

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. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara 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: 105 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by

Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50

Özveren Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 10. 11. 2020

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, **özeti ve anahtar kelimeleri; Türkçe ve İngilizce olarak** yer almalıdır.
- c) Yazılar, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
4. **Dipnotlar** sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken **yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale** ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, **sadece eser adı İtaliye** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
5. Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
6. Yazıların elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
7. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
8. Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
9. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.
Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına kadar devam eder.
10. Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
11. Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
12. Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

1 **Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY**

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler / Jurisdictional Review of Presidential Decreesfirst Decisions - First Impressions

29 **Kadriye BAKIRCI**

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 190 sayılı Sözleşmesi ve 206 sayılı Tavsiye Kararı Işığında İş Yaşamında Şiddet, Taciz, Misilleme ve Ev İçi Şiddet / Violence, Harassment, Retaliation in the World of Work and Domestic Violence under the ILO Convention No 190 and Recommendation No 206

61 **Sertaç IŞIKA**

Uzlaştırma Sürecinde Suça Sürüklenen Çocuklara İlişkin Bazı Sorun ve Değerlendirmeler / Some Issues and Evaluations Related to Delinquent Children in Conciliation

85 **Fulya KORKMAZ**

Hırsızlık Suçunda Fiilin Tekliğinin Belirlenmesi Sorunu / The Problem of Determining the Single Act in Theft

103 **Bilal OSMANOĞLU**

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Mahkemelerin Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi / The Power of Public Prosecution and Courts to Request Knowledge and Document in the Turkish Criminal Procedure Law

139 **Murat Buğra TAHTALI**

Yüksek Yargı Organlarının Kararlarına Uygulanan Kısmi Erişim Engelinin İdare Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi / Analysis of Restricted Public Access to High Court Decisions in Administrative Law

175 **Ramazan KORKMAZ**

İcra ve İflas Kanunu M. 362/A Hükümü ve Süreli Haczedilmezlik / Article 362/A of the Code of Execution and Bankruptcy and Temporary Non-Seizability

- 199 Tuğçe ARSLANPINAR TAT**
İcra Dairesi Tarafından Vaktinden Evvel Satış / Early Sale by Execution Office
- 235 Hakan PEKCANITEZ / Nedim MERİÇ**
Borçlunun Talebiyle Satış / Forced Sale By Debtor's Request
- 259 Ferhat CANBOLAT / Günhan GÖNÜL KOŞAR**
Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi / Review of the Criteria Applied by Turkish Court of Cassation and by the European Court of Human Rights in Cases of Breach of Personality Rights Via Media
- 303 Abdurrahman Ali YILDIRIM**
Biyoteknoloji Hukukunun Temel Konuları/ Fundamental Issues of Biotechnology Law
- 329 Derya ATEŞ**
Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi / Third Party in Establishing Contractual Relationships and Debtor-Creditor Relationships
- 361 Nadire ÖZDEMİR**
Kırılganlık Kavramı ve Özerklik Değeri Işığında Devletin Sorumluluğu / Vulnerability and State Responsibility in the Light of Autonomy

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YARGISAL DENETİMİ: İLK KARARLAR - İLK İZLENİMLER

JURIDITIONAL REVIEW OF PRESIDENTIAL DECREES FIRST DECISIONS - FIRST IMPRESSIONS

Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY*

Özet: 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi adı altında, kanuna dayanma zorunluluğu bulunmayan düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınmıştır. Bu değişikliğin yapılması ve yürürlüğe girmesi sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri doktrinde birçok çalışmaya konu edilmiştir. Söz konusu kararnamelerle ilgili en çok tartışılan hususlardan biri Anayasa Mahkemesi denetiminin nasıl yapılacağı konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini denetlediği ilk üç gerekçeli kararı 12.05.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bu kararlar "ilk" olmaları bakımından başlı başına önem taşımaktadırlar. İki aşamalı bir denetim düzeni öngören bu kararlar ayrıca mahfuz alanlar meselesi ile ilgili net bir cevap vermekte ve özellikle kanunla açıkça düzenlenmiş konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı kuralının ne şekilde denetleneyeceğini belirlemektedirler. Bu çalışma, söz konusu üç kararın incelenmesi üzerine edinilen ilk izlenimleri paylaşmak amacıyla hazırlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yargısal denetim, Mahfuz alan, Konu Bakımından Yetki

Abstract: In 2017, a constitutional amendment granted the president the authority to take regulatory acts under the name of Presidential Decree which is not necessarily based on the law. After this amendment and its entry in force, presidential decrees have been the subject of many doctrinal studies. One of the most intriguing issues about these decrees was how would the Constitutional Court conduct its review. The first three reasoned decisions of the Constitutional Court, which oversees presidential decrees, was published in the Official Gazette of 12.05.2020. These decisions are important in their own by being "first". Establishing a two-stage judicial review, they also provide a clear answer on the issue of protected areas, and in particular, they determine how to control the rule that no presidential decree can be issued on matters clearly regulated by law. This study is prepared with the aim of sharing the first impressions gained upon the examination of these 3 decisions.

Keywords: Presidential Decree, Jurisdictional Review, Protected Area, Competence in Terms of Subject

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, didemsevgili@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8927-8874, Makalenin Gönderim Tarihi: 14.07.2020, Kabul Tarihi: 15.07.2020

GİRİŞ

11.02.2017 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 6771 sayılı 1982 Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 09.07.2018'de yürürlüğe girmesi ile anayasal sistemimiz değişmiş ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) hukuk dünyamıza girerek kısa zamanda birçok çalışmaya konu edilmiştir.¹ Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca CBK'ları denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.² Anayasa Mahkemesi'nin merakla beklenen ilk kararları 12.05.2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış ve bu kararlarda doktrinde tartışılan birçok soruna henüz değinilmemiş olsa da bazı sorulara cevap verilmiştir.

İnceleme konusu birinci karar, Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2020 tarih ve E.2018/125, K.2020/4 sayılı kararıdır. Bu karar, Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (8 numaralı Kararname), "*Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini Cumhurbaşkanınca belirlenecek merci yürütür*" şeklindeki 6. maddesinde yer alan "*...belirlenecek merci...*" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali talebine ilişkindir.

İkinci karar, Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2020 tarih ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararıdır ve bu kararda iki talep incelenmiştir. Birinci

¹ Tüketici olmamakla birlikte CBK'larla ilgili çalışmalara şu örnekler verilebilir: Ar-tuk Ardıçoğlu, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, ss.20-51; Yavuz Atar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.241-259; Abdurrahman Eren, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İç-tihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.1-72; Ozan Ergül, "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S.173, ss.30-32; Şeref İba, Yasin Söyler, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.195-223; Yasin Söyler, "Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018; Tolga Şirin, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt.7, S.14, ss.289-356; Özen Ülgen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *GSÜHFD*, 2018/1, ss. 1-39; Turan Yıldırım, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.293-314; Oktay Uygun, Egemen Esen (ed.), *Cumhurbaşkanlığı İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

² Ki bu husus dahi eleştiri konusu olmuştur. Bkz: Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.298.

iddia, 28 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesiyle, 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen, "Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlaması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilir. Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağı ayrıca belirtilir. Ön ödemeye ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir" hükmünün Anayasa'nın 2., 7., 8., 104. ve 161. maddelerine aykırı olduğuna ilişkindir. İkinci iddia ise, 28 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesiyle 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen, "Aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir. Koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabilir. Hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetleri koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile iş birliği içerisinde yürütülür..." hükmünün Anayasa'nın 2., 7., 8., 104., 128. ve 161. maddelerine aykırı olduğu iddiasına ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi'nin incelenen üçüncü kararı, 14.05.2019 tarihli ve 36 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle, 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne eklenen, "Kurul (Yüksek İstişare Kurulu) üyeleri Cumhurbaşkanınca belirlenir" şeklindeki 4/A maddesinin ikinci cümlesi ile üçüncü cümlesinin "...Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir" bölümünün Anayasa'nın 2., 8., 104. ve 128. maddelerine aykırı olduğu iddiasının incelendiği, 23.01.2020 tarih ve E.2019/78, K. 2020/6 sayılı karardır.

Bu çalışmada bu üç karar, karar numaraları ile anılacak ve şu plan dahilinde incelenecektir:

I- İki Aşamalı Denetim Sistemi

II- Baraj Niteliğinde Birinci Aşama: Konu Bakımından Yetki

A- Münhasır Kanun Alanının Tanınması ve Sınırlarının Belirlenmesi

- 1- Kuralın ortaya konmasında netlik
- 2- Kuralın somut olaya uygulanmasında bulanıklık
 - a- Teşkilatlanma yetkisine ilişkin inceleme (AY. m. 123)
 - b- Kamu görevlilerine ilişkin inceleme (AY. m. 128)
- B- "Kanunda Açıkça Düzenlenmiş Konu" Sınırı

- 1- "Kanun" Kavramının Kapsamı
- 2- İnceleme Yöntemi: "Açık" Düzenlemenin Tespiti
- 3- "Açık" Düzenleme ile CBK'ya Yetki Verilmesi

III- İkincil Bırakılmış İkinci Aşama: İçeriğe İlişkin İnceleme

- A- Belirlilik İlkesi
- B- Karar Gereçesinde Yer Verilmeyen Tartışma Konuları

I- İki Aşamalı Denetim Sistemi

Anayasa Mahkemesi'nin çalışma konusu yapılan kararlarının 3 ila 13. paragrafları (n°3- n°13) aynıdır ve bu paragraflarda CBK üzerinde yapılacak anayasallık denetiminin temel prensipleri ve denetim usulü belirlenmiştir. Yüksek Mahkeme, kararlarda ortak olan son paragrafta (n°13), CBK'ların, konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılmaları gerektiğini belirtmiştir. Kararlarda, "(...) CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'ların içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır" denilerek, ileride yapılacak denetimlerde izleyecek usul belirlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, CBK'ların Anayasa'ya uygunluğu denetimini 2 aşamalı olarak yerine getirecek, dava konusu kuralların öncelikle konu bakımından yetki açısından Anayasa'ya uygun olup olmadıklarını inceleyecek ve eğer dava konusu CBK, konu bakımından CBK ile düzenlenebilecek bir alanda çıkarılmış ise içerik incelemesine geçecektir. Konu bakımından yetkili olmadığı bir alanda çıkarılmış olan bir CBK'nın içerik olarak Anayasa'ya uygun olup olmadığının denetiminin yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanına, kanuna dayanma zorunluluğu bulunmadan, yani ilk elden düzenleme yapma yetkisi tanınarak,³ idarenin türevsel olma özelliğine istisna getirilmiş olsa da CBK'lara tanınan ilk-el düzenleme yetkisi sadece Anayasa'nın yetkilendirdiği konularda söz konusu olabilir. Bu bakımdan öncelikle CBK çıkarılabilecek alanın belirlenmesi gerekmektedir. CBK, yetkili olmadığı bir alanda çıkarıldı ise içerik olarak Anayasa'ya uygun olsa bile, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez*" şeklindeki Anayasa'nın 7. maddesi hükmüne aykırı olacaktır. Konu bakımından yetki alanı sınırlandırılmış olan CBK'ların,⁴ bu sınırların dışında düzenleme yapması fonksiyon gaspı⁵ oluşturur.

³ Kararlarda ortak olan 4. paragrafta, "CBK'ların en belirgin özelliği (...) Cumhurbaşkanına belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır" denilerek bu hususa dikkat çekilmiştir.

Bu paragraftan yola çıkılarak, Anayasa Mahkemesi'nin "asli yetki" ile "ilk-el yetki" arasında bir ayrıma gittiği ve bu bakımdan CBK'larda asli yetki kullanımının değil ilkel yetki kullanımının kabul edildiği yorumu yapılabilir. Her ne kadar yetkinin "asli" ve "ilk-el" olması arasında bir ayrım yapılmayabilse de (Bkz: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku (Anayasa)*, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, Bursa, 2018, s.612; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı, Yetkin yayımları, Ankara, 2018, s.209; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, s.11; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015, s.280; Cengiz Arıkan, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2011, s.23), 2017 değişiklikleriyle yürütmeye kanuna dayanmadan düzenleme yetkisi tanınmış olması karşısında böyle bir ayrıma gidilmesi değerlendirilebilir. İlk-el olmanın, "dolaysız, aracısız olma" anlamıyla CBK'ları da anlattığı ancak asli yetkinin, "asıl olan, asla ait olan" anlamıyla yasama organına ait olduğu ileri sürülerek bu ayrım gerekçelendirilebilecektir. Kararda bu yönde hiçbir açıklama bulunmamakla birlikte, kararın başında böyle bir terim tercihi dikkat çekmektedir. Bu tercihe bakarak Anayasa Mahkemesi'nin, asli düzenleme yetkisinin sadece kanun koyucuya ait olduğunu, yürütmenin sahip olduğu yetkinin ise en fazla ilk-el olduğunu kabul ettiği yönünde yorum yapılabilecektir. Üstelik bir sonraki paragrafta da CBK yetkisinin ilk-el olarak belirtildiği görülmektedir. Yine de bu yorumda aceleci olmamak gerekmektedir çünkü birinci kararın (K.2020/4) 28. paragrafında CBK'lar, "yürütmenin asli düzenleyici işlemleri" olarak nitelendirilmiştir.

⁴ Kararların ortak 8. paragrafında, "konu bakımından yetki" yönünden getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiş olduğu belirtilmektedir. Kararların 9. paragrafında ise 104. maddenin 17. paragrafı ile konulan ilk sınırın "yürütme yetkisine ilişkin olma" şeklinde belirlendiği tespit edilmiştir. Diğer cümlelerde hangi konularda CBK çıkarılmayacağı düzenlenmişken bu cümlede pozitif yetkilendirme söz konusudur. O halde, CBK'lar yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilecek, ancak yürütme yetkisine ilişkin olmakla birlikte diğer cümlelerde belirlenen yasak alanları düzenleyemeyecektir. Sonuç olarak denilebilir ki, CBK yetkisi, kanun çıkarma yetkisinde farklı olarak, istisna niteliktedir ve sınırları belirlenmiştir.

⁵ Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve İdari İşlemler (işlem)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.381: "İdarenin herhangi bir biriminin,

Konu bakımından yetki denetimi idari işlemlerle ilgili olarak her zaman yapılmaktadır. Yetki problemi öncelikle ilgili işlemi tesis etmeye yetkilendirilmiş makam ya da organı ifade eder. İdari işlemlerle ilgili olarak yetkinin çeşitli görünümleri bulunmaktadır. Bunlar, kişi, konu, yer ve zaman bakımından yetkidir. Konu bakımından yetki, “*idari makamın belirli bir konuda idari işlem yapabilmesini, diğer bir deyişle idari makamın, idari işlem yapmaya yetkili olduğu konuyu ifade eder. (...) (konu bakımından yetki) idari makamlar ile diğer kamusal makamlar ve idari makamlar ile özel hukuk kişileri arasındaki yetki paylaşımı ile de ilgilidir*”.⁶ O halde konumuz özelinde “konu bakımından yetki, yasama organı ile cumhurbaşkanı arasında ilk-el düzenleme yetkisinin paylaşımına/kullanımına ilişkindir. Kanunlar söz konusu olduğunda, yasama yetkisinin genelliği ilkesi nedeniyle yetki problemi yaşanmamaktadır. Ancak CBK’lar bakımından durum farklıdır. Anayasa Mahkemesi tarafından CBK’ların denetiminde izlenen yol, ilk önce bunların konu bakımından yetki kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesi ve eğer ilk aşamada, yani yetki konusunda hukuka aykırılık bulunmuyorsa içerik bakımından hukuka uygunluğunun değerlendirilmesidir. Mahkeme, ilk aşamada hukuka aykırılık saptadığında ikinci aşama denetimini yapma gereği duymamaktadır. Nitekim inceleme konusu ikinci kararda (K.2020/5), bütçe dışı nakit avans ile ilgili kural, Anayasa’nın 104. maddesi 17. fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı bulunmuş ve içerik yönünden incelenmesine gerek görülmeden dava konusu kural iptal edilmiştir (n° 22).

Anayasa Mahkemesi bu şekilde aşamalı bir süreci Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa’ya uygunluğu denetiminde de işletmekteydi. Mahkeme, KHK’ların hem yetki kanununa hem de Anayasa’ya uygunluğunu denetlemekte ve yetki kanununa aykırı olmaları durumunda, içerik olarak Anayasa’ya uygun olsalar dahi, iptallerine hükmetmekteydi.⁷ Anayasa Mahkemesi’ne göre, KHK’nın yetki kanununa

yasama veya yargı işlevine taşması temel bir sakatlık durumudur. Devletteki üç işleve atıfla, bu sakatlık türü fonksiyon (işlev, görev) gaspı olarak adlandırılmaktadır. İdare kendisine ait olmayan bir işlevi kullandığında, Anayasanın temel hükümleri arasında yer alan egemenliğin devlet organları arasında dağıtımına ilişkin 6. maddeyi ihlal etmektedir”.

⁶ Güher Ulu, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 160-161.

⁷ Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.I, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.1192; Özbudun, age., s.256.

aykırı olması ile Anayasa'ya aykırı olması özdeşti.⁸ Görüldüğü üzere, benzer bir inceleme yöntemi CBK'lar için dizayn edilmiştir. Burada da öncelikle yetki unsuru denetlenmekte, CBK'nın, konu bakımından yetkili olduğu alanda çıkarılmış olması durumunda içerik incelemesine geçilmektedir. Zira CBK'nın konu bakımından yetkisiz olduğu bir alanda çıkarılmış olması, yukarıda belirtildiği üzere, fonksiyon gaspı oluşturacaktır. O halde, Mahkemece yapılan denetimin ilk aşamasının baraj niteliğinde olduğu söylenebilir.

II- Baraj Niteliğinde Birinci Aşama: Konu Bakımından Yetki

Bu çalışma kapsamında incelenen Anayasa Mahkemesi kararlarında dava konusu kurallar öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk dört cümlesine göre, "konu bakımından yetki yönünden" incelenmiştir. Bu fıkranın birinci cümlesi, "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*" şeklindedir. İncelenen kararlarda bu konu ile ilgili genel prensip oluşturabilecek bir kurallaştırmaya gidilmemiştir. Cümlede geçen "yürütme yetkisine ilişkin konular" tek tek sayılabilecek konular olmadığından Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen her bir kuralla ilgili özel inceleme yapması ve genellemenin kaçınması normal karşılanmalıdır.⁹ İncelenen kararlara konu kurallar bu yönden tartışılabilir alanlara yönelik görünmemektedir.¹⁰ Çalışmaya konu üç karardan daha sonra

⁸ AYM, 08.07.1994 tarih ve E.1994/53, K.1994/48 sayılı kararı.

⁹ Yürütme yetkisine ilişkin olma sınırı ile ilgili Bkz: Kemal Gözler, *İdare Hukuku (İdare)*, C.I, 3.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.1312; Yasin Söyler, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.83-87.

¹⁰ Birinci kararda (K.2020/4) Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerinin hangi merci tarafından görüleceğine yönelik kural denetlenmektedir. Kararda, kuruluş ve görevleri düşünüldüğünde, YAŞ'ın yürütme içinde yer aldığı, ancak herhangi bir bakanlığın merkez ya da taşra teşkilatına dahil olmadığı, bu nedenle de YAŞ'ın görev ve yetkilerinin düzenlenmesinin Anayasa'nın, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilatına ilişkin 106/11 maddesi kapsamında bulunmadığı, yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu saptanmıştır.

İkinci kararın (K.2020/5) koordinatör başhekimlik ile ilgili bölümünde Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenlediğini belirtmiştir (n° 27).

Üçüncü karara (K.2020/6) konu kuralın yer aldığı kararname maddesinde, Yüksek İstişare Kurulu oluşturulmuş, dava konusu kuralla da bu kurul üyelerini Cumhurbaşkanının belirleyeceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğunu belirtmiştir (n°16).

verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hususta inceleme yapılmıştır. İlk olarak, 23 Temmuz 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 11 Haziran 2020 tarih ve E.2018/155, K.2020/27 sayılı kararda, 5018 sayılı Kanun’a Ekli (I) Sayılı Cetvel’e bazı eklemeler yapılmasının kanun metninde değişiklik yapılması olduğu tespit edilmiş ve kanunlarda değişiklik yapılmasının TBMM’nin görev ve yetkileri arasında yer aldığı belirtilerek, dava konusu kuralın yürütme yetkisine değil yasama yetkisine ilişkin olduğundan bahisle iptaline karar verilmiştir. 27 Temmuz 2020 tarihli, Resmi Gazete’de yayınlanan, 25 Haziran 2020 tarih ve E.2018/128, K.2020/32 sayılı kararın 23. paragrafında ise Anayasa Mahkemesi, milletlerarası anlaşmaların onaylanması ve yayımlanmasının yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa m.104/17 ikinci cümlesi, “Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez” şeklindedir. Ancak bu çalışmada incelenen kararlarda bu hususta da değerlendirme yapılmamıştır.¹¹

Kararlarda 17. fıkranın 3. ve 4. cümleleri ile ilgili kurallar belirlenmektedir. Bu nedenle bu iki cümle ile ilgili değerlendirmeler ayrıntılı ele alınacaktır.

A- Münhasır Kanun Alanının Tanınması ve Sınırlarının Belirlenmesi

Anayasa m.104/17’nin üçüncü cümlesi şu şekildedir: “Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı

Anayasa Mahkemesi’ne göre Kurul, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde istişari bir kuruldur ve bu kurulun düzenlenmesi yürütme yetkisine ilişkin bir konudur.

Kararın ikinci bölümünde ise, Kurul üyelerine yapılacak ödemelerin Cumhurbaşkanlığı tarafından belirleneceğine dair kuralın “yürütme yetkisine ilişkin konulardan olmadığı söylenemez” denilmiştir (n° 30).

¹¹ Birinci kararda (K.2020/4), YAŞ’ın sekreteryaya hizmetlerinin kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin olmadığı belirtilmiştir (n°22).

İkinci kararda (K.2020/5), dava konusu iki kuraldan bütçe dışı avansla ilgili olan birinci kuralı incelemesinde bu cümle yönünden değerlendirme yapılmamış, ikinci kural yani koordinatör başhekimlikle ilgili kuralın ise bu yasak alanına ilişkin düzenleme getirmediği belirtilmiştir (n° 28).

Üçüncü kararda (K.2020/6) ise, Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenmesine ilişkin hükmün bu sınır kapsamında bulunmadığı belirtilmiştir (n° 17).

ğın kararnamesi çıkarılmaz". İncelenen kararlardan önce doktrinde bu cümle ile ilgili ayrışmalar yaşanmış, münhasır kanun alanının kabul edildiği görüşler yanında reddedildiği görüşler de ileri sürülmüştür.¹² Anayasa Mahkemesi, inceleme konusu kararlarıyla, münhasır kanun alanını net bir şekilde ortaya koymuştur. Ancak aynı açıklık somut olay incelemelerinde görülmemektedir.

1- Kuralın ortaya konmasında netlik

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir konuda CBK çıkarıldığı iddiası karşısında, konu bakımından yetki kurallarının 104. maddede düzenlenmiş olduğundan bahisle, konu bakımından yetki denetiminin 104. maddenin 17. fıkrası ilk 4 cümlesi referans alınarak yapılması gerekmektedir (K. 2020/5, n° 15, K. 2020/6, n° 28). Yani, bir CBK denetlenirken, bu CBK'nın Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmüş bir konuda çıkarılmış olduğunun tespiti halinde, ilgili CBK, kanunla düzenleme gereğini öngören Anayasa maddesine aykırılıktan değil, münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağını öngören 104. madde 17. fıkra hükmüne aykırılıktan iptal edilecektir.

Anayasa Mahkemesi, incelenen kararlarıyla, münhasır kanun alanının bulunduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bilindiği üzere, kanunun mahfuz alanı problemi ile ilgili yapılan ilk itiraz, Anayasa'da "kanunla düzenlenir" şeklinde hükümlerin bulunduğu fakat "münhasıran kanunla düzenlenir" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmediği yönünde idi.¹³ Gerçekten de, örneğin Kemal Gözler, Anayasa'nın 123, 127 ve 128. maddelerini örnek vererek, bu hükümlerde "münhasıran kanunla düzenlenir" denilmediği gibi "sadece", "ancak" gibi sınırlayıcı nitelikte başka ibarelerin de kullanılmadığına dikkat çekmekte,¹⁴ Anayasa'nın 66. mad-

¹² Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Fatma Didem Sevgili Gençay, Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili.pdf (erişim tarihi: 21.06.2020).

¹³ Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, C.II, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.129.

¹⁴ Gözler, (İdare), C.I, s. 1316.

desi örneğinde, madde metninin “vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir” hükmüne göre vatandaşlık ile ilgili her konunun değil sadece vatandaşlığın kaybedilmesi hallerinin münhasır kanun alanı oluşturduğunu söylemektedir.¹⁵

Doktrinde, incelenen kararlar öncesinde de bu itirazlara cevap veren ve münhasır kanun alanının bulunduğunu savunanlar olmuştur. Örneğin Atar, “Anayasa’nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülmiş konularda Meclis henüz bir kanuni düzenleme yapmamış olsa bile, bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Keza kanun çıkarılmış olmakla birlikte Anayasa’da belirtilen hususlarda eksik düzenleme olsa bile bu hususlarda tamamlayıcı kararname çıkarılamaz” demektedir.¹⁶ Yıldırım, Anayasa’da kanunla kurulması öngörülen idari birimlerin doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulmasının mümkün olmadığını belirtmekte;¹⁷ Ulusoy ise “Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ilk elden düzenleme olmayacağı”;¹⁸ “Anayasa’nın bu m.104/17-3 hükmündeki “münhasıran” ifadesinin “özel ve somut olarak” şeklinde anlaşılması ve yorumlanması(nun) daha doğru ve Anayasa’nın genel sistematiğine daha uygun bir yaklaşım”¹⁹ olacağını savunmaktadır.²⁰ Gerçekten de Anayasa’nın 7. maddesinde düzenlenmiş olan yasama yetkisinin genelliği ilkesi çerçevesinde TBMM, Anayasa’ya aykırı olmak şartıyla akla gelebilecek her türlü konuda kanun yapmaya zaten yetkiliyken, Anayasa’nın bazı maddelerinde “kanunla düzenlenir” şeklinde bir ifadenin bulunması, bu konunun kanun dışı düzenleyici işlemlere yasaklandığı şekilde anlaşılmalıdır.²¹

İncelenen kararların ortak 11. paragrafında, Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadında, anayasa koyucunun kanunla

¹⁵ Gözler, (İdare), C.I, s. 1317.

¹⁶ Atar, age., s.248.

¹⁷ Yıldırım, age., s.296.

¹⁸ Ulusoy, age, s. 293.

¹⁹ Ulusoy, age, s.296.

²⁰ Aynı yönde: Oğuz Sancakdar, Eser Us, Mine Turhan Kasapoğlu, Lale Burcu Önüt, Serkan Sehan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.81: “Münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuların neler olduğunun belirlenmesi için AY’da “münhasıran, ancak, sadece” gibi kelimelerle kanunla düzenleme zorunluluğuna vurgu yapılmasına gerek yoktur. AY’da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen konuların mutlaka kanunla düzenlenmesi zorunludur”.

²¹ Sevgili Gençay, age., s.10.

düzenlenmesini öngördüğü konuların münhasıran kanunla düzenlenecek alan kapsamında görülmesi gerektiği belirtilerek, “buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi” nin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu şekilde kanunun mahfuz alanının, yani CBK’ya yasaklanmış, sadece kanunla düzenlenmesi gereken bir alanın varlığı açıkça kabul edilmiştir. Kanunun mahfuz alanının bulunduğu tespiti birinci kararın (K.2020/4) 23. paragrafında da yinelenmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilmiş olan konular kanun alanı olarak özgülenmiştir ve bu alanlarda CBK çıkarılmayacaktır.²²

2- Kuralın somut olaya uygulanmasında bulanıklık

Kararlarda, Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenmiş olan kanuni idare ilkesi ile 128. maddede düzenlenmiş kamu görevlilerine ilişkin genel ilkeler özelinde değerlendirmeler yapılmıştır.

a- Teşkilatlanma Yetkisine İlişkin İnceleme (AY. m. 123)

Bilindiği üzere Anayasa’da teşkilatlanmaya ilişkin birden fazla madde bulunmaktadır. Genel kural 123. madde ile konulmuş olsa da bakanlıkların ve kamu tüzel kişiliklerinin kuruluşu ayrı olarak düzenlenmiştir. İncelenen ikinci kararda (K.2020/5), “(...) Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda

²² CBKların mahfuz alanlarının bulunup bulunmadığı konusu ise kararlarda tartışılmamıştır. Bu konuda kararların ortak 8.paragrafında, Anayasa’da Cumhurbaşkanı’na verilmiş olan CBK çıkarma yetkisinin sınırsız olmadığı, “kanunlardan farklı olarak Anayasa’da CBK’yla düzenlenecek konuların sınırlandırıldığı” belirtilmiştir (n° 8). Bu paragrafta “kanunlardan farklı olarak” belirlemesinin önemli olduğu düşünülmektedir. Kanunların CBK’lardan farkı, genel düzenleme yetkisini ifade etmesi ve her konuda çıkarılabilecek olmasıdır. Gerçekten de Anayasa’nın “yasama yetkisinin genelliği”ni düzenleyen 7. maddesinde bir değişiklik yapılmadığından yasama yetkisi genel olma özelliğini korumaktadır (Bkz: Artuk Ardiçoğlu, age., s.44; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2018, s.75.). Yani her konuda kanun çıkarılabilecektir. Oysa CBK ancak Anayasa’da yetkilendirildiği konularda çıkarılabilir. O halde, kararda açıkça söylenmemiş olsa da, Mahkemenin alıntılanan ifadesinden, CBK’ların mahfuz alanının yani CBK’ya özgülenerek kanuna yasaklanmış bir alanın bulunmadığı; kanunların, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği belirtilen alanlarda dahi çıkarılabileceği sonucuna varılabilir.

CBK ile düzenleme yapılabilir” denilmektedir (n° 29). O halde her ne kadar Anayasa’nın 123. maddesi idarenin kuruluşunun kanunla olması gerektiği kuralını getirmekteyse de CBK ile Anayasa’nın diğer maddelerinde özel olarak görevlendirilme söz konusu olduğunda, bu görevlendirmeye uygun düzenleme yapabilecektir. Yani CBK ile bakanlıklar ya da kamu tüzel kişilikleri kurulabilecektir. Anayasa Mahkemesi, CBK’yla, Anayasa’nın 106. maddesi ile verilen yetkiye dayanılarak ve fakat yetki verilen konularla sınırlı olmak üzere 123. madde hükmünde belirtilen hususlarda, yani idarenin kuruluş ve görevleri ile ilgili konularda, CBK ile düzenleme yapılabileceğini belirtmiş (K.2020/5, n°30-31) ve nihayetinde iptali talep edilen kuralın, “Anayasa’nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak”, m.104/17’nin üçüncü cümle hükmüne aykırı olmadığına kanaat getirmiştir.

İncelenen kararlardan birincisinde ve üçüncüsünde ise kamu tüzel kişiliği bulunmayan, bakanlık niteliğinde de olmayan “danışma kurulları” söz konusudur. Birinci karar (K.2020/4), YAŞ’ın sekretarya hizmetlerini yürütmekle görevlendirilecek merciin Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğine dair kurala ilişkin olduğundan, Mahkeme dava konusu kuralın idari yapının kurulması ya da görev ve yetkilerinin belirlenmesinin söz konusu olmadığına hükmetmiştir (n°23). Devamında ise “(...) sekretarya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi AY’nın 123. maddesi (...) hükmü kapsamında **münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan değildir**” demiştir. Bu şekilde, kararın 11. paragrafında belirtilmiş olan, kanunun mahfuz alanının varlığı teyit edilmiş ve olaya uygulanmıştır. Kararda mahfuz alan tespiti olumlu olmakla birlikte, olaya uygulanması eleştiriye açıktır. Nitekim Hasan Tahsin Gökcan da karşı oy yazısında, sekretarya hizmetlerini göreceк merciin belirlenmesinin yürütme yetkisine ilişkin olduğunu; ancak Anayasa’nın 123. maddesinde düzenlenen kanuni idare ilkesi çerçevesinde bakıldığında sekretarya hizmetlerinin bir mercie tevdiinin de idarenin düzenlenmesi kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla dava konusu kuralın, Anayasa m.104/17’nin üçüncü cümlesine aykırı olduğunu belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, “kurulun sekretarya hizmetlerini yürütecek merci, YAŞ’ın görev ve yetkileri çerçevesinde gerçekleştirilen toplantıların organize edilmesi gibi daha çok kurulun iç işleyişinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamakla görevlidir” açıklamasıyla (n° 29), aslında sekretaryanın “etkisiz” olduğu düşüncesini ortaya koymaktadır.

Nitekim 30. paragrafta bulunan "(...) daimi bir sekreteryaya kurulmasına gerek görülmediği, dava konusu kuralla bu hizmetlerin Cumhurbaşkanınca belirlenecek bir merci tarafından yerine getirilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır (...)" ifadesi nedeniyle sekreteryaya işinin daimi bir teşkilat oluşturmayı gerektirmeyecek önem(sizlik)de görüldüğü ve bu nedenle sekreteryanın düzenlenmesinin teşkilatlanmaya ilişkin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda Yusuf Şevki Hakyemez karşı oy yazısında şöyle demektedir: "Yüksek Askeri Şuranın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin Cumhurbaşkanınca belirlenmesi, önceden kurulmuş bir idari birime verilebilecek tali önemdeki bir husus olarak görülebilir. Ancak bu boyut Anayasa'ya uygunluk denetiminde dikkate alınmamalıdır". Gerçekten de idari teşkilat içinde birimler arasında önemli önemsiz, asli tali gibi ayrımlar yapılamaz. Birimlerin tamamı birlikte teşkilatı oluşturmaktadır ve bu bakımdan da tamamının düzenlenmesi, bir bakanlığın ya da bir kamu tüzel kişiliğinin kuruluşu dışında, 123. madde gereğince mutlaka kanuna dayanmalıdır. Anayasa Mahkemesi de denetleyeceği normu Anayasa'ya uygunluğu yönünden değerlendirmelidir ve bir normun Anayasa'ya aykırı olması durumu bizatihi önemlidir.

