grubu (*GIGN*), ülkenin muhtelif yerlerindeki jandarma birimleri arasında mesajlaşmaya, video / fotoğraf göndermeye ve gerçek zamanlı yer tayini yapmaya imkân veren idare-içi bir sosyal ağ geliştirmiştir.⁸⁷ Raporda ayrıca, kamu görevlilerinin sosyal ağlara dâhil olmasının sınırları incelenmekte ve sosyal ağ kullanımına ilişkin olarak muhtelif alanlarda (ordu, maliye, yargı) ilgili kurum ve kuruluşlarca kabul edilen etik ilkelere işaret edilmektedir.⁸⁸

İkinci bölümde son olarak, sosyal ağların regülasyonu konusunda birtakım tespitler yapılmaktadır. Öncelikle sosyal ağlar bünyesinde işleyen *Oversight Board* yahut moderasyon algoritmaları gibi kendi kendini regüle etme (*auto-régulation*) mekanizmaları açıklanmaktadır. *Conseil d'État*, söz konusu mekanizmaların mutlaka gerekli olduğu, ancak asla yeterli olmadığı kanaatindedir. Sosyal ağların oto-regülasyonuna, kamu gücü tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesi de

⁸⁶ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 138-158.

⁸⁷ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 159-166.

⁸⁸ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 166-168.

mutlaka eşlik etmelidir. Daha sonra kamu gücünün elindeki mevcut regülasyon araçları, eksikliklerine de işaret edilerek açıklanmakta ve bu regülasyon faaliyetinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yargıca düşen role, özellikle ifade hürriyetinin korunması bağlamında dikkat çekilmektedir.⁸⁹

C. Sosyal Ağların Daha İyi ve Kontrollü Kullanımı İçin Öneriler

Raporun üçüncü ve son bölümünde, sosyal ağların daha iyi ve kontrollü kullanımı için öneriler sunulmaktadır. *Conseil d'État*, söz konusu önerileri üç temel eksen etrafında geliştirmiştir:

- Sosyal ağlarla bu ağların kullanıcıları arasındaki güç ilişkisinin kullanıcılar lehine yeniden dengelenmesi.
- Kamusal otoritelerin, sosyal ağ kullanımını düzenlemek ve daha iyi hâle getirmek üzere, meselenin egemenliğe ve çevreye ilişkin boyutları ihmal edilmeksizin gerekli araçlarla donatılması.
- Gelecekteki sosyal ağların (sosyal ağların ileride nasıl bir yapıya evrileceğinin- *metaverse* gibi) şimdiden düşünülmesi.

Conseil d'État'nın hazırladığı başlıca öneriler şu şekildedir:⁹⁰

- Sosyal ağların kullanım koşulları ve gizlilik politikası tespit edilirken, ilgili regülasyon otoritesinin desteğiyle bir *kolektif müzakere ortamının* yaratılması. Bu kapsamda sosyal ağ platformları karşısında müzakereye katılacak sivil toplum örgütleri belirlenmeli, tarafları aynı masaya oturarak müzakere gündemini ve takvimini hazırlayacak bir danışma organı (tercihen Avrupa Komisyonu bünyesinde) kurulmalı, sosyal ağ platformları ile kullanıcıların müzakere konularında ortak asgarî standartlar geliştirmesi sağlanmalı ve uzun vadede bütün kullanıcılar (yahut onların temsilcileri) için gerçek bir katılma hakkı (*droit à la participation*) tesis edilmelidir.
- Reşit olmayanları daha iyi korumak, kullanıcının *dijital rüşt (majorité numérique)*⁹¹ yaşına erişip erişmediğini doğrulamak ve

⁸⁹ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 168-200.

⁹⁰ Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 257-262.

⁹¹ Fransa'da dijital rüşt yaşı, 07.07.2023 tarihli Kanun'la on beş olarak belirlenmiştir. Buna göre sosyal ağlara kayıt olabilmesi için kişinin on beş yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Kanun, sosyal ağ platformlarını, kendilerine kayıt olmak

sosyal ağlardaki her türlü alışverişin güvenilirliğini temin etmek üzere, *dijital kimlik* ve *güvenilir üçüncü taraf* çözümlerinin (kullanıcıların bunlardan haberdar edilmesi kaydıyla) yaygınlaştırılması. Dijital Hizmetler Yasası'nda değişiklik yapılarak, bu çözümlerin Avrupa çapında zorunlu tutulması seçeneğinin değerlendirilmesi.

- Sosyal ağlar üzerinde; kullanıcılara farklı ayarlar ve düzenlemeler yapma imkânının tanınması ve kullanıcıyı kendi tüketim eğilimleri hakkında aydınlatacak bilgi panellerine yer verilmesi. Varsayılan ayarların asgari güvenlik koşullarını sağlayacak ve kullanıcı haklarını koruyacak şekilde oluşturulması. Uygulamaların, *viral* içerikleri sınırlama seçeneği sunacak şekilde tasarlanması.
- Kişilerin kullandıkları sosyal ağ platformunun temel özellikleri hakkında diledikleri zaman objektif bilgi edinebilecekleri referans kaynaklarının / araçlarının oluşturulması.
- Muhtelif ihbar / şikâyet / bildirim platformları arasında işbirliği sağlayarak söz konusu bildirimlerin tek bir mecra üzerinden yapılabilmesinin ve bu mecranın akıllı telefonlara uygulama olarak indirilebilmesinin sağlanması.
- Sosyal ağ platformlarına uygulanacak ulusal ve uluslararası hukuk kurallarının derlenmesi (uzun vadede tek bir metin içerisinde kodifiye edilmesi). İdarelere, şirketlere ve bireylere sosyal ağ kullanımı konusunda yol gösterecek rehber materyallerin hazırlanması.
- Kaliteli, doğrulanmış ve güvenilir içerikleri öne çıkaran etiketlerin desteklenmesi. Sosyal ağ kullanımına ilişkin sorunlarda Ulusal Dijitalleşme Konseyi'nin (*Conseil national du numérique*)⁹² danışmanlık rolünün güçlendirilmesi.
- Stratejik özerkliğin korunması için alternatif sosyal ağların ve dijital müştereklerin (*digital commons*) yaratılmasının desteklenmesi ve yaratılan / yaratılacak bu ağların kamu tüzel kişileri tarafından -en azından hassas alanlarda- kullanılmasının sağlanması.

isteyen kullanıcıların dijital rüşt yaşına erişip erişmediğini doğrulamakla yükümlü tutmaktadır. "Loi du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne", Vie Publique, <https://www.vie-publique.fr/loi/288274-majorite-numerique-15-ans-reseaux-sociaux-loi-7-juillet-2023>, Erişim Tarihi: 23.07.2023.

⁹² Conseil national du numérique, 29.04.2011 tarihli Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmuş bir danışma organıdır. Conseil d'État, Réseaux sociaux, s. 7.

- Dijital platformların regülasyonuna özgülenmiş ve bu konuda bütün idarelere uzmanlık bilgisi sunacak bakanlıklar arası (*interministériel*) bir hizmet biriminin kurulması. Kurulacak bu birimin gerekli teknik, idarî ve hukukî araçlarla donatılması.
- Halka açık ve sık kullanılan sosyal ağ platformlarında vatandaşlarla idare arasındaki ilişkilerin kuvvetlendirilmesi ve kolaylaştırılması bakımından topluluk yöneticilerinden (*community managers*) daha fazla istifade edilmesi. İdarenin iç işleyişi (dâhili kullanım) için geliştirilecek sosyal ağlarda, şirketlere yönelik olarak hazırlanan platformların örnek alınması.
- Hedefli / hedeflenmiş reklamcılık, özel mesajlaşma ve metaverse konularında devamlı ve detaylı çalışmalar yapılması. Bu alanda aktif olan diğer ülkelerle işbirliği halinde, *Dijital Çağda Temel Haklar Şartı* gibi bir metnin hazırlanmasına yönelik uluslararası bir görüş alışverişinin -en azından Avrupa ölçeğinde- başlatılması.

SONUÇ

Fransız örneğine göre kurulmuş olmasına rağmen, Türkiye’de Danıştay’ın idarî / istişarî nitelikteki görevleri zaman içerisinde erimiş ve bugün neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır. *Conseil d’État* ise, gerçek anlamda bir *Devlet Şûrası* olarak, hükûmete danışmanlık etme ve görüşleriyle kamu yönetimine istikamet çizme vazifesini etkin bir şekilde yerine getirmeye devam etmektedir.⁹³ Çalışmada ele alınan yıllık raporlar, her şeyden önce, *Conseil d’État*’nın yalnızca bir yüksek mahkeme değil, aynı zamanda toplum ve devlet hayatını ilgilendiren bütün meseleleri yakından takip ederek hukuk politikasına yön veren bir müessese olduğunu ortaya koymaktadır. Türkiye’de, şayet Danıştay tipi örgütlenme sürdürülecekse,⁹⁴ Danıştay’ın idarî ve istişarî görevlerinin canlandırılması mutlaka düşünülmelidir.

⁹³ Murat Sezginer, “Dünden Bugüne Conseil d’État ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu”, Danıştay ve İdarî Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu, (Danıştay Yayınları No: 93), Ankara, 2017, s. 101-102.

⁹⁴ Elbette mahkeme tipi örgütlenme (Alman modeli) de bir seçenektir. Eğer mahkeme tipi örgütlenme tercih edilecekse, bu kez idarî yargıcın yetkilerinin ve idarî dava türlerinin bireyle etkin yargısal korunma sağlayacak şekilde tekrar düzenlenmesi gerekir. Türk idarî yargı örgütünün sorunu, her iki modelin dezavantajlarını birleştiren ancak avantajlarını içermeyen, kendine özgü ve arada kalmış bir görünüme sahip olmasıdır.