Ayrıca, karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere²³ bu kararda öncelikle YAŞ'ın CBK ile düzenlenmesinin Anayasa'ya uygunluğunun da değerlendirilmesi gerekirdi. YAŞ bir bakanlık olmadığına ve kamu tüzel kişiliği de bulunmadığına, ayrıca Anayasa'da "idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmü varlığını koruduğuna göre, YAŞ'ın kanunla kurulması gerekirdi. Kararda bu konu tartışılmamış, sadece YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini göreceк merciin tayini karara konu edilmiş ve bu konunun CBK ile düzenlenebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Hatırlatmak gerekir ki, karara konu dava sadece sekreteryaya hizmetlerini göreceк merciin belirlenmesine yönelik cümlelerin iptali talebi ile açılmış, YAŞ'ın CBK ile kurulmuş olması dava konusu edilmemiştir.²⁴ Açılan davadaki bu eksiklik nedeniyle kararda yapılan inceleme de eksik ve havada kalmaktadır.

²³ Zühtü Arslan'ın karşı oy gerekçesi 6. Paragraf (n°6), Hasan Tahsin Gökcan'ın karşı oy gerekçesi 2. Paragraf (n°2), Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oy gerekçesi 7. Paragraf (n°7).

²⁴ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi 3. fıkrasına göre Mahkeme, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. Ancak taleple bağlıdır.

Aynı durum incelenen üçüncü kararda (K.2020/6) da söz konusudur. Anayasa Mahkemesi, Yüksek İstişare Kurulunun, tüzel kişiliği bulunmayan, istişari nitelikte bir birim olarak düzenlendiğini tespit etmiştir.²⁵ Yüksek İstişare Kurulu, Cumhurbaşkanlığına bağlı tüzel kişiliği olmayan bir birimdir. Yani, bu kurulun düzenlenmesi, Anayasada CBK'yla teşkilatlanmaya ilişkin özel yetki veren maddelerin alanına girmemektedir. 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı teşkilatının CBK ile düzenleneceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.²⁶ Bu durumda Cumhurbaşkanının CBK ile Yüksek İstişare Kurulunun kurulması yönünde düzenleme yapması mümkün görünmemektedir. Ancak davada bu yönde bir iddia ve talep bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme de kararında, bu konuda bir değerlendirme yapmamıştır.

Kısaca, Yüksek Askeri Şuranın da Yüksek İstişare Kurulunun da kuruluşu dava konusu edilmemiş, Şuranın sekreteryaya hizmetleri ile Yüksek istişare kurulu üyelerine ilişkin hükümler ise teşkilatlanmaya dair bulunmayarak, yürütmeye ilişkin olduklarından bahisle CBK'nın konu bakımından yetki alanı içinde kabul edilmişlerdir.

b- Kamu Görevlilerine İlişkin İnceleme (m. 128)

İncelenen birinci kararda (K.2020/4) bu konuda değerlendirme yapılması gerekmemiştir. Ancak ikinci (K.2020/5) ve üçüncü kararlarda (K.2020/6) Anayasanın 128. maddesi ile bağlantılı olarak m. 104/17'nin üçüncü cümlesine aykırılık olup olmadığını incelemiştir.

Anayasa'nın 128. maddesi şu şekildedir :

²⁵ Kararın 18. paragrafı şu şekildedir: "Söz konusu fıkranın üçüncü cümlesi uyarınca CBK'lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Kurul; tüzel kişiliği bulunmayan, istişari nitelik taşıyan bir birim olarak düzenlenmiştir".

²⁶ Kemal Gözler bu konuda şöyle demektedir: "Anayasa Değişikliği Kanununun Cumhurbaşkanlığı teşkilatının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleneceğini hükme bağlamaması ... hayret vericidir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi gereken birinci konu hiç şüphesiz Cumhurbaşkanlığı teşkilatıdır. Nitekim 9 Temmuz 2018 öncesi sistemde dahi yürütme organına asli bir düzenleme yetkisi verilmezken, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği hükme bağlanmıştı. (...) Bu husus, söz konusu Anayasa Değişikliği Kanununu hazırlayanların ya unutkanlığı ya da ehliyetsizliğinin bir sonucudur". Gözler, (İdare), C.I, s.1325.

“Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (Ek cümle: 7/5/2010- 5982/12 md.) Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir”.

Anayasa, Bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatının kuruluşu ile ilgili olarak CBK çıkarılabileceğini düzenlemiştir. Dava konusu kural, Sağlık Bakanlığı'nın, taşra teşkilatında, bünyesinde birden fazla hastane bulunan bir yerleşkede, bir koordinatör başhekimin görevlendirilebileceğine yöneliktir. Ancak Anayasa'nın 128. maddesine göre kamu görevlilerinin niteliklerine, atanmalarına, görev ve yetkilerine ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin AY m.128 kapsamında olmadığı ve yapılan düzenlemenin taşra teşkilatı kurma yetkisi dahilinde olduğu kanısındadır. Ancak dava konusu kuralla başlı başına yeni bir pozisyon yaratıldığı da bir gerçektir. Kararda ayrıca, “Sağlık Bakanlığı bünyesinde bir taşra teşkilatı kurulmasına izin verilmekte, bunun doğal sonucu olarak da bir koordinatör başhekim görevlendirilebilmesine imkân tanınmaktadır. Bu yönüyle kuralların koordinatör başhekimin görevlendirilmesinin usul ve esaslarını düzenleyen bir yönü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla kurallar Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memurların ve kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin bir husus öngörmemektedir” denilmektedir (n°33). O halde, yani kararda koordinatör başhekimin görevlendirilmesinin usul ve esaslarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığı tespit edildiğine göre, CBK ile kurulan koordinatör başhekimlik ve buna bağlı başhekimlikler ve müdürlüklere atama yapılabilmesi için öncelikle kanun koyucunun, bu unvanları taşıyabilecek kamu görevlilerinin niteliklerini, nasıl atanacaklarını, görev ve yetkilerini düzenlemesi gerekmektedir.

Üçüncü kararda (K.2020/6) Mahkeme, Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin, Anayasa'nın 128. maddesinde geçen “diğer kamu

görevlileri”nden olup olmadığını anlamak için Kurul üyelerinin yerine getirecekleri görevin Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esasına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kararın 20. paragrafında ise, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerinde kadro ve pozisyonun esas olduğunu ve bu hizmetleri yürüten memur ve diğer kamu görevlilerinin kendilerine özgü statüye sahip olduklarını söylemektedir. Söz konusu Kurulun ise, “Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde Cumhurbaşkanına bağlı icrai bir karar alma ve bunu uygulamaya yetkisi olmayan tamamıyla istişari nitelikte bir birim olarak düzenlenmiş(...)” olduğunu belirtmektedir. Paragrafta Kurulun icrai bir görevinin bulunmadığına, yerine getirilen görev sırasında kamu gücü kullanılmadığı gibi kurul üyelerinin kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıklarına, kurul üyeliği dışında başka meslek ve uğraşlarına devam ettiklerine, idare ile aralarında statü bir ilişki kurulmadığına, bu itibarla da Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında bulunmadığına hükmedilmiştir.

Problem şudur ki, kamu görevlilerinin birçoğunun icrai karar alma gücü bulunmamakta,²⁷ bu kişiler görevlerini yerine getirirken bu anlamda kamu gücü de kullanmamaktadır. Kurul üyelerinin geçici olarak kamu hizmetine katıldıkları argümanı da geçerli görünmemektedir. Zira örneğin bakan yardımcılığı da süreli bir görevdir. Statü bir ilişki meselesine gelince, öncelikle belirtmek gerekir ki tüm kamu görevlilerinin idare ile statü bir ilişki içinde olması gerekmektedir. Kamu görevlisi olabilmek için kişi ile idare arasında kamu hukuku bağı olması gerekmektedir. Kamu hukuku bağı statü bir bağ olabileceği gibi akdi bir bağ da olabilir.²⁸ O halde, kurul üyeleriyle idare arasında statü bir bağ bulunmaması, üyelerin kamu görevlisi olma-

²⁷ Gözler, (idare), C.I, s.902: “Bir kamu tüzel kişisinde, o tüzel kişi adına irade açıklamaya, yani işlem yapmaya yetkili görevlilerin sayısı fevkalade azdır. İdare adına irade açıklama yetkisine sahip mercilere “idari makam” denir. Merkezi idarede idare adına irade açıklama yetkisine sahip kişiler, Cumhurbaşkanı, bakanlar ve merkezi idarenin taşra teşkilatında ise yetki genişliği ilkesi sayesinde valilerdir”.

²⁸ Gözler, (idare), C.II, s. 661.

dığını göstermez. Kaldı ki, statüter bağın atama ile kurulduğu kabul edildiğine ve kurul üyeleri de atandıklarına göre statüter bağ bulunduğu da ileri sürülebilir. Asıl problem, bu kurulun çalışma usullerine ve kurul üyelerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasıdır. Yani statüter bir ilişkinin bulunduğu iddia edilebilse dahi statüye ilişkin hiçbir veri bulunmamaktadır.

B- “Kanunda Açıkça Düzenlenmiş Konu” Sınırı

Kararların en önemli getirilerinden biri, belirsiz olan²⁹ ve Anayasa Mahkemesi’nce açıklanması beklenen³⁰ “*kanunda açıkça düzenlenmiş konu*” dan ne anlaşılması gerektiği meselesinin çözülmüş olmasıdır.

1- “Kanun” Kavramının Kapsamı

Anayasa Mahkemesi’nin K.2020/6 sayılı kararın 33 ve devamı paragraflarında, “kanunla açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz” kuralının kapsamına KHK’ların girip girmediğini irdelemiş ve nihayetinde KHK’ların kanun niteliğinde olması nedeniyle “*KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılmaması gerekir*” sonucuna ulaşmıştır.³¹

²⁹ Bkz. Didem Yılmaz, Ahmet Yayla, “Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Türleri ve Bunların İdari İşlemlere İlişkin Uyuşmazlıklarda Perde Yasa Kurumu Çerçevesinde Değerlendirilmeleri”, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Didem_Yilmaz_Ahmet_Yayla.pdf. (erişim tarihi: 21.06.2020), s.5.

³⁰ Şirin, age., s.321.

³¹ Mahkeme bu sonuca şu şekilde ulaşmıştır: Mahkeme öncelikle KHK’ların hukuk tarihimize girişine değinmiş (n° 34-35-36) ve sonrasında Anayasa’da kanunla düzenleneceği öngörülen konularda da KHK ile düzenleme yapılabileceğine dair içtihadının bulunduğunu hatırlatmıştır (n°37). Bu hatırlatma, Mahkemenin aynı imkânı CBK için tanımaması karşısında önem kazanmaktadır. Ayrıca Mahkeme, KHK ile kanun hükümlerinin değiştirilebildiğini, yürürlükten kaldırılabildiğini ya da kanuna eklemeler yapılabildiğini de hatırlatmaktadır (n° 38), ki bu imkân da CBK için mümkün değildir. Doktrinde CBK’nın “kanun düzeyinde” olduğunu ileri süren görüşler bulunmakta ise de (Bkz. İba, Söyler, age., s.207; Ülgen, age., s.7; Atar, age., s.242; Ergül, age., s.31.), bu kararında Mahkemenin, CBK ile KHK’ların farkını açıkça ortaya koyduğu, KHK’ların CBK’da bulunmayan özelliklerini belirlemek ve onlara kanun hükmünde olma niteliği bağlamak suretiyle CBK’ların kanun altı konumunu tespit ettiği kabul edilmelidir.

2- İnceleme Yöntemi: “açık” düzenlemenin tespiti

İncelenen birinci (K.2020/4) ve ikinci kararlarında (K.2020/5) Anayasa Mahkemesi, “açıkça düzenleme”nin nasıl tespit edileceğini göstermiştir: “(...) (Ö)ncelikle...karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise –böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır”.

Buna göre, CBK’nın, kanunla açıkça düzenlenmiş bir konuda çıkarılıp çıkarılmadığının belirlenmesi için öncelikle CBK çıkarılan konuyu düzenleyen bir kanun olup olmadığı belirlenecek, böyle bir kanunun bulunması halinde ise bu kanunun konuyu açıkça düzenlemiş olup olmadığı değerlendirilecektir. AYM bu değerlendirmeyi, iki aşamada yapacaktır: birinci aşamada ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğine bakacak, bu soruya olumlu cevap verilirse, kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığına bakacaktır. CBK ile düzenleme yapılan konuya, CBK’nın çıkarılmamış olması durumunda, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün uygulanacak olması, CBK kuralının kanunla düzenlenmiş konuda çıkarıldığını gösterecektir.

Mahkeme ayrıca, Anayasa’nın 104/17. fıkra hükmünde CBK’lar için getirilen sınırlamaların, Anayasa’da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerli olduğunu vurgulamış ancak söz konusu sınırlamaların Anayasa’nın CBK’lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmiştir (n° 25).³²

³² Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Menş yazdıkları farklı gerekçede şu görüşü öne sürmüşlerdir: “dava konusu kuralın Anayasa’da CBK ile düzenleneceği belirtilen bir konuya ilişkin olduğu tespit edildikten sonra, artık bu konuda ayrıca bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekli değildir. Zira söz konusu ölçüt sadece Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca çıkarılan genel yetki kapsamındaki CBK’lar için geçerlidir”.

3- "Açık" düzenleme ile CBK'ya Yetki Verilmesi

İncelenen kararlardan ikincisinin (K.2020/5) 21. paragrafına³³ göre Kanun, düzenlediği bir konuda bir hususun CBK ile düzenleneceğine dair hüküm bulundursa bile bu hüküm, CBK'nın kanunun açıkça düzenlediği alanda çıkarılmış olması durumunu düzeltemeyecek ve CBK da ilgili kanun hükmü de Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Dava konusu düzenleme ile CBK'ya istisna bir durum düzenleme yetkisi tanınmış ve Anayasa Mahkemesi, tanınan bu yetkinin Anayasa'ya aykırılığı düzeltmeyeceğini belirtmiştir. İstisna, genel kuralın dışına çıktığına göre, genel kuralı değiştirmektedir ve genel kuralı değiştirmek de ancak bu kuralı koyana ait bir yetkidir.³⁴ Bu bakımdan Mahkemenin kararı şüphesiz yerinde bir karardır. Ancak, akla şu soru gelmektedir: Acaba başka bir hipotezde kanun, genel kuralın istisnası niteliği taşımayan, aynı konunun kendisinin düzenlemediği bir alanın düzenlenmesini CBK'ya bırakabilir mi? Bu soruya cevap aranırken, karşı oy yazısından esinlenilerek³⁵, ikili bir ayırım yapılması uygun ola-

Bu farklı gerekçe, Anayasa ile özel olarak CBK'ya yetki verilen durumlarda konu bakımından yetki araştırmasınının 104. madde 17. fıkra hükmüne göre yapılmasına yer olmadığı anlamına gelmektedir. Bu yoruma katılmak mümkün değildir çünkü Anayasa, CBK ile düzenleneceğini özel olarak belirttiği konuları dahi kanuna yasaklamamış, hiçbir maddesinde CBK'ya kanuna karşı korunan bir alan yaratmamıştır (Ayrıntılı inceleme için bkz. Sevgili Gençay, age.). Bu nedenle, CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilmiş konularda hâlihazırda bir kanun hükmü mevcutsa, bu konuda CBK çıkarılmamalı; önce CBK'nın çıkarılmış ve daha sonra kanunun yapılmış olması durumunda ise Anayasa'nın m.104/17 hükmünde düzenlenen çatışma hükümleri uygulanmalıdır.

³³ "Öte yandan Kanun'un 35. maddesinin ikinci cümlesinde "ilgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır" denilmektedir. Anayasa'nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisi tanımadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan şekilde bir yetki tanınması söz konusu olamaz. Bu nedenle CBK hükümlerini saklı tutan kanun hükmü yukarıda tespit edilen aykırılığı Anayasa'ya uygun hale getirmemektedir"

³⁴ Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s.44.

³⁵ Muammer Topal, Kadir Özkaya, Rıdvan Güleç, Recai Akyel, Yıldız Seferinoğlu ve Selahaddin Mentеш ise bu karara yazdıkları karşı oy yazısında, "kanun koyucunun söz konusu alanda düzenleme yapma yetkisini kullanmayı tercih etmeyip bu konuda CBK koyucuya alan bırakmasında herhangi bir anayasal kural ve ilkenin ihlal edilmesi söz konusu değildir" (n° 20) "Elbette ki Anayasa koyucunun CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen konular dışındaki hususlarda Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK'ya bir alan tanınması Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir" (n° 22) diyerek, kanun koyucunun, kendi düzenlediği bir konuda bazı hususların düzenlenmesini CBK'ya

bilir: Kanunun düzenlediği konu münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulardan birine giriyorsa, bu durumda temel kuralların kanunla konulması zorunludur ve ayrıntılarla ilgili dahi CBK'ya yetki verilmesi, konunun kanunla düzenlenmiş olması karşısında mümkün değildir. CBK ile kanunun ortak düzenleyebilecekleri alanda CBK'ya konunun kanunla düzenlenmemiş bir unsurunun bırakılması mümkün olabilir. Ancak aynı konuda hem kanun hem de CBK bulunması karmaşaya neden olabileceğinden, bu durumlarda dahi CBK ile düzenleme tercih edilmemelidir.³⁶ O halde sorumluzun cevabı hayır olacaktır.

III- İkincil Bırakılmış İkinci Aşama: İçeriğe İlişkin İnceleme

A- Belirlilik ilkesi

Anayasa Mahkemesi, inceleme konusu ilk kararında (K.2020/4), belirlilik ilkesinin, duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerektiğini ifade etmiş ve karara konu kuralda, yani YAŞ'ın sekreteryaya işlerinin Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenecek merci tarafından yürütüleceği kuralında, belirlilik ilkesine aykırılık tespit edememiştir.³⁷ Oysaki sekreteryaya hizmetlerini göreceк merciin hangi merci olduğu bilinmemektedir. CBK konuyu belirli bir şekilde düzenlememiş, düzenleme yetkisini Cumhurbaşkanlığına bırakmıştır. 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan Yüksek Askeri Şuranın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un

bırakabileceğini ancak bu imkânın Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenleneceğini belirttiği konularda, CBK'nın da Anayasa ile ayrıca yetkilendirilmiş olması hali dışında, geçerli olmadığını belirtmektedirler.

³⁶ Benzer bir yorum için bkz. Ülgen Adadağ, s.268 : "Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı'nın asli nitelikteki düzenleyici işlemi olarak belirlediği bir alanda, anayasal sınırları aşmak için, kanunla Cumhurbaşkanlığı kararname çıkarma yetkisi verilebileceğini kabul etmek hem türev nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gibi bir türün ortaya çıkmasına neden olacak hem de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için Anayasa'da yer alan sınırların yasama işlemiyle etkisiz hale getirilebileceğini kabul etmek anlamına gelecektir".

³⁷ Bu kararın konusu özelinde, Yüksek Askeri Şura'nın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merci bakımından yürürlükte kanun bulunmadığını tespit eden Anayasa Mahkemesi, YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merciin CBK ile belirlenmesinde bir engel bulunmadığı sonucuna varmıştır. Ancak, bu sonuç doğru bile olsa, yani YAŞ'ın sekreteryaya hizmetlerini göreceк makam CBK ile belirlenebilecek olsa bile, davaya konu CBK sekreteryaya hizmetlerini yürütecek merci belirlememiş, bu yetkiyi Cumhurbaşkanlığına bırakmıştır ki bu iki durum, ilerde açıklanacağı üzere, birbirinden farklıdır.

“sekretarya” başlıklı 6. maddesinde Yüksek Askeri Şuranın sekretarya hizmetlerini Milli Savunma Bakanlığının yürüteceği öngörülmekteydi. CBK ile de Milli Savunma Bakanlığı olmasa bile, bir merciin belirlenmiş olması gerekirdi. Nasıl ki kanunlar söz konusu olduğunda, idarenin düzenlemesine bırakılacak konuların en azından ana hatlarıyla belirlenmesi gerektiği kabul edilmekteyse³⁸, CBK’nın da konusunu “düzenleme” zorunluluğunun bulunduğu karar vermesi gerekirdi.³⁹ CBK’nın, bir konuyu, hiçbir kural koymadan Cumhurbaşkanı kararına bırakması, CBK alanının Cumhurbaşkanı kararına terki niteliğindedir ve Anayasa’ya aykırıdır. Anayasa, ilk-el düzenleme imkânını sadece CBK’ya tanımıştır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, oybirliği ile kuralın Hukuk Devleti ilkesine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Yüksek İstişare Kurulu üyelerinin seçimi ve üyelere yapılacak ödemelere ilişkin üçüncü kararda da benzer bir sorun görülmektedir. Bu kararda öncelikle hukuk devleti (n° 23) ve belirlilik ilkeleri tanımlanmış, belirlilik ilkesinin sadece yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiği belirlenmiş ve şu sonuca ulaşılmıştır: *“asil olan, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır”* (n° 24). Kararın 25. paragrafında dava konusu kuralın belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği incelenmiş ve kurul üyelerinin *“mille ve devlete hizmeti geçmiş, bilgi ve birikim sahibi kişiler arasından”* seçilecek olması, keyfi uygulamalara karşı yeterli önlem olarak kabul edilmiştir. Kurul üyelerinin sayısının belirtilmemiş olması ile ilgili olarak ise *“kişilerin kuralın kendileri için doğuracağı sonuçları öngöremelerine neden olacağı veya idare bakımından kuralı belirsiz, anlaşılabilir ve*

³⁸ Emre Akbulut, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013, s.243; AYM, 02.06.2009 tarih ve E.2004/85, K.2009/69: “yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder”. AYM, 21.02.2008 tarih ve E.2005/10, K.2008/63: “yasa ile yetkilendirme, Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasayla düzenleme anlamına gelmez”.

³⁹ Zühtü Arslan, karşı oy yazısında, YAŞ’ın sekretarya hizmetlerini yürütecek merciin belirlenmesi yetkisinin Cumhurbaşkanı’na verilebileceğini ancak bunun kanunla yapılması gerektiğini belirtmektedir. Yusuf Şevki Hakyemez de aynı şekilde dava konusu ibarenin içerik bakımından Anayasaya uygun olduğu görüşündedir. Oysaki belirlilik ilkesi nedeniyle bu yetkilendirme kanunla dahi yapılamayacaktır.

uygulanamaz kılacağı söylenemez” yorumu yapılmış, nihayetinde kuralın hukuk devleti ilkesine aykırılık içermediği sonucuna ulaşılmıştır.

Kurulun kaç üyeden oluşacağını belirtmemiş olması, kararda ifade edildiği üzere, kuralı uygulanamaz kılmasa da söz konusu kuralın belirsiz olduğu ve keyfiliğe neden olabileceği açıktır. Üye sayısı ile ilgili olarak en azından bir üst sınırın belirtilmiş olması belirlilik ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmelidir.

Kurul üyelerine yapılacak ödemelere ilişkin olarak karar gerekçesinde, kurul üyelerine ödeme yapılmasının doğal olduğu belirtilmektedir. Gerçekten de bir hizmet alınacaktır ve karşılığında bir ödeme yapılması makuldür. Kararda daha sonra ödemelerin Cumhurbaşkanınca belirlenecek olmasının esneklik sağladığı söylenmekte ve kuralda bir belirsizliğin söz konusu olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu sonuç anlaşılabilir nitelikte değildir. CBK ile bu kuralın düzenlenebileceği kabul edilse dahi ki bu konuda da tereddütler yukarıda anlatılmıştır, bu kabul, konunun CBK ile “düzenlenebileceği” anlamına gelir. Dava konusu CBK’da ise bir düzenleme yapılmamıştır. Bir hususun Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğini belirtmek düzenleme yapmak değil, düzenleme yetkisini devretmektir. Hukuk devleti en basit tanımıyla kendi koyduğu kurallarla kendisinin de bağlı olduğunu kabul eden devlettir.⁴⁰ Dava konusu durumda ise idareyi bağlayacak en ufak bir belirleme yapılmamaktadır. Kurulun üye sayısına veya üyelere nasıl ödeme yapılacağına dair herhangi bir kriter getirilmemiştir.

Bu hususta, “CBK da Cumhurbaşkanı kararı da nihayetinde tek ve aynı kişinin işlemi” denilerek itiraz edilebileceği akla gelse de bu itiraz yerinde olmayacaktır. CBK’lar ile Cumhurbaşkanı kararları aynı hukuki nitelikte olmadığı gibi bunları denetleyecek merciler de farklıdır. Ayrıca, Anayasa’da, “Cumhurbaşkanınca” düzenlenecek alanlar değil, CBK ile düzenlenebilecek alanlar belirlenmiştir. CBK’larla bazı düzenlemelerin yapılmayarak Cumhurbaşkanı kararına bırakılması hem idarede keyfiliğe neden olur hem de normatif kaos⁴¹ yaratır. İdaredeki keyfilik hem normun içeriğine hem de normu denetleyecek otoritenin “seçimine” ilişkindir ve bu nedenlerle de tehlikelidir.

⁴⁰ Gözler, (İdare), C.I, s.138 vd.

⁴¹ Kavram, Müslüm Akıncı tarafından şu makalede kullanılmaktadır: Müslüm Akıncı, “Normatif Düzen Kalitesi” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C.3, S.1, s. 191.

Üstelik “belirlenir” derken, Cumhurbaşkanı tarafından ödemelerle ilgili kuralların mı belirleneceği, yoksa her üyeye yapılacak her ödemenin Cumhurbaşkanınca ayrı ayrı mı takdir edileceği de anlaşılmamaktadır. Her iki durum da belirlilik ilkesine aykırıdır, demokratik bir hukuk devletinde olmaması gerektirir.

Onur Karahanoğulları kural koyma yetkisinin devri ile ilgili olarak şöyle söylemektedir: “Yasanın belli bir idareyi düzenleme yapma konusunda yetkilendirmesi durumunda idare bu yetkisini bir başka idareye devreder. Bunun yapılabilmesi için yasanın devir konusunda açık yetki vermesi gerekir. Ayrıca, yasada kural koyucu işlemin türü de belirlenmişse, bu tür dışında bir tür kullanılamaz”.⁴² CBK’lar da nihayetinde idari işlemler olduklarına göre bu yorum CBK’lara yansıtılabilir. CBK’lar yetkilerini Anayasa’dan almaktadır. O halde, Anayasa açıkça izin vermediği sürece kural koyma yetkilerini başka bir mercie devredemeyeceklerdir. Cumhurbaşkanı tarafından tesis edilecek CBK dışı bir düzenleyici işlemle de Anayasa’nın CBK için öngördüğü yetki alanında kullanılamaz. Çünkü Anayasa, Cumhurbaşkanıya, söz konusu düzenlemeyi CBK ile yapma yetkisini vermiştir. Bu yetki, bu tür yani CBK dışında kullanılamaz. Bu nedenlerle dava konusu kural açıkça yetki yönünden sakatlık yaratmaktadır.

B- Karar Gereğesinde Yer Verilmeyen Tartışma Konuları

Üçüncü kararın (K.2020/6) karşı oylarında mülkiyet hakkı⁴³ ve özellikle bütçe hakkına⁴⁴ ilişkin değerlendirmeler yapılmış olma-

⁴² Karahanoğulları, (işlem), s.370.

⁴³ Bkz. Zühtü Arslan, Recep Kömürcü, Yusuf Şevki Hakyemez, Engin Yıldırım’ın karşı oy yazıları.

⁴⁴ Bütçe hakkına ilişkin değerlendirmeler özellikle önemlidir. Çünkü diğer karşı oylar, kurul üyelerinin mülkiyet hakkına odaklanmıştır. Oysa problem sadece müstakbel kurul üyelerini değil, tüm vatandaşları ilgilendirmektedir. Bkz. Emin Kuz: “...bu husus sadece anılan görevlere atanacak kişiler açısından değil, bütçe hakkı ile ilgisi itibarıyla, genel olarak bütün vatandaşlar açısından da önemli bir güvence oluşturmaktadır (...).Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçları denetlemesi anlamına gelen bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme, onaylama ve harcamaların sonuçlarını denetleme hakkıdır ve bu hak, kuvvetler ayrılığı esasına dayanan bütün demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen yasama organına aittir. Kuşkusuz bu, sadece bütçenin ve bütçeye ilişkin kesin hesabın değil, kamu harcamalarında büyük paylardan birini oluşturan kamu görevlilerinin ay-

sına rağmen karar gerekçesinde bu haklara hiç değinilmemiştir. Anayasa'nın 141. maddesine göre bütün mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olarak yazılması gerekmektedir. Ancak gerekçenin neleri içermesi gerektiği hususu açık değildir. Gerekçeli karar hakkının dilekçelerde ileri sürülen tüm hususlara cevap verilmesini gerektirmediği de AİHM kararlarında belirtilmektedir.⁴⁵ Çalışma konusu davada ise, dava dilekçesinde mülkiyet hakkına ya da bütçe hakkına ilişkin iddia zaten bulunmamaktadır. Bu durumda Mahkeme gerekçesinde de bulunmaması normal karşılanabilecektir.

Yine de bilindiği üzere 6212 sayılı kanunun 43. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların, CBK'ların ve TBMM İctüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır ve Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilmektedir. Dava dilekçesinde ileri sürülmemiş olsa da karşı oy yazılarında mülkiyet hakkı ve bütçe hakkına ilişkin değerlendirmeler yapılmış olması bu hususların da kurulda tartışıldığını düşündürmektedir. Buna rağmen Mahkemenin, bu iddialara gerekçesinde cevap verme gereği duymamış olması içerik aşamasının ikincil bırakıldığı izlenimini güçlendirmektedir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'nin içeriğe ilişkin incelemesi beklenecek ayrıntıdan ve ikna edicilikten uzaktır. Bu kararlarda, içerik incelemesi ikincil bırakılmış ve asıl olarak konu bakımından yetki aşaması üzerinde durulmuştur. Üstelik bu ilk aşamada da eleştirilen noktalar bulunmakta, bazı yerlerde, yukarıda anlatıldığı üzere, kullanılan argümanlarla ulaşılan sonuç arasında bağ kurulamamaktadır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, incelenen üç kararında, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk dört cümlesine göre, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin konu bakımından yetki sınırlarına ve özellikle üç ve dördüncü cümlelerine, yani "*Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlen-*

lık ve ödeneklerinin de kanunla belirlenmesini gerektiren bir ilkedir..." .
⁴⁵ AİHM, 19.04.1994, Van de Hurk vs. Hollanda kararı, paragraf 61.
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2216034/90%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57878%22%5D%7D> (erişim tarihi: 19.06.2020)

mesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” ve “kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükümlerine açıklık getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında münhasır kanun alanı olup olmadığı sorununa net bir cevap vermiş ve Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülmüş olan konularda CBK çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ayrıca, kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağına yönelik cümlede, “açıkça düzenleme”nin ne anlama geldiği ile ilgili soru işaretlerini de kaldırmış ve açık düzenlemenin bulunup bulunmadığının nasıl tespit edileceğinin formülünü vermiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi, taşra teşkilatı kurma yetkisinin CBK’ya verilmiş olmasının yanında kamu görevlilerinin görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri gibi konuların kanunla düzenlenmesi gerekliliği gibi iç içe girmiş hususlarda incelikli değerlendirme yapmamış, tatmin edici cevaplar henüz vermemiştir. Ayrıca ve özellikle, içerik incelemesinde kanundan beklediği açıklığı CBK’dan beklemeden Mahkeme, hukuk devleti denetiminde yeterli olamamıştır. Karşı oylarda tartışılan çok önemli hususlara gerekçede hiç değinilmemiş olması da ayrı bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Bakır Çağlar, anayasaların yorumlanması ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi’ne başvurma yetkisine sahip olanların da Anayasa Mahkemesi ile birlikte anayasanın ortak yorumcuları olduklarını söylemektedir.⁴⁶ Bu anlamda dava dilekçelerini hazırlayanlar da eleştirilmelidir. Özellikle ilk karara yazılan karşı oylarda Yüksek Askeri Şura’nın kanunla düzenlenmesi gereğine değinilmektedir. Ancak dava sadece Şura’nın sekreteryaya işlerini yürütecek merciin tayini hususunun Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile açılmıştır ki bu durumun izahı mümkün değildir. Üçüncü kararda ise, Yüksek İstişare Kurulu üyelerine yapılacak ödemenin Cumhurbaşkanı tarafından belirleneceğine ilişkin kuralın iptali talep edilirken bu kuralın mülkiyet hakkına ya da bütçe hakkına aykırılık teşkil ettiği iddiası ileri sürülmemiştir. O halde denebilir ki esasa ilişkin denetim dava dilekçesinde de ikincil bırakılmıştır.

⁴⁶ Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1985-2, s. 185.

Kaynakça

Kitaplar

- Akbulut Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013.
- Arıkan Cengiz, Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 201.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Gözler Kemal, "Yorum İlkeleri", in Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, KHP ve TBB Ortak Yayını, Ankara, 2013, ss. 15-119.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku (Anayasa), 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku (İdare), C.I, C.II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri, C.II, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Karahanoğulları Onur, İdarenin Hukukla Kavranması Yasallık ve İdari İşlemler (işlem), Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Karahanoğulları Onur, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Sancakdar Oğuz, Us Eser, Turhan Kasapoğlu Mine, Önüt Lale Burcu, Seyhan Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Söyler Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, 4. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997.
- Ulu Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Ulusoy Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Makaleler

- Ardıçoğlu Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/3, ss.20-51.
- Atar Yavuz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.241-259.
- Çağlar Bakır, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1985-2, ss. 163-195.
- Eren Abdurrahman, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.1-72.
- Ergül Ozan, "Yeni Rejimin Kodları: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Güncel Hukuk*, S.173, ss.30-32.
- İba Şeref, Söyler Yasin, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.195-223.

- Akıncı Müslüm, "Normatif Düzen Kalitesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C.3, S.1, ss. 187-212.
- Şirin Tolga, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt.7, S.14, ss.289-356.
- Ülgen Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", *GSÜHFD*, 2018/1, ss. 3-39;
- Ülgen Adadağ Özen, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, s. 261-277.
- Yıldırım Turan, "İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2019-36/1, ss.293-314.

Mahkeme Kararları

- AYM, 08.07.1994 tarih ve E.1994/53, K.1994/48 sayılı kararı
- AYM, 21.02.2008 tarih ve E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararı
- AYM, 02.06.2009 tarih ve E.2004/85, K.2009/69 sayılı kararı
- AYM, 22.01.2020 tarih ve E.2018/125, K.2020/4 sayılı kararı
- AYM, 23.01.2020 tarih ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararı
- AYM, 23.01.2020 tarih ve E.2019/78, K. 2020/6 sayılı kararı
- AYM, 11.06.2020 tarih ve E.2018/55, K.2020/27 sayılı kararı
- AYM, 12.06.2020 tarih ve E.2019/105, K. 2020/30 sayılı kararı
- AYM, 25.06.2020 tarih ve E.2018/126, K.2020/32 sayılı kararı
- AIHM, 19.04.1994, Van de Hurk vs. Hollanda kararı

İnternet Kaynakları

- Sevgili Gençay Fatma Didem, "Kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Karşılıklı Mahfuz Alanları", Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Fatma_Didem_Sevgili.pdf (erişim tarihi: 21.06.2020).
- Yılmaz Didem, Yayla Ahmet, "Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Türleri ve Bunların İdari İşlemlere İlişkin Uyuşmazlıklarda Perde Yasa Kuramı Çerçevesinde Değerlendirilmeleri", Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi, Kamu Hukukçuları Platformu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Didem_Yılmaz_Ahmet_Yayla.pdf. (erişim tarihi: 21.06.2020).

**Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 190 sayılı
Sözleşmesi ve 206 sayılı Tavsiye Kararı Işığında
İŞ YAŞAMINDA ŞİDDET, TACİZ,
MİSİLLEME VE EV İÇİ ŞİDDET**
**VIOLENCE, HARASSMENT, RETALIATION IN THE WORLD OF WORK
AND DOMESTIC VIOLENCE**
under the ILO Convention No 190 and Recommendation No 206

Kadriye BAKIRCI*

Özet: İş yaşamındaki genel olarak şiddet ve tacizin, özel olarak toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacizin boyutlarının ve iş yaşamındaki şiddet ve tacizin maruz kalanlar, iş dünyası ve toplum üzerindeki yıkıcı etkilerinin yapılan araştırmalar ve yayınlarla ayyuka çıkması, küresel düzeyde sendika ve konfederasyonlar dahil hükümet dışı kuruluşların bu konuyu gündemlerine almış olmaları, UÇÖ, BM, AK ve AB belgelerinde işyeri dahil kamusal alanda şiddet ve tacize ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olması, ev içi şiddetin iş yaşamı üzerindeki etkilerinin ortadan kaldırılması konusunda bazı devletlerde düzenlemeler yapılmış olması, UÇÖ'nün de özel olarak iş yaşamında şiddet ve tacizin ve ev içi şiddetin iş yaşamına etkilerinin ortadan kaldırılması ile ilgili bağlayıcı bir belge hazırlamasının ve kabul etmesinin yolunu açmıştır.

Bu makalede 2019 yılının Haziran ayında kabul edilen ve iş yaşamında şiddet ve tacizin ve ev içi şiddetin iş yaşamına etkilerinin ortadan kaldırılması ile ilgili önemli yenilikler içeren UÇÖ'nün 190 sayılı İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ve 206 sayılı Tavsiye Kararı analiz edilecek ve öngörülen yenilikler yanında eksiklikleri de ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: ILO, UÇÖ, 190 sayılı Sözleşme, 206 sayılı Tavsiye Kararı, Şiddet, Taciz, Misilleme, Ev İçi Şiddet

Abstract: The extent of violence and harassment in the world of work in general, violence and harassment based on gender roles in particular, and the destructive effects of violence and harassment on survivors, business world and society puts the issue in the spot light as a result of research projects and publications, that the UN,

* Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bakirci@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8135-5027, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.09.2020, Kabul Tarihi: 07.09.2020

ILO, CoE and EU have facilitated. The inclusion of provisions dealing with violence and harassment in the workplace in the documents of the UN, ILO, CoE, EU and recognition of the effects of domestic violence on working life by some jurisdictions has paved the way for the preparation and acceptance of a binding international document specific to the elimination of violence and harassment in the world of work and the effects of domestic violence on working life produced by the ILO.

In this article, the ILO Convention No. 190 concerning the Elimination of Violence and Harassment in the World of Work and Recommendation No. 206, which were adopted in June 2019 will be analysed and the deficiencies as well as the innovations they envisage will be revealed.

Keywords: ILO, Convention No.190, Recommendation No.206, Violence, Harassment, Retaliation, Victimization, Domestic Violence

I. KONUNUN TANITIMI

Kural olarak, dıştan gelen etkiler dışında kişinin kendine yönelttiği şiddeti (örneğin intiharı veya bireyin kendine zarar vermesini) bir yana bırakacak olursak, bir iktidar veya güç eşitsizliği sorunu olan şiddet ve taciz, insan yaşamının hep bir parçası olagelmıştır ve şiddet ve tacize hemen hemen her yerde, evde, sokakta, sanal (siber) ortamda, her türlü özel veya kamu kurum veya kuruluşunda ve farklı ilişki biçimlerinde (eşler; partnerler; ebeveyn-çocuk; hoca-öğrenci; ev sahibi-kiracı gibi bireyler arasında; gruplarla bireyler arasında; grupların kendi aralarında veya kurumlarla birey veya gruplar arasında) rastlamak olanaklıdır. Farklı özelliklere sahip olan veya azınlıkta olan veya kurumsal güce sahip olmayan kişi veya gruplara yönelik bireysel veya kolektif veya kurumsal şiddet ve tacize, günlük yaşantının diğer alanlarında olduğu gibi iş yaşamında da (iş arayanlar, iş başvurusunda bulunanlar, işten ayrılmış/işine son verilmiş olanlara yönelik veya çalıştıran/işveren/işveren temsilcisi ile çalışan/mesleki eğitim alan/ücretsiz çalışan ("yardım eden") arasında; çalışan//mesleki eğitim alan/ ücretsiz çalışan ("yardım eden") ile üçüncü kişiler arasında; çalışanların/mesleki eğitim alanların/ ücretsiz çalışanların ("yardım edenlerin") kendi aralarında vb.) sıkça rastlanır.¹

¹ Kadriye Bakırcı, İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayınları, İstanbul 2000.

İş yaşamındaki şiddet ve taciz, diğer şiddet ve taciz türleri gibi eski bir sorundur; ancak son yıllarda bu konuda yapılan yayınlar ve araştırmalarla bu konudaki farkındalık artmış, sorun görünür hale gelmiş, konuşulur ve tartışılır olmuştur. Yapılan araştırmalar, iş yaşamındaki şiddet ve tacizin, adeta iş yaşamının doğasında mevcut olan temel risklerden/tehlikelerden biri haline gelmiş olduğunu, küresel bir pandemi halini almış olduğunu ortaya koymaktadır. Bunun temel nedenlerinden biri, çok çeşitli nedenlerle iş yaşamında farklı kimlikteki insan çeşitliliği arttıkça buna paralel olarak artan cinsiyete, medeni hale, siyasi düşünceye, felsefi inanca, dine, mezhebe, dile, etnik kökene, cinsel yönelime, engelliliğe, yaşa (çok genç veya yaşlı olmaya), doğum yerine, vatandaşlık durumuna, milliyete, eski hükümlü olmaya, fiziksel veya dış görünüşe, sağlık durumuna (örneğin AIDS'li olmaya), bir sendikaya üye olup olmamaya ve benzeri nedenlere dayalı artan ayrımcılık² veya nefret ve akrabacılık, hemşehricilik, particilik/ideolojik vb. nedenlere dayalı kayırmacılıktır. İş yaşamına, ekonomik, toplumsal, siyasal, sayısal güç sahibi olanlar dışındaki gruplara mensup olanların katılımı veya katılma istekleri veya iş yaşamında eşit hak talepleri arttıkça, bu gruptakileri iş yaşamı dışında tutmak isteyen veya ellerindeki egemenliği paylaşmak istemeyen grup mensuplarının şiddet ve taciz oluşturan davranışları da artış göstermektedir. Ayrıca liyakat ilkesinden uzaklaşma ve kayırmacılık da iş dünyasında çatışmalara yol açmaktadır.

Kuşkusuz çalışanların sendikalaşma oranlarındaki düşüş ve sendikaların sağladığı koruma kalkmasının ortadan kalkması, iş yaşamında yer alan çıraklar, stajyerler, iş arayanlar, işten çıkarılanlar ve benzerlerinin örgütsüzlüğü ve sivil toplum örgütlerinin temsiliyetinin tanınmaması da çalışanları ve diğerlerini şiddet ve tacize açık hale getirmektedir.

Yapılan araştırmalar, iş yaşamında şiddet ve tacizin boyutlarının sanıldığından çok büyük ve özellikle kadınlar ve kız çocukları üzerindeki etkilerinin çok ciddi olduğunu ortaya koymaktadır.³ İş yaşamının

² Bakırcı (2000).

³ Örneğin European Agency for Safety and Health at Work (2010), Workplace Violence and Harassment: a European Picture. Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, <https://osha.europa.eu/en/publications/workplace-violence-and-harassment-european-picture>; Kadriye Bakırcı (edi-

da şiddet ve taciz, maruz kalanları bir çok yönden (psikolojik ve fiziksel sağlık, toplumsal ilişkiler ve cinsel yaşam, işteki verimlilik, mesleki yükselme, ekonomik yaşam açısından) olumsuz olarak etkilediği ve yaşamlarını büyük ölçüde değiştirdiği gibi iş dünyasını ve toplumu da olumsuz bir biçimde etkilemektedir.⁴

İş yaşamındaki genel olarak şiddet ve tacizin, özel olarak toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacizin boyutlarının ve iş yaşamındaki şiddet ve tacizin maruz kalanlar, iş dünyası ve toplum üzerindeki yıkıcı etkilerinin yapılan araştırmalar ve yayınlarla ayyuka çıkması, küresel düzeyde sendika ve konfederasyonlar dahil hükümet dışı kuruluşların bu konuyu gündemlerine almış olmaları, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ), Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi (AK) ve Avrupa Birliği (AB) belgelerinde⁵ işyeri dahil kamusal alanda şiddet ve tacize ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olması, pek çok ülkede bu konuda hukuksal düzenlemeler yapılmış olması ve/veya içtihatlar geliştirilmiş olması, ev içi şiddetin iş yaşamı üzerindeki etkileri konusunda bazı devletlerde düzenlemeler yapılmış olması, UÇÖ'nün de özel olarak iş yaşamında şiddet ve tacizin ve ev içi şiddetin iş yaşamına etkilerinin ortadan kaldırılması ile ilgili bağlayıcı bir belge hazırlamasının ve kabul etmesinin yolunu açmıştır.

2019 yılının Haziran ayında UÇÖ, iş yaşamında şiddet ve tacizin ve ev içi şiddetin iş yaşamına etkilerinin ortadan kaldırılması konusunda ilk uluslararası ve ilk bağlayıcı belge olan 190 sayılı İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi⁶ ve 206 sayılı İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Tavsiye Kararı'nı⁷

tör ve yazarlardan biri), İş Yaşamında Şiddet ve Tacizle Mücadele Rehberi, (2020 içinde yayımlanacak).

⁴ Bkz. Bakırcı (2000).

⁵ Kadriye Bakırcı, "Sexual Harassment in the Workplace in Relation to EC Legislation", *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol.3, No.1, 1998; Kadriye Bakırcı, "Gender Equality in Employment in Turkey with Comparisons to EU and International Law", *Journal of Workplace Rights*, Vol.15, Issue 1, 2011; Kadriye Bakırcı, "Public Campaigns, the Reception of #MeToo, and the Law Concerning Sexual Harassment in Turkey", *The Global #MeToo Movement* (A.Noel/D.B.Oppenheimer (eds.), Full Court Press, 1st Edition, USA, 2020).

⁶ Convention concerning the elimination of violence and harassment in the world of work (No.190), Geneva, 21 June 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190.

⁷ Recommendation concerning the elimination of violence and harassment in the

kabul ederek iş yaşamında şiddet ve tacizle mücadele konusunda önemli bir adım atmıştır.

Sözleşme, Ağustos 2020 itibariyle iki devlet (Fiji ve Uruguay) tarafından onaylanmış bulunmaktadır. 25 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe girecek olan Sözleşme, onaylayan devletler için bağlayıcı hale gelecektir.

AB üyesi devletleri 190 sayılı Sözleşme'yi ulusal düzeyde onaylamaya teşvik eden bir Konsey Kararı Önerisi, 22 Ocak 2020 tarihinde Avrupa Komisyonu tarafından kabul edilmiştir. Sözleşme⁸ henüz hiçbir AB üyesi devlet tarafından onaylanmadığı gibi, Türkiye tarafından da onaylanmamıştır.

Belirtmek gerekir ki mevcut çalışmam, 190 sayılı İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, 206 sayılı İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Tavsiye Kararı ve gerekli olduğu yerlerde ilgili diğer uluslararası ve bölgesel belgeler ışığında yazılmıştır.

190 sayılı Sözleşme ve 206 sayılı Tavsiye Kararı'ndaki "...the elimination of violence and harassment in the world of work", ibaresi, "iş yaşamında şiddet ve tacizin ortadan kaldırılması..." olarak çevrilmiş ve "world of work" teriminin karşılığı olarak "iş yaşamı" terimi tercih edilmiştir.

Öte yandan, "gender" sözcüğünün karşılığı olarak, Türkçe'de kullanımı yaygınlaşmış olan ve benim de daha önceki çalışmalarımda kullandığım "toplumsal cinsiyet" teriminin, pek çok kesimde ya hiç anlaşılmadığını veya yanlış anlaşıldığını veya yanlış yorumlara yol açtığını gözlemlemiş olduğum için, mevcut çalışmamda bunun yerine daha doğru bir karşılık olan "toplumsal cinsiyet rolleri" terimi kullanılacaktır.

world of work (No.206), Geneva, 21 June 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

⁸ European Commission, Proposal for a Council Decision authorising Member States to ratify, in the interest of the European Union, the Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190) of the International Labour Organization, Brussels, 22.01.2020 COM (2020) 24 final; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A0024%3AFIN>

II. TANIMLAR

1. Genel Olarak Şiddet ve Taciz

Sözleşme'nin amaçları bakımından iş yaşamında "şiddet ve taciz" terimi, fiziksel, psikolojik, cinsel veya ekonomik zararı amaçlayan, bunlarla neticelenen veya neticelenmesi muhtemel olan, tek bir olay veya tekrarlanan bir dizi kabul edilemez davranış ve uygulamaları veya tehditleri ifade eder (m.1/a).

Böylece Sözleşme, şiddet ve tacizin ulusal mevzuatta tek bir kavram olarak veya ayrı kavramlar olarak tanımlanmasına hanel getirilmeksizin "şiddet ve taciz" için tek bir tanım tesis etmektedir (m.1/2).

AB'nde, Avrupa sosyal taraflarının Avrupa Birliği Komisyonu'nun istişaresine dayanarak 2007 yılında imzaladığı İşyerinde Taciz ve Şiddete İlişkin Avrupa Çerçeve Sözleşmesi⁹ ise işyerinde taciz ve şiddeti, bir veya daha fazla kişinin kabul edilemez davranışından kaynaklanan ve bazıları diğerlerinden daha kolay tespit edilebilen birçok farklı biçimde gerçekleşen davranışlar olarak tanımlamaktadır. Söz konusu Sözleşme, işverenler, çalışanlar ve çalışan ve işveren örgütlerine, işyerinde taciz ve şiddetin önlenmesi ve yönetilmesi için eylem odaklı bir çerçeve sağlamaktadır.

Günlük kullanımda ve eski tarihli hukuksal metinlerde, genellikle, fiziksel güç, kaba kuvvet, aşırı güç, cebir, zorlama içeren ve daha çok fiziksel zarar verme niteliği taşıyan davranışlar "şiddet"; fiziksel güç, kaba kuvvet, aşırı güç, cebir, zorlama içermeyen ve daha çok psikolojik zarar verme niteliği taşıyan davranışlar "taciz" olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu iki terim, son zamanlarda hukuksal metinlerde aynı anlamda ve birbirinin yerine kullanılmaktadır.

2. Toplumsal Cinsiyet Rollerine Dayalı Şiddet ve Taciz

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi uyarınca iş yaşamında "şiddet ve taciz", toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacizi de kapsamaktadır.

⁹ Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament transmitting the European framework agreement on harassment and violence at work, Brussels, 8.11.2007 COM(2007) 686 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52007DC0686>

Sözleşme, ayrımcılık temellerine dayalı şiddet ve taciz biçimlerinden biri olan toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacizi ayrıca tanımlamaktadır. Sözleşme uyarınca, “toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve taciz”, cinsiyetlerinden veya toplumsal cinsiyet rollerinden dolayı kişilere yöneltilen, veya belirli bir cinsiyetten veya toplumsal cinsiyetten olan kişileri orantısız şekilde etkileyen şiddet ve taciz anlamına gelir (m.1/b).

Kadına yönelik şiddet sorunu ilk olarak 1989 yılında BM Kadınlara Yönelik Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 12 sayılı Tavsiye Kararı, daha sonra 1992 yılında 19 sayılı Tavsiye Kararı¹⁰ ile ve 1993 yılında ise BM Kadınlara Yönelik Her Türü Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi'nin kabul edilmesiyle uluslararası toplumun gündemine girmiş ve görünür hale gelmiştir. Kadınlara Yönelik Her Türü Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi, “kadına yönelik şiddeti” tanımlayan ilk uluslararası belgedir.¹¹ 2011 yılında kabul edilen Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Ortadan Kaldırılması ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) ise “toplumsal cinsiyet rolleri”ni, “kadınlara yönelik toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet”i, ve “ev içi şiddet”i de tanımlayan ilk uluslararası belgedir.¹²

III. SÖZLEŞME'NİN KAPSAMI

1. Sözleşme'nin Sektörler Bakımından Kapsamı

Sözleşme, ister kentsel ister kırsal alanda olsun, hem kayıtlı hem kayıtdışı ekonomideki, hem özel sektördeki hem kamu sektöründeki tüm sektörleri kapsamaktadır (m.2).

2. Sözleşme'nin Kişiler Bakımından Kapsamı

2.1.Genel Olarak

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, tüm bağımlı ve bağımsız çalışanları, stajyer ve çıraklar dahil mesleki

¹⁰ BM Kadınlara Yönelik Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi 2017 yılında 19 sayılı Tavsiye Kararı'nı 35 sayılı Tavsiye Kararı ile güncellemiştir.

¹¹ Kadriye Bakırcı, “İş Hayatında Kadına Yönelik Şiddet ve Mobbing”, Kadının Çalışma Hayatındaki Yeri, TÜMES Yayını, 2020.

¹² Kadriye Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:73, Sayı:2015/4.

eğitim alan kişileri, işten çıkarılanları, gönüllüleri (ücretsiz çalışanları, yardım edenleri), iş arayanları, iş başvurusunda bulunanları ve işverenler yanında bir işverenin yetkisini, görev veya sorumluluklarını yerine getirenleri (işveren vekillerini) kapsamaktadır (m.2).

Sözleşme, hukuksal statülerine bakılmaksızın tüm bağımlı ve bağımsız çalışanları ve gönüllüleri koruma kapsamına aldığı için, bir sokak satıcısının sokakta uğradığı şiddet ve taciz de, ücretsiz aile işçilerinin uğradığı şiddet ve taciz de Sözleşme'nin sağladığı korumanın kapsamındadır.

Sözleşme (m.4) ve Tavsiye Kararı (ilke 8), müşteriler, hizmet sağlayıcılar, kullanıcılar, hastalar ve halktan kişiler gibi üçüncü kişilerden kaynaklanan şiddet ve tacize¹³ karşı da koruma sağlamaktadır.

2.2. Kadınlar, Kız Çocukları ve Göçmen Kadın İşçiler

Sözleşme, şiddet ve tacizin, kadın ve kız çocuklarını orantısız şekilde etkilemesine (önsöz), kadınların, işgücü piyasasına erişimini, işgücü piyasasında kalmasını ve ilerlemesini engellemesine, yol açtığı ayrımcılığa özel olarak dikkat çekmekte (m.6); Tavsiye Kararı ise, göçmen kadın çalışanların¹⁴ (ilke 10) şiddet ve tacize karşı korunmalarına özel olarak dikkat çekmektedir.

2.3.Şiddete Açık Diğer Gruplar (“Kırılgan gruplar” veya “Kırılganlığa yol açan koşullardaki gruplar”)

Belli sektörlerdeki (örneğin sağlık, ulaşım, eğitim, sosyal hizmetler, ev hizmetleri,¹⁵ eğlence) veya bazı koşullarda (örneğin gece veya

¹³ Kadriye Bakırcı, K. “İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırısına Uğramaları Halinde İşverenin Sorumluluğu”, Çimento İşveren, C.14, S.3, Mayıs 2000.

¹⁴ Bkz. Kadriye Bakırcı, “Migrant Women”, Encyclopedia of Women in Today's World, Second Edition (eds. Z. Stange/C.K.Oyster/J.E.Sloan), Sage Publication, USA, February 2013; Kadriye Bakırcı, “Refugee Women”, Encyclopedia of Women in Today's World, Second Edition (eds. Z. Stange/C.K.Oyster/J.E.Sloan), Sage Publication, USA, February 2013; Kadriye Bakırcı, “Immigrant Rights, as Women's Issue”, Encyclopedia of Women in Today's World, Second Edition (eds. Z. Stange/C.K.Oyster/J.E.Sloan), Sage Publication, USA, February 2013.

¹⁵ Kadriye Bakırcı, “Domestic Workers”, Encyclopedia of Women in Today's World, Vol. 1 (eds. Z. Stange/C. K. Oyster/J. E. Sloan), Sage Publication, USA, March 2011; Kadriye Bakırcı, Uluslararası Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

izole yerlerde veya acil servislerde) çalışanlar veya bazı gruplar (örneğin çocuk ve genç işçiler,¹⁶ engelli çalışanlar,¹⁷ kayıtdışı olarak çalışanlar, göçmen çalışanlar) şiddete daha açıktır.

Bu nedenle İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, şiddete açık özel “kırılgan gruplara” veya “kırılganlığa yol açan koşullardaki gruplara” dikkat çekmekte, şiddete açık bu grupların sosyal diyalogla saptanmasını ve taraf devletlerin, bir veya daha fazla “kırılgan gruba” veya iş yaşamında şiddet ve tacizden orantısız şekilde etkilenen “kırılganlığa yol açan koşullardaki gruplara” ait çalışan veya diğer kişilerin istihdam ve meslek konusunda eşitlik ve ayırım gözetmeme hakkını sağlayan yasa, düzenleme ve politikaları kabul etmesini talep etmektedir (m.6; 8).

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Tavsiye Kararı uyarınca, Sözleşme m.6 bağlamında “kırılgan gruplar”ın veya “kırılganlığa yol açan koşullardaki gruplar”ın kimler olduğunun yorumu, konuyla ilgili uluslararası çalışma sözleşmeleri ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde yapılmalıdır (ilke 13).

Öte yandan Sözleşme (m.8) ve Tavsiye Kararı (ilke 11), kayıtdışı sektörlerde çalışanlara, Tavsiye Kararı göçmen çalışanlara (ilke 10) yönelik şiddet ve tacize özel olarak dikkat çekmekte ve bu grupların iş yaşamında şiddet ve tacize karşı korunmaları için, yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü öngörmektedir.

Sözleşme uyarınca taraf devletler, çalışma yaşamında şiddet ve tacizi önlemek için, kayıtdışı ekonomide çalışanlar bakımından kamu makamlarının önemli rolünü tanıma, ilgili çalışan ve işveren örgütlerine de danışarak ve diğer yollarla, çalışanlar ve ilgili diğer kişilerin daha fazla şiddet ve tacize maruz kaldığı düşünülen sektörler veya meslekler ve çalışma düzenlemelerini tespit etme ve bu kişileri etkin biçimde koruyucu önlemler dahil uygun önlemleri alır (m.8).

¹⁶ Kadriye Bakırcı, “Child Labour and Legislation in Turkey”, The International Journal of Children’s Rights, Volume 10, No.1, 2002; Bakırcı (2004).

¹⁷ Kadriye Bakırcı, “Çalışma Yaşamında Engelli Kadınların Hukuksal Durumu”, Engelli Kadınların Sorunları ve Çözümleri Sempozyumu, Türkiye Sakatlar Derneği Kocaeli Şubesi, Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu, Altınokta Körler Derneği Kocaeli Şubesi, Haziran 2005; Kadriye Bakırcı, “Çalışma Yaşamında Engelli Olan Kişiler: Dışlanmadan Eşitliğe”, Uluslararası Kent ve Engelliler Çalıştayı, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, 2014.

Tavsiye Kararı, kayıt dışı ekonomiden kayıtlı ekonomiye geçiş sağlanırken, taraf devletlerin kayıt dışı ekonomide şiddet ve tacizi önlemek için kayıt dışı ekonomi çalışanlarına ve işverenlerine ve derneklerine kaynak ve yardım sağlamasını tavsiye etmektedir (ilke 11).

Tavsiye Kararı uyarınca, “göçmen çalışanlar”, terimi, göçmenlik statüsü, kökeni, geldiği veya gideceği ülkeye bakılmaksızın bütün göçmen çalışanları kapsamaktadır (ilke 10).

3. Sözleşme'nin Yer, Durum ve Zaman Bakımından Kapsamı

Sözleşme'nin şiddet ve tacize karşı sağladığı koruma, “işyeri” (işin yapıldığı yer, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar) ile ve yalnızca iş esnasında meydana gelen şiddet ve tacizle sınırlı değildir. Sözleşme, hem çalışma yeri olan veya çalışma yeri sayılan her yerde, işe gidiş-geliş, işveren tarafından sağlanan ikametgahta, işverenin otoritesi altındayken, işle bağlantılı faaliyetler ve iletişimde, işle bağlantılı seyahat ve sosyal faaliyetlerde veya işten kaynaklanan şiddet ve tacize karşı koruma sağlamaktadır.

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi uyarınca, Sözleşme,

- Çalışma yeri olan kamusal ve özel alanlar dahil işyerleri,
- Çalışanın ücretinin ödendiği, dinlendiği veya yemek molası verdiği veya sağlık, yıkanma veya kıyafet değiştirme imkanlarını kullandığı yerler,
- İşle ilgili gezi, seyahat, eğitim, etkinlik veya sosyal faaliyetler,
- Bilgi ve iletişim teknolojileri ile sağlananlar da dahil işle ilgili iletişim,
- İşveren tarafından sağlanan ikametgah,
ve
- İşe gidiş-geliş

(içeren durum, yer ve zamanlar dahil olmak üzere), iş esnasında meydana gelen veya işle bağlantılı veya işten kaynaklanan şiddet ve tacize uygulanır (m.3).

Bu yaklaşım, UÇÖ'nün, iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili belgeleri (örneğin 1981 tarihli 164 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Tavsiye Kararı, 2010 tarihli 200 sayılı İş Yaşamında HIV ve AIDS Tavsiye Kararı, 1984 tarihli 169 sayılı İstihdam Politikası Sözleşmesini ve Tavsiye Kararını Tamamlayan Tavsiye Kararı ve 2017 tarihli 205 sayılı Barış ve Dayanıklılık (Resilience) İçin İstihdam ve İnsana Yakışır İş Tavsiye Kararı) ile uyumludur.

4. Sözleşme'nin Yasak Fiiller ve Şiddet ve Taciz Türleri Bakımından Kapsamı

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, hem iş yaşamındaki şiddet ve tacizi, hem de ev içi şiddetin iş yaşamındaki uzantılarını veya yansımalarını veya etkilerini kapsamına almaktadır.

4.1. İş Yaşamındaki Yasak Fiiller

4.1.1. Ayrımcılık Yasası

Sözleşme, daha önce kabul edilmiş olan uluslararası ve Avrupa Konseyi belgelerinde olduğu gibi, şiddet ve tacizin kaynağının ayrımcılık olduğunu kabul etmekte,¹⁸ taraf devletlere ayrımcılığı önleme yükümlülüğü öngörmekte ve ayrımcılığı yasaklamaktadır. Sözleşme uyarınca, her taraf devlet, bir veya daha fazla kırılğan gruba veya iş yaşamında şiddet ve tacizden orantısız şekilde etkilenen kırılğanlığa yol açan koşullardaki gruplara ait çalışan veya diğer kişilere yönelik olanların yanı sıra, kadın çalışanlara yönelik olanlar da dahil, istihdam ve meslek konusunda eşitlik ve ayırım gözetmeme hakkını sağlayan yasa, düzenleme ve politikaları kabul eder (m.6).

Sözleşme, kadınlara yönelik kesişen veya çoklu ayrımcılığa¹⁹ vurgu yapmakla birlikte (önsöz) ayrımcılığın tanımı ve türleriyle ilgili ay-

¹⁸ Bakırcı (2015).

¹⁹ Kadriye Bakırcı Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasası ve Türkiye, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2012; Kadriye Bakırcı/O. Karadeniz/H.Yılmaz/E. N. Lewis/N. Durmaz, İş Dünyasında Kadın, Cilt:2, Türkonfed Yayını, İstanbul 2014.

rıntılara yer vermemektedir. Ancak Sözleşme, iş yaşamında şiddet ve tacizin önlenmesi ve ortadan kaldırılması amacıyla her taraf devletin, insana yakışır işi teşvik etmenin yanı sıra istihdam ve meslek konusunda ayrımcılığın ortadan kaldırılması olmak üzere iş yaşamında temel ilke ve haklara saygı göstermesini, bunları teşvik etmesini ve gerçekleştirmesini öngörmektedir (m.5). Tavsiye Kararı, iş yaşamında şiddet ve tacizle mücadeleye ilişkin ulusal mevzuat yapılırken, UÇÖ'nün 100 sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi'nin, 111 sayılı İstihdam ve Meslekte Ayrımcılık Sözleşmesi'nin ve diğer ilgili belgelerin göz önünde bulundurulmasını öngörmektedir (ilke 5). Bu iki sözleşme, Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler UÇÖ Bildirgesi uyarınca, bütün UÇÖ üyesi ülkelerin, bu sözleşmeleri onaylamamış olsalar dahi, uyması gereken sözleşmelerdir.²⁰

111 sayılı UÇÖ Sözleşmesi, "mesleki eğitimde, işe alımda, mesleki ilerlemede, çalışmada süreklilikte (security of tenure) ve çalışma koşullarında ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi görüş, ulusal köken ve sosyal köken bakımından her türlü ayrılık gözetmeyi, ayrı tutmayı veya üstün tutmayı" ayrımcılık olarak kabul etmektedir (m.1/a).²¹

Ayrıca, İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin Önsöz'ünde UÇÖ'nün temel sözleşmelerinin yanı sıra, BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'ye, BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ne, BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Sözleşmesi'ne ve BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme ve diğer ilgili uluslararası sözleşmelere atıf yapılmış olduğu için, İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin, sözü edilen sözleşmelerde sözü edilen ayrımcılık temelleri dahil her türlü temele dayalı ayrımcılığı²² ve sözkonusu sözleşmelerde olduğu gibi hem doğrudan hem dolaylı ayrımcılığı²³ yasakladığı kanaatindeyim.

²⁰ 100 ve 111 sayılı sözleşmeler Türkiye tarafından onaylanmıştır.

²¹ Bakırcı (2012).

²² Bakırcı (2012).

²³ Bakırcı (2012).

4.1.2. Şiddet ve Taciz Yasağı

4.1.2.1.Genel Olarak

Sözleşme, tanımlarını yapmamakla beraber, fiziksel, psikolojik, cinsel veya ekonomik zararı amaçlayan, bunlarla neticelenen veya neticelenmesi muhtemel olan her türlü şiddet ve taciz oluşturan davranış ve uygulamaları veya tehditleri yasaklamaktadır.²⁴

Sözleşme, hem bir defaya mahsus şiddet ve tacizi, hem de (örneğin mobbing²⁵ veya zorbalık gibi) tekrarlanan şiddet ve tacizi yasaklamaktadır.

4.1.2.2.Toplumsal Cinsiyet Rollerine Dayalı Şiddet ve Taciz Yasağı

Sözleşme, ayrımcılık temellerine dayalı şiddet ve taciz biçimlerinden biri olan toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacizi ve bu kapsamda kabul ettiği cinsel tacizi özel olarak yasaklamaktadır (m.1/b).

4.1.3.Misilleme Yasağı

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme’de veya diğer belgelerde misilleme bir şiddet türü olarak tanımlanmamış olmasına rağmen, kanaatimce misilleme de bir şiddet türüdür. Sözleşme, misillemeye²⁶ karşı da koruma sağlamaktadır. Sözleşme uyarınca, taraf devletler, müşteki, mağdur, tanık ve hukuka aykırılıkları ifşa edenlerin mağduriyetine veya bunlara misillemede bulunulmasına karşı koruma sağlamakla yükümlüdür (m.10).

4.2. Ev İçi Şiddetin İş Yaşamındaki Uzantıları, Yansımaları veya Etkileri

Ev içi şiddet, işyeri üzerinde olumsuz etkileri olmasına rağmen, ancak son zamanlarda iş yaşamında şiddet ve tacizi ortadan kaldırmak için alınacak önlemlerin bir parçası olarak ele alınması gereken bir konu olarak kabul edilmiştir.²⁷

²⁴ Bakırcı (Şiddet ve Mobbing, 2020).

²⁵ Bakırcı (Şiddet ve Mobbing, 2020).

²⁶ Bakırcı (2012).

²⁷ Kadriye Bakırcı, “Aile İçi veya Birlikte Yaşayanlar Arasındaki Şiddete İş Hukuku

Eş/partner veya eski eş/partner, nişanlı, sevgili veya aile üyelerinden biri veya aynı haneyi geçmişte paylaşan veya paylaşmakta olan bir kişi tarafından işyeri dışında veya işyerinde tehdit veya taciz edilmek veya ısrarlı takibe alınmak, maruz kalanın çalışması, işinde kalma kapasitesi, verimliliği ve iş sağlığı ve güvenliği üzerinde önemli ölçüde olumsuz etkisi olabilecek bir işyeri sorunudur. Bu tür olaylar, maruz kalanı olumsuz etkilediği ve tehlikeye sokabildiği gibi, meslektaşlarını da olumsuz etkileyebilir veya tehlikeye sokabilir. Şiddet ve taciz failinin aynı işyerinde çalışıyor olması ise, işyerinin tüm atmosferini etkileyebilir. İşyeri okul veya hastahane gibi kamu hizmeti veren bir işyeri ise, hizmet sunumunu ve hizmet alanları da etkileyebilir.