Conseil d'État; toplumun, devletin ve hukuk düzeninin, daha önce görülmemiş ölçüde büyük bir değişimle yüz yüze olduğunun farkındadır. İncelenen raporlar dijitalleşmeyi; mevcut ve müstakbel etkileri itibarıyla, matbaanın icadına yahut Coğrafi Keşifler'e denk bir hadise olarak takdim etmektedir. Bu hadise karşısında *Conseil d'État*'nın daha kamucu, toplumcu ve insancıl bir yerde durmaya çalıştığı dikkat çekmektedir. Raporlarda; devletlerin stratejik özerkliğini tehdit eden, çalışanlarını sosyal güvenlikten mahrum bırakan, kullanıcılarının kişisel verilerini ticarileştirerek kâr amacı güden ve tekelleşmeye meyilli *platformlar kapitalizmi* yerine; kamunun denetiminde, işbirlikçi, katılımcı ve dayanışmacı bir dijitalleşmenin imkânı araştırılmaktadır. Bu doğrultuda; kişisel verilerin hukukî niteliği bakımından mülkiyetçi görüş reddedilmekte, ağ tarafsızlığı ilkesi benimsenmekte, devlet tarafından konulan bazı maddî hukuk kurallarının *doğrudan uygulanan kural* olarak nitelendirilmesi önerilmekte, platform çalışanları lehinde tavır gösterilmekte ve algoritmalar karşısında insanın / kullanıcının daha belirleyici / güçlü bir pozisyona taşınması savunulmaktadır.

Devlet / kamu gücü, *Conseil d'État*'nın gözünde, yukarıda izah edilen kamucu, toplumcu ve insancıl yaklaşımın vektörü konumundadır. İncelenen raporların alt-metninde kamu gücü, gittikçe yükselen platformlar kapitalizmi karşısında toplumu ve bireyleri koruyacak bir *dalgakıran* olarak kendisini göstermektedir. Pierre Bourdieu'ye göre devlet, sembolik güçle karakterize olur ve -Leibniz'in Tanrısı gibi- bütün bakış açılarının bakış açısı, bütün mekânların mekânıdır.⁹⁵ *Conseil d'État*'nın, sertifikasyon gibi *sembolik* işlevlerini koruma bağlamında devleti bir meta-platforma (platformların platformuna) dönüştürme fikri, *dalgakıran* görevi yüklediği devleti / kamuyu koruma refleksinin ne kadar derin olduğunu göstermek bakımından önemlidir. Raporlarda kamu gücünün regülasyon ve organizasyon kabiliyetini artırma-ya yönelik olarak geliştirilen diğer öneriler de bu gözle okunduğunda daha bütüncül bir anlam kazanmaktadır.

⁹⁵ Pierre Bourdieu, Devlet Üzerine, Çeviren: Aslı Sümer, İstanbul, 2015, s. 18-19 ve 46-47.

Kaynakça

Kitaplar

- Bourdieu Pierre, Devlet Üzerine, Çeviren: Aslı Sümer, İstanbul, 2015.
- Loughlin Martin, Foundations of Public Law, Oxford, 2010.
- Love Ronald S., Maritime Exploration in the Age of Discovery: 1415-1800, Westport, 2006.
- Poggi Gianfranco, The Development of the Modern State, Stanford, 1978.

Makaleler

- Akkurt Sinan Sami, "Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 20-32.
- Küzeci Elif, "İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 32, Yıl: 2014, ss. 53-75.
- Özcan Emrah/Erman Emre, "Bir Çalışma Ziyaretinin Notları: Bugünkü Görünümü ve Genel Çizgileriyle Fransız İdari Yargı Sistemi", *Danıştay Dergisi*, Sayı: 152, Yıl: 2020, ss. 71-126.
- Özel Sibel, "Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 2, Yıl: 2022, ss. 962-978.
- Sezginer Murat, "Dünden Bugüne Conseil d'État ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu*, (Danıştay Yayınları No: 93), Ankara, 2017, ss. 101-132.

İnternet Kaynakları

- Britannica, "Net Neutrality", <https://www.britannica.com/topic/net-neutrality>, Erişim Tarihi: 17.07.2023.
- Conseil d'État, "Fundamental Rights in the Digital Age", <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>, Erişim Tarihi: 15.07.2023.
- Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques, Étude annuelle, La documentation française, Paris, 1997, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/internet-et-les-reseaux-numeriques>, Erişim Tarihi: 15.07.2023.
- Conseil d'État, Le numérique et les droits fondamentaux, Étude annuelle, La documentation française, Paris, 2014, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>, Erişim Tarihi: 15.07.2023. (Droits)
- Conseil d'État, Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'ubérisation, Étude annuelle, La documentation française, Paris, 2017, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/puissance-publique-et-plateformes-numeriques-accompagner-l-uberisation>, Erişim Tarihi: 18.07.2023. (Ubérisation)

- Conseil d'État, Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance, Étude à la demande du Premier ministre, 2022, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/intelligence-artificielle-et-action-publique-construire-la-confiance-servir-la-performance>, Erişim Tarihi: 15.07.2023.
- Conseil d'État, Les réseaux sociaux: enjeux et opportunités pour la puissance publique, Étude annuelle, La documentation française, Paris, 2022, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/reseaux-sociaux-placer-l-utilisateur-au-centre>, Erişim Tarihi: 21.07.2023. (Réseaux sociaux)
- Emmanuel Derieux, "Le principe de « neutralité du Net » en droit européen", La revue européenne des médias et du numérique, N°54bis-55, Automne 2020, <https://la-rem.eu/2021/01/le-principe-de-neutralite-du-net-en-droit-europeen?action=getpdf&id=15270>, Erişim Tarihi: 17.07.2023, s. 1-3.
- Larousse, "Ubérisation", <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ub%C3%A9risation/188213>, Erişim Tarihi: 18.07.2023.
- "Loi du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne", Vie Publique, <https://www.vie-publique.fr/loi/288274-majorite-numerique-15-ans-reseaux-sociaux-loi-7-juillet-2023>, Erişim Tarihi: 23.07.2023.
- "Neutralité du net: une question économique ou démocratique?", Vie Publique, <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18846-neutralite-du-net-une-question-economique-ou-democratique>, Erişim Tarihi: 17.07.2023.
- "Tout savoir sur FranceConnect", FranceConnect, <https://franceconnect.gouv.fr/franceconnect>, Erişim Tarihi: 20.07.2023.

TÜRKİYE'DE TORBA YASA KAVRAMININ ETİK ANALİZİ*

AN ETHICAL ANALYSIS ON THE CONCEPT OF CATCH-ALL LAW IN TURKEY

Burçin AYDOĞDU**

Özet: Torba yasa tabiri birbirinden çok farklı konularda çok sayıda hükmü barındıran yasalar için günlük dilde kullanılan olumsuz bir tabir olmaktan çıkmıştır ve artık akademik terminolojide yasaları nitelirmede kullanılan bir sınıflandırma ölçütü haline gelmiştir. Hukuk literatüründe dahi bu tabirin eleştirel bir ima taşımaksızın birtakım yasaları tarif etmek için kullanılması bir vakıdır. Bunun sebebinin, söz konusu akademik eleştirilerin genişlemesi mi yoksa durumun kanıksanması mı olduğu çok açık değildir. Bununla birlikte torba yasa kavramının bu anlamda bilimsel bir tanımının yapılması, sakıncalarının neler olduğunun saptanması ve bunları giderecek hukuki mekanizmalar olup olmadığının en temel düzeyde de olsa tartışılmasına ihtiyaç vardır. Bu çalışmanın amaca başlangıç düzeyinde de olsa cevap verebilmek amacını taşımaktadır. Torba yasa kavramının yaygınlaşması, hukuk disiplinine bir değerlendirme ve inceleme sürecini de beraberinde getirmiştir. Bu süreçte örneğin torba yasalarda yer alan hükümlerin karmaşıklığı, hükümler arasındaki ilişkinin anlaşılması ve bu yasaların uygulanabilirliği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, torba yasalardan kaynaklanan etki ve değişikliklerin değerlendirilmesi ve olası eksikliklerinin açıklanması da dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak, torba yasa kavramının hukuk literatüründe ve akademik terminolojide kullanılması hukukçular ve akademisyenler için yeni bir alan açmıştır. Bu bağlamda, torba yasaların incelenmesi ve analizi mevcut ve gelecekteki düzenlemelerin etkinliği, tutarlılığı ve uygulanabilirliği açısından oldukça önemlidir. Bu nedenle torba yasa kavramının önemi ve değeri ile bu tür yasaların uygulanmasına yönelik araştırmalar giderek artmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Torba Yasa, Anayasa, Yasa, İçtüzük, Hukuk Devleti

* Makalemiz, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Doktor Öğretim Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, baydogdu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5313-5676, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.08.2023, Kabul Tarihi: 27.10.2023

Abstract: The term “catch-all law” has ceased to be a negative term used in regular language referring to laws that contain many provisions on very different subjects and has become a classification criterion used in academic terminology to qualify certain laws. Even in legal literature, it is a fact that this term is being used for describing certain laws without a critical implication. It is not clear whether the reason for this is the enhancement of the academic criticisms or the situation being taken for granted. No matter which, there is a certain need to make a scientific definition of the concept of catch-all law in this sense, in order to determine what its drawbacks are and to discuss whether there are any legal mechanisms to eliminate them, though at the most basic level. The aim of this study is to be able to answer the aim at the initial level. The widespread use of the catch-all law concept has brought with it an evaluation and examination process to the discipline of law. In this process, for example, the complexity of the provisions in the catch-all laws, the understanding of the relationship between the provisions and the applicability of these laws emerge. In addition, consideration should be given to assessing the impact and changes resulting from catch-all laws and explaining their potential shortcomings. As a result, the use of the catch-all law concept in the legal literature and academic terminology has opened a new field for lawyers and scholars. In this context, the examination and analysis of catch-all laws is very important for the effectiveness, consistency and applicability of current and future regulations. For this reason, the importance and value of the concept of catch-all law and the researches on the implementation of such laws are increasing.

Keywords: Catch-all Law, Constitution, Law, Rule of Law, House Regulation

GİRİŞ

Torba yasa kavramı uzun yıllardır literatürümüzde yer almaktadır. Bazen tek bir konuyu el alan bir yasada o yasayla ilgisiz bir ya da birkaç madde eklendiğinde o düzenlemeye torba yasa adı verilmektedir. Son yıllarda bazı yasaların akademik literatürde de “torba yasa” ya da “torba kanun” şeklinde nitelendiği görülmektedir. Bununla birlikte torba yasanın tam olarak ne olduğu, torba yasa niteliğinde olan bir yasa ile torba yasa niteliğinde olmayan bir yasanın hangi ölçülerle ayrılacağı, torba yasa tekniğinde yasama etiği açısından yanlış olanın ne olduğu gibi pek çok soru net bir cevaba kavuşmuş değildir.

Kavramsal açıdan; bazen tamamen farklı konulardaki maddelerden oluşan hatta bu nedenle, konusunu gösterir bir başlığa bile sahip olmayan yasalara torba yasa denmektedir. Öte yandan bütçe yasası gibi yapısı gereği birden çok konuyu ve kurumu ilgilendiren yasalara, maddeleri farklı konuları düzenlediği halde torba yasa denmemektedir.

Etik açıdan; torba yasa adı verilen yasaların yasama etiğine ne açıdan aykırı olduğu, milletvekillerinin ne gibi motivasyonlarıyla kaleme alındığı ve onaylandığı da torba yasa meselesini anlamakta önemlidir. Kuşkusuz bu yasalar dalgınlıkla ya da özensizlik nedeniyle bu şekilde çıkmamaktadır. Yasaların bu şekilde çıkmasında ne gibi münferit ve kolektif faydalar doğduğunu ve bu tür yasaların varlığının hukuk devletini ne yönden zedelediğini ortaya koymadan torba yasa meselesinin çözümüne dair bir öneri üretmek de pek mümkün olmayacaktır.

Etik analizin bir yönü de torba yasalara karşı pozitif ahlak düzeyinde de olsa hukuki mekanizma olup olmadığına ilişkindir. Yaptırma bağlanmasa ya da yaptırma bağlanmış, yürürlüğe girmiş olduğu halde uygulanmasa bile torba yasalara karşı konmuş bazı normlar yasama etiği açısından da yol gösterici nitelikte olacaktır.

Bu çalışma torba yasaların hangi yasalar olduğunu soyut ve genel bir biçimde tanımladıktan sonra bu tür yasaların hangi motivasyonlarla çıkarıldığını ve bunların varlığının hukuk devletini ne açıdan zedelediğini ele alarak bunların arkasındaki yasama etiğini tartışmaya açmaktadır. Yasama etiği çerçevesi sadece hukuk güvenliğine dair evrensel ilkelerle sınırlı tutulmamış olup bu konuda maddi ve şekli anayasal normlar da değerlendirilerek torba yasaların etik açıdan durumu ele alınmaya çalışılmıştır.

I. TORBA YASA NİTELEMESİ VE TÜRK HUKUKUNA GÖRE DURUMU

A) Torba Yasa ve Çuval Kanun Tabirlerinin Kullanım Örnekleri

Birbirinden farklı konuları hüküm altına alarak hem yasalarda hem de yasa hükmünde kararnamelerde değişiklikler öngören yasalara günlük dilde torba yasa olarak nitelenmektedir.¹ Bu kullanım akademik literatüre de yansımıştır. Dergipark'ta² yayımlanmış maka-

¹ Erdoğan Teziç, "Torba Kanun", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2005, C. 1, s. 3.

² Tabirin hukuk literatüründeki yerini tespit etmek için Türkiye'deki hukuk dergilerinin endekslenmesinde temel bir yeri olan ve güvenilir bir kaynak teşkil eden Dergipark sonuçları esas alınmıştır.

lelerin yedisinde Torba Yasa ifadesi vardır. Bunların dördünün başlığında “torba yasa” tabiri geçerken diğer üç eserin içeriğinde bu tabir kullanılmaktadır. Eserlerden biri³, sonradan, 28.11.2011 tarihinde 7061 sayılı Yasa olarak yürürlüğe girecek olan tasarımı “torba yasa tasarısı” adıyla ele almaktadır. Bir diğeri⁴ 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Yasa’dan “torba yasa” şeklinde bahsetmektedir. Bu tabiri kullanan üçüncü eser⁵ 11.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Yasayı “torba yasa” şeklinde nitelemektedir. Torba yasa tabirini başlıkta kullanan dördüncü ve son eserin⁶ de yukarıda anılan ikinci eser gibi 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Yasayı kast ettiği görülmektedir.

İçerikte ‘torba yasa’ tabirini kullanan eserlerden birinde⁷ Amerika Birleşik Devletleri’nde 27.06.2013 tarihinde yasalaşan Göç Yasası kast edilmektedir. İçeriğinde bu tabiri kullanan bir başka eser⁸ yine yukarıdaki iki eser gibi, ‘torba yasa’ tabirini 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Yasa için kullanmaktadır. Son olarak, içeriğinde ‘torba yasa’ tabiri geçen bir eser⁹ bu terimi Roma hukukundaki *leges saturae* teriminin Türkçe karşılığı olduğu belirtmek için kullanmıştır.

Yasa ile kanun sözcüklerinin eşanlamlı olmasının sonucu olarak, benzer şekilde Dergipark’a kayıtlı “torba kanun” tabirinin kullanıldığı 11 eser bulunmuştur. Bunların dördü¹⁰ “torba kanun” tabiriy-

³ Fatih Uzun, “Yeni Torba Yasa Tasarısında Gümrük ile İlgili Neler Var?”, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, Ankara 2017, C. 9 (2017), s. 92 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/gumrukticaretdergisi/issue/53319/708662>.

⁴ Gülşah Çetin, “6111 sayılı Kanun (Torba Yasa) İle 4857 sayılı Türk İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Değişiklikler”, *Ejovoc (Electronic Journal of Vocational Colleges)*, Kırklareli 2011, C. 18, S. 1, s. 24 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ejovoc/issue/5395/73173>.

⁵ Ufuk Aydın, “6552 sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkileri”, *SGD-Sosyal Güvenlik Dergisi*, Ankara 2015, C. 5, S. 1, s. 31 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sgd/issue/28889/308775>.

⁶ Erkan Aydoğanoglu, “Torba Yasa: Esnek, Kuralsız, Korunmasız ve Güvencesiz Çalışma” *TTB Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, Ankara 2010, C. 10, S. 36, s. 4.

⁷ N. Kağan Kocaoğlu, “ABD Göçmenlik Reformunun Ana Hatları ve Türk - Amerikan Toplumuna Etkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2016, S. 1, s. 275.

⁸ Derya Taner, “Türkiye’de Çalışma Hayatının Genel Anlamda Görünümü Ve Esnek Çalışma Sisteminin Kamu Yönetimi Mevcudiyeti”, *Uygulamalı Sosyal Bilimler ve Güzel Sanatlar Dergisi*, Isparta 2021, C. 3, S. 6, s. 115.

⁹ Eşref Küçük, “Eski Roma’da Cumhuriyet Dönemi Halk Meclisleri ve Yasa Yapım Süreçleri”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2017, C. 7, no 1., s. 199.

¹⁰ Hasan Karşlıoğlu, “Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Eskişehir 2011, C. 8, S. 1, s. 37 <https://doi.org/10.54699/andhd.1030606>; Ö. Hakan Ça-

le 11.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Yasa'yı kast etmektedir. İkisi¹¹ bu tabirle 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Yasayı kast etmektedir. Diğer dört eserde "torba kanun" ifadesi 4.4.2015 tarihli ve 6645 sayılı Yasa,¹² 31.07.2018 tarihli ve 7145 sayılı Yasa,¹³ 28.07.2021 tarihli ve 7333 sayılı Yasa¹⁴ ve 23.6.2022 tarihli ve 7413 sayılı Yasa¹⁵ için kullanılmıştır. Son olarak bu terim, torba yasa problemini belli bir yasaya atfetmeksizin, güncel ve olgusal bir problem olarak ele alan bir eserde¹⁶ kullanılmıştır.

Bu genel görünüm göstermektedir ki torba yasalar akademik literatüre sadece soyut bir yasa tiplemesi olarak değil, çoğunlukla hukuk uygulamasının içinde mevcut birer olgu olarak girmiştir. Henüz öneri¹⁷ halindeyken sayı almamış olan yasaları da ayırt etmek için torba yasa tabiri kullanıldığı görülmektedir. Sayısı ve kabul tarihi henüz

vuş, "Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması", *Çalışma ve Toplum*, İstanbul 2015, C. 4, S. 47, s. 35 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71829/1155438>; Arzu Arslan Ertürk, "6552 sayılı Kanun'un 4857 sayılı İş Kanunu ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na Getirdiği Yenilikler", *Çalışma ve Toplum*, İstanbul 2015, C. 2, S. 45, s. 173 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71785/1155130>; Mehmet Özdamar, "6552 sayılı Kanun İle TTK'da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C. 18, S. 3, s. 137 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48101/608239>.