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, ev içi şiddetin tanımına yer vermemekle birlikte, ev içi şiddetin de maruz kalanların istihdamını, verimliliğini, sağlık ve güvenliğini etkileyebileceğini vurgulamakta ve taraf devletlere, çalışan ve işveren örgütlerine ve işgücü piyasası kuruluşlarına ev içi şiddetin etkilerini tanıma ve makul şekilde uygulanabilir olduğu ölçüde iş yaşamında etkisini hafifletme yükümlülüğü getirmektedir (m.10/f).

İstanbul Sözleşmesi "ev içi şiddet"i tanımlamaktadır. Sözleşme uyarınca "ev içi şiddet", eylemi gerçekleştiren maruz kalanla aynı ikametgahı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, ev içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleridir (m.3/b)

IV. SÖZLEŞMENİN DEVLETLER İÇİN ÖNGÖRDÜĞÜ YÜKÜMLÜLÜKLER VE MARUZ KALANLARA TANIDIĞI HAKLAR

Sözleşme ve Tavsiye Kararı incelendiğinde, devletlere ve iş yaşamında yer alan aktörlere getirdiği yükümlülükler dört başlık altında sınıflandırılabilir:

- şiddet ve tacizi önleme,

- maruz kalanları koruma,
- yaptırım uygulama, şiddet ve tacize maruz kalanlara giderim sağlama ve
- iş yaşamında şiddet ve tacize bütüncül bir karşılık verme.

1. Önlemeye İlişkin Yükümlülükler

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, taraf devletlerin, şiddet ve taciz oluşturan davranış ve uygulamaların önlenmesini sağlamak için şiddete ve tacize karşı sıfır toleransın genel ortamını teşvik etme konusunda önemli bir sorumluluğu olduğunu ve iş yaşamındaki tüm aktörlerin (işveren, işveren örgütleri, çalışan örgütleri ve iş yaşamının diğer aktörlerinin) şiddet ve tacizden kaçınmak, bunları önlemek zorunda olduklarına vurgu yapmaktadır.

Sözleşme'de ve Tavsiye Kararı'nda önleme yükümlülüğü kapsamına alınabilecek düzenlemeler, aşağıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere kanaatimce şu şekilde sınıflandırılabilir:

- UÇÖ'nün temel sözleşmelerinin uygulanması,
- mevzuat ve toplu iş sözleşmeleri ile düzenleme yapılması,
- mevzuatın uygulanmasının izlenmesi,
- devlet politikaları oluşturulması,
- işyeri politikaları oluşturulması.

1.1. UÇÖ'nün Temel Sözleşmelerinin Uygulanması

Sözleşme, iş yaşamında şiddet ve tacizin önlenmesi ve ortadan kaldırılması amacıyla taraf devletlerin, insana yakışır işi teşvik etmenin yanı sıra örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlık hakkının etkin biçimde tanınması, zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmanın her biçiminin ortadan kaldırılması, çocuk işçiliğinin etkin biçimde ortadan kaldırılması ve istihdam ve meslek konusunda ayrımcılığın ortadan kaldırılması olmak üzere iş yaşamında temel ilke ve haklara saygı göstermesini, bunları teşvik etmesini ve gerçekleştirmesini öngörmektedir (m.5).

Bu maddede sözü edilen konular, UÇÖ'nün 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi, 98 sayılı

Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi, 138 sayılı İstihdam Kabulde Asgari Yaş Sözleşmesi ve 182 sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi,²⁸ 100, 111 sayılı Sözleşmeler, 29 sayılı Zorla veya Zorunlu Çalıştırma Sözleşmesi ve 105 sayılı Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması Sözleşmesi²⁹ ile düzenlenmiştir.³⁰ Bu sözleşmeler, Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler UÇÖ Bildirgesi uyarınca, bütün UÇÖ üyesi ülkelerin, bu sözleşmeleri onaylamamış olsalar dahi, uyması gereken sözleşmelerdir.

Tavsiye Kararı, iş yaşamında şiddet ve tacizin önlenmesi ve ev içi şiddetin etkilerinin hafifletilmesi için, toplu pazarlık hakkının tanınmasının ve uygulanmasının önemine vurgu yapmaktadır (ilke 4).

1.2. Şiddet ve Tacize Karşı Mevzuat ve Toplu İş Sözleşmeler ile Düzenleme Yapılması

1.2.1. Mevzuat ile Düzenleme Yapılması

Sözleşme uyarınca, taraf devletler, toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve taciz de dahil olmak üzere, iş yaşamında şiddet ve tacizi tanımlamak ve yasaklamak için yasa ve düzenlemeleri kabul eder (m. 4, 7).

Sözleşme ve Tavsiye Kararı bu bağlamda taraf devletlere,

- İş yaşamında şiddet ve tacizi yasaklamayı ve önlemeyi ve
- İşverenlerin şiddet ve taciz risklerini değerlendirerek ilgili kişilere bilgi ve eğitim sağlamasının yanısıra şiddet ve tacizi önlemesini sağlayacak

yasa ve düzenlemeleri yapma yükümlülüğü öngörmektedir.

Tavsiye Kararı, taraf devletlerin şiddeti ve tacizi önlemek için alacağı önlemlerin, kadınların ve Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen şiddete açık grupların ("kırılgan gruplar"ın veya "kırılganlığa yol açan koşullardaki gruplar"ın) belirli işlere, sektörlere veya mesleklere

²⁸ Bakırcı (2004); Kadriye Bakırcı/ G.Richie, International and European Documents on Child and Young Workers and Modern Forms of Child Slavery, Unibook, 2010.

²⁹ 29 ve 105 sayılı sözleşmeler Türkiye tarafından onaylanmıştır.

³⁰ Kadriye Bakırcı, "Human Trafficking and Forced Labour: A Criticism of the International Labour Organisation", Journal of Financial Crime, Vol.16, No.2, 2009.

katılımının kısıtlanmasına veya bunların hariç tutulmasına yol açmamasını dile getirmektedir (ilke 12).

İş yaşamında şiddet ve taciz, maruz kalanın tüm insan haklarını ihlal eder. Şöyle ki, şiddet ve taciz, maruz kalanın,

- kişilik haklarının ihlalidir;
- çalışma hak ve özgürlüğünün ihlalidir;
- ayrımcılık yasağı veya eşitlik ilkesinin ihlalidir;
- çalışanların elverişli koşullarda/insan onuruna yakışır bir ortamda çalışma hakkının ihlalidir;
- çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin ihlalidir;
- çalışma barışının ihlalidir;
- kamu düzeninin ve güvenliğinin ihlalidir.³¹

Sözleşme'de, Önsöz'ü dahil incelendiğinde, bu hukuksal sonuçların hepsine genel olarak değinildiği görülmektedir. Ancak Sözleşme, özel olarak iş yaşamında şiddet ve tacizin iki hukuksal sonucuna vurgu yapmakta ve taraf devletlerden bu sorunun temel olarak

- eşitlik veya ayırım yasağı mevzuatı ve
- iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı

çerçevesinde düzenlenmesini öngörmektedir

Tavsiye Kararı ise, iş yaşamında şiddet ve tacizin ayrıca, gerekli olan durumlarda iş hukuku ve ceza hukuku kapsamında düzenlenmesini tavsiye etmektedir.

1.2.1.1. İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Eşitlik veya Ayırım Yasağı Mevzuatı Çerçevesinde Düzenlenmesi

Sözleşme'nin pek çok maddesinde, iş yaşamında şiddet ve tacizin eşitlik veya ayırım yasağı ilkesini ihlal ettiği vurgulanmaktadır.³²

Sözleşme, özel olarak, kadın ve kız çocuklarına yönelik toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacize, göçmenlere yönelik şiddet

³¹ Bakırcı (2000).

³² Bakırcı (2012).

ve tacize, iş yaşamında şiddet ve tacizden orantısız şekilde etkilenen kırılmalığa yol açan koşullardaki diğler grup mensubu çalışan veya diğler kişilere yönelik eşitlik ve ayırım yasağıını ihlal eden şiddet ve tacize dikkat çekmekte ve bu gruplara yönelik "istihdam ve meslek" konusunda ayrımcılığı yasaklayan mevzuatın kabul edilmesini ve bu mevzuat çerçevesinde düzenleme yapılmasını talep etmektedir (m.6).

Sözleşme, taraf devletlerden, işverenlerden, toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve taciz dahil olmak üzere, iş yaşamında şiddet ve tacizi önlemek için sahip oldukları kontrolle orantılı uygun adımları atmasını talep eden yasalar ve düzenlemeler yapılmasını talep etmektedir (m.9).

Sözleşme'nin Önsözü'nde, iş yaşamında şiddet ve tacizin fırsat eşitliğine yönelik bir tehdit olduğu, şiddet ve tacizin özellikle kadınların, işgücü piyasasına erişimini, işgücü piyasasında kalmasını ve ilerlemesini engelleyebileceğı, toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacizin kadın ve kız çocuklarını orantısız şekilde etkilediğı ve toplumsal cinsiyet kalıp yargıları, çoklu ve kesişen ayrımcılık biçimleri ve eşit olmayan toplumsal cinsiyet rollerine dayalı güç ilişkileri de dahil temel neden ve risk faktörlerini ele alan kapsayıcı, bütüncül ve toplumsal cinsiyet rollerine duyarlı bir yaklaşımın iş yaşamında şiddet ve tacize son vermek için esas olduğu vurgulanmaktadır.

1.2.1.2. İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Çerçevesinde Düzenlenmesi ve Risk Değerlendirmesi Yapılması

Sözleşme'nin Önsözü'nde, iş yaşamında şiddet ve tacizin kişinin psikolojik, fiziksel ve cinsel sağlığını olumsuz etkilediğı belirtilmektedir.

Sözleşme, taraf devletlerden, makul şekilde uygulanabilir olduğu ölçüde, işverenlerden özellikle;

- İş sağlığı ve güvenliğinin yönetiminde şiddet ve tacizi ve bunlarla ilişkili psikososyal riskleri dikkate almaları,
- Çalışan ve temsilcilerinin katılımıyla tehlikeleri belirlemeleri ve şiddet ve taciz risk değerlendirmesi yapmaları ve bunları önlemek ve kontrol etmek için önlemler almaları, ve

- Çalışanlara ve ilgili diğer kişilere, işyeri politikasına ilişkin hak ve sorumlulukları da dahil, şiddet ve tacizle ilgili belirlenmiş tehlike ve riskler ve bunlarla ilişkili önleme ve koruma önlemleri hakkında erişilebilir bilgi ve eğitim

sağlamalarını talep eden yasa ve düzenlemeler yapmasını öngörmektedir (m.9).

Tavsiye Kararı, taraf devletlerin şiddete açık sektörlerle, iş veya mesleklere veya çalışma düzenine uygun önlemler almalarını öngörmektedir (ilke 9).

Tavsiye Kararı uyarınca, iş yaşamında şiddet ve tacize ilişkin ulusal yasalar, yönetmelikler ve politikalar oluşturulurken, ÜÇÖ'nün, 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Sözleşmesi ve 187 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğinin Teşviği Çerçeve Sözleşmesi gibi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili belgeler göz önünde bulundurulmalıdır (ilke 6).³³

Tavsiye Kararı uyarınca, taraf devletler, iş yaşamında şiddet ve tacize ilişkin model uygulama kurallarını ve risk değerlendirme araçlarını, genel veya sektörel olarak, Sözleşme'nin 6. maddesinde atıfta bulunulan şiddete açık diğer gruplara ("kırılgan gruplar" veya "kırılganlığa yol açan koşullardaki gruplar") mensup çalışanların ve diğer kişilerin özel durumlarını dikkate alarak desteklemeli, geliştirmeli ve yaygınlaştırmalıdır (ilke 23).

1.2.1.3. İş Hukuku ve Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Düzenleme

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Tavsiye Kararı, iş yaşamında şiddet ve tacizin ayrımcılık yasağı ve eşitlik ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı yanında, gerekli olan durumlarda iş hukuku ve ceza hukuku kapsamında düzenlenmesini de tavsiye etmektedir (ilke 2).

1.2.2. Toplu Sözleşmelerle Düzenleme

Sözleşme, Sözleşme'nin hükümlerinin, ulusal hukuk veya düzenlemeler yoluyla ve ayrıca mevcut iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin

³³ 155 ve 187 sayılı Sözleşmeler Türkiye tarafından onaylanmıştır.

genişletilmesi veya uyarlanması ve gerektiğinde özel önlemler oluşturulması yolu da dahil toplu sözleşmeler³⁴ veya şiddet ve tacizi kapsayacak ulusal uygulamalarla uyumlu diğer önlemler aracılığıyla uygulanacağını öngörmektedir (m.12).

1.3. Mevzuatın Uygulanmasının İzlenmesi

Sözleşme uyarınca, taraf devletler, iş yaşamında şiddet ve tacizle ilgili ulusal hukuk ve düzenlemeleri uygulama ve izleme mekanizmaları oluşturma veya güçlendirme yükümlülüğü altındadır (m.4, 10).

1.4. Devlet Politikaları Oluşturulması

Sözleşme uyarınca, Sözleşmeyi onaylayan her devlet, herkesin şiddet ve tacizden arınmış çalışma hakkına saygı gösterir, bu hakkı teşvik eder ve gerçekleştirir (m.4).

Bu bağlamda taraf devletler,

- İlgili politikaların şiddet ve tacizi ele almasını sağlama,
- Şiddet ve tacizi önleyecek ve bunlarla mücadele edecek tedbirleri uygulamak amacıyla kapsamlı bir stratejiyi kabul etme,
- Uygun görüldüğü şekilde, erişilebilir biçimlerde araçlar, rehberlik, eğitim ve öğretim geliştirme ve farkındalık yaratma yükümlülüğü altındadır (m.4).

Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca taraf devletler, işveren ve çalışan örgütlerine de danışarak,

- İş yaşamında şiddet ve tacizin iş sağlığı ve güvenliği, eşitlik, ayırım gözetmeme ve göç gibi konularla ilgili ulusal politikalarda ele alınması,
- İşverenler, çalışanlar ve örgütleri ile ilgili makamlara, toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve taciz de dahil iş yaşamında şiddet ve taciz hakkında, uygun görüldüğü şekilde erişilebilir biçimlerde rehberlik, kaynaklar, eğitim veya diğer araçların sunulması, ve

³⁴ Bakırcı (2009/2).

- Farkındalık artırma kampanyaları da dahil çeşitli girişimlerin üstlenilmesini sağlamaya gayret eder.

Tavsiye Kararı, taraf devletlerden, rehberlik, eğitim ve farkındalık yaratma yükümlülüğü çerçevesinde,

- iş yaşamında şiddet ve taciz olasılığını artıran ayrımcılık, güç ilişkilerinin kötüye kullanımı gibi faktörleri, toplumsal cinsiyet rolleri, kültürel ve sosyal normlar gibi şiddet ve tacizi destekleyen faktörleri ele almayı amaçlayan programlar yapmak,
- hakimleri, iş müfettişlerini, polis memurlarını, savcılarını ve diğer kamu görevlilerini iş yaşamında şiddet ve taciz ile ilgili görevlerini yerine getirmelerinde ve ayrıca kamu ve özel sektör işverenlerine ve çalışanlara ve işveren ve çalışan örgütlerine iş yaşamında şiddet ve tacizi önleme ve sorunu ele alma konusunda yardımcı olmak için toplumsal cinsiyet rollerine duyarlı yönergeler ve eğitim programları yapmak,
- şiddetin ve tacizin kabul edilemezliğini, özellikle toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacizde ayrımcı tutumları hedef alan, maruz kalanların, şikayetçi olanların, tanıkların ve hukuka aykırılıkları ifşa edenlerin damgalanmasını önleyen kamuoyu bilinçlendirme kampanyalarını ülkede ikamet eden göçmen çalışanların dili dahil ülkede konuşulan çeşitli dillerde yapmak,
- her düzeyde eğitimde ve mesleki eğitimde, ulusal yasalar ve koşullara uygun olarak, toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve taciz de dahil olmak üzere toplumsal cinsiyete duyarlı müfredat ve şiddet ve tacize ilişkin öğretim materyalleri hazırlamak,
- gazetecilere ve diğer medya personeline, bağımsızlıklarına ve ifade özgürlüklerine saygılı olarak toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve taciz konularında, altta yatan nedenleri ve risk faktörlerini de içeren materyaller hazırlamak,
- şiddet ve tacizden uzak, güvenli, sağlıklı ve uyumlu işyerlerini teşvik etmeyi amaçlayan kamu kampanyaları yapmak

ve uygun şekilde yaymak için fon sağlamasını tavsiye etmektedir (ilke 23).

Tavsiye Kararı uyarınca, iş müfettişleri ve diğer yetkili makamların görevlileri, psikososyal tehlikeler ve riskler, toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve taciz ve belirli çalışan gruplarına karşı ayrımcılık dahil olmak üzere iş yaşamındaki şiddet ve tacizi belirlemek ve ele almak amacıyla toplumsal cinsiyete duyarlı eğitim almalıdır (ilke 20).

1.5. İşyeri Politikaları Oluşturulması

Sözleşme, taraf devletlerden makul şekilde uygulanabilir olduğu ölçüde, işverenlerden özellikle çalışan ve temsilcilerine de danışarak, şiddet ve tacizle ilgili bir işyeri politikası benimsemeleri ve uygulamalarını talep eden yasa ve düzenlemeler yapmasını öngörmektedir (m.9)

Sözleşme, şiddet ve tacizin önlenmesi için karşılıklı saygı ve insan onuruna dayanan bir çalışma kültürünün önemine vurgu yapmaktadır.

2. Korumaya İlişkin Yükümlülükler

Sözleşme ve Tavsiye Kararı, genel olarak şiddet ve tacize maruz kalanların korunması için oluşturulması gereken hak arama mekanizmalarına, uygun ve etkili hukuk yollarına kolay erişim sağlamaya, şiddet ve tacize maruz kalanlara sağlanması gereken yasal, sosyal, tıbbi ve idari destek hizmetlerine, gizlilik ve mahremiyetin sağlanmasına, şiddet ve tacize maruz kalan çalışanlara sağlanması gereken koruyucu haklara, özel olarak toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacize maruz kalanlara yönelik hak arama mekanizmalarına, destek hizmetlerine, verilen zararı giderim yollarına, ev içi şiddetin iş yaşamındaki etkilerini azaltmaya ve failere ilişkin önlemlere yer vermektedir.

2.1.Hak Arama Mekanizmalarının Oluşturulması, Yasal, Sosyal, Tıbbi ve İdari Destek Önlemleri Alınması ve Gizlilik ve Mahremiyetin Sağlanması

2.1.1.Genel Olarak

Taraf devletler, iş yaşamında şiddet ve taciz durumlarında,

- Uygun olduğu hallerde, işyeri düzeyinde uyuşmazlık çözüm mekanizmaları oluşturma,

- İşyeri dışında şikayet ve soruşturma prosedürleri, uyuşmazlık çözüm mekanizmaları oluşturma,
 - Mahkeme veya divanlar (tribunals) oluşturma,
 - Müşteki ve mağdurlar için yasal, sosyal, tıbbi ve idari destek önlemleri gibi uygun ve etkin çözüm yolları sunma,
 - Şiddet ve tacizi güvenli, adil ve etkin bildirmeyi sağlama,
 - Uyuşmazlık çözüm mekanizma ve prosedürlerine kolay erişimi sağlama,
 - Mümkün olduğu kadarıyla ve uygun görüldüğü şekilde olayın içinde olan kişilerin mahremiyet ve gizliliğinin korunması ve mahremiyet ve gizlilik gereklerinin uygunsuz kullanılmasını sağlama,
 - Müşteki ve mağdurlar için yasal, sosyal, tıbbi ve idari destek önlemleri gibi uygun ve etkin çözüm yolları sağlama
- yükümlülüğü altındadır (m.10).

Sözleşme uyarınca taraf devletler, iş teftiş kurulları veya diğer yetkili organlar aracılığıyla olanlar da dahil olmak üzere, şiddet ve taciz vakalarının denetimi ve soruşturulması için etkin araçlar sağlamalıdır (m.4)

2.1.2.Toplumsal Cinsiyet Rollerine Dayalı Şiddet ve Taciz Durumlarında

Taraf devletler, iş yaşamında toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve taciz mağdurlarının toplumsal cinsiyet rollerine duyarlı, güvenli ve etkin şikayet ve uyuşmazlık çözüm mekanizmaları, destek, hizmet ve çarelere etkin biçimde erişebilmelerini sağlamakla yükümlüdür (m.10).

Tavsiye Kararı uyarınca, iş müfettişliği, iş sağlığı ve güvenliği, toplumsal cinsiyet rollerinde eşitlik dahil eşitlik ve ayrımcılık yasağı konularından sorumlu olan ulusal mekanizmaların yetki alanına, iş yaşamında şiddet ve taciz de dahil edilmelidir (ilke 21).

Sözleşme'nin 10 (e) maddesinde atıfta bulunulan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve tacize ilişkin şikayet ve uyuşmazlık çözüm mekanizmaları aşağıdakileri içermelidir:

- toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve taciz durumlarında uzman mahkemeler;
- zamanında ve verimli işleyiş;
- şikayetçi ve mağdurlara hukuksal tavsiye ve yardım;
- ülkede yaygın olarak konuşulan dillerde mevcut ve erişilebilir rehberler ve diğer bilgi kaynakları;
- Cezai takibat dışındaki süreçlerde ispat yükünün uygun olduğu şekilde değiştirilmesi (m.16).

Tavsiye Kararı uyarınca, Sözleşme'nin 10 (e) maddesinde atıfta bulunulan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve tacize maruz kalanlara yönelik destek hizmetleri ve uğranılan zararı giderim yolları aşağıdakileri içermelidir:

- şiddet ve tacize maruz kalanların işgücü piyasasına tekrar girmelerine yardımcı olmak için destek;
- uygun şekilde erişilebilir bir şekilde danışmanlık ve bilgi hizmetleri;
- 24 saat yardım hatları;
- acil servisler;
- tıbbi bakım ve tedavi ve psikolojik destek;
- sığınma evleri dahil kriz merkezleri; ve
- şiddet ve tacize maruz kalanları desteklemek için özel polis birimleri veya özel eğitilmiş memurlar (ilke 17).

2.2.Şiddet ve Tacize Maruz Kalan Çalışanlara Tanınan Haklar ve Giderimler

Sözleşme ve Tavsiye Kararı, şiddet ve tacize maruz kalan çalışanların korunması için bazı haklar öngörmektedir:

2.2.1. İşi Yapmaktan (Çalışmaktan) Kaçınma Hakkı

Sözleşme, taraf devletlerden, çalışanların, misilleme veya başka haksız sonuçlara uğramaksızın ve yönetimi bilgilendirme zorunluluğu olmadan, şiddet ve tacizin yaşam, sağlık veya güvenlik bakımın-

dan yakın ve ciddi bir tehlike arz ettiğine inanmak için makul bir gerekçeye sahip oldukları bir çalışma ortamından çıkma hakkına sahip olmalarını sağlama yükümlülüğü öngörmektedir (m.10/g).³⁵

Böylece Sözleşme, çalışanlara işi yapmaktan (çalışmaktan) kaçınma hakkı³⁶ tanımaktadır.

2.2.2.Fesih veya İstifa Hakkı

Tavsiye Kararı, işyerinde şiddet ve tacize uğrayan çalışanlara, tazminatlarını alarak işten ayrılma hakkı³⁷ tanınmasını önermektedir (ilke 14).

2.2.3.İşe İade Hakkı

Tavsiye Kararı, işyerinde şiddet ve taciz nedeniyle haksız veya geçersiz olarak işten çıkarılan çalışanlara işe iade hakkı tanınmasını önermektedir (ilke 14).

Sözleşme veya Tavsiye Kararı'nda atıfta bulunulmamasına rağmen, belirtmek gerekir ki,158 sayılı İş İlişkinde İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkındaki UÇÖ Sözleşmesi³⁸ ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, gebelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken nedenleriyle veya doğum izni esnasında işe gelmeme nedeniyle veya sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılma veya çalışan temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya çalışan temsilciliğine talip olmak nedeniyle, işvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine ida-

³⁵ İşyerinde cinsel tacize uğrayanların, Borçlar Kanunu çerçevesinde işi yapmaktan kaçınma hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşümü, 2000 tarihinde yayımlanan kitabımda (Bakırcı (2000)) ve makalelerimde (Kadriye Bakırcı, "İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri", Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000; Kadriye Bakırcı, "Remedies Against Sexual Harassment of Employees Under Turkish Law", European Public Law, Issue 3,September 2001) ileri sürmüştüm. Bu görüşüm daha sonra mobbing ile ilgili çalışmalarda da öğretilde kabul gördü. Bu görüşü şimdi bağlayıcı bir uluslararası sözleşmede görmek son derece memnuniyet vericidir (Bakırcı (the Reception of #MeToo, 2020).

³⁶ Bakırcı (2000); Bakırcı (the Reception of #MeToo, 2020).

³⁷ Bakırcı (2000); Bakırcı (the Reception of #MeToo, 2020).

³⁸ 158 sayılı Sözleşme Türkiye tarafından onaylanmıştır.

ri makamlar nezdinde müracaatta bulunmak nedeniyle veya hastalık veya kaza sonucu geçici devamsızlık nedeniyle işten çıkarılmayı geçersiz kabul etmektedir (m.5). Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca ise, geçersiz fesih durumunda son verme işleminin iptali veya çalışanın işe iadesi veya yeterli bir tazminat ödenmesi veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimi taraf devletlerce kararlaştırılabilecektir (m.10).³⁹

2.3. Ev İçi Şiddetin İş Yaşamındaki Uzantıları, Yansımaları veya Etkileri Konusundaki Önlemler

İş Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılması Tavsiye Kararı, ev içi şiddetin iş yaşamına etkisini hafifletme konusunda taraf devletlere aşağıdaki önlemleri alma tavsiyesinde bulunmaktadır (ilke 18):

- Ev içi şiddete maruz kalanlara izin hakkı tanınması,
- Esnek çalışmanın sağlanması ve ev içi şiddete maruz kalanlara koruma sağlanması,
- Ev içi şiddetle ve sonuçlarıyla ilgili olmayan nedenler hariç, uygun olan durumlarda, ev içi şiddete maruz kalanlara işten çıkarılmaya karşı geçici koruma sağlanması,
- Ev içi şiddetin işyerindeki risk değerlendirmesine dahil edilmesi,
- Ev içi şiddetin iş yaşamına etkisini hafifletme konusunda, varsa, alınmış kamusal önlemlere yönlendirme sistemi oluşturulması,
- Ev içi şiddetin etkileri konusunda farkındalığı artırma.

2.4. Faile İlişkin Önlemler

Tavsiye Kararı uyarınca, iş yaşamında şiddet ve taciz failleri sorumlu tutulmalı ve gerekli hallerde şiddet ve tacizin tekrar meydana gelmesini önlemek ve gerekli hallerde failin işe yeniden entegrasyonunu kolaylaştırmak amacıyla danışmanlık hizmeti verilmeli veya diğer önlemler alınmalıdır (ilke 20).

³⁹ Kadriye Bakırcı, "Unfair Dismissal in Turkish Employment Law", *Employee Responsibilities and Rights Journal*, Volume 16 (Issue: 2), June 2004

3. Giderim Sağlamaya ve Yaptırım Uygulamaya İlişkin Yükümlülükler

Sözleşme ve Tavsiye Kararı, failer hakkında uygulanması gereken yaptırımlara ilişkin düzenlemeler de içermektedir.

Sözleşme uyarınca, taraf devletler, iş yaşamında şiddet ve taciz durumlarında,

- Uygun olduğu hallerde, yaptırım getirmek,
- İş teftiş kurulları ve uygun görüldüğü şekilde diğer ilgili makamların, adli veya idari makam nezdinde yasal itiraz haklarına tabi olarak, derhal tatbik edilecek önlemler içeren emir verme ve can, sağlık veya güvenlik bakımından yakın tehlikenin mevcut olduğu durumlarda işi durdurma yolu dahil olmak üzere, iş yaşamında şiddet ve tacizle başa çıkmak için yetkilendirilmelerini sağlamak için uygun önlemleri alır (m.10).

Sözleşme, şiddet ve tacize maruz kalanların, uygun ve etkili giderimlere kolay erişimini öngörmektedir (m.10(b)).

Tavsiye Kararı, Sözleşme'nin 10(b) maddesinde sözü edilen giderimlerin, aşağıdaki seçenekleri içerebileceği tavsiyesinde bulunmaktadır:

- Uğranılan zararların tazmininin sağlanması,
- Belli davranışların durmasını veya belli politika veya uygulamaların değiştirilmesini sağlayacak derhal icraya konabilecek emirlerin verilmesinin sağlanması,
- Ulusal hukuk ve uygulama uyarınca adli yardım sağlanması (ilke 14),
- İş yaşamında şiddet ve tacize maruz kalanlara, işgöremezliğe yol açan psikososyal, fiziksel veya diğer tür zarara uğramaları veya hastalığa yakalanmaları halinde tazminat hakkı sağlanması (ilke 15)

4. Sosyal Diyaloga Dayalı ve Toplumsal Cinsiyete Duyarlı Bütüncül Politikalara İlişkin Yükümlülükler

Sözleşme'nin Önsöz'ünde ve 4. maddesinde toplumsal cinsiyet rollerine dayalı şiddet ve tacizin, kadın ve kız çocuklarını orantısız şe-

kilde etkilediği kabul edilerek, toplumsal cinsiyet kalıp yargıları, çoklu ve kesişen ayrımcılık biçimleri ve eşit olmayan toplumsal cinsiyete dayalı güç ilişkileri de dahil temel neden ve risk faktörlerini ele alan kapsayıcı, bütüncül bir yaklaşımın iş yaşamında şiddet ve tacize son vermek için esas olduğu belirtilmektedir.

Sözleşme ve Tavsiye Kararı, iş yaşamında şiddet ve tacize karşı alınacak bütün önleyici, koruyucu ve yaptırım içeren önlemlerin, çalışanlar, çalışan örgütleri ve işveren örgütlerinin katılımı ile alınmasını öngörmektedir.

Sözleşme uyarınca, kapsayıcı, bütüncül bir yaklaşımın kabul edilmesi ve uygulanması konusunda her taraf devlet, ilgili sorumluluklarının değişken doğası ve derecesini dikkate alarak, işveren ve çalışanların ve ilgili örgütlerin farklı ve tamamlayıcı rol ve işlevlerini tanıır (m.4/3)

Tavsiye Kararı uyarınca, taraf devletler, Sözleşme'nin 6. maddesinde atıfta bulunulan şiddete açık gruplar ("kırılgan gruplar" veya "kırılganlığa yol açan koşullardaki gruplar") da dahil olmak üzere, cinsiyete, şiddet ve taciz türüne ve ekonomik faaliyet sektörüne göre ayrıştırılmış iş yaşamında şiddet ve tacize ilişkin istatistikleri toplamak ve yayınlamak için çaba göstermelidir (ilke 22).

Sözleşme ve Tavsiye Kararı, alınacak bütün önleyici, koruyucu ve yaptırım içeren önlemlerde toplumsal cinsiyet rollerine duyarlı bir yaklaşım benimsenmesini öngörmektedir.

V. SONUÇ

Sözleşme, iş yaşamıyla ilgili taciz ve şiddetle mücadelede küresel olarak geçerli standartları, devletlerin ve iş yaşamıyla ilgili diğer aktörlerin alması gereken önlemleri, şiddet ve tacize uğrayanların haklarını düzenleyen ilk uluslararası araçtır.

Sözleşme'nin öngördüğü yenilikler şunlardır:

- İş yaşamında şiddet ve tacizin tanımının yapılmış olması,
- Şiddet ve taciz sayılan tüm davranışların yasaklanmış olması
- Koruma kapsamının bağımlı çalışanlarla sınırlı olmayıp, bağımsız çalışanları, stajyer ve çıraklar dahil mesleki eğitim alan kişileri,

işten çıkarılanları, gönüllüleri, iş arayanları, iş başvurusunda bulunanları kapsamı,

- Şiddet ve tacizin açıkça çalışanların iş sağlığı ve güvenliği hakkıyla ilişkilendirilmesi, şiddet ve tacizin risk değerlendirmesine dahil edilmesi ve çalışanlara işi yapmaktan kaçınma hakkının tanınması,
- Ev içi şiddetin iş yaşamındaki şiddetle ilişkilendirilmesi,
- İş yaşamında şiddet ve taciz konusunda uzman mahkemeler kurma yükümlülüğü öngörülmüş olması,
- Cezai takibat dışındaki süreçlerde iş yaşamındaki tüm şiddet ve taciz biçimlerinde ispat yükünün uygun olduğu şekilde değiştirilmesinin talep edilmesi,
- Müşteki ve mağdurlar için hukuki çözüm yolları dışında, sosyal, tıbbi ve idari destek önlemleri gibi uygun ve etkin çözüm yollarının öngörülmüş olması.

Vurgulamak gerekir ki, iş yaşamını düzenleyen bir uluslararası Sözleşme’de, ev içi şiddetin iş yaşamına etkilerinin ortaya konması⁴⁰ ve ev içi şiddetin iş yaşamına etkisini hafifletme konusunda taraf devletlere yükümlülükler öngörülmüş olması ve iş yaşamında şiddet ve taciz konusunda uzman mahkemeler kurma yükümlülüğü öngörülmüş olması çığır açıcı yeniliklerdir.

Tavsiye Kararı’ndaki yukarıda incelenen, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve tacize maruz kalanları desteklemek için özel polis birimleri veya özel eğitilmiş memurların görevlendirilmesi tavsiyesi dahil destek hizmetleri ve uğranılan zarar giderim yolları ile ilgili tavsiyeleri de iş yaşamında toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve tacize ilişkin önemli yeniliklerdir (ilke 17).

Sözleşme’deki eksiklikler ise şunlardır:

Sözleşme’nin Önsöz’ünde özel olarak “kız çocukları”ndan söz edilmekle birlikte, Sözleşme veya Tavsiye Kararı’nda genel olarak “çocuk ve genç işçiler”in⁴¹ şiddet ve tacize⁴² karşı korunmalarına

⁴⁰ Bakırcı (2009/2).