¹¹ İpek Özkal Sayan ve Aytül Güneşer Demirci, "Kamu Personelinin Değerlendirilmesinde Performans Sistemine Geçiş Sürecinin Analizi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2018, C. 73, S. 2, s. 667 https://doi.org/10.1501/SBFder_0000002513; Selahattin Erol, "6111 sayılı Kanun'un Çalışma Yaşamına Etkisinin Değerlendirilmesi", *Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi (AKAD)*, Kilis 2014, C. 3, S. 4, s. 81 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/kilisiibfakademik/issue/19252/204518>.

¹² Mahmut Kesici, "Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması", *Çalışma ve Toplum*, İstanbul 2015, C. 4, S. 47, s. 221 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71829/1155524>.

¹³ Eşref Barış Börekçi, "Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2020, C. 17, S. 3, s. 89.

¹⁴ Eda Kurt ve Ömer Adil Atasoy, "Çek Kanunu'nda Yapılan Son Düzenlemeler Işığında Karşılıksız Çek Sorununa Bir Çözüm Olarak Karşılıklı Sigorta Ve Türkiye'deki Uygulaması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2022, C. 12, Özel Sayı, s. 112 <https://doi.org/10.32957/hacettepehdf.1096530>.

¹⁵ Etem Saba Özmen, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2022, C. 80, S.4, s. 501.

¹⁶ Şeref İba, "Ülkemizde "Torba Kanun" ve "Temel Kanun" Uygulamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2011, S. 1, s. 197.

¹⁷ Yasaların hem teklif aşamasındaki halini hem tasarı aşamasındaki halini ifade etmek için öneri tabiri kullanılacaktır.

meçhul olan bir yasanın önerisini uzun uzun önerilen adıyla anmak yerine, torba yasa niteliğine sahipse, bu tabirin söz konusu yasaya gönderme yapmada kolaylık sağladığı düşünülebilir. Bununla birlikte yaygın kullanıma bakıldığında başta 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Yasa ile 11.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Yasa olmak üzere son 10 yıldır yürürlüğe girmiş çeşitli yasaların akademik literatürde torba yasa şeklinde nitelendiği anlaşılmaktadır.

Torba yasaya yakın bir tabir olarak “çuval kanun” tabiri Dergipark üzerindeki akademik eserlerde bulunmamakla birlikte bu tabire akademik bir çalışmada rastlanmaktadır. Ankara Barosu'nun Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi'nde sunduğu bildiriye Prof. Dr. Aynur Yongalık 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Yasa'yı torba yasa olarak nitelerken torba yasa uygulamasının hukuk güvenliğini ortadan kaldıracak boyuta geldiğini ve bu noktadan sonra söz konusu yasalara yönelik olarak torba yerine çuval nitelemesinin daha uygun düşeceğini belirtmektedir.¹⁸

Dolayısıyla henüz öneri aşamasında olan tarihi ve sayısı belirsiz yasalara gönderme yapma kolaylığı dışında torba yasa tabiri birtakım ortak özelliklere sahip yasalar için kullanılmakta ve bu ortak niteliklere sahip yasalar yasa yapım tekniği açısından yıllardır akademik eleştirilere uğramakla birlikte yeni örnekleri yürürlüğe girmeye devam etmektedir. Torba yasadaki ne anlaşılması gerektiğini tespit etmek ve torba yasa yapım usulünde yanlış olan hususları belirleyip bunların etik analizini ve eleştirisini yapabilmek için bu düzenlemelerin ortak özelliklerini belirlemek gereklidir.

B) Torba Yasaların Ortak Özellikleri

Yukarıda tespit edildiği üzere, başta 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Yasa ile 11.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Yasa olmak üzere pek çok yasa akademik eserlerde torba yasa olarak nitelendirilmekte olduğu

¹⁸ Aynur Yongalık, “13.02.2011 Tarih ve 6111 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile KTK'nın 98. maddesinde Yapılan Değişikliğe Genel Bir Bakış”, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, Ankara Nisan 2013, s. 171-183 <https://hukuk.emu.edu.tr/Documents/yayinlar/13-02-2011.pdf>

için bunların ortak özelliğini tespit etmek amacıyla literatürde bu şekilde en çok anılan yasa metinlerine odaklanmak uygun olacaktır.

13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Yasanın Ayırt Edici Özellikleri

Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun adıyla yürürlüğe girmiş olan bu düzenlemenin göze çarpan yönü şu hususları bir arada düzenlemesidir:

- Vergi borçlarının yeniden yapılandırılması
- Sosyal güvenlik borçlarının yeniden yapılandırılması
- Resim, harç, idari para cezaları gibi diğer kamu alacağı niteliğindeki borçların yeniden yapılandırılması
- Yeniden yapılandırmaya girmiş olan kamu alacaklarının tahsili amacıyla başlatılmış icra takiplerinin durdurulması ve bu borçlardan kaynaklanan iflasların ertelenmesi

Bu amaçla 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu, 21.6.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu, mülga 11.2.1950 tarihli ve 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 10.6.1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 18.1.1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 23.5.1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 10.7.2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 25.4.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ve 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 7.3.1954 tarihli ve 6326 sayılı Petrol Kanunu, mülga 22.6.1956 tarihli ve 6747 sayılı Şeker Kanunu, mülga 10.9.1960 tarihli ve 79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanun, 4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu ve 10.8.1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname dahil toplam 73 yasa ve yasa hükmünde kararname hükümleri değiştirilmiştir.

Yasanın konusunun kamu alacakları olduğu başlığından ve içeriğinden anlaşılmaktadır. Tüm kamu alacakları şeklinde kapsayıcı bir ifade kullanılmamış olmakla birlikte çok çeşitli kamu alacaklarının yasaya konu edildiği anlaşılmaktadır. Yasanın amacının ise bu tür borç altına girmiş olan vatandaşlara bu borçları yeniden yapılandırma imkânı vermek ve varsa başlatılmış olan icra ve iflas süreçlerinin söz konusu yeniden yapılandırma kapsamında durdurulmasını temin etmektedir.

11.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Yasanın Ayırt Edici Özellikleri

İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun adıyla yürürlüğe girmiş olan düzenleme de yasama organı tarafından muhtelif amaçlarla kaleme alınmıştır:

- Kamuoyunda 'taşeron' adıyla bilinen ve alt işverenlere bağlı çalışan işçilerin kamu kurumlarının alt işverenleriyle ilişkilerini güvence altına alan yasa değişiklikleri
- İşçilerin tüp bebek uygulamasına başvurma imkanlarında iyileştirme
- Yeraltında çalışan işçilerin haklarında düzeltmeler
- Yeraltında çalışan bazı işçilerin emeklilik yaşının 55'ten 50'ye düşürülmesi
- 13 Mayıs 2014 tarihinde Manisa ilinin Soma ilçesinde meydana gelen maden faciasının mağdurlarına ödeme yapılması
- İşveren sendikalarının yardımlaşma ve dayanışma fonu kurabilmesi
- Disiplin cezası nedeniyle memurluktan çıkarıldıktan sonra af yasasıyla cezası kalkan memurlar arasında, borçlanma için verilen süreyi kaçırmış olanlara yeni bir hak verilmesi

Bu amaçla 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu, 4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Söz-

leşmesi Kanunu, 27.2.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu, 25.8.1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu, 25.10.1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, 8.5.1985 tarihli ve 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 17.2.2010 tarihli ve 5952 sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun dahil olmak üzere çok sayıda yasa hükmünde değişiklik yapılmıştır.

Yasanın konusunun işçi ve işveren hakları olduğu, bununla birlikte memurlara ilişkin olarak doğrudan kamu hukukunu ilgilendiren birtakım hükümler bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla yasa aynı anda hem karma hukuk niteliği nedeniyle özel hukuk sayılması mümkün olabilecek bir konuda hem de kamu hukuku kapsamına girdiği açık olan bir konuda düzenleme içermektedir. Yasanın amacının işçilerin, işverenlerin ve memurların haklarının genişletilmesi olduğu başlıktan ve içerikten anlaşılmaktadır.

Diğer Torba Yasaların Ayırt Edici Ortak Özellikleri

Yukarıdaki önde gelen örneklerle benzer şekilde diğer yasaların hepsinin adında "...Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ibaresinin bulunmasıdır. Kimisi kenarından da olsa bir konu ve amaç ifade ettikten sonra bu ibareyi kullanırken çoğu doğrudan doğruya bu adla çıkmakta, kendi aralarındaki ayırt edici tek özelliklerle tarih ve sayıları olmaktadır. Bu yasalar da konu bakımından özel hukuk, kamu hukuku ayrımı bile yapmaksızın 'multidisipliner' içeriği sahiptir. Başlığında bir amacı iki-üç sözcükle de olsa belirten yasalar nispeten o amaca yönelik olmakla birlikte başlığı itibarıyla birtakım yasaları ve kararnameleri değiştirmekten başka iddiası olmayan düzenlemelerin amacı daha çok yasama organının gündeminde olan düzenlemeleri bir araya getirmiş olmaktan ibarettir.

C) Torba Yasaların Türk Hukukuna Göre Durumu

Türk hukukunda torba yasa yapımını yasaklayan pozitif bir düzenleme yoktur. Amerika Birleşik Devletleri’nin onlarca eyaletin federe anayasasında torba yasa yapımını yasaklayan hükümler bulunmakla birlikte bu düzenleme ulusal bir düzeye taşınmış olmadığı için federe anayasalar arasındaki düzenlemelerin yorumlanması da farklılık arz edebilmektedir.¹⁹ Türkiye’de yasama organının torba yasalar yaparak mevzuatın sistematliğini bozması yönünde sergileyebileceği bir tutumuna karşı iki sosyal mekanizma vardır.

Birincisi siyasi sorumluluktur.²⁰ Seçimle işbaşına gelen milletvekilleri her ne kadar hukuk çerçevesinde yasal düzenleme yapmak konusunda serbest olsalar da yasama dönemi boyunca sergileyecekleri performans bir sonraki seçimde seçmenlerin sandıkta göstereceği tepkiyle, dolaylı bir yaptırıma uğrayabilir. Ne var ki torba yasa yapım yöntemine başvurulmuş olan 10 yıldan uzun süre boyunca seçmenlerin seçimlerde bu yönde kolektif bir tepki göstererek yasama organı mensuplarına siyasi sorumluluk anlamında bir mesaj vermiş olduklarına dair hiçbir kayıt ve gözlem yoktur.

İkincisi yasama etiğidir.²¹ Anayasa 2. maddeye göre Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olması, devlet organlarından biri olan yasama organına birtakım sorumluluklar yüklemektedir. Hukuk devleti, yasaların herkes tarafından bilindiği, herkes tarafından anlaşıldığı ve herkese eşitçe uygulandığı sistem olarak tanımlanabilir.²² Torba yasa uygulamasında ise her ne kadar yasalar Resmî Gazete’de yayımlanıyor olsa bile ve Resmî Gazete’ye internet üzerinden erişim herkese açık olsa bile bu, söz konu düzenlemenin aleni olmasını sağlamaya yetmez. Bir yasanın içeriği başka yasaların sistemsiz bir şekilde değiştirip ilga etmekten ibaretse ve torba yasaların konusu olan onlarca yasanın son halini anlamak için torba

¹⁹ Millard Harrington Ruud, “Hiçbir Yasa Birden Çok Konu İçermemelidir”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı, s. 3842.

²⁰ Abbas Kılıç, “Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2016, S. 8, s. 271-272.

²¹ Mehmet Koçdemir ve Yusuf Pustu, “Yasama Etiği: Demokrasi ve Yasama Yolsuzluğu İlişkisi”, *Third Sector Social Economic Review*, Ankara 2021, C. 56, S. 1, s. 1-6, <https://doi.org/10.15659/3.sektor-sosyal-ekonomi.21.01.1504>

²² Thomas Carothers, “The Rule of Law Revival”, *Foreign Affairs*, New York 1998, S. 77, s. 96.

yasaların tamamının içeriğinin elden geçirilmesi şartsa ya da bu düzenlemelere destek niteliğinde birtakım kaynaklara başvurmadan yasaların güncel halini anlamak ortalama bir vatandaş bir yana bir hukukçu için bile mümkün olmayacak kadar çetrefil²³ bir mesele haline gelmişse orada hukuk devleti ilkesinin aradığı anlamda herkesçe bilinen ve herkesçe anlaşılabilir yasalardan bahsedilemez.²⁴ Torba yasaların yaygınlaşması yasaların herkes tarafından bilinip anlaşılabilir hukuk kaynağı olma vasfını kaybetmelerine yol açar.²⁵ Zaman değiştiğiçe yasa hükümlerinin de değişmesi gerekecektir ama hiç olmazsa temel hukuk alanının genel hükümlerini içeren yasaların içeriğine etki eden mevzuatın belli başlı yasalarda bir araya gelmiş olması ve o yasaların da söz konusu temel hukuk alanının genel hükümlerini içeren yasa üzerindeki değişikliklere odaklı kalması yasa hükümlerinin erişilebilir ve anlaşılabilir kalması için yeterli olur ama bir temel hukuk alanını düzenleyen yasanın hükümlerinin son halini anlamak için bile her birinde o yasaya ait ya bir ya da birkaç atıf olan onlarca torba yasayı elden geçirmek zorunda kalmak ya da bu torba yasalar sonucunda yasaların dönüştüğü son hali ilan eden destek kaynaklarına muhtaç kalmak vatandaşları yasayı bilir ve anlar olmaktan çıkarır. Gerçi mevzuat.org bir yasa üzerinde yapılmış değişiklikleri gösteren kaynaklar vardır ama bir yasa üzerindeki değişiklik tek seferde kalmamakta, birden çok değiştirilmiş versiyonu bulunabilir ve yasa metnine bakan kimse, önündeki değiştirilmiş metnin yasa metnin son hali olduğundan asla tamamen emin olamaz. Daha da büyük problem, bu tür yasaların zımnen ilga ettiği hususlardır. Bir yasanın metni üzerinde zahirde hiçbir değişiklik yapmadan onun maddelerini, fıkralarını hükümsüz hale getirmek mümkündür. Sarıh ilgalar belki yasa metinlerinin son, değiştirilmiş halini gösteren kaynaklar sayesinde takip edilebilir ama sonraki yasanın önceki yasaya üstün olması ya da özel yasanın genel yasaya üstün olması gibi metodolojik sebeplerden dolayı yürürlüğü kalmamış hükümleri kimin hangi torba yasaların hangi hükümlerini

²³ Roma Cumhuriyeti'nde bu tür yasalara karmakarışık yasa anlamına Lex Saturae adı veriliyordu tasvip edilmiyordu. Bkz. Teziç, "Torba Kanun", 3.

²⁴ Robert D. Cooter ve Micheal D. Gilbert, "A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule", *Columbia Law Review*, New York 2010, C. 2, S. 110, s. 693.

²⁵ Nihan Özalp, "Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu, Nitelik Sorunu mu?", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2006, C. 61, S. 01, s. 293.

okuyarak tespit edeceği belli değildir. Dolayısıyla torba yasa yapım yöntemi, anayasal hukuk devleti ilkesinin ihlali niteliğindedir.²⁶

Tüm bunlara rağmen anayasanın hukuk devleti ilkesi ancak bir etik ilke düzeyinde bağlayıcıdır. Sırf torba yasa niteliğinde olduğu için Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüş bir yasa olmadığı gibi Anayasa Mahkemesi’nin böyle bir başvuru halinde hukuk devleti ilkesini, ilgili yasayı iptal edecek kesinlikte uygulaması için yeterli pozitif dayanak olduğu tartışmalıdır.²⁷ Bu, daha çok, yasa yapımını kendine görev edinmiş milletvekilleri için görevin layığıyla, suistimal etmeksizin yerine getirilmesiyle ilgili bir ölçüt olarak işlemektedir ve doğrusu, görüldüğü kadarıyla pek de işe yaramamaktadır. Nitekim milletvekilleri bu yasa yapım yöntemini bir hukuk devleti ilkesinin ihlali olarak görmemekte, bu yöntemi savunan çeşitli argümanlar ile sürmektedirler.

D) Torba Yasa Kavramının Genel Değerlendirmesi

Torba yasa kavramının kullanımına ve söz konusu yasaların bu şekilde nitelenmelerine sebep olan içeriklerin ortak özelliğine bakıldığında zaman iki husus göze çarpmaktadır. Birincisi, Torba Yasa kavram-sallaşmıştır çünkü belli başlı yasalardan Torba Yasa adıyla bahsedilmektedir, akademik literatürde dahi yerleşmiş kullanımlar vardır ve söz konusu yasaların torba yasa olduklarına dair itiraza literatürde rastlanmamakta, bir kanaat birliği olduğu hissedilmektedir. İkincisi ise ‘Torba Yasa’nın hukuk metodolojisi itibarı ile teknik bir kavram haline gelmiş olduğunun henüz söylenemeyeceğidir. Mevzuatta böyle bir tanım, mahkeme kararlarında bu yönde bir tarif olmadığı gibi söz konusu kavramı kullanan akademik çalışmaların çok azı bu kavramı tanımlamaya girmiştir ve analizler daha çok yürürlüğe girmiş olup da Torba Yasa diye adlandırılmış olan yasalar üzerinden yapılmış, çıkacak herhangi bir yasanın Torba Yasa niteliğinde olup olmadığını anlamaya yetecek kadar done ortaya koyarak soyut ve genel bir tanımlama tam olarak yapılmamış, yasama tekniğine ve yasama etiğine, siyaset etiğine olumsuz sonuçları üzerinde durularak bu olumsuz sonuca sahip olmaları üzerinden kategorizasyona gidilmiştir.

²⁶ Teziç, “Torba Kanun”, s. 5.

²⁷ Erdoğan Teziç’e göre bu, mümkündür. Bkz. Teziç, “Torba Kanun”, s. 8-9.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında yasayla düzenlenemeyecek hususlar olduğunu belirtse de bunlar istisnadır ve yasama yetkisinin asliliği ve genelliği geçerli olduğu için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkili olduğu her konuda yasa çıkarılabilir. Bu nedenle Torba Yasa'nın akla ilk gelen tanımı olan 'birden çok konuyu içermek' anayasaya bizatihi aykırı değildir. Torba Yasa adı yakıştırılan yasalarda iki durum eleştirilmektedir. Birincisi, başlığından ve içeriğinden tek bir konuyu düzenliyor gibi görünen bir yasanın ilk bakışta belli edilmeyen başka bir hususu daha düzenlemesi. İkincisi, yasanın başlığından itibaren çok sayıda konuyu düzenlemesi ve birbiriyle ilgisiz pek çok düzenlemenin aynı metin içinde en ufak bir konu bütünlüğü olmadan yer almasıdır.

Dolayısıyla Torba Yasa kavramının sadece birden çok konu içermekle kalmayan, başlığıyla ve içeriğindeki hükümlerle bir bütünlük arz etmeme problemini taşıyan yasaları ifade ettiği söylenebilir. Bu problem özellikle yasama etiği açısından ciddi bir tartışma konusudur.