⁴¹ Bakırcı (2004); (2010).

⁴² Kadriye Bakırcı, “İşyerinde Küçüklere Yönelik Şiddet”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Ni-

ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Bunun yerine Sözleşme, iş yaşamında şiddet ve tacizin önlenmesi ve ortadan kaldırılması amacıyla her taraf devletin, çocuk işçiliğinin etkin biçimde ortadan kaldırmasını öngörmektedir (m.5). Ancak çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması kısa ve orta vadede mümkün olamayacağından, Sözleşme veya Tavsiye Kararı'nda "çocuk ve genç işçiler" e ilişkin düzenlemelere yer verilmemesi önemli bir eksiklik oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler UÇÖ Bildirgesi uyarınca, bütün UÇÖ üyesi ülkelerin, onaylamamış olsalar dahi, 138 ve 182 sayılı UÇÖ Sözleşmelerine uyması gerekir. Dolayısıyla kuşkusuz ki, çocuk ve genç işçiler de Sözleşme'nin sağladığı korumanın kapsamında kabul edilmek gerekir. Öte yandan aksi tutum (kız çocuklarının koruma kapsamında kabul edilip erkek çocuklarının kapsam dışı tutulması), toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturacağından, UÇÖ'nün kendi ilkelerine ve 111 sayılı Sözleşme'ye aykırılık oluşturur.⁴³

Ayrıca kanımca Sözleşme ile sağlanan korumanın, "iş esnasında, işle bağlantılı veya işten kaynaklanan" şiddet ve tacizle sınırlandırılmış olması, önemli bir eksikliktir ve bu nedenle Sözleşme, şiddet ve tacize karşı tam koruma sağlamamaktadır. Şöyle ki, örneğin işveren veya işveren vekilinin veya bir çalışanın diğer bir çalışana, iş başvurusunda bulunan birine, bir çırak veya stajyere, çalışma saatleri dışında veya işle bağlantılı olmayan bir iletişim esnasında şiddet ve taciz uygulaması koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. Oysa bu ve benzeri davranışlar da kapsam içine alınmalıydı.⁴⁴

Bu eksikliklerin ulusal mevzuat ve/veya içtihatlarla veya UÇÖ Uzmanlar Komitesi'nin içtihatlarıyla giderilmesi gerekmektedir.

san 2008/4-52; Kadriye Bakırcı, "Çocuk Cinsel Sömürüsü: Çocuk Fuhuşu ve Pornografisi", *Güncel Hukuk Dergisi*, Ocak 2007/1; Kadriye Bakırcı, "Genel Olarak Şiddet ve Çalışan Küçüklere Yönelik Şiddet", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 8-11 Ocak 2008, Ankara.

⁴³ Kadriye Bakırcı, "Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık", Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları (Yay. Haz. Berrin Ceylan Ataman), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No.595, Ankara 2007.

⁴⁴ Bakırcı (2000).

Kaynakça

Kitaplar

- Kadriye Bakırcı, *İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz*, Yasa Yayınları, İstanbul 2000.
- Kadriye Bakırcı, *Uluslararası Bölgesel ve Türk Hukuku Açısından Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2004.
- Kadriye Bakırcı *Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku İle Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı, Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2012.

Kitap Bölümleri

- Kadriye Bakırcı, "Türk İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık", Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları (Yay. Haz. Berrin Ceylan Ataman), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No.595, Ankara 2007.
- Kadriye Bakırcı, "Public Campaigns, the Reception of #MeToo, and the Law Concerning Sexual Harassment in Turkey", *The Global #MeToo Movement* (A.Noel/D.B.Oppenheimer (eds), Full Court Press, 1st Edition, USA, 2020.

Makaleler

- Kadriye Bakırcı, "Sexual Harassment in the Workplace in Relation to EC Legislation", *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol.3, No.1, 1998.
- Kadriye Bakırcı, "İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri", Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000.
- Kadriye Bakırcı, K. "İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırısına Uğramaları Halinde İşverenin Sorumluluğu", *Çimento İşveren*, C.14, S.3, Mayıs 2000.
- Kadriye Bakırcı, "Remedies Against Sexual Harassment of Employees Under Turkish Law", *European Public Law*, Issue 3, September 2001
- Kadriye Bakırcı, "İşyerinde Küçüklere Yönelik Şiddet", *Güncel Hukuk Dergisi*, Nisan 2008/4-52;
- Kadriye Bakırcı, "Çocuk Cinsel Sömürüsü: Çocuk Fuhuşu ve Pornografisi", *Güncel Hukuk Dergisi*, Ocak 2007/1.
- Kadriye Bakırcı, "Aile İçi veya Birlikte Yaşayanlar Arasındaki Şiddete İş Hukuku Araçlarıyla Müdahale Edilebilir mi?", *Çalışma ve Toplum Dergisi* 21 (Türkel Minibaş Anısına), 2009/2.
- Kadriye Bakırcı, "Gender Equality in Employment in Turkey with Comparisons to EU and International Law", *Journal of Workplace Rights*, Vol.15, Issue 1, 2011.
- Kadriye Bakırcı, "İstanbul Sözleşmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:73, Sayı:2015/4.

Yayımlanmış Tebliğler

Kadriye Bakırcı, "Genel Olarak Şiddet ve Çalışan Küçüklere Yönelik Şiddet", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 8-11 Ocak 2008, Ankara.

Kadriye Bakırcı, "İş Hayatında Kadına Yönelik Şiddet ve Mobbing", Kadının Çalışma Hayatındaki Yeri, TÜMES Yayını, 2020.

İnternet Kaynakları

European Agency for Safety and Health at Work (2010), Workplace Violence and Harassment: a European Picture. Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.

<https://osha.europa.eu/en/publications/workplace-violence-and-harassment-european-picture>

Convention concerning the elimination of violence and harassment in the world of work (No.190), Geneva, 21 June 2019.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

Recommendation concerning the elimination of violence and harassment in the world of work (No.206), Geneva, 21 June 2019.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

European Commission, Proposal for a Council Decision authorising Member States to ratify, in the interest of the European Union, the Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190) of the International Labour Organization, Brussels, 22.01.2020 COM(2020) 24 final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A0024%3AFIN>

Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament transmitting the European framework agreement on harassment and violence at work, Brussels, 8.11.2007 COM (2007) 686 final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52007DC0686>

UZLAŞTIRMA SÜRECİNDE SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA İLİŞKİN BAZI SORUN VE DEĞERLENDİRMELER

SOME ISSUES AND EVALUATIONS RELATED TO DELINQUENT CHILDREN IN CONCILIATION

Sertaç IŞIKA*

Özet: Uzlaőtirma kurumu, onarıcı adalet anlayışının yansıması olarak alternatif bir uyuşmazlık çözüml yöntemi olarak düzenlenmiştir. Uzlaőtirmanın temelini, mağdurun zararının giderilmesi ile failin klasik ceza yargılama sistemine girmemesi ve bu şekilde failin islahını sağlamak oluşturmaktadır. Ancak suça sürüklenen çocukların taşıdıkları hususiyet, yetişkinlerden farklı koőtullarda uzlaőtirma sürecine dahil olmalarını gerektirmektedir. Suça sürüklenen çocukların dahil olduğu uzlaőtirma sürecinde ön planda tutulması gereken husus, çocuğun menfaatinin korunması olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Suça Sürüklenen Çocuklar, Uzlaőtirma, Uzlaőtirmacı, Uzlaőtirma Teklifi

Abstract: The conciliation was established as an alternative dispute resolution method as a reflection of the restorative justice approach. The basis of conciliation is to eliminate the harm of the victim and to prevent the offender from the classical criminal justice system and thus to remedy the offender. However, the characteristic of delinquent children require different conditions than adults in the conciliation. The issue should be prioritized in the conciliation process involving delinquent children is the protection of the interest of the child.

Keywords: Delinquent Children, Conciliation, Conciliatory, Conciliation Offer

GİRİŞ

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK), mevzuatımızda çocuklarla ilgili temel kanun olup, Kanun'un 1. maddesinde amacı, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usül ve esasları

* Dr., Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, sertacisika@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8980-3915, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.04.2020, Kabul Tarihi: 08.04.2020

düzenlemek şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemede geçen “suça sürüklenen çocuk” kavramına baktığımızda ise kavramın tanımının Kanun’un 3. maddesinde (ÇKK m.3/1-a2); “Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuk”, şeklinde yapıldığı görülmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda suç işlediği iddia olunan kişi şüpheli veya sanık olarak adlandırılırken, bu kişinin çocuk olması halinde olağan tanımlamadan farklı olarak “suça sürüklenen çocuk” olarak ifade edilmesi kanun koyucunun yaklaşımını yansıtmaktadır. Bir diğer deyişle yetişkin bir kimse ile bir çocuğun suç işlemesi hallerinin aynı kapsamda değerlendirilmemesi gereği ortaya konmaktadır. Bir çocuğun iradi olarak suç işlediği değil, suç işlemeye yönlendirildiği kabul edilmektedir. Suça iten nedenler çocuğun fiziki ve sosyal çevresi, ailesi veya eğitim kalitesi gibi farklılık gösterebilmektedir. Çocuk, bulunduğu ortamda neyin yanlış olduğunu öğrenememiş olmasından ya da bulunduğu ortamın kendisini suça yönlendirmiş olması nedenleriyle suçu sürüklenmiştir. Bu sebeple suça sürüklenen çocuk aynı zamanda mağdur olarak da görülmektedir.¹

Bir suçun işlenmesi ile birlikte maddi gerçeğe ulaşarak suç işleyen kimseyi cezalandırma yetkisini kullanan devlet, cezalandırma ile cezanın genel ve özel önleme fonksiyonlarını toplumsal hayatta harekete geçirir. Ancak suç işleyen kimsenin çocuk olması halinde maddi gerçeği ortaya çıkarma süreci olan yargılama faaliyeti birtakım farklılıklar göstermektedir. Suça sürüklenen çocuğun söz konusu olduğu hallerde devletin önceliği cezalandırmadan öte çocuğu korumak ve topluma kazandırmak olmalıdır. Nitekim Anayasamız² da devlete, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alma yükümlülüğü getirmiştir. Bunun gereği olarak, suça sürüklenen

¹ Bengi Semerci, “Suça Sürüklenen Çocuklar”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C.2(6), 2010, s.39; Selda Bülbül/Sevgi Doğan, “Suça Sürüklenen Çocukların Durumu ve Çözüm Önerileri”, *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, C.59(1), 2016, s.32; Rabia Afşin/Ayşe Dilek Öğretir Özçelik, “Suça Sürüklenen Çocuklar ile Suça Sürüklenmeyen Çocukların Algıladıkları Anne ve Baba Tutumları ile Ebeveyn Bağlanma Stillerinin Karşılaştırılarak İncelenmesi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, C.17(66), 2018, s.385.

² Anayasa m.61/4: “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır”.

çocuklar hakkında yürütülen ceza soruşturma ve kovuşturmalarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ÇKK'da, yetişkin bireylere nazaran çocuklar lehine birtakım düzenlemeler bulunmaktadır.

Çocukların yargılanmasına ilişkin süreçte uyulacak kuralların kaynakları elbette sadece iç hukukta mevcut değildir. Bu konuda uluslararası alanda en üst düzeyde yer alan kaynak, 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (BMÇHDS)' dir. Türkiye bu sözleşmeyi 1990 tarihinde imzalamıştır³ ve BMÇHDS, Ay. m.90/5 gereği iç hukukumuzun parçası haline gelmiştir. Bu sözleşme ile paralellik arz eden ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 1985 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları) da sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında ve çocuklara ilişkin düzenlemelerin devletlerce uygulanmasında rehber olarak uyulması gereken kuralları içermektedir.

BMÇHDS'nin 40/3. maddesi⁴ ile taraf devletlere, yalnızca çocuklara uygulanabilecek kanunlar ve usullerle özel kuruluşların oluşturulması konusunda düzenlemeler yapma tavsiyesinde bulunmaktadır. Pekin Kuralları⁵ da çocukların genel mahkemelerdeki yargılama

³ BMÇHDS, 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Onay Kanunu ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde onaylanmış ve 27.01.1995 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye, BMÇHDS'nin 17., 29. ve 30. Maddelerini, Lozan Anlaşması hükümleri çerçevesinde yorumlama hakkını saklı tutmuştur.

⁴ BMÇHDS m.40/3: "Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlal ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özellikle şu konularda çaba göstereceklerdir: a) Ceza Yasasını ihlal konusunda asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığı kabulü; b) Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvence- lere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması".

⁵ Pekin Kuralları m.11 Yargı Dışı Yollara Başvurma: "11.1 Çocuk suçlularla ilgili olarak kural 14.1'de sözü edilen yetkili makamlarca genel mahkemede yargılamadan başka çarelerin olup olmadığı hususu göz önüne alınmalıdır.

11.2 Çocukların davalarıyla ilgili polis, savcılık veya öteki yetkili makamlar, resmi ceza usulüne başvurmaksızın, her hukuk sisteminde ve işbu Asgari Kurallar çerçevesinde olayı halletmeye yetkili olmalıdır.

11.3 Çocuklara özgü bu yargı dışı yollara başvurma halinde, yetkili topluluk ya da kuruluşa yapılacak başvurunun çocuğun veya kanuni veli veya vasisinin rızasını içeren yargılama sonunda verilecek kararın başvuru halinde temyiz edilebilir ol-

süreçlerinde karşılaşmaları muhtemel olumsuzluklardan uzak tutulmasını sağlamak adına çocuklara özgü yargı dışı yöntemlerin öncelikli olarak uygulamaya konulması gerektiğini düzenlemektedir. Bu düzenlemelere bakıldığında, onarıcı adalet anlayışını işaret ettiği görülmektedir. Anglosakson hukukuna dayanan onarıcı adalet anlayışı, suçu işlemesi nedeniyle sadece failin cezalandırılmasını değil, adaletin tesisi noktasında mağduru da dikkate almaktadır. Onarıcı adalette esas olan, mağdurun zararının giderilmesi ile failin yeniden topluma kazandırılmasının sağlanmasıdır.⁶ Bu doğrultuda suçtan etkilenen bireylerin, özellikle de suçun failinin çocuk olduğu hallerde, çocuğun ihtiyaçlarına göre zararın giderim yöntemlerinin belirlenmesi çocuğun yeniden suç işlemesinin önlenmesi ile toplumsal bütünlük içerisinde yer alması amacına hizmet eden usuller tesis edilmektedir.⁷ Onarıcı adalet anlayışının ilk olarak suça sürüklenen çocuklara yönelik bir sistem olarak ortaya çıktığını da söylemek gerekmektedir. Cezalandırma ile birlikte suça sürüklenen çocukların yargılama aşamasına dahil olması ve devamında ceza infaz kurumuna girmesi, çocuğun gelişimini başta psikolojik olmak üzere olumsuz olarak etkilemekte ve çocuğun suçluluğa yönelmesini artırıcı etkilere neden olabilmektedir. Onarıcı adalet anlayışının benimsenmesi ile birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yönelik uygulamalar da çoğalmaya başlamıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde düzenlenen uzlaştırma kurumu,⁸ onarıcı adalet anlayışını temel alan bir alterna-

ması gerekmektedir.

11.4 Çocuk suçluluğu olaylarının yargı mekanizması dışında hallini kolaylaştırmak için topluluk programları, geçici gözetim ve rehberlik ve suç mağdurlarının zararlarının tazmini gibi çeşitli çabalar harcanmalıdır".

⁶ Galma Akdeniz, "Onarıcı Adalet Yaklaşımı ve Kavramsal Temelleri", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16(1), 2019, s.6 vd.; Mahmut Kaplan, "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5(1), 2015, s.62-63; Abdullah Batuhan Baytaç, "Onarıcı Adalete Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.71(1), 2013, 118; Mümin Güngör, *Ceza Yargılamasında Uzlaştırma*, Ankara 2019, s.43.

⁷ Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma*, Ankara, 2017, s.11; Can Canpolat/Zeyyat Sabuncuoğlu, *Uzlaştırma*, İstanbul, 2019, s.8-9.

⁸ İlk olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile ceza mevzuatımızda yer bulan "Uzlaşma" kurumu, 2006 yılında 5560 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle TCK'dan çıkarılarak 5271 sayılı CMK'da düzenlenmiştir. 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'la "Uzlaşma" şeklindeki madde başlığı, "Uzlaştırma" olarak değiştirilmiştir.

tif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ihdas edilmiştir.⁹ Yargıtay tarafından da uzlaştırma kurumu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmektedir.¹⁰ ÇKK m.24'e göre, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanacaktır.

Çalışmamızda, yukarıda bahsi geçen sözleşme ve kanun hükümlerinin uzlaştırma kurumunun suça sürüklenen çocuklar bakımından özellik arz eden noktalarına değineceğiz. Bu bağlamda uzlaştırma sürecini düzenleyen CMK m.253 hükmü ile Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği, ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun konu ile ilgili düzenlemelerini değerlendirmeye çalışacağız.

I. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLAR HAKKINDA UZLAŞTIRMANIN KOŞULLARI

A. Kusur Yeteneğinin Bulunması

Uzlaştırmanın uygulanabilmesi, suç teşkil eden fiil nedeniyle failin cezalandırılabilir olmasını gerektirir. Türk Ceza Kanunu'nda ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere baktığımızda, yaş küçüklüğü konusunda üç farklı yaş grubu düzenlendiği görülmektedir. TCK m.31/1'de,¹¹ on iki yaşını doldurmamış çocukların ceza sorumluluklarının olmadığı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, izlediği suç siyaseti gereği, BMÇHDS'ye¹² de uygun olarak, on iki yaşın altındaki

⁹ Selman Dursun, "Avrupa Konseyi'nin Uzlaştırmaya Dair Tavsiye Kararları ve Türk Uzlaştırma Düzenlemeleri", Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu, 18-20 Mayıs 2017 Rize, Ankara, 2018, s.53; Olgun Değirmenci, "Uygulamacının 10 Sorusu Işığında Uzlaştırma", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.14(151), 2019, s.663.

¹⁰ "Uzlaştırma kurumu, uyuşmazlığın yargı dışı yolla ve fakat adli makamlar denetiminde çözümlenmesini amaçlayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uzlaştırma; bu kapsama giren suçlarda, fail ve mağdurun suçtan doğan zararın giderilmesi konusunda anlaşmalarına bağlı olarak, devletin de ceza soruşturması veya kovuşturmasından vazgeçmesi ve suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzenin barış yoluyla yeniden tesisini sağlayıcı nitelikte bir hukuksal kurumdur", Yargıtay CGK, 2018/4-35 E., 2018/337, 10.07.2018.

¹¹ TCK m.31/1: "Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir".

¹² BMÇHDS, sözleşmeye taraf devletlerden, ceza kanununu ihlal eden çocuklar hakkında asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza

çocukların kusur yeteneğinin olmadığını kabul ederek ceza sorumluluklarının bulunmadığını düzenlemiştir. Birinci grup yaş küçükleri kapsamına giren suça sürüklenen çocuklar hakkında kovuşturma yapılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu çocukların işlemiş oldukları suçlar açısından, Yargıtay'ın da kabul ettiği üzere uzlaştırma sürecinin işletilebilmesi mümkün değildir.¹³ Bu çocuklar hakkında soruşturma işlemleri sınırlı olarak yapılabilir olup, bu işlemlerin de Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılması gereklidir (ÇKK m.15). Cumhuriyet savcısı ceza sorumluluğu bulunmayan çocuklar hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verecek olup ancak gerek TCK m.31/1'de gerekse ÇKK m.15/3'de¹⁴ düzenlendiği üzere suça sürüklenen çocuk hakkında tedbir uygulanmasını hâkimden talep edebilecektir.¹⁵

TCK m.31/2'de düzenlenen ve ikinci grup yaş küçükleri olarak adlandırılan; fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmuş olup da on beş yaşını doldurmamış olan çocukların işlediği fiilin hukukî anlam

ehliyetinin olmadığını kabulü konusunda çaba göstermesi beklenmektedir. BMÇHDS m.40/3-a: "Ceza Yasasını ihlal konusunda asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığını kabulü".

¹³ Veli Özer Özbek, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumu'nun 6763 sayılı Kanun Hükmüleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.11(32), 2016, s.10; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Ceza Hukuku Genel Hükmüleri*, Ankara, 2019, s.318; Berrin Akbulut/Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Ankara, 2019, s.106-107; Nuri Berkay Özgenç, "Türk Hukukunda Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma", *Legal Hukuk Dergisi*, 2015, C.1(145), s.51; "Uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için her şeyden önce fiilin 'soruşturulabilir' veya 'kovuşturulabilir' olması zorunludur. Fiilin soruşturulabilir ve kovuşturulabilir olmasından maksat, fiilin ceza kovuşturmasına tabi olması, yani muhakeme (soruşturma ve kovuşturma) şartlarının bulunmasıdır. Bir fiilin soruşturulabilir olması, uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir. Ayrıca, failin cezalandırılabilir olması, yani kusurunu ortadan kaldıran nedenlerin bulunmaması da gereklidir. Failin yaşının küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı gibi nedenlerle kusur yeteneğinin bulunmadığı hallerde faile ceza verilemez. Uzlaşma güvenlik tedbirlerinin değil, ceza sorumluluğunun alternatiftir. Bu nedenle bu kişilere karşı güvenlik tedbiri uygulanabilir ise de ceza verilemediğinden, uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün bulunmadığından...", 8.CD, 2017/13852 E., 2018/1956 K., 26/02/2018.

¹⁴ ÇKK m.15/3: "Cumhuriyet savcısı soruşturma sırasında gerekli görüldüğünde çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasını çocuk hâkiminden isteyebilir."

¹⁵ Özbek, s.10; Koca/Üzülmöz, s.319; Meral Ekici Şahin/Kürşat Yemenici, "6763 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.13(1), 2018, s.461; Özgenç, s.51.

ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde de ceza sorumluluklarının olmadığı kabul edildiğinden, bu grup yaş küçükleri hakkında da uzlaştırmaya başvurulması mümkün değildir. Bu noktada önem taşıyan husus, ikinci grup yaş küçükleri bakımından öncelikle suça sürüklenen çocuğun işlemiş olduğu suç bakımından algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespitinin yapılması ve ona göre uzlaştırma sürecine başvurulması gerekip gerekmediğinin belirlenmesidir.

Ayrıca TCK m.32/1'de akıl hastalarının da işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olması halinde ceza sorumluluklarının olmadığı düzenlenmiştir. Bu kişiler hakkında da uzlaştırma sürecine başvurulması mümkün değildir.¹⁶

Şunu da belirtmemiz gerekir ki, uyuşmazlığın uzlaşma yoluyla ortadan kaldırılmış olması halinde, gerekli görüldüğü takdirde suça sürüklenen çocuk hakkında ÇKK'da düzenlenmiş olan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınması mümkündür.

B. İşlendiği İddia Edilen Suçun Uzlaştırma Kapsamında Olması

Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi ancak işlendiği iddia edilen suçun CMK m.253'de sayılan suçlardan birinin olması halinde mümkün olabilmektedir. Uzlaştırmaya tabi suçlar CMK m.253/1'de düzenlenmiştir. Buna göre soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı tüm suçlar¹⁷ ile birinci fıkranın b bendinde sayma suretiyle sınırlı sayıda belirlenen suçlar¹⁸ şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksız-

¹⁶ 8.CD, 2017/13852 E., 2018/1956 K., 26/02/2018

¹⁷ CMK m.253/3'de, bir istisna olarak, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği düzenlenmiştir.

¹⁸ Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), taksirle yaralama (madde 89), tehdit (madde 106, birinci fıkra), konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi), hırsızlık (madde 141), güveni kötüye kullanma (madde 155), dolandırıcılık (madde 157), suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165), çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması

zın uzlaştırmaya tabidir. Diğer kanunlarda düzenlenen suçlar hakkında uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi ise ancak uzlaştırmanın mümkün olduğunun kanunda düzenlenmiş olmasına bağlıdır.¹⁹

Düzenlemeye baktığımızda, suça sürüklenen çocuklar bakımından uzlaştırma kapsamına dahil olan suçların daha geniş olduğu görülmektedir. 2016 yılında 6763 sayılı Kanun ile uzlaştırma kurumunda yapılan değişiklikle, suça sürüklenen çocukların söz konusu olması halinde; soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlar ile 253. maddenin birinci fıkrasında tek tek sayılan suçların yanı sıra mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar da uzlaştırma hükümlerine tabi hale getirilmiştir.²⁰ Düzenlemede hapis cezası bakımından üst sınır konulmuş iken adli para cezasında bir sınır getirilmediği görülmektedir. Hapis cezası ile adli para cezasını birlikte gerektiren hallerde uzlaştırma hükümleri uygulanabilmesi mümkündür. Ancak bu halde, suçun uzlaştırmaya tabi olup olmaması hapis cezasının miktarına bağlı olacaktır.²¹

Şu hususu da açık bir şekilde ortaya koymalıyız ki CMK m.253/3' de düzenlenen istisna, suça sürüklenen çocuklar için de geçerli kabul edilmelidir. Buna göre üç yıldan az hapis veya adli para cezasını gerektiren bir cinsel dokunulmazlığa karşı suçun, suça sürüklenen çocuk tarafından işlenmiş olması halinde uzlaştırma sürecinin uygulanması

(dördüncü fıkra hariç, madde 239).

¹⁹ CMK m.253/2: "Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir".

²⁰ CMK m.253/1-c: "Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar".

²¹ Akbulut/Aksan, s.105; "...suça sürüklenen çocuğa yüklenen ve 5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun üst sınırının ise üç yıl hapis cezası ile birlikte adli para cezası olduğunun anlaşılması karşısında; Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen ve usul hukuku kurumu olan uzlaşma yolunun ceza muhakemesi hukukunda mümkün olan sanık lehine genişletici yorum ve kıyas ile suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanarak üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis cezaları yanında adli para cezalarına da hükmedilmesi halinde suçun uzlaşma kapsamı içerisinde kalmaya devam edeceği, hapis cezası ile birlikte hükmolunan adli para cezalarının suçun üst sınırına etki etmeyeceği ve suçu uzlaşma kapsamı dışına çıkarmayacağı...", 17. CD, 2015/28376 E., 2017/11942 K., 18.10.2017

mümkün değildir.²² Aynı hükümde düzenlendiği üzere²³ suça sürüklenen çocuğun, uzlaştırma kapsamında olan bir suç ile uzlaştırma kapsamında olmayan bir suçu aynı mağdura karşı birlikte işlemiş olması halinde de uzlaştırma sürecini işletmek mümkün olmayacaktır.²⁴

C. Uzlaştırma Teklifi

Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceği koşulların oluşması ile dosya uzlaştırma bürosuna gönderilerek uzlaştırma sürecinin başlaması sağlanmış olur. Uzlaştırma sürecinin ilk aşaması ise “uzlaşma teklifi” dir. CMK m.253/4’de²⁵ uzlaşma teklifinin uzlaştırmacı tarafından şüpheli/sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören ya da katilana yapılacağı düzenlenmiştir. Yani teklifin muhatabı uyuşmazlığın taraflarıdır. Ancak uyuşmazlığın taraflarından birinin veya her iki tarafın reşit olmayan kimse olduğu hallerde teklifin kanuni temsilciye yapılacağı hüküm altına alınmıştır.²⁶ Kişinin reşit olup olmadığı ise Türk Medeni Kanunu düzenlemelerine göre tespit edilmelidir. TMK m.11’e²⁷ göre 18 yaşını dolduran kimse reşittir. Bunun istisnası ise 18 yaşın doldurulmamasına rağmen evlilik veya mahkeme kararı ile reşit kılınma halidir. Tarafın reşit olup olmadığı suç tarihinde değil, teklif tarihinde önem arz etmektedir. Suçun işlendiği sırada reşit olmasa bile, teklif ya-

²² Aynı yönde Ekici Şahin/Yemenici, s.475; Akbulut/Aksan, s.104; A. Uğur Eriş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi”, *“Türkiye Barolar Birliği Dergisi”*, 2018, S.137, s.260.

²³ CMK m.253/3: “...Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz”.

²⁴ “CMK’nın 253/3. maddesinin ikinci cümlesine göre, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmesi halinde, uzlaştırma yoluna gidilemeyecektir. Somut olayda da, her ne kadar, suça sürüklenen çocuğa yükletilen konut dokunulmazlığının ihlali suçu, CMK’nın 253/1-b maddesi uyarınca uzlaştırma kapsamında bulunsa da, sözü edilen suçun, bu kapsamda bulunmayan ve TCK’nın 142/1-b maddesinde düzenlenen hırsızlık suçu ile birlikte işlenmesi nedeniyle, uzlaştırma yolunun Kanunen kapalı olduğu anlaşılmaktadır”, 18. CD, 2018/1394 E., 2018/5522 K., 16.04.2018.

²⁵ CMK m.253/4: “...Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır...”

²⁶ Çetintürk, uzlaşma teklifinin suça sürüklenen çocuğun kanuni temsilcisine yapılması gerektiği konusundaki düzenlemenin uzlaştırmacının özgür iradeye dayanması ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedir., Çetintürk, s.518.

²⁷ TMK m.11/1: “Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar”.

pılacağı tarihte reşit olunması halinde teklifin muhatabı artık kanuni temsilciye değil, reşit olan muhataba yapılacaktır.²⁸ Ancak yargılama aşamasında suça sürüklenen çocuğun reşit olması durumunda öncesinde yapılmış olan uzlaştırma sürecine ilişkin işlemler, usulüne uygun yapılmış olması kaydıyla geçerliliğini koruyacaktır.²⁹

Suçta sürüklenen çocuğun kanuni temsilcisi de yine TMK'da yer alan hükümlere göre belirlenecektir. TMK m.342'ye göre, anne ve baba velayet hakları çerçevesinde çocuğun kanuni temsilcileridir. Çocuk üzerinde velayet hakkının söz konusu olmadığı hallerde ise TMK m.404'e göre çocuk vesayet altına alınır ve kendisine atanan vasi çocuğun kanuni temsilcisi olarak hareket eder. Dolayısıyla kanuni temsilci karşımıza veli veya vasi olarak çıkabilecektir.³⁰ TMK m.336/1'de, evlilik devam ettiği sürece velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede uzlaşma teklifinin ulaştırılması aşamasında uzlaştırmacının muhatabı, velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanıldığı hallerde her ikisi de olmalıdır.³¹ Doktrinde aksi görüş olmakla birlikte kanaatimizce uzlaştırmacı, hem anneye hem babaya teklifi iletmeli ve uzlaştırma sürecinin devamı için her ikisinin de teklifi kabul etmeleri gerekmektedir.³² Velayet hakkı kendilerinde olan anne ve babanın teklifi kabul edip etmeme konusunda ortak karara varamamaları halinde teklif kabul edilmemiş olacaktır. Ancak teklif aşamasında çocuğun dışlanması kabul edilemez. BMÇHDS m.12'de görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun görüşünü ifade etmesine imkân sağlanması öngörülmüştür. Ayrıca ÇKK m.4/1-d'de de çocuğun bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine

²⁸ Aynı yönde Mustafa Ruhan Erdem/Ferda Eser/Pakize Pelin Özşahinli, 100 Soruda Uzlaştırma, Ankara, 2017, s.329; Akbulut/Aksan, s.162; Ekici Şahin/Yemenici, s.485; Hüsamettin Uğur, "Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma", *Terazi Hukuk Dergisi*, S.43, 2010, s.138; Özgenc, s.63.

²⁹ "...suç tarihinde dahi uzlaşma teklifinin reşit olmayan şüpheli veya sanığın kendisine değil kanuni temsilcisine yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Öte yandan sanığın yargılama aşamasında reşit olması, reşit olmadığı dönemde usulüne uygun bir uzlaşma teklifi yapılmadığı gerçeğini ortadan kaldırmayacağından, sanığa yeniden usulüne uygun şekilde uzlaşma teklifinde bulunulması gerekir", CGK., 2013/13-689 E., 2014/191 K., 15.04.2014

³⁰ Değirmenci, s.666; Özgenc, s.64.

³¹ Yargıtay kararlarına bakıldığında da evlilik devam ettiği sürece velayetin kullanımında anne ve babanın birlikte hareket etmesi gerektiği istikrarlı biçimde işaret edilmiştir.

³² Aynı yönde Erdem/Eser/Özşahinli, s.328; Özgenc, s.66.

katılımının sağlanması gereği düzenlenmiştir. Şüphesiz ki bu husus göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir. Özellikle reşit olmasa dahi içinde bulunduğu durumun niteliğini kavrayabilecek olgunluktaki bir çocuğun süreçten dışlanması onun çok daha fazla mağduriyeti yaşamasına neden olabilecektir. Bu nedenle çocuğun korunması, ancak onun katılımı ile daha etkili olabilecektir. Çünkü bu nitelikteki bir çocuğun geçerli bir iradesi olduğu kabul edilmelidir. Uzlaştırma kurumunun esası, tarafların özgür iradelerine dayanmaktadır. Dolayısıyla çocuğun görüşünün dikkate alınmaması kabul edilemez.³³

Somut dosya kapsamında çocuğun kanuni temsilcisi ile arasında menfaat çatışması olduğu hallerde henüz uzlaştırma süreci başlatılmadan çocuğa bir kayyım atanmasının sağlanması gereklidir.³⁴ Uzlaşma teklifinin kabulü noktasında suça sürüklenen çocuk ile kanuni temsilcinin iradesinin çelişmesi halinde hangi iradeye üstünlük tanınacağı konusunda önemli olan çocuğun menfaati olup, kanuni temsilcinin iradesinin geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Çünkü kanuni temsilcinin varlık sebebi, çocuğun menfaatinin korunmasını sağlamaktır ve olağan süreçte kanuni temsilcinin kararının çocuğun menfaatine yönelik olduğu kabul edilmektedir.³⁵

Uzlaştırma kurumu uyuşmazlık taraflarını yargılama makamlarının önüne çıkmaksızın uyuşmazlığı ortadan kaldırmayı amaçlayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olup, bu kurumun özellikle suça sürüklenen çocuklar açısından işlerliğini üst düzeyde tutmak büyük önem taşımaktadır. Suça sürüklenen çocuğun yargılama makamları önündeki sürece dahil edilmesi, çoğu zaman onun daha fazla yıpranmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle suça sürüklenen çocuklar bakımından uzlaştırma sürecinin başarı ile işletilmesi ve uyuşmazlığın bu aşamada çözümü öncelikle çocuğun menfaatine olacaktır. Sürecin başarı ile işletilebilmesi ise ilk adımın etkili ve doğru şekilde atılması ile mümkün olabilecektir. Bu doğrultuda uzlaştırma sürecinin daha başında bu hassasiyetle hareket etmek gerekecektir. Suça sürüklenen çocukların söz konusu olduğu hallerde uzlaşma teklifinin kanuni tem-

³³ Akbulut/Aksan, s.165; Ekici Şahin/Yemenici, s.486; Uğur, s.142.