Torba Yasa kavramının işaret ettiği yasaların problemlili kabul edilmesinin iki sebebi vardır. Birincisi, söz konusu yasa Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda bir bütün olarak oylanması, verilen oylardan dolayı milletvekili siyasi sorumluluğunun yasanın bütünü için doğmasıdır. Olumlu oy veren bir milletvekili "Ben yasayı onayladım ve bir maddesine katılmıyordum" diyemeyeceği gibi olumsuz oy veren bir milletvekili de "Ben yasayı reddettim ama biri hariç tüm maddelerine katılıyordum" diyemez. İki argüman da siyasi sorumluluk açısından anlamsız kalacağı için Genel Kurul'a bu nitelikte bir yasa sunmadan önce oylamaya sunulan yasanın hükümlerinin bütünlük arz etmesi temin edilmelidir. İkincisi, muhtelif konulardaki hükümlerin tek bir yasa ele alınmasının mevzuat sistematikliğini halk açısından anlaşılabilir hale getireceği için bunun hukuk devleti olmanın temel gereklerinden olan Alenilik ilkesini ihlal etmesidir. Alenilik sadece yasaların ilan edilmesini gerektirmez. Alenilik, yasaların anlaşılır bir dille düzgün bir sistematikle ve belirli, anlaşılır hükümlerle düzenlenmesini gerektirir. Ancak bu kurallara uygun yasama faaliyetinin yürütüldüğü toplumlar içinde yasadıkları hukuk sisteminde neyin yasal olup neyin yasal olmadığını bilip anlayabilir ve hukuka güvenerek hareket edebilir. Bu iki etik problem bilinmesine rağmen Torba Yasa yapımına başvurulmasının sebepleri ve bunları ortadan kaldıracak mekaniz-

malar, söz konusu etik problemin önüyle ve arkasıyla değerlendirilmesini sağlayacaktır.

II. YASAMA ORGANININ TORBA YASA TERCİHİNİN ARKASINDA YATAN MUHTEMEL MOTİVASYONLAR (ETİK ANALİZ)

A) Genel Olarak

Torba yasa yapma yöntemini eleştiren hukuki ve akademik eserler olmakla birlikte bu yasa yapım yönteminin açık ve örtük sebepleri de vardır. Bu yasa yapım yönteminin benimsenmesindeki esas amaç, kuşkusuz mevzuat sistematliğini çetrefilleştirip insanları yasaları bilmez hale getirmekten farklıdır. Bu problem sadece hukuk devleti ilkesi gözünden ele alındığında bu yöntemin doğurduğu olumsuz sonuçlardan biridir. Bu yasa yapım sürecinin arkasındaki motivasyonlar çok farklıdır. Bunların sınırlı sayıda olduğu da söylenemez ancak kısmen yasa yapım tekniğine, ağırlıklı olarak ise siyasi kaygılara bağlı oldukları söylenebilir.

B) Yasama Sürecini Hızlandırmak

Yasa yapım süreci bir günlük iş değildir. Kaba hatlarıyla özetlemek gerekirse, her yasanın yürürlüğe girmesi için yasa önerisinin öncelikle meclis başkanlığından geçip alt komisyonlara sevk edilmesi, alt komisyonlarda görüşülüp son şekli verildikten ve oylandıktan sonra tekrar meclis başkanlığına gönderilmesi gerekmektedir ve ancak ondan sonra genel kurulda görüşülmeye başlanabilir. Genel kurul görüşmelerinde de milletvekillerinin yasa hakkında söyleyeceği sözleri ifade etmek için konuşma haklarını da çoğu zaman kullanmaları ve meclis oturumlarına verilen aralarla en hızlı yasa çıkarma işleminin bile birkaç gün sürmesi doğaldır. Aynı süreçlerin bu yasalar üzerinde değişiklik yapan her düzenleme için ayrı ayrı yapılması, sürenin düzenlemede değiştirilmesi söz konusu olan yasa sayısı kadar katlanması anlamına gelir. Eğer 50 yasa üzerinde değişiklik yapılacaksa bunların her biri için ayrı birer yasa kaleme alınıp görüşülmesi aylar süreceksen hepsinin bir torba yasada bir araya getirilip söz konusu prosedürlerden topluca bir defa geçmeleri yasa yapım sürecini hızlandırmaktadır.

Ayrıca torba yasalar olağan yasa yapma prosedüründen geçmek yerine temel yasa adı verilen özel yasama yöntemiyle çıkarılmakta ve bu sayede de zamanda kazanılmaktadır ancak aslında bu hızlandırılmış yasa yapma yöntemi bu tür yasalar için öngörülmuş bir yöntem değildir.²⁸

Belirtmek gerekir ki yasa yapım sürecinin hızlanması sadece yasanın hızla onaylanıp yürürlüğe girmesi anlamına gelmez. Eğer reddedilecek bir içerik varsa onun alt komisyonlarda ya da mecliste reddedilmesi ya da cumhurbaşkanı tarafında veto edilecek bir içerik varsa söz konusu yasanın en kısa zamanda veto aşamasına gelmesi de zamansal açıdan bir faydadır.

Bununla birlikte torba yasa yapma yönteminde yasama sürecinin daha hızlı işlenmesinden, yasaların alt komisyonlardan, genel kuruldan ve cumhurbaşkanından onaylanarak hızlıca geçmesinin anlaşılması doğaldır. Zira tek başına ele alınsa kabul edilmesinde pürüz çıkacak olan bazı düzenlemeler, bu yasa yöntemi sayesinde, kabul görmeye yatkın başka düzenlemelerle tek parça olmak suretiyle ilgili mercilerden daha kolay kabul görebilmektedir.

C) Tek Başına Destek Görmeyecek Düzenlemeyi Başka Düzenlemenin Parçası Haline Getirerek Yasalaştırmak

Oy Ticareti

Meclise gelen bir yasa kuvvetli bir muhalefetle karşılaştığında tartışmanın tarafları söz konusu yasanın yürürlüğe girişini düz bir biçimde kabul-ret meselesi halinde ele almak yerine karşılıklı ödünler vererek yasa metni üzerinde birtakım rötüşler yapmak suretiyle tartışmanın tüm tarafları için kabul edilebilir hale getirebilirler.²⁹ Bu, bir bakıma demokraside öngörülen uzlaşma kültürünün bir görünümüdür ancak diğer yandan, pazarlık konusu edilen değişiklikler yasanın konusunu, amacını değiştirmekle kalmayıp yasanın asıl konusuyla, amacıyla ilgisiz unsurların yasa metnine girmesine neden olabilir.³⁰

²⁸ İba, "Ülkemizde Torba Kanun", s. 197-198.

²⁹ Teziç, "Torba Kanun", s. 5.

³⁰ Cooter, "A Theory of Direct Democracy", s. 706.

Meclisten Geçmesi Kesin Yasaya Madde İlave Etmek

Yasayı önerenler, yasanın meclisten geçmesi yönündeki ihtiyacı sezerek yasanın ezici çoğunlukla hatta belki oybirliğiyle geçecek olmasına duydukları güvenle söz konusu yasaya olmadık, ilave bir hüküm ekleyebilirler. Yukarıdaki durumdan farklı olarak burada yasayı geçirecek olanların yasaya karşı olanlara verdiği bir taviz yoktur. Smz konusu durumda yasayı önerenler yasanın meclisten geçeceğinden zaten emindir ancak bu yasadan bağımsız olarak yapmak istedikleri, yasanın konusunda ve amacından bağımsız ufak bir düzenlemeyi tek bir madde hatta fıkra halinde yasa metnine sıkıştırarak o düzenlemenin yasallaşmasına gösterilecek muhtemel itirazların da önüne geçmiş olmaktadır. Örneğin imar affı öngörülen düzenleme aslında, neredeyse tamamen vergi affını düzenleyen hükümlerden oluşuyordu ve bu vergi affının çıkması, affı destekleyen grupların hepsine siyaseten olumlu yansıyacak bir düzenleme olduğu için meclisten geçileceğine kesin gözüyle bakılan düzenlemelerden biriydi. Ancak bu yasanın içine imar affını göre bir madde konması sayesinde, normalde tek başına yasa haline gelemeyecek, şiddetli muhalefetle karşılaşacak olan bu düzenleme meclisteki muhtelif grupların oyuyla çoğunluk onayı alarak geçmiştir. Yasayı onaylayan milletvekilleri esas olarak vergi affı düzenlemesini kabul ettikleri için tek bir maddeye itiraz etme uğruna yasa önerisini reddedecek pozisyon alamamışlardır.³¹

Bu tür siyasi manevraların da hukuk devletine aykırı olduğu söylenebilir çünkü hukuk devletinin ilkelerinden biri hesap verebilirliktir³² ve yasama organlarının siyasi sorumluluğu bunu kapsar ancak bu tür bir yasa onaylandığında imar affı düzenlemesinden tam olarak kimin sorumlu tutulacağını saptamak, yukarıda açıklanan sebeplerden ötürü çok zordur. Yasa önerisine kabul oyu verenler imar affından yana olmadıkları halde kabul oyu vermek zorunda kaldıklarını savunabilirler. Her ne kadar torba yasaya kabul oyu vermenin kendisi, yukarıda izah edildiği üzere, yasama etiği açısından yanlış bir tutum olsa da bu gibi durumlarda ortalama bir seçmenin tam olarak kimse

³¹ Cooter, "A Theory of Direct Democracy", s. 707

³² Maurits Barendrecht, "Rule of Law, Measuring and Accountability: Problems to be Solved Bottom Up", *Hague Journal on the Rule of Law*, Lahey 2011, C. 3, S. 2, s. 281.

sorumlu tutacağını kestirmek güçtür. Bu tür uygulamalar nedeniyle siyasal sorumluluğun belirsizleştiği ve yasama organının hesap verilebilirlik kabiliyetinin azaldığı söylenebilir.