³⁴ Erdem/Eser/Özşahinli, s.327; Özgeç, s.68

³⁵ Ekici Şahin/Yemenici, s.485-486; Erdal Yerdelen, "Uzlaştırma Hususunda Sorunlu Konular", Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 2018, s.264-265.

silcisine yapılması ve sürecin devamına kanuni temsilcinin karar vermesinin “çocuğun üstün yararının korunması” noktasında tereddütleri ortaya çıkarabileceği kanaatindeyiz. Şöyle ki; uzlaşma teklifinin taraf-larca kabulünden sonra müzakereler sonucunda bir edim belirlendiği hallerde, bu edimin suça sürüklenen çocuk açısından borç doğurucu nitelikte olması mümkün olabilmektedir. Söz konusu edimin maddi bir edim olması halinde ise edimin ifa edilmesi suça sürüklenen çocuğun kanuni temsilcileri tarafından gerçekleştirilecektir. İşte bu noktada bü-yük oranda suça sürüklenen çocukların velileri olarak muhatap alınan kanuni temsilcilerin kendilerini borçlandırıcı bir işlemin tarafı olmak istememeleri söz konusu olabilecektir. Özellikle maddi durumu yeter-li olmayan aileler düşünüldüğünde, kanuni temsilci olarak uzlaştırma teklifi kendilerine yapıldığında “çocuğun yararı” yerine “maddi olanaklar” belirleyici olabilecektir. Standart bir aile profili bulunmadığı ve suça sürüklenen çocukların bir kısmını da suça sürükleyen sebeplerin maddi imkansızlıklar olduğu dikkate alındığında, kanuni temsilcinin uzlaşma teklifini maddi olanaklar sebebi ile reddetmesi çok muhtemel-dir. Bu şekilde aile yapılarının söz konusu olduğu hallerde kanuni tem-silciden “çocuğun yararı” değerlendirilmesini yapması gerçekçi olma-yacaktır. Bu nedenle uzlaştırma sürecinde, değerlendirme kriteri olarak “maddi olanakları” ön plana alması muhtemel kanuni temsilci yerine, “çocuğun yararı” kriterini değerlendirebilecek bir süjenin muhatap alınmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Bu itibarla hareket noktamızın ise CMK m.150 olması gerekmektedir. CMK m.150/2’ye göre, şüpheli veya sanığın çocuk olması halinde istemi aranmaksızın kendisine “zorunlu müdafii” görevlendirilmesi sağlanmaktadır. Uzlaş-tırma kurumunun uygulanabilmesinin ön şartı, suçun işlendiği konu-sunda yeterli şüphenin bulunması olup, bunun araştırması ise soruş-turma aşamasında yapılmaktadır. Bu aşamada şüphelinin çocuk olması halinde zaten zorunlu müdafii görevlendirilmektedir.

Kanaatimizce suçun uzlaştırmaya tabi olduğunu anlaşılması ha-linde, uzlaşma teklifinin yapılacağı aşamada, uzlaştırmacının muha-tabı dosyada bulunan ya da uzlaştırma süreci için ayrıca görevlen-dirilecek bir “zorunlu müdafii” olmalıdır. Kanun koyucunun suça sürüklenen çocuk bakımından soruşturma ve kovuşturma sürecinde gösterdiği hassasiyetin, uzlaştırma sürecinde de bulunması hem ço-çuğun yararının gözetilmesi hem de uzlaştırma sürecinin başarıyla

sonuçlanma olasılığını artırabilecektir. Ancak şunu ifade etmeliyiz ki zorunlu müdafî görevlendirilmiş olması halinde, zorunlu müdafî ancak suça sürüklenen çocuğun menfaatine olması halinde uzlaştırma sürecine dahil olmasını sağlayabilecektir. Bu noktada vurgulamak isteriz ki zorunlu müdafinin yüklenebileceği sorumluluk ancak uzlaştırma sürecinin tercih edilmesi ile suça sürüklenen çocuğun klasik yargı sürecinden uzak tutularak bu suretle uğrayabileceği mağduriyetin ortaya çıkmaması konusunda, sağlıklı bir süreç işletilmesine nezaret etmek olabilecektir. Zorunlu müdafinin suça sürüklenen çocuğun kanuni temsilcisini uzlaştırmayı kabul etmeye ve dolayısıyla belirlenmiş olması halinde edimi ifade zorlaması mümkün değildir.

D. Müzakereler

Uzlaştırma sürecinde teklifin kabul edilmesinden sonra müzakere aşamasına geçilmektedir. CMK m.235/13'e göre uzlaştırma müzakereleri, şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafî ve vekil katılımıyla, uzlaştırmacının nezaretiyle ve gizli olarak yürütülür. Müzakerelerin teklifi kabul eden taraf ile yürütülmesi esastır. Bu doğrultuda suça sürüklenen çocuğun uyuşmazlığın tarafı olduğu hallerde müzakerelere katılacak olan süje de suça sürüklenen çocuğun kanuni temsilcisi olacaktır. Ancak elbette Yönetmelik m.31/1'de de belirtildiği üzere, suça sürüklenen çocuk da müzakerelere katılabilecektir. Teklifin suça sürüklenen çocuğun kanuni temsilcisi tarafından kabul edilmesinden sonra, müzakere aşamasında bulunduğu sırada suça sürüklenen çocuk reşit olabilir. Bu halde ise müzakerenin tarafı artık reşit olan çocuk olmalıdır.³⁶ Bu aşamada reşit olan çocuk, kanuni temsilcisinin uzlaşma teklifini kabul etmesi ile başlatmış olduğu uzlaştırma sürecini, kendi özgür iradesi ile sonlandırabilir. Uzlaştırmanın esası tarafların özgür iradelerine dayanması olduğundan, tarafların uzlaştırma sürecinin tamamlanmasına kadar uzlaşma iradelerinden vazgeçmesi mümkündür. Uzlaşma iradesinden vazgeçme CMK m.253/13'de belirtildiği üzere müzakerelere katılmaktan imtina etme suretiyle ortaya konabileceği gibi, açıkça beyanla da ifade edilebilir. Bu husus Yönetmelik m.5/1'de, tarafların anlaşma yapılarına kadar iradelerinden vazgeçebilecekleri şeklinde düzenlenmiştir.

³⁶ Erdem/Eser/Özşahinli, s.332.

Müzakere sürecinde tarafların bir araya gelme zorunluluğu bulunmadığından uzlaştırmacı taraflarla birlikte ya da ayrı ayrı görüşmeler yapabilmektedir.³⁷ Ancak görüşmeler sırasında uzlaştırmacının muhatabı, teklif kendisine iletilen kişidir. Bu çerçevede suça sürüklenen çocuğun söz konusu olduğu hallerde müzakereleri uzlaşma teklifini kabul eden kanuni temsilci ile yürütülmelidir. Kanaatimizce müzakerelere velayet hakkını kullanan anne ve babanın birlikte katılma zorunlulukları, iradelerinin çelişkili olmaması kaydıyla bulunmamalıdır. Ancak müzakereler sonunda imzalanacak belge her ikisinin de onayına sunulmalıdır.

Müzakerelere suça sürüklenen çocuğun bizzat katılımı da zorunlu değildir. Suça sürüklenen çocuğun müzakerelere katılımı, ancak kanuni temsilcinin onayı ile mümkün olabilir.³⁸ Şüphesiz ki kanuni temsilci de çocuğu müzakerelere katılım konusunda zorlamada bulunamaz. Çocuk gönüllü olduğu takdirde, BMÇHDS’de de öngörüldüğü üzere çocuk da müzakerelere katılarak görüşünü bildirme imkanına sahip olmalıdır ve kanuni temsilcisinin uygun bulması halinde müzakerelere de katılabilmelidir.

Kanaatimizce de müzakerelere çocuğun katılması kurumun amacına uygun görünmektedir.³⁹ Uzlaştırma kurumunun suça sürüklenen çocuk bakımından fonksiyonuna baktığımızda, öncelikle çocuğun klasik yargılama sürecine dahil edilmemesi ve bu suretle çocuk üzerinde özellikle psikolojik açıdan olumsuz etkilere neden olunmaması ve sağlıklı gelişiminin korunmasıdır. Ancak elbette ki bu kurum çocuğun suç teşkil eden davranışını görmezden gelmemektedir. Onarıcı adalet anlayışının gereği olarak çocuk yaptığı davranışın yanlış olduğunu görmeli ve bunun sorumluluğu olduğunu öğrenmelidir. Uzlaştırma sürecine dahil olabilecek çocukların, algılama yeteneklerinin olduğu da dikkate alındığında, çocuğun müzakerelerin niteliğini de kavrayabilecek olgunlukta olduğu söylenebilir. Bu nedenle, çocuğun müzakerelere katılımının onun aleyhine bir gelişmeye neden olabilecek

³⁷ Erdem/Eser/Özşahinli, s.153; Akbulut/Aksan, s.182; Ekici Şahin/Yemenici, s.493.

³⁸ Erdem/Eser/Özşahinli, s.333; Akbulut/Aksan, kusur yeteneğine sahip çocukların müzakerelere katılımının sağlanması gerektiği görüşündedir., Akbulut/Aksan, s.182.

³⁹ Aynı yönde Akbulut/Aksan, s.182; Çetintürk, s.555; Özgenç, s.74

etkenleri devreye sokmayacağı takdirde, çocuğun müzakerelere kanuni temsilcisi ile katılarak, mağdur ile yüzleştirilme imkânı verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Böylelikle çocuğun edimin kararlaştırılmasında da katılımı söz konusu olabilecektir.

E. Edim

Onarıcı adalet anlayışının bir yansıması olan uzlaştırma kurumu, uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirerek tarafların arasındaki uyuşmazlığın yargı makamı dışında çözülmesini amaçlamaktadır. Uyuşmazlığın ortadan kaldırılabilmesinin öncelikli koşulu ise haksızlığın gerçekleştirilmesi ile mağdurda oluşan zararın giderilmesidir. Haksızlığın gerçekleştirilmesi ile mağdurda oluşan zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilmektedir. Mağdurun zararını karşılamaya yönelik davranış biçimi, uzlaştırma kurumunda edim olarak adlandırılmaktadır. Borçlar hukukuna ilişkin bir kavram olan edim, yerine getirme yükümlülüğü olan davranış olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰ Edim maddi veya manevi bir menfaat şeklinde olabileceği gibi, belli bir şekilde harekette bulunma olarak da belirlenebilir. Bunlar dışında edimsiz olarak da uzlaşmanın sağlanması mümkün olabilmektedir. Edimin belirlenmesindeki sınır, CMK m.253/17 ve Yönetmelik m.33/1'de de belirtildiği üzere edimin hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır.⁴¹

Uzlaştırma müzakerelerinin sonunda belirlenen edimin kim tarafından yerine getirileceği hususu da edimin kapsamında yer almaktadır. Edimin bizzat uyuşmazlığın tarafı olan kişi tarafından yerine getirilmesi kararlaştırılabileceği gibi üçüncü bir kişi de – kabul etmesi şartıyla – bu edimi yapmakla yükümlendirilebilir. Edimin türü ve kim tarafından yerine getirileceği meselesi uyuşmazlığın tarafının suça sürüklenen çocuk olması durumunda önem taşımaktadır. Bu noktada uzlaştırmanın onarıcı adalet anlayışına hizmet eden bir kurum olduğu dikkate alınarak edimin kararlaştırılmasına özen gösterilmelidir. Edimin belirlenmesinde sadece zararın tazmini değil, belirlenen edimin

⁴⁰ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 2018, s.6; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s.99.

⁴¹ Erdem/Eser/Özşahinli, s.197; Akbulut/Aksan, s.230; Erdal Yerdelen/Şeyda Altuntaş/Dilek Özge Erdem/Mustafa Serdar Özbek/Burak Boz/Berna Ayşen Yılmaz, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, 2018, s.237; Ekici Şahin/Yemenici, s.497.

çocuk üzerinde gösterebileceği etkinin de değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Gerçekleştirilmiş olan haksızlık ile mağdurun zararının giderilmesini temel alan onarıcı adalet anlayışı, suç işleyen failin, yargılama sürecine dahil olmaksızın meydana getirdiği zararı gidermesini sağlamak suretiyle gerçekleştirmiş olduğu haksızlığın kötülüğü ile yüzleşmesini sağlamaktadır. Uzlaştırma kurumunun fail lehine olan hususları, failin çocuk olması halinde zararın giderilmesinden daha fazla önem taşımaktadır. Bu nedenle suça sürüklenen çocuğun söz konusu olduğu hallerde edim, çocuğun bizzat yerine getirebileceği ve onu ıslah edebilecek şekilde kararlaştırılmalıdır ki edimi yerine getiren çocuk bu sayede yaptığı haksızlığın kötülüğünü değerlendirme fırsatı bulabilsin.

Suçta sürüklenen çocuğun taraf olduğu uzlaştırma sürecinde edim olarak zararın maddi olarak tazmin edilmesinin kararlaştırılmış olması halinde edimin bizzat suça sürüklenen çocuk tarafından yerine getirilmesi, kanuni temsilcinin desteği olmaksızın çoğunlukla mümkün olamamaktadır. Bu noktada da şunu belirtmek gerekir ki edimin kararlaştırılması sürecinde söz sahibi olan kanuni temsilciler edimin tazminat olarak belirlenmesi konusundaki iradelerini ancak maddi olanaklarına göre ortaya koyabileceklerdir. Eğer mağdurun uğramış olduğu zararın giderilmesi mağdur için olmazsa olmaz bir gereklilik ise uzlaştırmanın başarı ile sonuçlanması suça sürüklenen çocuğun kanuni temsilcisinin maddi olanaklarına ve rızasına bağlı olacaktır. Maddi olanakların imkân vermemesi halinde uzlaşmanın sağlanamaması nedeniyle suça sürüklenen çocuk klasik yargılama süreci içerisine dahil olacak ve çocuk belki de ceza infaz kurumuna girmek suretiyle sürecin üzerinde yaratacağı olumsuz etkilerle karşılaşabilecektir. Bu risk, kanuni temsilcinin maddi olanağının imkân vermesine rağmen, çocuğun menfaatinin üstün olduğu ve çocuğun korunması gerektiği gerçeğini kavrayamayan ve zararı maddi olarak gidererek çocuğun menfaatinin gerektirdiği doğrultuda hareket etmek yerine, çocuğu yargılama sürecine iten anlayışa sahip olan aile yapılarında da söz konusu olabilmektedir. Çocuğun önemini kavrayabilecek olgunlukta bulunmayan veliler, bu süreçte ekonomik değer ile çocuğun geleceği konusunu mukayese konusu edebilecek duruma gelmeleri halinde, çocuğun aleyhine sonuçlar doğması çok muhtemel olabilecektir. Maalesef çoğu suça sürüklenen çocukların

ailelerinin içerisinde bulunduğu sosyo-kültürel ve ekonomik koşullar ile eğitim seviyeleri, bu hareket biçimine uyabilecek niteliktedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, kanuni temsilcinin maddi olanaklarının yanı sıra bu edimi karşılama konusunda kabulü gereklidir. Kanuni temsilcinin edimi ifaya zorlanması, şüphesiz ki cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık taşıyacaktır.

Uzlaştırma kurumunun niteliği ve edim konusu birlikte değerlendirildiğinde; suça sürüklenen çocuğun dahil olduğu uyuşmazlıklarda, çocuğun topluma kazandırılmasına, çocuğun edimi bizzat yerine getirmesine imkân sağlayarak yaptığı hareketin yanlış olduğunu kavramasına fırsat verecek ve onun menfaatini koruma amacına hizmet edecek nitelikte bir edim belirlenmesi önem taşımaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, suçun mağduru açısından değerlendirdiğimizde, edim olarak mağdurun zararının giderilmesinin tazmin etme yerine sadece çocuğun menfaatine uygun, tazmin edici olmayan bir yükümlülük kararlaştırılması konusunda mağdurun zorlanması mümkün değildir. Bu durum şüphesiz ki anayasal olarak güvence altına alınan hak arama hürriyetine (Anayasa m.36) aykırılık teşkil edecektir. Bu noktada mağdurun, uzlaştırma kurumu ile öncelikli amacın suça sürüklenen çocuğun topluma kazandırılması olduğu, bu doğrultuda suçun işlenmesi ile meydana gelen zararın giderilmesinde alternatif yöntemlerin kullanılmasının tercih edilmesine ikna edilmesi önem göstermektedir.⁴² Şüphesiz ki bu süreçte belirleyici en önemli unsur uzlaştırmacıdır.

Suçta sürüklenen çocuğun taraf olduğu uyuşmazlığın söz konusu hallerde mağdurun zararının mutlaka tazminini istediği hallerde, elbette ki mağdurun bu talebi görmezden gelinemeyecektir. Belirttiğimiz üzere, bu halde çocuğun ekonomik durumunun imkân vermediği hallerde uzlaşma sağlanamadığından ceza yargılama süreci devam edecektir. Bu noktada uzlaştırma kurumunun getiriliş amacı ile yararına baktığımızda, uzlaşmanın sağlanmış olması ile menfaat elde edecek olan sülhelerin sadece fail ve mağdur olmadığı görülmektedir. Uyuşmazlığın taraflarının yanında toplum ve devletin de bu süreçten fayda sağladığı yadsınamaz. Toplum, genel anlamda toplumsal yapının kuvvetlenmesi ve ceza adalet sistemine güven tesisi noktasında;

⁴² Akbulut/ Aksan, s.235; Yerdelen ve diğerleri, s.312; Çetintürk, s.576; Özgenç, s.74

özel anlamda ise failin toplumsal yaşama kazandırılması ve yeniden suça yönelmesinin önlenmesi ile failin özellikle edim olarak toplumsal bir faaliyette bulunmasının sağlanması ile toplumsal düzene katkı sunma noktasında menfaat elde etmektedir.⁴³ Devlet ise yargılama ekonomisi anlamında ciddi bir fayda sağlamaktadır. Uzlaşmanın sürecinin başarı ile sonuçlanması halinde, öncelikle adli makamların iş yükünün azalması yönünde olumlu bir etkisi olacaktır.⁴⁴ Ayrıca yargılama ve devamındaki muhtemel infaz sürecinde de devletin yapması gereken harcamalar bakımından da devletin menfaati olacağı açıktır. Ayrıca devletin toplumsal düzeni sağlama noktasındaki yükümlülüğü de dikkate alındığında, uzlaştırma kurumunun toplum üzerinde yaratacağı olumlu etki, devletin de toplum menfaatine hizmet etmesini sağlamış olmaktadır. Bu noktada düşüncemiz ise, devletin çok yönlü sağlamış olduğu bu menfaatler bütünüünün aynı zamanda sürekliliğini de sağlaması gerektiğidir. Suça sürüklenen çocuğun da uzlaştırma kurumu sayesinde klasik yargılama sisteminin dışında tutulmasının sağlanması, devletin Anayasa'dan kaynaklı sosyal yükümlülüğünün yerine getirilmesine hizmet etmektedir.

Kanaatimizce devlet, suça sürüklenen çocuğun taraf olduğu uyuşmazlıklarda mağdurun zararının çocuk ya da ailesi tarafından giderilmemesi riskini göze almamalıdır. Zararın tazmin edilememesi nedeniyle suça sürüklenen çocuğun yargılama sürecine dahil edilmesi ve belki de ceza infaz kurumuna girecek olması ile bu sürecin çocuk üzerinde meydana getirebileceği tahribat, devletin somut zararı üstlenmesinden daha ağır sonuçlara neden olabilecektir. Zararın tazmininin edim olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın taraflarından birisinin çocuk olduğu hallerde uzlaştırma raporunda belirlenen maddi nitelikteki edimin devlet tarafından karşılanması yerinde olacağı görüşünderiz. Suça sürüklenen çocuğun suç işlemek suretiyle meydana getirdiği zararın, oluşturulacak bir fon aracılığıyla karşılanması ve rücu imkânı içeren bir sistem oluşturulmasının, çocuğun korunmasına hizmet edeceği düşüncesindeyiz.

⁴³ Çetintürk, s.185 vd.

⁴⁴ Cumhur Şahin, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C.6, S.1-2, s.229.

II. Uzlaştırmacının Seçimi

Uzlaştırmacı,⁴⁵ uzlaştırma bürosu savcılığı tarafından görevlendirilen, tarafların barışmalarını sağlamaya yönelik aracılık eden ve bu süreci yöneten kişidir.⁴⁶ Uzlaştırma sürecinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve başarı ile sonuçlanması büyük oranda uzlaştırmacıya bağlıdır. Uzlaştırmacının donanım ve iletişim yeteneği, uyumsuzluğun taraflarına süreci ve kurumun amacının açıklanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Uzlaştırmacının uzmanlık gerektiren bir faaliyet olması sebebiyle uzlaştırmacının bu sürece ilişkin eğitimini gerektirmektedir. Söz konusu uzlaştırma eğitimi, asgari bir hukuk bilgisini içermektedir. Yönetmelikte düzenlendiği üzere, uzlaştırmacı olarak görevlendirilebilmek için detayları yönetmelikte belirtilen eğitimin alınması gerekmektedir.⁴⁷

Uyumsuzluğun tarafının suça sürüklenen çocuk olduğu hallerde uzlaştırmacının niteliğinin daha farklı olması gerektiği düşüncesindeyiz. Şöyle ki, uzlaştırma kurumunun onarıcı adalet anlayışı mağdurun zararının giderilmesine dayanmakla birlikte, diğer yandan da suça sürüklenen çocuğun yaptığının yanlışlığının farkına varmasına ve bunun sorumluluğunu üstlenmesini hedeflemektedir. Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere çocuğa yüklenecek sorumluluk, onun menfaati gözetilerek belirlenmelidir. Bu konuda çocuğun yaşı, gelişimi, eğitim seviyesi ve ihtiyaçları belirleyici kriterlerdir. Uzlaştırma sürecine dahil olan çocuk ile öncelikle bu süreci ve sonuçlarını anlayabileceği şekilde iletişime geçilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Çocuğun gelişimine uygun olarak kendisiyle iletişim kurulması, pedagojik bir nitelik taşımaktadır. Aynı şekilde uyumsuzluğun mağduruna da çocuğun korunmasının önemi gereği gibi anlatılmalıdır. Bu aşamanın sağlıklı bir şekilde yapılmış olması, kararlaştırılacak edimin öncelikle çocuğun menfaatinin esas alınmasını sağlayabilecektir. Bu halde suçun mağdurunu edim olarak tazmin yerine alternatif bir giderim olarak kararlaştırmaya ikna etmek daha kolay mümkün olabilecektir. Kanaatimizce suça sürüklenen çocukların taraf oldukları uyumsuzluklarda uzlaştırma sürecinde

⁴⁵ Yönetmelik m.4/1-1: "Uzlaştırmacı: Şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören arasındaki uzlaştırma müzakerelerini yöneten, Cumhuriyet savcısının onayıyla görevlendirilen avukat veya hukuk öğrenimi görmüş kişiyi...".

⁴⁶ Kaplan, s.67; Akbulut/Aksan, s.191

⁴⁷ Bkz. Yönetmelik m.50

görevlendirilecek uzlaştırmacıların, yetişkin bireyler arasında yürütülen uzlaştırma sürecinde görevlendirilen uzlaştırmacılar ile aynı nitelikte olamaz. Suça sürüklenen çocuğun niteliği gereği, sürecin başarı ile sonuçlanabilmesi, ancak sürecin tarafları ile en iyi iletişimi kurabilecek uzlaştırmacının yönetimi ile mümkün olabilir. Gerek uzlaştırmanın ilk aşaması olan teklif aşamasında, gerekse tarafların iletişime girecekleri müzakere ve edim aşamasında pedagojik bir katkının varlığı mutlaka dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde suça sürüklenen çocuğu yargı makamları önüne çıkarılmasına imkân vermeden uzlaştırma sürecinin işletilmesinin çocuğun korunması anlamında olumlu bir yansıması olmayabileceği gibi olumsuz sonuçlara da sebebiyet verilebilir. Bu nedenle suça sürüklenen çocukların içerisinde yer aldığı uzlaştırma sürecine ya bir pedagoğun dahil olması ya da görevlendirilecek uzlaştırmacının pedagojik eğitim alması gerektiği konusunda düzenleme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

SONUÇ

Anaracı adalet anlayışından hareketle bir alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak düzenlenen uzlaştırma kurumu çok yönlü bir fonksiyon içermektedir. Klasik ceza yargılaması sisteminin dışında uyumsuzlukları çözmeyi amaçlayan uzlaştırma gerek devlet gerekse uyumsuzluğun tarafları olan fail ve mağdur lehine sonuçlar doğurabilmektedir. Devletin ceza uyumsuzluğuna sadece nezaret ederek, ceza yargılama sistemini aktif olarak işletmeden uyumsuzluğun çözülmesi, yargı makamlarının iş yükü ve yargılama masraflarının yapılmaması anlamında menfaat elde etmesini sağlamaktadır. Bunun yanında uyumsuzluk taraflarının barıştırılması yolu ile suç işlenmesi sonucu zedelenen toplumsal düzenin yeniden tesisi, bizzat tarafların katılımı ile çok daha hızlı bir şekilde sağlanabilecektir. Ayrıca tarafların uzun yargılama süreçlerini yaşamaları önlenerek, yorucu ve psikolojik açıdan yıpratıcı olumsuzluklarla karşılaşmamalarına imkân vermektedir. Şüphesiz ki uzlaştırma kurumunun amaca uygun şekilde işlerliği, korunmaya muhtaç çocuklar bakımından önemli menfaat sağlayabilir. Suça sürüklenen çocukların klasik yargılama sistemlerine dahil edilmesi, çocuklar üzerinde sağlıklı gelişimini engelleyecek birçok olumsuz etkenle yüz yüze gelmesine neden olabilmektedir. Suç işleyen çocuğun da suç işlemesi ile mağdur olduğunu kabul ederek onları "suça

sürüklenen” olarak tanımladığımız ceza yargılama sistemimizde, çocuğun mümkün olduğunca bu sistem dışında yaptığı haksızlıkla yüzleşmesi ve taşıdığı niteliklere uygun bir sorumluluk yüklenmesi devletin temel ödevlerinden olduğu gibi, bu uygulama çocuğun sağlıklı gelişiminin tamamlayarak ıslah olmasını ve böylelikle toplum ile bütünleşmesini hızlandıran bir sonuca katkı sağlayabilecektir. Bu nedenle uzlaştırma kurumunun, uyuşmazlığın taraflarından birisinin suça sürüklenen çocuk olduğu takdirde uygulanma koşullarının çocuğun menfaatini koruyucu nitelikler içermesi önem taşımaktadır.

Uzlaştırma sürecinin başarı ile sonuçlanması, sürecin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini gerektirmekte olup, uzlaştırma teklifi bu sürecin ilk adımıdır. Gerek yetişkinler gerekse çocuklar tarafından işlenen suçlarda teklif aşamasının gereği gibi yapılmış olması, sürecin başarı ile sonuçlanması bakımından önemli bir aşamadır. Teklifin gereği gibi yapılması ile anlaşılması gereken, uzlaştırmacının niteliği ve hukuki sonuçları hakkında tarafların bilgilendirilmesini kapsamaktadır. Failin suça sürüklenen çocuk olduğu hallerde, uzlaştırmacının teklif yapacağı muhatabın çocuğun kanuni temsilcisi olduğu düzenlenmiştir. Bu noktada uyuşmazlığın tarafının suça sürüklenen çocuk olduğu takdirde, uzlaştırmacının muhatabı olan kanuni temsilcinin uzlaştırmacının önemini, çocuğun menfaatlerini de değerlendirerek karara varması beklenmektedir. Ancak bu noktada, çocuğun menfaatinin kanuni temsilci bakımından değerlendirilmesinin her zaman sağlıklı sonuçlar veremeyeceği düşüncesindeyiz. Teklifin başarı ile sonuçlanması, çocuğun korunmaya muhtaç kimse olduğunun, çocuğun hukuken ve pedagojik olarak korunması gerektiği ve hukuki haklarının değerlendirilmesinin yapılmasını gerektirmektedir. Ülkemizde çocuğun - fail de olsa mağdur da olsa - önemi ve korunmaya ihtiyacı olduğu noktasında standart bir anlayışının olmadığını değerlendirdiğimizde, suça sürüklenen çocuğun söz konusu olduğu hallerde uzlaştırma sürecine başlamadan evvel suça sürüklenen çocuk için müdafii görevlendirilmesi ve süreç boyunca uzlaştırma işlemlerinin zorunlu müdafii muhatap alınarak yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Çocuğun taşıdığı hususiyet gereği, suça sürüklenen çocukların yer aldığı uzlaştırma sürecinde pedagojik desteğin de sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu noktada suça sürüklenen çocukların söz konusu olduğu dosyalarda görevlendirilecek uzlaştırmacıların peda-

gojik eğitim almaları gereği ya da süreçte bir pedagoğ görevlendirmesi gereği önem taşımaktadır.

Uzlaştırma sürecinde, haksızlığın tartışıldığı müzakere sürecinde suça sürüklenen çocuğun katılımı, çocuğun rıza göstermesi ile kanuni temsilcisinin onay vermesine bağlıdır. Kanaatimizce çocuk üzerinde olumsuz bir etki doğurmayacağı takdir edildiği halde, müzakere sürecine çocuğun katılımı sağlanmalıdır. Çocuk, gerçekleştirdiği haksızlık ile yüzleşerek yanlışlığın farkına varmalıdır. Böylelikle hareketinin sorumluluğunu üstlenmesi ve edimin kararlaştırılmasına katılımı da sağlanmış olacaktır. Bu yöntem uzlaştırma kurumunun fonksiyonunu yerine getirmesine hizmet edecektir.

Gerçekleştirilen haksızlığın meydana getirdiği zararın karşılanması uzlaştırma sürecinde edim olarak belirlenebilir. Zararın karşılanmasını talep etme, mağdurun Anayasa'nın hak arama özgürlüğünden kaynaklı makul bir talebidir. Her ne kadar suça sürüklenen çocukların söz konusu olduğu hallerde öncelikle sorumluluğu çocuğun üstlenmesine ve bizzat yerine getirmesine olanak verecek edimlerin belirlenmesi tercih edilmekteyse de mağdur bu edimi kabul hususunda zorlanamayacaktır. Mağdurun bu edimi kabul etmemesi halinde uzlaştırma sürecinin olumsuz sonuçlanması nedeniyle suça sürüklenen çocuk ceza yargılama sistemine dahil olarak yargılanacak ve belki de ceza infaz kurumuna girecektir. Maddi anlamda tazmin, çocuğun ailesinin desteği olmadan karşılayamayacağı bir sorumluluk olup, bu noktada ailenin ekonomik durumu belirleyici olmaktadır. Ailenin ekonomik durumunun olmadığı hallerde çocuğun yargılama sistemine terk edilmesi kabul edilebilir değildir. Bu nedenle, mağdurun alternatif edimleri kabul etmemesi nedeniyle edimin maddi tazmin olarak belirlenen hallerde, zararın karşılanacağı bir fon kurulması çocuğun korunması amacına hizmet edecektir. İleriye dönük rücu imkânı veren bir sistem kurularak, suça sürüklenen çocuğun yargı makamlarının önüne çıkmasının engellenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Kaynakça

Kitaplar

Akbulut Berrin/Aksan Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, 2019.

Canpolat Can/Sabuncuoğlu Zeyyat, Uzlaştırma, İstanbul, 2019

- Çetintürk Ekrem, Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara, 2017.
- Erdem Mustafa Ruhan/Eser Ferda/Özşahinli Pakize Pelin, 100 Soruda Uzlaştırma, Ankara, 2017.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- Güngör Mümin, Ceza Yargılamasında Uzlaştırma, Ankara 2019.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 2018.
- Yerdelen Erdal/Altuntaş Şeyda/Erdem Dilek Özge/Özbek Mustafa Serdar/Boz Burak/Yılmaz Berna Aysen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, 2018.

Makaleler

- Afşin Rabia/Öğretir Özçelik Ayşe Dilek, "Suça Sürüklenen Çocuklar ile Suça Sürüklenmeyen Çocukların Algıladıkları Anne ve Baba Tutumları ile Ebeveyn Bağlanma Stillerinin Karşılaştırılarak İncelenmesi", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, C.17(66), s.384-400.
- Akdeniz Galma, "Onarıcı Adalet Yaklaşımı ve Kavramsal Temelleri", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.16(1), s.1-23.
- Baytaç Abdullah Batuhan, "Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, 2013, C.71(1), 117-129.
- Bülbül Selda/Doğan Sevgi, "Suça Sürüklenen Çocukların Durumu ve Çözüm Önerileri", *Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi*, 2016, C.59(1), s.31-36.
- Değirmenci Olgun, "Uygulamacının 10 Sorusu Işığında Uzlaştırma", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2019, C.14(151), s.663-670.
- Dursun Selman, "Avrupa Konseyi'nin Uzlaştırmaya Dair Tavsiye Kararları ve Türk Uzlaştırma Düzenlemeleri", *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu*, 18-20 Mayıs 2017 Rize, Ankara, 2018, s.51-64.
- Ekici Şahin Meral/Yemenici Kürşat, "6763 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.13(1), s.445-507.
- Eriş A. Uğur, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, S.137, s.241-271.
- Kaplan Mahmut, "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.5(1), s.59-86.
- Özbek Veli Özer, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 sayılı Kanun Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2016, C.11(32), s.7-28.
- Özgenç Nuri Berkay, "Türk Hukukunda Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklarda Uzlaşma", *Legal Hukuk Dergisi*, 2015, C.1(145), s.39-83.
- Semerci Bengi, "Suça Sürüklenen Çocuklar", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2010, C.2(6), s.39-40.

şahin Cumhuri, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C.6, S.1-2, s.221-297.

Uğur Hüsamettin, "Suça Sürüklenen ve Suç Mağdurur Çocuklarda Uzlaşma", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2010, S.43, s.123-144.

Yerdelen Erdal, "Uzlaştırma Hususunda Sorunlu Konular", Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 2018, s.261-278.

Mahkeme Kararları

Y8. CD, 26/02/2018, 2017/13852-2018/1956.

Y17. CD, 18.10.2017, 2015/28376-2017/11942.

Y18. CD, 16.04.2018, 2018/1394-2018/5522.

YCGK., 15.04.2014, 2013/13-689-2014/191.

HIRSIZLIK SUÇUNDA FİİLİN TEKLİĞİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

THE PROBLEM OF DETERMINING THE SINGLE ACT IN THEFT

Fulya KORKMAZ*

Özet: Ceza normunu ihlal eden tek bir hareketin birden çok kişiye yönelik olması ve kanunun aynı hükmünü ihlal etmesi halinde, kural olarak mağdur sayısınca suçtan söz edilir. Buna karşın öyle suçlar vardır ki suçla ihlal edilen varlık veya menfaatin hamilinin bir veya birden çok kişi olması halinde bile bir suç oluşur. Yani bazı suçlar, hareketin tekliği ve mağdurun çokluğuna rağmen tek bir suç teşkil etmeye devam ederler. İşte hırsızlık suçu bakımından da durum böyledir. Buna göre failin, tek bir hareketi ile birden çok kişinin taşınır malını yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alması halinde ortada birden çok mağdur bulunmasına rağmen tek bir hırsızlık suçundan söz edilir. Bu çalışmada, hırsızlık suçunda malın bulunduğu yerden alınması şeklindeki tipik hareketin tekliği ve mağdurun çokluğuna rağmen neden tek bir hırsızlık suçunun meydana geldiği hususunun teorik nedenleri ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fiilin Tekliği, Hırsızlık, Hırsızlık Suçunda Tek Fiil

Abstract: If a single act that violates the penalty norm is against more than one person and violates the same provision of the law, as a rule, the number of victim is equal to the number of crime. On the other hand, there are such crimes that constitute a single crime even if the holder of the protected legal entity or interest is one or more than one person. Thereby, some crimes continue to constitute a single crime despite the single movement and the multiplicity of victims. This is also the case in terms of theft. In this crime, if the perpetrator appropriates the movable property of more than one person from its place in order to derive benefit, a single theft occurs despite the presence of more than one victim. In this study; it will be discussed the theoretical reasons of why a single theft occurs despite one typical act of taking the property from where it is located and the multiplicity of victims.

Keywords: Single Act, Theft, Single Act in Theft

* Dr., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, fulyakorkmaz_88@hotmail.com, ORCID 0000-0002-5800-9812, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.08.2020, Kabul Tarihi: 24.08.2020

I. Hırsızlık Suçuna İlişkin Genel Açıklamalar

Hırsızlık suçu, uygulamada en çok karşılaşılan suçlardan biri olmasının yanı sıra doktrinde de en çok tartışılan suçlardan biridir.¹ Hırsızlık suçuna ilişkin tartışmalar, çalışmamızın konusu olan fiilin tekliği-çokluğu meselesi üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Hırsızlık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) "Kişilere Karşı Suçlar" arasında "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığı altında 141. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir". Bu suçun suç genel teorisi bakımından pek çok açıdan tartışmaya değer yönü bulunmaktadır. Ancak bu çalışmada yalnızca hırsızlık suçunda fiilin tekliği konusu ele alınacağından, suça ilişkin genel açıklamalar arasında konuyla bağlantılı olan birkaç hususa değinilecektir.

Öncelikle belirtelim ki; hırsızlık suçunu öngören norm ile kişilerin taşınır malları üzerindeki zilyetlikleri korunmaktadır. Dolayısıyla, bu suçun hukukî konusu zilyetliktir ve suçun mağduru da taşınır malın zilyedidir.² O halde, taşınır zilyetliğinin ne anlama geldiği bu suç yönünden önem arz eder.

Türk Medeni Kanunu'nun 973. maddesinde zilyetlik; "bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak zilyetliğin şey üzerinde fiilî hâkimiyet olduğunu söylemek mümkündür. Ancak özel hukukta zilyetlik için fiilî hâkimiyetin yanı sıra taşınır mala zilyet olma iradesi de aranmaktadır.³ Oysaki zilyetlik, ceza hukukunda basit bir fiilî hâkimiyet olarak korunmaktadır.⁴ Zilyet olma iradesinin aranması halinde, özellikle güveni kötüye kullanma suçu neredeyse hiçbir zaman oluşmaz. Şöyle ki; kütüphaneden kitap alan öğrencinin, otelde

¹ Giovanni Giurati, *Trattato di Diritto Penale, Delitti Contro la Proprietà*, Volume XI, Milano, 1913, s.309.

² Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 134-135.

³ Kemal Oğuzman/Özer Selçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 50-52.

⁴ Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 323-324.

valizleri taşıyan görevlinin, evde çalışan hizmetçinin, arabanın anahtarını teslim alan valenin şeyin zilyedi olmadıklarına, yalnızca şeyi elde bulunduran kişiler olduklarına şüphe yoktur. Bu kişilerin aynı hak sahibinin gözetim ve denetimi olmaksızın şey üzerinde tasarrufta bulunmaları halinde, işledikleri fiil güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Eğer bu kişilerin özel hukuktaki anlamıyla malın zilyedi olmaları aranır, bu durumda işledikleri fiil hırsızlık suçuna vücut verir. Bu nedenle, ceza hukukunda zilyetliği “fiilî hâkimiyet” ile sınırlı olarak tanımlamak tüm bu sorunları çözmektedir.⁵

Öte yandan, hırsızlık suçunun maddî konusunu “başkasına ait taşınır bir mal” oluşturmaktadır.⁶ O halde, taşınır mal fail dışında bir kişiye ait olmalıdır.⁷ Bu suçun fiil unsuru ise “malın bulunduğu yerden alınması”dır. Malın bulunduğu yerden alınması ile kast edilen; başkasının zilyetliğini ortadan kaldırmaktır. Dolayısıyla, failin başka şekilde eline geçirdiği malı iade etmemesi bu suça vücut vermez. Malın bulunduğu yerden alınmasıyla, yani başkasının zilyetliğinin ortadan kaldırılmasıyla bu suç tamamlanır.⁸ Bu suç, sırf davranış suçudur⁹ yani bu suç yönünden dolandırıcılık ve mala zarar verme suçlarında olduğu gibi davranışın doğal bir sonucu bulunmamaktadır.¹⁰ Dolayısıyla, tipik ipotez bir hareketten (başkasına ait taşınır malın bulunduğu yerden alınmasından) ibarettir.¹¹

Hemen belirtelim ki hırsızlık suçu özel kast ile işlenebilen bir suçtur. Özel kast; failin taşınır malı “yararlanmak maksadıyla” bulunduğu yerden almasıdır. Bu itibarla, zarar vermek maksadıyla başkasına ait bir malı tahrip eden bir kişi hırsızlık suçunu değil, mala zarar verme suçunu işlemiş olur.¹²

⁵ Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-I*, Giuffrè Editore, Milano, 2016 s. 395-398; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 317-318.

⁶ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 135

⁷ Antolisei, *Parte Speciale-I*, s.382-385; Hafızoğulları/Özen, *Kişilere Karşı Suçlar*, s.307; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 566.

⁸ Toroslu, *Özel Kısım*, s. 136-137.

⁹ Koca/Üzülmöz, s. 571.

¹⁰ Dolandırıcılık ve mala zarar verme suçları, sonuç suçlarıdır (Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 144).

¹¹ Sırf davranış suçlarında tipik ipotez bir hareket veya ihmalden ibarettir (Toroslu/Toroslu, s. 144).

¹² Toroslu, *Özel Kısım*, s. 139.

Hırsızlık suçunun maddî unsurunu ve mağdurunu belirledikten sonra, çalışma kapsamında sorulması gereken soru şudur: Taşınır malın zilyedi hırsızlık suçu yönünden mağdur olduğuna göre, birden çok taşınır malı çalan failin ceza normunu ihlal eden tek bir hareketinin bulunması ve taşınır malların zilyetlerinin farklı kişiler olması halinde, tek bir hırsızlık suçu mu yoksa mağdur sayısınca hırsızlık suçu mu oluşur?

Doktrin ve uygulamanın genel kabulü; bir emanetçide veya konutta bulunan eşyaların farklı kişilere ait olması ve bunların birlikte çalınması halinde, bu eşyalar üzerinde müşterek zilyetliğin bulunduğu gerekmesiyle, tek bir hırsızlık fiilinin meydana geldiği yönündedir.¹³ Belirtelim ki; bu gibi durumlarda tek bir hırsızlık fiilinin varlığı konusunda bir şüphe yoktur, fakat müşterek zilyetlik tek bir hırsızlık fiilinden söz etmek için her zaman yeterli bir argüman oluşturmamaktadır. Gerçekten de müşterek zilyetlikten söz edilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, hareketin tekliğine rağmen birden çok hırsızlık fiilinden mi söz edilmesi gerekecektir? Örneğin; zilyetliğin bir kimseye devredilmediği açık bir yerde bırakılan eşyaların, tek bir hareketle çalınması halinde malik sayısınca mı hırsızlık suçundan söz edilmelidir?¹⁴ Bize göre, bu iki durum arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki halde de tek bir hırsızlık fiilinden ve dolayısıyla tek bir hırsızlık suçundan söz edilmelidir. Çalışmamızın amacı, neden bu ve benzer durumlarda tek bir fiilin meydana geldiğini teorik bir temele dayandırmaya çalışmaktır.

¹³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 621-624; Koca/Üzülmez, s. 620-621.

"Ayrıntıları Ceza Genel Kurulu'nun 06.10.2015 tarih, 2014/2-208 Esas ve 2015/304 Karar sayılı ilamındaki "Çalınan eşyalar farklı kişilere ait olsa bile aynı konuttan, aynı zaman diliminde çalınan bu eşyalar üzerinde konutu birlikte kullanan mağdurların müşterek zilyet durumunun söz konusu olacağı, eylemin tek bir hırsızlık suçunu oluşturacağı" ilkesi gereği; eylemin tek hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinden uygulama yapılması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini, Yargıtay 17. CD, 2019/350 E., 2019/7372 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci-Web/>, Erişim tarihi: 20.03.2020.

¹⁴ Özgenç, böyle bir durumda hukukî anlamda tek bir fiil olduğunu ve bu nedenle aynı nevi'den fikrî içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre; mülkiyet veya zilyetlik devredilmeksizin ya da hırsızlığa karşı herhangi bir tedbir alınmaksızın bir yerde bırakılan eşyaların (örneğin camide ibadet sırasında bırakılan ayakkabıların) çalınması halinde, hırsızlık suçu tek bir fiille birden çok kişiye karşı işlenmiş olacağından, TCK m. 43/2 uygulanmalıdır (Özgenç, s. 622).

II. Davranış ve Fiil Kavramları ile Fiilin Tekliğini-Çokluğunu Belirleyen Kriterlerin Hırsızlık Suçu Bakımından Açıklanması

A. Davranış, Fiil

Hırsızlık suçu bakımından fiilin tekliğini ele almadan önce, davranış ve fiil kavramlarını açıklamak gerekmektedir. Zira bu kavramların kanunda bazı durumlarda birbiri yerine veya aynı anlama gelecek şekilde kullanıldıkları görülmektedir.¹⁵ Ancak söz konusu kavramlar farklı anlamları içerdikleri gibi, her biri ceza hukukunda farklı sonuçlara da neden olmaktadır. Bu nedenle, öncelikle bu kavramların ceza hukukundaki anlamlarını ortaya koymak uygun olacaktır.

Modern ceza hukuku bakımından suç, kaynağını insandan alan bir fiilden oluşmaktadır. Kaynağını insan dışındaki canlı veya cansız varlıklardan alan fiiller ise insana yüklenebilmeleri halinde ceza hukukunu ilgilendirir.¹⁶ Fiil, suçun maddî unsurunu oluşturur. Fiilden söz edebilmek için bazı objektif unsurların varlığı gereklidir.¹⁷ Bu unsurlar, suçun analitik incelenmesi konusunda doktrinde yer alan farklı görüşlere göre farklı şekillerde gruplandırılabilir.¹⁸ Şöyle ki suçun iki genel kurucu unsurunun bulunduğunu kabul eden teoriye göre suç, maddî ve manevî unsur olmak üzere iki kurucu unsurdan oluşmaktadır.¹⁹ Suçun maddî unsuruna vücut veren fiil ise pozitif ve negatif iki unsurdan oluşmaktadır. Pozitif unsurlar, başka deyişle, bulunması gerekli olan unsurlar; davranış, sonuç ve bunlar arasındaki nedensellik bağıdır. Bulunmaması gereken unsurlar, yani negatif unsurlar ise hukuka uygunluk nedenleridir.²⁰

¹⁵ Örneğin; TCK m. 43/2'deki "tek bir fiil" ibaresi "tek bir hareket" olarak anlaşılmamıştır (Nevzat Toroslu/Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken bir Tasarı", TBB, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, (Makaleler, Görüşler, Reformlar), TBB Yayınları: 71, Ankara, 2004, s. 13; Toroslu/Toroslu, s. 364).

¹⁶ Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, IX Edizione, Cedam, 2015, s. 119; Toroslu/Toroslu, s. 131.

¹⁷ Toroslu/Toroslu, s. 131.

¹⁸ Suçun analitik incelenmesi konusunda bakınız: Nurullah Kunter, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 3 vd.; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 8 vd.

¹⁹ Mantovani, s.101, 102; Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, s. 214; Eugenio Florian, *Parte Generale del Diritto Penale, Terza Edizione, Rinnovata, Volume I*, Casa Editrice, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1926, s. 368; Vincenzo Manzini, *Trattato di Diritto Italiano*, UTET, Torino, 1961, s. 608; Francesco Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, Vol. I*, Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli" (Raffaello Conti, Proprietario), Firenze, 1897, s. 94.

²⁰ Toroslu/Toroslu, s. 131-132.

Suçun üç kurucu unsurunun bulunduğunu kabul eden ve dolayısıyla suç “hukuka aykırı ve kusurlu bir insan fiilidir” şeklinde tanımlayan diğer teoriye göre ise; fiilin varlığı için davranış, sonuç ve bunlar arasındaki nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Hukuka uygunluk nedenleri fiilin bir olumsuz unsuru değildir, aksine hukuka aykırılık suçun kurucu bir unsurudur.²¹ Esasen her iki teoride de suçun bir maddî bir de manevî unsuru olduğu kabul edilmektedir, ancak bunlar hukuka aykırılığın suçun unsuru olup olmadığı konusunda birbirlerinden ayrılmaktadırlar.

Fiilin unsuru olan davranış, ceza hukuku bakımından daima dış dünyada ortaya çıkan insan bir davranıştır. Her ne kadar genel anlamda davranış (felsefî, etik, psikolojik ve fizyolojik açıdan) kişinin dış dünyada gerçekleşen davranışları kadar psişik davranışlarını (his, düşünce, istek, arzu, kişisel durumlar) içerse de insanın iç dünyasına ilişkin davranışları objektif esasa dayalı ceza hukukunda “davranış” olarak kabul edilemez, cezalandırılmaz. O halde insandan kaynaklanan psişik davranış niteliğindeki davranışlar, ceza hukukunun konusunu oluşturmaz.²² Belirtmek gerekir ki, aksi yönde tartışmalar olmakla birlikte, ceza hukukunda davranışsız bir suçun varlığından da söz edilemez.²³ Zira normun ihlal edildiğinden ve dolayısıyla suçtan söz edebilmek için mutlaka bir insan davranışının gerçekleşmesi gerekir.²⁴

Davranış, yapma ve yapmama şeklinde ortaya çıkabilir. İlk durumda hareketten, ikinci durumda ise ihmalden söz edilir. Her ikisi de kişinin iradesinin ortaya çıkış şeklidir. Fakat ihmal hareketin tam zıddıdır ve bu dahi insanın dışa yansıyan bir davranıştır.²⁵

²¹ Giacomo Delitala, “il Fatto” nella Teoria Generale del Reato, Cedam, Padova, 1930-VIII, s. 13 vd.; Giuseppe Maggiore, Principi di Diritto Penale, Vol. I: Parte Generale, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937-XV, s. 191; Biagio Petrocelli, Principi di Diritto Penale, Corso di Lezione Universitarie, Introduzione-la Norma Penale-il Fatto, Vol. 1, Cedam, Padova, 1943, s. 280-281; Giuseppe Bettiol, Diritto Penale, Parte Generale, Nona Edizione, Cedam, Padova, 1976, s. 196 vd.; Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, Diritto Penale Parte Generale, Quinta Edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 2007, s. 176-177.

²² Mantovani, s. 119; Antolisei, s. 220; Toroslu/Toroslu, s. 133. Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: Antolisei, L'azione e l'evento del Reato, Milano, 1928.

²³ Bu konudaki tartışmalar için bakınız: Kunter, s. 12-13.

²⁴ Toroslu/Toroslu, s. 134.

²⁵ Antolisei, s. 221; Toroslu/Toroslu, s. 133.

Doğalcı anlamda “hareket”²⁶, insan vücudunun dış dünyada algılanabilen faaliyetidir. Şöyle ki “irade, harekete geçirici sınırları uyarır ve bunlar da kasları faaliyete geçirir”. Süjenin iradesi bu faaliyetle açığa çıkar. El, kol, bacak gibi organlar insanın dışa yansıyan davranışlarını gerçekleştirmesini sağlar yani hareket bunların yardımıyla gerçekleşir.²⁷ Bunun yanı sıra bir kas faaliyetinin sonucu olarak ortaya çıkan konuşmak da harekettir. Öyle ki bir bakışla da dış dünyada bazı sonuçların meydana gelebileceği düşüncesiyle, bunun dahi hareket olduğu ifade edilmektedir.²⁸ Bu itibarla, “hareket”, davranışın “yapma” biçiminde ortaya çıkışı olup, fiilin bir unsurudur ve fiille aynı anlamda kullanılması kimi zaman farklı sonuçlara neden olabilmektedir. Ancak hırsızlık bir sırf davranış suçu olduğundan yani hareketin doğal bir sonucu bulunmadığından,²⁹ bu suç bakımından fiil, tipik hareketten ibarettir. Bu ise “başkasına ait taşınır malın bulunduğu yerden alınması”dır.

B. Hareketin ve Fiilin Tekliğinin Tespiti, Suç Sayısının Belirlenmesi

Davranışa bağlı olarak ortaya çıkan doğalcı anlamdaki sonuç sayısı, fiil sayısının belirlenmesi bakımından yeterli olmaktadır.³⁰ Ancak fiil sayısı her zaman suç sayısını belirlemez. Şöyle ki fikrî içtimada fail işlediği bir fiil ile kanunun farklı hükümlerini ihlal etmekte ve tek bir fiil iki farklı suça vücut vermektedir. Bu nedenle fiil sayısı tek olsa bile suç birden çok olabilir.³¹ Bunun yanı sıra tek bir davranış nedensel açıdan birden çok sonuca sebep olabilir. Yani tek bir davranış birden çok fiille ve dolayısıyla birden çok suça vücut verebilir.³² Ayrıca, öyle suçlar vardır ki, bunlarda mağdur sayısı birden çok olsa da hem hareket hem de fiil tek olabilir.³³ Belirtilen nedenlerle, suç sayısının belirlenmesinde hareket ve/ya fiil sayısının ölçüt alınması yanıltıcı olmaktadır. Suç sayısının belirlenmesinde kabul edilmesi gereken ölçüt, “normun ihlali” olmalıdır.³⁴

²⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: Kunter, s. 21 vd.

²⁷ Antolisei, s. 223; Toroslu/Toroslu, s. 135.

²⁸ Mantovani, s. 125; Toroslu/Toroslu, s. 135.

²⁹ Koca/Üzülmez, s. 571.

³⁰ Toroslu/Toroslu, s. 369.

³¹ Kayıhan İçel, Suçların İçtiması (Genel Bilgiler-Fikrî İçtima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İçtima), Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 40.

³² Toroslu/Toroslu, s. 369.

³³ Mantovani, s. 461-462.

³⁴ Suç sayısının belirlenmesi konusunda bakınız: İçel, s. 38-41.

Madem ki hareket, fiilin pozitif unsuru olan davranışın (suçun ikili ayrımı benimsendiği takdirde) “yapma” biçimidir ve hırsızlık suçunda fiil unsuru tipik hareketten ibarettir, hırsızlık suçunda hangi hallerde tipik tek bir hareketin varlığından söz edilir? Ancak bundan önce tartışılması gereken tüm suçlar yönünden hareketin tekliğinin nasıl belirleneceği sorundur.

Belirtelim ki hareket, çoğunlukla vücudun tek bir faaliyeti olarak değil, birden çok faaliyetinin bütünü olarak ortaya çıkar. Birden çok faaliyetin bütünü olarak ortaya çıktığında, hareketin sayısını belirlemek daha da önem arz eder. Zira bu husus suç sayısını da etkilemektedir. Ceza hukukunda hareket, şuurulu ve irade sahibi insanın belli bir hedefe yönelik faaliyetidir. Bilinçli bir hedefe yönelik faaliyetlerin aynı zamanda gerçekleşmesi yani aralarında uzun bir zaman aralığının olmaması, bu faaliyetlerin bir bütün olarak kabul edilmesini gerektirir. O halde hareket, bir bütün olarak kabul edilen bu faaliyetlerden oluştuğunda tektir. Örneğin; failin öldürmeyi hedeflediği kişiyi birden çok bıçak darbesiyle yaralaması halinde darbe sayısınca hareketten değil, tek bir hareketten ve tek bir fiilden söz edilir.³⁵ Aynı şekilde hırsızlık suçunu işleyen bir kişinin mağdurun evinden birden çok eşyasını çalması, otomobil anahtarını çalıp hemen peşinden park yerinde bulunan otomobilini çalması gibi hallerde tek bir hareketten ve tek bir hırsızlık suçundan söz edilir.³⁶ Çünkü her iki durumda da dış faaliyetlerin tümü hem aynı hedefe yöneliktir hem de aynı zaman diliminde gerçekleşmiştir.³⁷

Buna karşılık dış faaliyetlerin “bilinçli bir hedefe yönelik” olmasını taksirli suçlarda aramak mümkün değildir. Zira, taksirle işlenen

³⁵ Antolisei, s. 223-224; Toroslu/Toroslu, s. 135-136.

³⁶ “Somut olayda, sanığın bir apartmanın üçüncü katında oturan yakınının evine penceresinden girerek para ve bir kısım eşya ile birlikte aldığı otomobil anahtarıyla evden çıkıp hemen evin önünde otoparkta bulunan aracı çalması eyleminde, araya zaman aralığı girmediği ve fiilin kesintiye uğramadan devam ettirdiği gözetildiğinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulama yerinin bulunmadığı, sanığın eyleminin bütün halinde tek bir hırsızlık suçunu oluşturduğu, suça vasıf verilirken eylem bütünlüğü içindeki en ağır niteliğe dayanılması İcap ettiği, yerel mahkemece bozma üzerine yeni hüküm kurulurken oluşum bütünlüğünün gözetilerek Kanununun 61. maddesinde temel cezanın tespitinin uygun olacağı”, Yargıtay CGK, 2007/6-195 E., 2007/197 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, Erişim tarihi: 28.03.2020.

³⁷ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 172.

suçlarda belli bir hedeften söz edilemez. Bu nedenle, failin birden çok faaliyetini ceza hukukunda tek bir hareket haline getiren ve tüm suçları kapsayan ölçütü şu şekilde belirlemek mümkündür: Birden çok tipik faaliyet ceza normuyla korunan aynı menfaati ihlale elverişli olmalı ve bu faaliyetler arasında bir zaman birliği bulunmalıdır.³⁸ Bu ölçüt esas alındığında; tamamlanmış ve teşebbüs aşamasında kalmış suçlar ile zarar suçları, tehlike suçları, kasıtlı suçlar, taksirli suçlar, bağlı hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar bakımından da hareketin tekliği-çokluğu sorunu çözülmüş olacaktır. Kısacası hedefte ve zamanda birlik kasıtlı suçlar bakımından önemli ölçütler olsa da hareketin tekliği bakımından tüm suçları kapsayan ölçüt; dış faaliyetlerin aynı menfaati ihlale elverişli olması ve aralarında bir zaman birliğinin bulunmasıdır.³⁹ Bu itibarla, sırf davranış suçu olan hırsızlık suçu yönünden de fiilin tekliği bu ölçüt esas alınarak belirlenecektir.

III. Hırsızlık Suçunda Fiilin Tekliği-Çokluğu Sorunu

Kanunun aynı hükmünü ihlale yönelik birden çok tipik faaliyetin, aynı zamanda tek bir kişiye karşı gerçekleşmesi halinde hem hareketin hem de suçun tek olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Peki ya *kanunun aynı hükmünü ihlale yönelik birden çok tipik faaliyetin (ancak tek bir hareketin), aynı zamanda farklı mağdurlara karşı gerçekleşmesi halinde, yine tek bir suçtan mı söz edilir, yoksa mağdur sayısınca (birden çok) suçtan mı?* Bu soru, özellikle bireylere karşı işlenen suçlar bakımından tartışılması gereken bir sorudur.

Bu konuda belirtelim ki hiç şüphesiz, aynı zaman diliminde gerçekleşen ve hukuken himaye edilen farklı kişilere ait olan “bireysel üstün varlıkları ihlal eden”⁴⁰ birden çok tipik faaliyet (ancak tek bir hareket), mağdur sayısınca suça vücut verir. Buna karşılık kanun, bazı hallerde, korunan hukukî varlık veya menfaat hamilinin bir kişi olması ile birden çok kişi olması arasında bir fark gözetmemiştir. Esasen bu husus, korunan hukukî varlığın mahiyeti ile de ilgilidir.⁴¹

³⁸ Mantovani, s. 125, Toroslu/Toroslu, s. 137.

³⁹ Mantovani, s. 126.

⁴⁰ Ör: yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, bireysel ve cinsel özgürlük, şeref (Mantovani, s. 464).

⁴¹ Mantovani, s. 464.

Genel hukuk teorisi açısından düşünüldüğünde, toplumsal düzende her bir bireyin dışa yansıyan davranışları diğer bireylerle doğrudan veya dolaylı olarak ilişki içerisindedir. Kişinin davranışı doğrudan başka bir kişiye yöneldiğinde kişiler arası doğrudan ilişkiden, davranışın doğrudan yöneldiği şey hayvanlar, bitkiler ve cansız nesnelere olduğunda ise kişiler arası dolaylı ilişkiden söz edilir. Örneğin; öldürme fiilinde, failin doğrudan doğruya mağdura yönelik bir davranışı söz konusudur. Öte yandan bir başkasının değerli bir malının tahrip edilmesi halinde, failin davranışı esasen bir nesne üzerinde gerçekleşmekle birlikte dolaylı olarak malın sahibi veya zilyedine de yönelmektedir.⁴²

Hukuk genel teorisi açısından geçerli olan bu yaklaşımı ceza hukukuna uyarladığımızda failin doğrudan doğruya bireylere yönelik davranışlarını dolaylı olarak bireylerle ilişki kuran davranışlarından ayırmak gerekir. Şayet failin suç teşkil eden davranışı doğrudan doğruya başka bir kişiye yönelik ise farklı kişileri hedef alan tek bir davranışın birden çok suça vücut vereceğinde şüphe yoktur. Ancak failin suç teşkil eden davranışı dolaylı olarak diğer kişilere yöneldiğinde, failin tek bir davranışının birden çok suça vücut verip vermeyeceğini belirleyebilmek için ihlal edilen norma bakmak gerekir. Eğer ki normun yorumundan suçun pasif süjesinin bir veya birden fazla kişi olması arasında bir farkın bulunmadığı şeklinde bir anlam çıkarılıyorsa başka bir ifadeyle tek bir hareket birden çok kişiye yönelik olsa bile norm bir kez ihlal edilmiş olacaksa, bu durumda suçun mağduru birden çok olsa bile fiil de suç da tek sayılmalıdır.⁴³

Hırsızlıkta fail tipik davranışı gerçekleştirirken suçun mağduru ile dolaylı bir ilişki kurar. Yani hırsızın davranışı doğrudan taşınır malla, dolaylı olarak ise malın zilyedi veya maliki ile ilişkilidir.⁴⁴ Öte yandan, hırsızlık suçunu düzenleyen TCK m. 141'in lafzından, tipik davranış bakımından taşınır malın bir veya birden çok kişiye ait olması veya

⁴² Hans Kelsen, *Pure Theory Of Law*, Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight, University of California Press Berkeley and Los Angeles: 1967, s. 24.

⁴³ Mantovani, s. 464.

⁴⁴ Kelsen'in değerli bir malı tahrip eden kişinin malın sahibi ile dolaylı ilişki kurduğunu ifade etmesinden hareketle, benzer yorum hırsızlık fiili bakımından da yapılmıştır (Kelsen, s. 24).

farklı kişilere ait birden çok taşınır malın çalınması arasında bir farkın bulunmadığı da anlaşılmaktadır. Zira normda taşınır bir malın yalnızca “başkasına ait” olması aranmaktadır.⁴⁵ Dolayısıyla, doğrudan doğruya birey ile ilişki kurmayan bir davranışın kime yönelik olduğunun hırsızlık suçunu öngören norm bakımından bir önemi yoktur. Benzer bir durum mala zarar verme suçu bakımından da karşımıza çıkmaktadır. TCK m. 151/1’de⁴⁶ yer alan düzenlemede; “Başkasının taşınır veya taşınmaz malı” ibaresi ile taşınır veya taşınmaz malın bir veya birden çok kişiye ait olması arasında bir farkın bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.⁴⁷

Geçmişten günümüze bu konunun yargı kararlarında tartışıldığı ve kimi zaman bu tür durumlarda TCK m. 43/2’nin uygulandığı görülmektedir.⁴⁸ Oysaki bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle ortada birden çok suçun bulunması gerekir. Ne var ki hırsızlık suçunda tek bir hareket birden çok kişinin taşınır zilyetliğini hedef alsa bile suç tektir.

O halde hırsızın bir konutta veya iş yerinde bulunan farklı kişilere ait eşyaları⁴⁹ ya da bir camide bulunan farklı kişilere ait olan ayak-

⁴⁵ TCK m.141’e göre; “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir”.

⁴⁶ TCK m.151/1’e göre; “Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

⁴⁷ Mantovani, s. 462, 464.

⁴⁸ “Sanığın suç tarihinde gündüz vakti müştekilere ait ofise girdiği pantolonlarından paralarını ve cüzdanlarını almaktan ibaret eyleminin, her müşteki için ayrı eylem olmayıp; tek olmayan bu fiillerin hukuken tek bir fiil olarak kabul edilmesi ve nitelikli hırsızlık suçundan tek bir ceza verilmesi ancak; bu tek fiilin birden fazla kişiye karşı işlenmesi nedeniyle verilecek cezaların TCK’nun 43/2. maddesinin yollamasıyla aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca artırılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hükümler kurulması”, Yargıtay 13. CD, 2019/11892 E., 2020/2841 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, Erişim tarihi: 22.06.2020.

“Müştekilerin öğretmen olarak görev yaptıkları dershanenin öğretmenler odasında bulunan çantalarından para, ehliyet ve kimlik kartlarını çalan sanık hakkında hırsızlık suçundan tek bir hüküm kurularak cezanın 5237 sayılı TCK’nun 43/2 maddesi gereğince artırılması gerektiği gözetilmeden müşteki sayısına ayrı ayrı hükümler kurulması, Bozmayı gerektirmiş”, Yargıtay 13. CD, 2019/7919 E., 2019/18628 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 10.06.2020.

⁴⁹ “Ayrıntıları Ceza Genel Kurulu’nun 06.10.2015 tarih, 2014/2-208 Esas ve 2015/304

kabılları⁵⁰ tek bir hareketle çalması halinde tek bir hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olması gerekir. Hemen belirtelim ki uygulamada, failin çaldığı eşyaların başka kişilere ait olduğunu bilebilecek durumda olmadığının anlaşılması veya bildiğinin ispatlanmamış olması halinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, tek bir hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir.⁵¹ Fakat böyle bir durumda failin fiili tek olup birden çok kişiyi hedef almasının bu suç

Karar sayılı ilamındaki “Çalınan eşyalar farklı kişilere ait olsa bile aynı konut-tan, aynı zaman diliminde çalınan bu eşyalar üzerinde konutu birlikte kullanan mağdurların müşterek zilyet durumunun söz konusu olacağı, eylemin tek bir hırsızlık suçunu oluşturacağı” ilkesi gereği; eylemin tek hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde 5237 sayılı TCK’nın 43. maddesinden uygulama yapılması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini”, Yargıtay 17. CD, 2019/350 E., 2019/7372 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, Erişim tarihi: 30.06.2020.

⁵⁰ Bu konuda Yargıtay, aynı gün içinde üç ayrı vakitte üç ayrı camiden ayakkabı çalan kişinin, her bir camiden çaldığı ayakkabı bakımından üç ayrı hırsızlık suçu işlemiş olacağına, ancak her bir camide mağdur birden çok olduğundan, TCK m. 43/2 uygulanmak suretiyle üç ayrı hırsızlık suçunun varlığının kabulüne karar vermiştir. Oysaki bir camide birden çok kişinin ayakkabısının çalınması fiili tek bir hırsızlık suçunu oluşturur ve bir suç olduğundan m. 43/2 uygulanamaz. Söz konusu karar şu şekildedir:

“Dairemizin, oy çokluğuyla verdiği 16.01.2012 gün ve 2011/31869 esas ve 2012/778 karar sayılı kararında ise; “üç ayrı vakitte (... aynı gün ikindi, akşam ve yatsı vakitlerinde), üç ayrı camiden olmak üzere, toplam 25 çift ayakkabı çalınması olayında, mağdur sayısının (25 ayrı) suç değil; her bir camiden gerçekleştirilen birden fazla mağdura ait ayakkabı çalınması fiili ayrı birer hırsızlık suçu kabul edilip, bu fiillerin mağdurları birden fazla olduğu için, aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmak suretiyle üç ayrı camiden üç ayrı hırsızlık suçunun varlığı” kabul edilmiştir. Karara konu olayda, gerçek içtima yani mağdur sayısının fiil ve hırsızlık suçunun oluştuğu görüşünün kabulü hâlinde failin, çaldığı 25 çift ayakkabı nedeniyle, en az 25 yıl 200 ay yâni yaklaşık 41 yıl 7 ay ceza alması gerekecektir”, Yargıtay 13. CD, 2019/1768 E., 2019/8106 K., [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargıtayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml), Erişim tarihi: 01.06.2020.