Bu yöntem, tersinden de ele alınabilir. Yürürlüğe girdiği takdirde halkta infial yaratacak bir yasanın geçmesi için o yasayla ilgisi olmayan ama kamuoyuna cazip gelecek nitelikte, 'kozmetik madde' adı verilen bir ya da birkaç madde ilave edilerek yasanın amaç konu bakımından anlamsızlaştırılması da bir torba yasa uygulaması niteliğindedir.³³

III. TORBA YASA YAPIMINA KARŞI GETİRİLEBİLECEK HUKUKİ MEKANİZMALAR VE ÖLÇÜTLERİ

A) Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

Halen yürürlükte olan bu düzenleme bir yasanın hiçbir amaç belirtmeksizin salt muhtelif yasalarda ve yasa hükmünde kararnamelerde değişiklik yaptığını ifade eden bir başlıkta çıkmasını yasaklamakta, yasanın adında ilgili yasanın amacını belirten bir ibare olması gerektiğini hüküm altına almaktadır.³⁴ Aynı düzenlemede bir yasa içinde bir-biriyle bağlantısız konulardaki hükümlere yer verilmemesi gerektiği de hüküm altına alınmıştır. Ne var ki yasa yapım yönteminin, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 2006 yılından sonra bu doğrultuda ilerlemiş olduğu söylenemez.³⁵ Normlar hiyerarşisine göre bir yasanın yönetmeliğe uygun olmak zorunda olmadığı izahtan varestedir ancak bu yönetmelik hükümleri zamanında yasa koyucular için hazırlanmış bir yasama etiği kuralı gibi değerlendirilebilir, gözetilebilirdi.

B) Alenileştirilmiş Yasama Etiği

Tıpkı meslek kuruluşlarının zaman zaman duyurduğu, meslek mensupları üzerinde doğrudan etkisi olmasa bile o mesleğin ilkelerin genel hatlarını çizen ve gerektiğinde dürüstlük veya basiretlilik tespitiinde ölçü alınabilen etik kurallar ilan edildiği gibi yine bağlayıcı ol-

³³ Teziç, "Torba Kanun", s. 4.

³⁴ Benzer bir düzenleme yasanın tek amacı olması için başlığının o tek amacı belirtmesini zorunlu tutan New Jersey eyaletinin federe anayasasında da mevcuttur. Bkz. Philip J Mazzei ve diğerleri, "Legislative Archeology: It's Not What You Find, It's What You Find Out", Seton Hall Legis, New Jersey 2019, C. 43, S. 2, s. 249-250

³⁵ Teziç, "Torba Kanun", s. 3-4.

mayan bir meclis kararıyla ilkesel olarak yasama etiğine ilişkin torba yasaların tanımına, muhtemel sakıncalarına ve kaçınmak için yapılabileceklerle dair bir beyanda bulunulması yararlı olabilir. Hiç olmazsa yapılan yasaların hangilerinin torba yasa niteliğinde olup olmadığı ve torba yasalara yöneltilen eleştirilerin sebebi olan sakıncalardan hangilerini taşıyıp taşımadığı kamuoyu önüne açıkça konmuş olur. Bu hususların alenen tartışılması torba yasaların önüne geçtiği siyasal sorumluluğun ve hesap verilebilirliğin de telafisini sağlayabilir.

C) Anayasal Sınırlama

Yukarıda izah edildiği üzere Amerika Birleşik Devletleri'nin çeşitli eyaletlerinde federe anayasalarda torba yasa türünden düzenlemeler yapılması yasaklanmıştır. Normlar hiyerarşisine göre yasalar anayasa uygun olmak zorunda olduğu için bu tür bir düzenleme, torba yasa meselesini sadece etik bir tartışma konusu olmaktan çıkaracak ve ilgili yasanın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilmesine kadar geniş bir sınırlama mekanizması getirecektir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki her ne kadar torba yasa yapımının yasaklanmasının Roma Cumhuriyeti'ne kadar uzanan kökleri olsa da³⁶ dünyada bu yönde anayasa düzeyinde pozitif bir yasaklayıcı düzenleme pek görülmemektedir.³⁷ Dünyada en kuvvetli olduğu yer olan Amerika Birleşik Devletleri'nde, Federe anayasasında bu yasağı getiren eyalet sayısı 43'e ulaşmakla birlikte orada dahi federal anayasa düzeyinde bir yasaklama yoktur. Federe yasaklamaların mahkemeler tarafından çok dar yorumlanmaktadır. Nitekim anayasalar yasa yapım tekniğinden çok ilgili devletin teşkilatının temel yapısını ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen belgelerdir. Bir anayasanın doğrudan doğruya yasa yapım tekniğini sınırlaması ancak hukuk devleti ilkesini kısmen pozitifleştirme girişimi olarak açıklanabilir. Bununla birlikte doktrinde, torba yasaların Anayasa Mahkemesi tarafından Usul Saptırması gerekçesiyle iptal edilebileceğine dair bir görüş vardır.³⁸

³⁶ Teziç, "Torba Kanun", 3.

³⁷ Richard Briffault, "The Single-Subject Rule: Uncertain Solution for Omnibus Legislation", ed. I. Bar-Siman-Tov, Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation, Springer Nature Switzerland AG 2021, s. 169.

³⁸ Teziç, "Torba Kanun" 7-9.

D) Meclis İÇtüzüğü Sınırlaması

Türkiye Cumhuriyeti'nde yasa yapım tekniğinin hüküm altına alındığı belge meclis içtüzüğüdür. Anayasa değişiklikleri, yasaların görüşülmesi, kabul şartları gibi hususların ayrıntılarını ele alabilmek için bu düzenleme genel hükümleri düzenleyen yasaların hangileri olduğunu düzenlediği gibi torba yasalar hakkında da bir düzenleme içerebilir. Şekli anlamda olmasa da maddi anlamda anayasal nitelik taşıyacak olan bu tür bir düzenleme meclis başkanlığı makamına ve Anayasa Mahkemesi'ne bu konuda müdahale dayanağı olacaktır.³⁹

Bununla birlikte iç tüzük düzenlemelerinde belirsizliğe yer yoktur. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin tasarruflarına getirilecek usulü sınırlamalar ucu açık, tartışmalı tanımlara bağlanamaz. Torba yasaların ortak özellikleri aşağı yukarı belli olsa da tam olarak hangilerinin ne tür sakıncalarla ne derecede sınırlanması gerektiğini tespit etmek bunların torba yasa niteliğini tespit etmek kadar kolay değildir.

E) Yasal Sınırlama

Roma Cumhuriyeti'nde her yasanın tek bir konusu olması gerektiğine dair yapılan düzenlemenin kendisi bir yasa idi: Lex Caecilia Didia.⁴⁰ Bununla birlikte günümüz normal hiyerarşisinde bir yasanın başka yasalardan her halükârda üstün tutulması mümkün değildir. Torba yasa yapımını yasaklayan bir yasa çıksa bile ondan sonra çıkacak bir yasa sonraki yasa önceki yasadan üstün tutulacağı için ve hatta doğru bağlamda olursa özel yasa genel yasadan üstün tutulacağı için bu yasak zımnen ilga edilmiş olacak, işlevsiz kalacaktır. Bu bakımdan torba yasaların sakıncasını gidermek için bunu yasaklayan bir yasa çıkarmak, normlar hiyerarşisi ışığında anayasa hukuku metodolojisine pek uygun değildir.⁴¹

³⁹ Şeref İba, "TBMM İÇtüzük Değişikliklerinin Anlamı", *Yasama Dergisi*, Ankara 2007, S. 6, s. 69.

⁴⁰ Teziç, "Torba Kanun", s. 3.

⁴¹ Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Ankara 2013, s. 97-103.

F) Sınırlamada Başvurulacak Ölçüt

Bu tür bir sınırlama hangi yasama tasarrufuyla yapılırsa yapılısın en büyük problem hangi yasaların torba yasa olduğu gerekçesiyle yasa yapım tekniğine aykırı olduğunu tespit etmek olacaktır.

Her Yasanın Tek Konusu Olması

Bir yasanın konusundan ilk anlaşılan o yasanın ele aldığı hukuk alanıdır. Ceza hukuku, borçlar hukuku, idare hukuku gibi disiplinler kendi özgün metodolojilerine sahip oldukları için bu konulardaki genel hükümlere yer veren yasalar ayrı ayrı düzenlenmiş olduğu gibi, genel hükümleri düzenleyen bu yasalara ilaveten yürürlüğe sokulan özel yasaların da düzenledikleri hukuk alanından taşmaması beklenir. İdare hukuku gibi tarafların eşit olmadığı bir düzlemde yürüyen hukuka ilişkin hükümlerle medeni hukuk gibi kişilerin hukuk öznesi olarak eşitliğini ve özerkliğini temel alan bir hukuk alanına ait hükümlerin aynı yasada yer alması bunların yorumlanmasında ve pratiğe dökülmesine çeşitli sorunlar doğurabilir. Aynı problem hukukun başka alanlarının aynı yasada düzenlenmesi açısından da geçerlidir.

Yukarıda ele alınan torba yasa örneklerinde birden çok konu düzenleyen türden düzenlemeler vardı ancak bu çok-konululuk sadece ilgili yasalardaki maddelerdeki değişiklikleri hüküm altına almaktan ibaretse o zaman yukarıdaki metodolojik kaygının yersiz olduğu söylenebilir. Sakıncalı olan, bir yasanın sadece birden çok konuyu düzenlemesi değil, muhtelif konularda birbiriyle uyuşmayan hükümler içermesidir.

Bununla birlikte 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da özel borç ilişkilerinin düzenlenmesiyle birlikte idari cezalar öngörüldüğü bilgisi⁴² ışığında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun da torba yasa olduğuna hükmedilecek midir? Ya da ticaret hukuku alanında kaleme alınmış olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndaki cezai hükümlerin varlığı⁴³ Bankacılık Kanunu'nun torba yasa sayılması için yeterli midir? Bu türden, birden çok konusu olan ancak

⁴² Kemal Berkarda, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki İdari Cezaların Değerlendirilmesi", Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ankara 2015, s. 66.

⁴³ Asuman Aytekin İnceoğlu, "Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 1.

birden çok konuda hüküm içermesi sakınca yaratmayan, muhtelif hukuk alanlarındaki uygulamasının metodolojisi yerleşmiş olan yasalar vardır. Dolayısıyla, aynı amaca yönelik olduktan sonra bir yasada esas sakıncalı olan hususun birden çok konu içermesi değil o yasanın maddelerinin hangi amaca yönelik olarak düzenlendiğinin belirsizliği olduğu düşünülebilir.⁴⁴

Her Yasanın Tek Amacı Olması

Tüm yasalar, doğaları gereği kamu yararını gözetmelidirler ve gerekçelerinde mutlaka kamu yararına ilişkin bir husus olur. Dolayısıyla her yasanın bir amacı olmalıdır ilkesi de tek başına torba yasalara yöneltilen eleştirilere neden olan sakıncayı ifade etmekte yetersizdir. Esas mesele o yasanın bilfiil kamuya yararlı olup olmamasıdır.⁴⁵ Örneğin, birden çok konuyu ele alsa da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı genel bir kapsayıcılıkla kamu yararından ibaret değildir, tüketiciyi korumaktır. Benzer şekilde Bankacılık Kanunu'nun amacı genel bir kapsayıcılıkla kamu yararından ibaret değildir, bankacılık piyasasının güvenilir bir ticaret mecrası haline gelmesini teminat altına almaktır. Bu tek amaçlılık birden çok konu içermenin sakıncasını ortadan kaldırdığı takdirde ilgili yasanın torba yasa olmadığı söylenebilir ancak bu ayırım çok ince bir ayırımdır. O kadar ki Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bazı mahkeme içtihatlarında tek amaçlılık ile tek konululuğun benzer hatta yer yer aynı olduğu belirtilmiştir.⁴⁶

SONUÇ

Anayasa hukuku yasa koyucuların siyasi tercih yapabilecekleri manevra alanını sınırlamadan onların düzenlemelerinin başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere hukuk çerçevesinde uygun olmasını teminat altına almak için olduğuna göre bu tür bir tespit de salt yasa koyucunun izlediği yöntemle değil o yöntemle oluşan içeriğe bakmak ve söz konusu içeriği de yerindelik bakımından değil anayasal sonuçları özellikle de sistematik yapıdaki olumsuzluklar yüzünden aleniyet

⁴⁴ Daniel N. Boger, "Constitutional Avoidance: The Single Subject Rule as an Interpretive Principle", *Virginia Law Review*, Virginia 2017, s. 1291.

⁴⁵ Teziç, "Torba Kanun", s. 4.

⁴⁶ Ruud, "Hiçbir Yasa Birden Çok Konu İçermemelidir", s. 3808.

ilkesi gibi hukuk devleti gereklerinin ihlal edilip edilmediği açısından inceleyerek yani yas yapım sürecinin usulünden çok sonuçlarına odaklanan mekanik bir anlayışla torba yasa değerlendirmesi yapması yukarıdaki iki yöntemden birini benimsemekten daha hukuka uygun ve demokratik olacaktır.

Kaynakça

Tezler

İnceoğlu Asuman Aytekin, "Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2006.

Makaleler

Ertürk Arzu Arslan, "6552 sayılı Kanun'un 4857 sayılı İş Kanunu ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Getirdiği Yenilikler", *Çalışma ve Toplum*, İstanbul 2015, C. 2, S. 45, s. 173- 196, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71785/1155130>.

Aydın Ufuk, "6552 sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri", *SGD-Sosyal Güvenlik Dergisi*, Ankara 2015, C. 5, S. 1, s. 9-31 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sgd/issue/28889/308775>.

Aydoğanlı Erkan, "Torba Yasa: Esnek, Kuralsız, Korunmasız ve Güvencesiz Çalışma", *TTB Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, Ankara 2010, C. 10, S. 36, s. 4-10.

Barendrecht Maurits, "Rule of Law, Measuring and Accountability: Problems to be Solved Bottom Up", *Hague Journal on the Rule of Law*, Lahey 2011, C. 3, S. 2, s. 281-304.

Boger Daniel N., "Constitutional Avoidance: The Single Subject Rule as an Interpretive Principle", *Virginia Law Review*, Virginia 2017, s. 1247-1293.

Börekçi Eşref Barış, "Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2020, C. 17, S. 3, s. 89-113.

Carothers Thomas, "The Rule of Law Revival", *Foreign Affairs*, New York 1998, S. 77, s. 95-106.

Cooter Robert D. ve Gilbert Michael D., "A Theory of Direct Democracy and the Single Subject Rule", *Columbia Law Review*, New York 2010, C. 2, S. 110, s. 687-730.

Çavuş Ö. Hakan, "Yargı Kararları ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları Kapsamında Son Değişikliklerle Birlikte Yurtdışı Hizmet Borçlanması", *Çalışma ve Toplum*, İstanbul 2015, C. 4, S. 47, s. 35-75 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ct/issue/71829/1155438>.

Çetin Gülşah, "6111 sayılı Kanun (Torba Yasa) ile 4857 sayılı Türk İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Değişiklikler", *Ejovoc (Electronic Journal of Vocational Colleges)*, Kırklareli 2011, C. 18, S. 1, s. 18-24 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ejovoc/issue/5395/7317>.

Erol Selahattin, "6111 sayılı Kanun'un Çalışma Yaşamına Etkisinin Değerlendirilmesi", *Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi (AKAD)*, Kilis 2014, C. 3, S. 4, s. 81-98 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/kilisiibfakademik/issue/19252/204518>.

- İba Şeref, "Ülkemizde "Torba Kanun" ve "Temel Kanun" Uygulamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2011, S. 1, 197-202.
- İba Şeref, "TBMM İÇtüzük Değişikliklerinin Anlamı", *Yasama Dergisi*, Ankara 2007, S. 6, s. 69-90.
- Karslıoğlu Hasan, "Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Eskişehir 2011, C. 8, S. 1, s. 37-53 <https://doi.org/10.54699/andhd.1030606>.
- Kesici Mahmut, "Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması", *Çalışma ve Toplum*, İstanbul 2015, C. 4, S. 47, s. 221-236 <https://dergi-park.org.tr/tr/pub/ct/issue/71829/1155524>.
- Kılıç Abbas, "Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2016, S. 8, s. 269-299.
- Kocaoğlu N. Kağan, "ABD Göçmenlik Reformunun Ana Hatları ve Türk- Amerikan Toplumuna Etkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2016, S. 1, s. 275-301.
- Koçdemir Mehmet ve Pustu Yusuf, "Yasama Etiği: Demokrasi ve Yasama Yolsuzluğuna İlişkisi", *Third Sector Social Economic Review*, Ankara 2021, C. 56, S. 1, s. 1-19 <https://doi.org/10.15659/3.sektor-sosyal-ekonomi.21.01.1504>.
- Kurt Eda ve Atasoy Ömer Adil, "Çek Kanunu'nda Yapılan Son Düzenlemeler Işığında Karşılıksız Çek Sorununa Bir Çözüm Olarak Karşılıklı Sigorta ve Türkiye'deki Uygulaması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2022, C. 12, Özel Sayı, s. 112-141 <https://doi.org/10.32957/hacettepehdf.1096530>.
- Küçük Eşref, "Eski Roma'da Cumhuriyet Dönemi Halk Meclisleri ve Yasa Yapım Süreçleri", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2017, C. 7, no 1, s. 199-214.
- Mazzei Philip J. ve diğerleri, "Legislative Archeology: It's Not What You Find, It's What You Find Out", *Seton Hall Legis*, New Jersey 2019, C. 43, S. 2, s. 248-284.
- Özalp Nihan, "Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu, Nitelik Sorunu mu?", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2006, C. 61, S. 01, s. 267-295.
- Özdamar Mehmet, '6552 sayılı Kanun ile TTK'da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2014, C. 18, S. 3, s. 137-164 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48101/608239>.
- Sayan İpek Özkal ve Demirci Aytül Güneşeri, "Kamu Personelinin Değerlendirilmesinde Performans Sistemine Geçiş Sürecinin Analizi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Ankara 2018, C. 73, S. 2, s. 667-700 https://doi.org/10.1501/SBFder_0000002513.
- Özmen Emem Saba, "Noterlere Taşınmaz Satışı Yetkisi Verilmesine İlişkin Kanun", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2022, C. 80, S.4, s. 502-540.
- Ruud Millard Harrington, "Hiçbir Yasa Birden Çok Konu İçermemelidir", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2014, C. 16, Özel Sayı, s. 3799-3842.
- Teziç Erdoğan, "Torba Kanun", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2005, C. 1, s. 3-9.
- Uzun Fatih, "Yeni Torba Yasa Tasarısında Gümrük ile İlgili Neler Var?", *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, Ankara 2017, C. 9 (2017), s. 92-93 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/gumrukticaretdergisi/issue/53319/708662>.

Diğer Kaynaklar

Berkarda Kemal, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki İdari Cezaların Değerlendirilmesi", Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ankara 2015, s. 796-820.

Briffault Richard, "The Single-Subject Rule: Uncertain Solution for Omnibus Legislation", ed. I. Bar-Siman-Tov, Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation, Springer Nature Switzerland AG 2021, s. 803-870.

Gözler Kemal, "Yorum İlkeleri", Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması Sempozyumu, Ankara 2013, s. 15-119.