⁵¹ “Sanık hakkında hırsızlık suçundan uygulama yapılırken; hırsızlık suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için, aynı suçun aynı mağdura karşı müteaddit defa işlenmesi gerektiği, suçun mağdurunun farklı kişiler halinde, zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı, buna göre sanık çaldığı cep telefonları ve eşyaların birden çok kişiye ait olduğunu biliyor veya bilebilecek durumda ise, mağdur adedince suçun oluşacağı, ancak bunu bilebilecek durumda değilse sanığın eyleminin tek suç olarak kabul edileceği, dava konusu olayda sanığın çalmış olduğu eşyaların farklı kişilere ait olduğunu bilebilecek durumda olmadığının anlaşılması karşısında “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince de sanık hakkında tek suçtan hüküm kurulması gerekirken hatalı nitelendirme ile zincirleme suç olarak kabul edilip yazılı şekilde karar verilmesi.”, Yargıtay 13. CD, 2016/19737 E., 2017/139 K., <https://www.emsal.co/hirsizlik-sucularinda-zincirleme-suc-hukumlerinin-uygulanma-kosullari-supheden-sanik-yararlanir-ilke-si/>, Erişim tarihi: 28.03.2020.

bakımından önemi yoktur.⁵² Teorik açıdan önemli olan bu tartışmayı ispat sorununa indirgemek doğru değildir, mesele daha ziyade normun yorumlanması ile ilgilidir. Birkaç karar üzerinden konuyu tartışmak gerekirse;

Yargıtay'ın bir kararında, bir apartmanın sığınak olarak kullanılan kısmında bulunan eşyaların, burayı kullananların müşterek zilyetliğinde olduğu ve bu nedenle failin mağdur sayısınınca değil, tek bir hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olması gerektiği belirtilmiştir.⁵³ Oysaki apartmanın sığınak olarak kullanılan yerinde farklı kişilere ait cüzdan ve cep telefonunun çalınması şeklindeki davranışın tek hırsızlık fiiline vücut vermesinin nedeni bu eşyaların mağdurların müşterek zilyetliğinde bulunmasından ziyade failin aynı zaman diliminde gerçekleşen faaliyetlerinin bilinçli tek bir hedefe yönelik olmasıdır. Yani failin tek hedefi sığınak yerindeki malları (cüzdan ve cep telefonlarını) çalmaktır. Ayrıca hırsızlık suçunu öngören normun tek bir hareketle ihlali bakımından malın kime ait olduğunun önemi yoktur. Yani, bu suç yönünden, normun bir kez ihlali bakımından, mağdur sayısı önemli değildir.⁵⁴ Bununla birlikte, farklı kişilere ait eşyaların aynı yerde bulunması, bu eşyalar üzerindeki zilyetliğin de müşterek olduğunu göstermez.

Benzer durum konutta işlenen hırsızlık suçları bakımından söz konusudur. Konutta işlenen hırsızlık fiillerinde malın kime ait olduğu bir önem taşımaz. Fail tek bir hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olur, yeter ki failin tek bir hareketinden söz edilebilsin.⁵⁵ Kaldı ki, aynı ko-

⁵² Mantovani, s. 464.

⁵³ "Sanığın suç tarihinde gündüz vakti apartmanın dış cephe kaplamasında çalışan işçilerin üstlerini değiştirmek için kullandıkları binanın sığınak kısmında bulunan pantolonlarının ceplerinden cüzdanlarını ve müşterek ...'e ait cep telefonunu çalması şeklinde gerçekleşen eylemde, suça konu yerin sığınak dairesi olması sebebiyle eşyaların farklı kişilere ait olduğunu bilse dahi, ortak hakimiyet ve müşterek zilyetlik kuralı gereği sanık hakkında tek bir hırsızlık suçundan hüküm kurulması gerekirken hatalı nitelendirme ile üç ayrı hırsızlık suçundan hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş, sanık ...'ın temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülmesi olduğundan, hükümlerin açıklanan nedenle isteme aykırı olarak bozulmasına, 05.12.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi", Yargıtay 13. CD, 2019/6083 E., 2019/17809 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci-Web/>, Erişim tarihi: 28.03.2020.

⁵⁴ Mantovani, s. 464.

⁵⁵ Failin belli bir hedefe yönelik olan ve aynı zamanda gerçekleşen birden çok tipik faaliyeti, tek bir hareket olarak kabul edildiğinden, ayrıca mağdur sayısının hur-

nutta birlikte yaşayan kişiler, birbirlerinin şahsî eşyalarının tümünü bilmek zorunda değillerdir. Bilinmeyen eşyalar bakımından müşterek zilyetlikten söz etmek mümkün olmayacaktır, ancak müşterek zilyetlikten söz edilememesi nedeniyle tek bir hırsızlık suçunun oluşmadığı da kabul edilemez.

Doktrinde, farklı kişilere ait malları taşıyan nakliye kamyonundan söz konusu eşyaların çalınması veya vestiyer görevlisine bırakılan farklı kişilere ait paltoların çalınması halinde tek bir hırsızlık fiilinden söz edilmesi gerektiği belirtilmiş olup bunun nedeni; vestiyer görevlisinin veya kamyon şoförünün eşyaların zilyedi durumunda olmasına dayandırılmıştır.⁵⁶ Şüphesiz, bu kişilerin zilyet olması nedeniyle de tek bir fiilden söz edilir. Ancak failin davranışının aynı zamanda ve aynı hedefe yönelik olması, hırsızlık suçunu öngören normun bir kez ihlali bakımından yeterlidir⁵⁷ ve bu kişiler eşyaların zilyedi durumunda olmaları dahi aynı sonuca ulaşılması gerekir.

Gerçekten, tipik faaliyetler bilinçli bir hedef doğrultusunda olmazsa veya araya zaman aralığı girerek gerçekleşirse failin tek bir hareketinden söz edilemez. Örneğin; kimse yokken bir spor salonunun soyunma odasına girip fırsattan yararlanmak isteyen ve amacı ekonomik değeri olan, kolayca paraya dönüşebilecek şeyler bulmak olan failin, mağdurların çantalarını karıştırıp her bir çantanın içinden ayrı ayrı cep telefonu gibi özel eşyaları çalması halinde, tek bir hareketten söz edilemez. Zira burada tipik faaliyetler bilinçli bir hedefe yönelik değildir. Fail fırsattan yararlanmak ve paraya dönüştürülebilecek ekonomik değeri olan mal bulabilmek için her defasında yeniden karar vererek mağdurlara ait çantaları karıştırmış ve yeni bir hırsızlık suçu işlemiştir. Böyle bir durumda mağdur sayısınca suçtan söz edilir.⁵⁸

sızlık suçunu öngören normun bir kez ihlali bakımından bir önemi bulunmadığından, ortada tek bir suçun olduğunu belirtmek gerekir (Mantovani, s. 464).

⁵⁶ Özgenç, s. 622.

⁵⁷ Mantovani, s. 464.

⁵⁸ "Sanığın, mağdurların antrenman yaptıkları spor salonuna hırsızlık amacıyla gelecek soyunma odasındaki bankların üzerinde ve dolapların içinde bulunan, basketbol antrenmanı yapan mağdurlara ait çantaları karıştırıp her bir mağdurun çantasından cep telefonlarını çaldığı olayda; dört ayrı çantada bulunan cep telefonlarının ayrı ayrı çalınması nedeniyle doğal anlamda tek bir fiilden bahsedilemeyeceği, her bir hareketin ayrı ayrı neticeleri meydana getirdiği, kaldı ki, eylemlerin gerçekleştiriliş şekli itibarıyla da hukuki anlamda tek bir fiilin söz konusu olmadığı, sanığın, ekonomik değeri olan ve kolayca paraya dönüştürebileceği bir

Buna karşılık; failin hedefi soyunma odasına girip mağdurların belirli eşyalarını (örneğin çantalarını veya cep telefonu ve cüzdanlarını) çalmak olsaydı, hareketin ve fiilin tekliğinden söz edilirdi ve fail tek bir hırsızlık suçundan dolayı sorumlu olurdu.

Benzer şekilde, bir apartmanda farklı dairelerin önünde bulunan ayakkabıları fırsattan yararlanarak çalan failin de tek bir hırsızlık fiilinden söz edilemez.⁵⁹ Zira, aralarında kısa bir zaman olsa bile failin faaliyetleri bilinçli bir hedefe yönelik değildir. Önünde ayakkabı bulunan her daireden birkaç çift ayakkabı çalmak, failin önüne çıkan fırsattan yararlanmasından başka bir şey değildir. Bu nedenle, böyle bir durumda da tek bir hırsızlık fiilinden değil, önünden ayakkabı çalınan daire sayısınca hırsızlık fiilinden söz edilir. O halde, zaman aralığı az olsa dahi faaliyetlerin bir hedefe yönelik olup olmadığının tespiti hırsızlık suçunda hareket sayısının ve dolayısıyla fiil sayısının tespiti bakımından çok önemlidir. Bu ise her olayda somut olayın koşullarına göre değerlendirilecektir. Somut olayda failin birden çok kişiye yönelik tek bir fiilinden ve dolayısıyla tek bir hırsızlık suçundan söz edilmesi halinde, bu durum hâkim tarafından cezanın tayininde göz önünde bulundurulmalıdır.

IV. Sonuç

Toplum düzeninde her bir bireyin dışa yansıyan davranışları diğer bireylerle doğrudan veya dolaylı olarak ilişki içerisinde. Kişinin davranışı doğrudan başka bir kişiye yöneldiğinde, kişiler arası doğrudan ilişkiden söz edilirken, davranışın doğrudan yöneldiği şey

şeyler bulabilmek amacıyla her bir mağdurun çantasını bulduğu fırsattan yararlanarak yeni bir kararla ayrı ayrı karıştırıp ayrı ayrı hareketler ile suça konu cep telefonlarını çaldığı, buna göre, soyunma odasında bulunan ve içinde kıyafetler ile cep telefonları olan çantaların farklı kişilere ait olduğunu bilebilecek durumda olan ve eylemleri arasında sübjektif bir bağlantı da bulunmayan sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı", Yargıtay CGK, 2019/98 E., 2019/661 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 24.03.2020.

⁵⁹ "Aynı apartman binasında ayrı dairelerde ikamet eden mağdurların dairelerinin giriş kapıları önünde bulunan ayakkabıları çalan suça sürüklenen çocukların her bir mağdur yönünden ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, zincirleme tek bir hırsızlık suçunun oluştuğunun kabulüyle yazılı şekilde suça sürüklenen çocuklar hakkında eksik ceza tayini", Yargıtay 13. CD, 2019/6327 E., 2019/15603 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, Erişim tarihi: 30.03.2020.

hayvanlar, bitkiler ve cansız nesnelere olduğunda, kişiler arası dolaylı ilişkiden söz edilir. Genel hukuk teorisine ait bu yaklaşım ceza hukukuna uyarlandığında; failin doğrudan bireylere yönelik olan davranışlarını, dolaylı olarak bireylere yönelik olan davranışlarından ayırmak gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Şayet failin suç teşkil eden davranışı bireyle dolaylı ilişki kuruyorsa, yani doğrudan değil ancak dolaylı olarak bireye yönelikse, bu durumda failin tek bir davranışın tek bir suça vücut verip vermeyeceğini belirleyebilmek için ihlal edilen norma bakmak gerekir. Normun yorumundan suçun pasif süjesinin bir veya birden çok olması arasında bir farkın bulunmadığı anlaşılıyorsa, yani bu durumda dahi norm bir kez ihlal edilmiş olacaksa, mağdurun çokluğuna rağmen tek bir suçun oluştuğu kabul edilmelidir. İşte hırsızlık suçunu öngören norm bakımından durum böyledir. Bu suçta failin davranışı doğrudan taşınır malla, dolaylı olarak da malın zilyedi veya maliki ile ilişkilidir. Ayrıca, hırsızlık suçunu düzenleyen TCK m. 141'in yorumundan; tipik davranış bakımından taşınır malın bir veya birden çok kişiye ait olması veya farklı kişilere ait birden çok taşınır malın çalınması arasında bir farkın bulunmadığı anlamı da çıkarılmaktadır. O halde; doğrudan bireyle ilişki kurmayan tipik davranışın kime yönelik olduğunun bu suç bakımından bir önemi yoktur, tipik hareket tek ise fiil de suç da tektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Alacakaptan Uğur, Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara,1975
- Antolisei Francesco, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, Giuffrè Editore, Milano, 2003
- Antolisei Francesco, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-I, Giuffrè Editore, Milano, 2016
- Carrara Francesco, Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, Vol. I, Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli" (Raffaello Conti, Proprietario), Firenze, 1897
- Delitala Giacomo, "il Fatto" nella Teoria Generale del Reato, Cedam, Padova, 1930-VIII
- Florian Eugenio, Parte Generale del Diritto Penale, Terza Edizione, Rinnovata, Volume I, Casa Editrice, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1926
- Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, Diritto Penale Parte Generale, Quinta Edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 2007

- Giurati Giovanni, *Trattato di Diritto Penale, Delitti Contro la Proprietà*, Volume XI, Milano, 1913
- Giuseppe Bettiol, *Diritto Penale, Parte Generale*, Nona Edizione, Cedam, Padova, 1976
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016
- Kayıhan İçel, *Suçların İctimai (Genel Bilgiler-Fikri İctima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İctima)*, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972
- Kelsen Hans, *Pure Theory of Law*, Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight, University of California Press Berkeley and Los Angeles: 1967
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- Kunter Nurullah, *Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954
- Maggiore Giuseppe, *Principi di Diritto Penale, Vol. I: Parte Generale*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1937-XV
- Mantovani Ferrando, *Diritto Penale, Parte Generale*, IX Edizione, Cedam, 2015
- Manzini Vincenzo, *Trattato di Diritto Italiano*, UTET, Torino, 1961
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayınevi, 2018
- Petrocelli Biagio, *Principi di Diritto Penale, Corso di Lezione Universitarie, Introduzione-la Norma Penale-il Fatto*, Vol. 1, Cedam, Padova, 1943
- Toroslu Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019
- Toroslu Nevzat/Ersoy Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken bir Tasarı", TBB, *Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap (Makaleler, Görüşler, Reformlar)*, TBB Yayınları: 71, Ankara, 2004
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019

İnternet Kaynakları

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.emsal.co>

Mahkeme Kararları

Yargıtay 17. CD, 2019/350 E., 2019/7372 K.

Yargıtay CGK, 2007/6-195 E., 2007/197 K.

Yargıtay 13. CD, 2019/11892 E., 2020/2841 K.

Yargıtay 13. CD, 2019/7919 E., 2019/18628 K.

Yargıtay 17. CD, 2019/350 E., 2019/7372 K.

Yargıtay 13. CD, 2019/1768 E., 2019/8106 K.

Yargıtay 13. CD, 2016/19737 E., 2017/139 K.

Yargıtay 13. CD, 2019/6083E., 2019/17809 K.

Yargıtay CGK, 2019/98 E., 2019/661 K.

Yargıtay 13. CD, 2019/6327 E., 2019/15603 K.

TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA CUMHURİYET SAVCISI VE MAHKEMELERİN BİLGİ VE BELGE İSTEME YETKİSİ*

THE POWER OF PUBLIC PROSECUTION AND COURTS TO REQUEST KNOWLEDGE AND DOCUMENT IN THE TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW

Bilal OSMANOĞLU**

Özet: Bu çalışma Türk ceza muhakemesi hukukunda Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin bilgi ve belge isteme yetkisini açıklamayı hedeflemektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 161 ve 332. maddelerinde düzenlenen bu yetki, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılması için kullanılan bir delil elde etme yöntemidir. Cumhuriyet savcısı ve mahkemelerin belge isteme yetkisi karşısında kişilerin istenilen belgeyi vermesi gerekmektedir. Ancak bu gerekliliği ortadan kaldıran bazı durumlar, yani istisnalar bulunmaktadır. Türk hukukunda bu istisnalar, bir bütün halinde toplanmış değildir. Bu çalışmada Anayasa ve kanunlardan hareketle söz konusu istisnalar tespit edilmiştir. Buna göre kişinin kendisini suçlayan bilgi ve belgeler, içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgeler, Millî İstihbarat Teşkilâtı uhdesindeki belgeler ve belli kişilerin nezdindeki belgeler olmak üzere dört istisna bulunmaktadır. 5271 sayılı CMK'nın 332. maddesine göre istisnai bir durum olmaksızın istenilen belgeyi vermemek görevi kötüye kullanma suçunu gündeme getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi), Devlet Sırrı, Görevi Kötüye Kullanma Suçu

Abstract: This study aims to explain the power of public prosecutors and courts to request knowledge and document in Turkish criminal procedure law. This power, regulated in Articles 161 and 332 of the Criminal Procedure Law No. 5271, is a method of obtaining evidence used to reach the material truth in criminal procedure. In the face of the power of the public prosecutor and courts to request documents, the persons must submit the required document. However, there are some exceptions that eliminate this requirement. These exceptions are not collected as a whole in Turkish law. In this study, these exceptions were determined based on the Constitution

* Makalenin son okumasını yapıp eleştirilerini benimle paylaşan Arş. Gör. Oğuz Bandır'a teşekkür ederim.

** Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, osmanoglu@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2342-4773, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.03.2020, Kabul Tarihi: 29.03.2020

and laws. Accordingly, there are four exceptions: information and documents accusing the person from whom documents are requested, documents whose content includes state secrets, documents held by the National Intelligence Agency and documents belonging to specific individuals. Pursuant to Article 332 of the Criminal Procedure Law No. 5271, not giving the requested document without an exceptional situation may constitute the crime of misconduct in public office.

Keywords: Power to Request Knowledge and Document, Nemo Tenetur Principle, State Secrets, Crime of Misconduct in Public Office

GİRİŞ

Basit şüphe ile başlayan ceza muhakemesi süreci, maddi gerçeğe ulaşılması ile sona ermektedir. Bu sebeple 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (=CMK) 160. maddesinde, Cumhuriyet savcısının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı ifade edilmiştir. Bu gerçeğin araştırılmasında şüphelinin gerek lehine gerekse de aleyhine delillerin toplanarak muhafaza altına alınması gerekmektedir. Toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması halinde Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenleyecektir. Bu iddianamenin kabulüyle başlayacak kovuşturma aşamasında kural olarak istem üzerine mahkeme de delil toplayabilecektir (CMK m. 177). Dolayısıyla Türk ceza hukukunda delil toplama yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve mahkemeye aittir. Bu deliller, koruma tedbirleri ile elde edilebileceği gibi Cumhuriyet savcısı veya mahkemenin delili elinde bulunduran kişi ve kurumlardan istemesi yoluyla da toplanabilmektedir. Deliller ise esas itibarıyla beyan, belge ve belirti delili olarak üçe ayrılmaktadır.¹ Bu çalışmanın konusunu da Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin kişi ve kurumların ellerinde bulunan somut davaya ilişkin belgeleri isteme yetkisi oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinde vücut bulan nemo tenetur ilkesi gereği hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir

¹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2010, no. 86.2; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yay., 2019, s. 605.

beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamamaktadır. Bu bağlamda aşağıda ilk olarak Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin, şüpheli ve sanık dışındaki kişilerden belge isteme yetkisinin kapsamı açıklanacaktır. Şüphesiz bu yetkinin istisnaları mevcuttur. Yetkinin kapsamından sonra Türk ceza hukukunda tespit ettiğimiz ve dört başlık altında topladığımız istisnalar incelenecektir. Yetkinin varlığı, esasen yetkiye aykırı davranma sonucu kişiler üzerinde doğan yaptırım ile kesinlik kazanmaktadır. Bu bakımdan çalışmada son olarak istenilen belgeyi temin etmeyen kişinin ceza sorumluluğu ele alınacaktır.

1. Bilgi ve Belge İsteme Yetkisinin Kapsamı

5271 sayılı CMK m. 160'da bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenen Cumhuriyet savcısına, kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlama görevi yüklenmiştir. Bu görev kapsamında şüphelinin lehine ve aleyhine tüm delillerin toplanması gerekmektedir. Bu sebeple 161. maddede² Cumhuriyet savcısının, bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebileceği düzenlenmiştir. Her türlü bilgi, kamu görevlilerinin elinde bulunan ve somut olaya ilişkin her türlü belgeyi de kapsamaktadır. Maddenin devam eden fıkralarında ise adli kolluk görevlilerinin (m. 161/2) ve diğer kamu görevlilerinin (m. 161/4) kendilerinden istenilen bilgi ve belgeleri vakit geçirmeksizin Cumhuriyet savcısına temin etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Dikkat edilirse Cumhuriyet savcısına yalnızca kamu görevlilerinden bilgi ve

² CMK m. 161: "(1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

(2) Adli kolluk görevlileri, elkoydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

...

(4) Diğer kamu görevlileri de yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür...".

belge isteme yetkisi verilmiştir. Tapu müdürlüklerinden somut olaya ilişkin taşınmaz kayıtlarının veya kamu bankalarından ya da Mali Suçları Araştırma Kurulundan (MASAK) şüpheliye ilişkin gelir gider tablolarının istenmesi bu kapsamdadır.

5271 sayılı CMK'nın "Bilgi verme" başlıklı 332. maddesinde, 161. maddeye göre daha kapsamlı bir düzenleme yer almaktadır.³ Buna göre bir adli soruşturma ya da kovuşturma sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilerin, bilgiyi isteyen süjeye/makama⁴ temin edilmesi gerekmektedir. Bu maddenin genel olarak 161. maddeyi kapsadığı söylenebilir, zira 332. maddede her ne kadar "soruşturma ve kovuşturma sırasında" şeklinde bir ifade kullanılmış ise de Cumhuriyet savcısının bu yetkisinin soruşturma ile sınırlı olduğu; "kovuşturma sırasında" ifadesi ile kastedilenin mahkemenin yetkisi olduğu kabul edilmelidir. Cumhuriyet savcısı 332. madde kapsamında bilgi isteme yetkisini kullanırken, 161. maddeden farklı olarak, istemini yazılı olarak yapması gerekmektedir. CMK'nın 161 ve 332. maddeleri arasında iki temel fark bulunmaktadır.

İlk temel fark; CMK'nın 332. maddesinde, bilgi ve belge isteyebilecekler arasında hâkim ve mahkemenin de sayılmış olmasıdır. Bu kapsamda ilk belirtilmesi gereken husus, söz konusu hâkim ve mahkemenin, sulh ceza hâkimi ve ceza mahkemesi olduğudur. Zira konunun CMK'da düzenlenmesinin ötesinde bilginin, suçların "soruşturma ve kovuşturma sırasında" isteneceği belirtilmiştir. Gerçekten Yargıtay'a konu olan bir olayda bilgi isteyen makamın asliye hukuk mahkemesi olması dolayısıyla konunun, 332. madde özelinde değerlendirilemeyeceği ortaya konulmuştur.⁵ Öte yandan maddede, mahkemenin

³ CMK m. 332/1: "Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir."

⁴ Soruşturma evresinde süjelerden (Cumhuriyet savcısı gibi) bahsedilmekteyken; kovuşturma evresinde ise makamlardan (iddia makamı, savunma makamı gibi) söz edilmektedir.

⁵ "CMK'nın 332. maddesinde "suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında C. Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından" istenilen bilgilere cevap verilmemesi halinin 5237 sayılı TCK'nın 257. maddesine aykırılık oluşturacağıının öngörülmesi, somut olayda bilgi isteyen makamın Yatağan Asliye Hukuk Mahkemesi olması hususları nazara alındığında sanığa yüklenen suçun oluşmayacağı..." 5. CD, E.

yanında hâkimin de sayılması, CMK m. 270/1⁶ ile itirazı inceleyecek mercie tanınan araştırma ve incelemeye yetkisi ile uyumlu olmuştur. Bu meyanda Cumhuriyet savcısı için geçerli olan bilginin yazılı olarak istenmesi şekli şartı, şüphesiz hâkim ve mahkeme için de geçerlidir.

İkinci farka geçmeden önce ceza mahkemesinin bilgi ve belge isteme yetkisinin kapsamının anlaşılabilmesi için re'sen delil toplama yetkisine sahip olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Zira bu konu, özellikle 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesi sonrası tartışmalı bir hal almıştır. Şöyle ki mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK), "Mahkeme reisinin resen daveti" başlıklı 214. maddesinde yer alan "Mahkeme reisi dahi resen şahit ve ehlihibre celbine ve başkaca sübut sebeplerinin toplanmasına karar verebilir." hükmü ve "Delillerin ikamesi ve bu bapta talep ve kararlar" başlıklı 237. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Mahkeme vuku bulan talep üzerine veya kendiliğinden şahit ve ehlihibre celbini ve başkaca sübut sebeplerinin ihzar ve iradını emredebilir" hükmü ile bu yetki açıkça ceza mahkemesine verilmesine karşın; anılan 237. maddenin 5271 sayılı CMK'daki karşılığı olan "Delillerin ortaya konulması ve reddi" başlıklı 206. maddede⁷ veya Kanun'un herhangi bir başka maddesinde mahkemenin "kendiliğinden" delil toplamasına ilişkin genel bir yetkiden açıkça söz edilmemektedir. Öğretide CMUK m. 214 ve 237/3'ün, 5271 sayılı Kanun'a alınmamasının basit bir değişiklik değil, önemli bir zihniyet değişikliğinin ifadesi olduğu ifade edilmektedir⁸. Başkan ve hâkimin görevini düzenleyen 192. maddede, delillerin toplanmasından değil, ikame edilmesinden (yani ortaya konulmasından) söz edilmesi de bu bağlamda dikkat çekicidir. Yine kanun koyucunun

2012/7527, K. 2012/8180, T. 11.07.2012 (www.kazanci.com).

⁶ CMK m. 270/1: "İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Merci, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir".

⁷ CMK m. 206/1: "Sanığın sorguya çekilmesinden sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır. Ancak, sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmaz. Ortaya konulan deliller, sonradan gelen sanığa bildirilir".

⁸ CMUK m. 214 ve 237/3'ün 5271 sayılı Kanun'a alınmamasının basit bir değişiklik değil, önemli bir zihniyet değişikliğinin ifadesi olduğu yönünde bkz. Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa R. Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yay., 2019, s. 334.

174/1-b, 177/1 ve 190/1'de gösterdiği bütüncül yaklaşım da bu yöndedir. Şöyle ki iddianame, suçun sübütuna doğrudan etki edecek mevcut tüm deliller toplanarak düzenlenmeli; sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime vermeli (dikkat edilirse 177. maddedeki bu hüküm, duruşma hazırlığı başlığı altında düzenlenmiştir); mahkeme de tüm bu delilleri ortaya koyarak duruşmaya ara vermeksizin hükmünü vermelidir. 5271 sayılı CMK'da mahkemenin delil toplamasından yalnızca sanığın (ve müdafininin) istemi üzerine ve istisnai olarak söz edilmektedir. Öyle ki 234. maddede, mağdur ile şikayetçinin soruşturma evresinde delillerin toplanmasını isteyebileceği düzenlenirken; kovuşturma evresine ilişkin olarak katılan bakımından bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylelikle kanun koyucunun, mahkemeyi delil toplama sürecinden ayırarak onun tarafsızlığını desteklemek istediği ileri sürülmüştür⁹. Bununla birlikte ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının bir gereği olarak mahkemenin de kendiliğinden delil toplama yetkisine sahip olduğu ve özellikle kovuşturma evresinde ortaya çıkan bir delilin toplanmasına talep olmaksızın karar verebileceği ileri sürülmektedir¹⁰. Anayasa Mahkemesi (AYM) de mahkemenin pa-

⁹ Ersan Şen, "Kovuşturmada Re'sen Delil Araştırma ve Toplama Yetkisi", huku-kihaber.net, Son E.T: 26.09.2020. Aynı görüşteki Öztürk ve diğ., kovuşturma aşamasında sonradan ortaya çıkan bir delilin mahkemece savcılık marifetiyle elde edileceği kanaatindedir. Bkz. Öztürk ve diğ., s. 334; aynı yöndeki diğer bir görüş için bkz. Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1, Sa. 2, Aralık 2006, s. 212 (207-225). Toroslu/Feyzioğlu ise CMUK m. 214 benzeri bir hükme yer verilmediğine dikkat çekerek mahkemenin kemililiğinden delillerin toplanmasına karar verip veremeyeceği konusunun açık olmadığını belirtmektedir. Bkz. Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2017, s. 285.

¹⁰ Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. 3, 15. Baskı, Adalet Yay., 2019, s. 1495; Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 16. Bası, Beta Basım Yay., İstanbul, 2019, s. 741; Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Seçkin Yay., Ankara, 2019, s. 363; Doğan Gedik, "Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 940-941 (913-963); Hasan Karakehya, "Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine", *TAAD*, Y. 7, Sa. 27, Temmuz 2016, s. 72 (59-82). Delillerin esas itibarıyla soruşturma evresinde toplanacağı ancak özellikle

sif konumda olmadığı, aksine yeterli kanaate ulaşıncaya kadar maddi gerçeği araştırmaya devam etmek zorunda olduğunu ve bu bağlamda gerekli tüm araştırmaları kendiliğinden yapmakla yükümlü olduğunu ileri sürmektedir¹¹. Yargıtay da ceza mahkemesinin, kovuşturma evresinde delil toplamasının önünde yasal bir engel olmadığı¹² ve sonradan ortaya çıkan bir delili toplayabileceği kanaatindedir¹³. Gerçekten 5271 sayılı CMK'da mahkemenin delil toplamasını engelleyen açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilakis Kanun'da, delil toplanmasına hizmet eden postada elkoyma, şirket yönetimi için kayyım tayini ve iletişim denetlenmesi gibi koruma tedbirlerine kovuşturma aşamasında da (herhangi bir talep gerekmeksizin) başvurulabileceği belirtilmektedir¹⁴. Dolayısıyla mahkemenin, kendiliğinden bu yöntemlere başvuru

sonradan ortaya çıkan deliller bakımından kovuşturma evresinde de delil toplanabileceği yönündeki benzer görüş için bkz. Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, 9. Baskı, Seçkin Yay., 2019, s. 106-107. Duruşma hazırlığı evresinin, mahkemenin delil toplayabilmesi için oluşturulduğu ancak bu faaliyetin duruşma aşamasında da yapılmasının imkansız olmadığı yönündeki benzer görüş için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1276. Ceza mahkemesinin, Cumhuriyet savcısı kisvesine bürünerek tüm delilleri toplamaya çalışmasının tarafsızlığını tehlikeye düşüreceği ancak sonradan ortaya çıkan delilleri toplayabilmesinin mümkün olduğu yönündeki benzer görüş için bkz. Fatih Birtek, "Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, Nur Centel'e Armağan, C.19, Sa. 2, 2013, s. 963 (953-990). Ceza hakiminin, tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı tutulmaması gerektiği görüşü için bkz. Metin Köse, Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Seçkin Yay., Ankara, 2017, s. 34. Kanun koyucunun, maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin bir sonucu olarak mahkemenin karar bakımından önemli olabilecek tüm delilleri tartışması gerekliliğini, hakim tarafsızlığına zarar verebilme tehlikesinden daha önemli gördüğü yönündeki Alman öğretisinden görüşler için bkz. Tuba Kelep Pekmez, Ceza Muhakemesinde Fiil, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019, s. 126-127, dn. 130.

¹¹ AYM, E. 2015/9, K. 2015/94 ve T. 22.10.2015 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>).

¹² 18. CD, E. 2015/23541, K. 2015/1980 ve T. 28.05.2015 (www.kazanci.com).

¹³ "CMK'nın 170 ve 172. maddelerinde kamu davasının açılması için öngörülen şüphenin düzeyi, ceza mahkemesi veya hakiminin re'sen araştırma yükümlülüğü, CMK'nın 177. maddesinde sanığa tanınan delillerin toplanmasını isteme hakkı, katılan bakımından mevcut olan delil ileri sürme imkanı, CMK'nın 225/2. maddesi uyarınca, mahkemenin fiilin nitelendirilmesinde iddialarla bağlı olmaması, Cumhuriyet savcısının kovuşturma aşamasında da süren iddia faaliyeti de nazara alındığında, kamu davasının açılmasından sonra da yeni delillerin ortaya çıkabileceği ve bu delillerin toplanıp ileri sürülebileceği görülmektedir". 9. CD, E. 2013/15382, K. 2014/2802 ve T. 17.03.2014 (www.kazanci.com).

¹⁴ CMK m. 181/2'de düzenlenen mahkemenin duruşma hazırlığı evresinde, keşif ve muayene yapılmasına hükmedebilmesi hükmü de haklı olarak bu doğrultuda değerlendirilmektedir. Bkz. Taner, s. 363.

rup delil toplayabileceği anlaşılmaktadır. 1412 sayılı CMUK'taki 214 ve 237. maddelerin, 5271 sayılı CMK'ya taşınmamasını¹⁵ ve yukarıda açıkladığımız ortaya konan bütüncül yaklaşımı, etkin bir soruşturma yürütülmesine ve yargılamaların makul bir sürede bitirilmesine ilişkin bir çabanın sonucu olarak değerlendirilebileceği kanısındayım. Sonuç olarak ceza mahkemesinin, CMK m. 177'deki sanığın istemi üzerine delil toplayabileceğine ilişkin düzenleme dışında, kendiliğinden de delil toplayabileceği kabul edilmelidir.

İki madde arasındaki ikinci temel fark ise bilgi ve belge istenecek kişiler bakımından söz konusudur. Gerçekten 161. madde söz konusu kişileri kamu görevlileri ile sınırlamışken; 332. maddede bu yönde bir sınırlamaya gidilmemiştir. Buna göre Cumhuriyet savcısı ve mahkeme gerek kamu görevlilerinden gerekse özel gerçek veya tüzel kişilerden her türlü bilgi ve belge talep edebilmektedir.¹⁶ Bu meyanda suçtan zarar gören de bu kişilere dahildir.

Bu iki temel husus dışında diğer bir fark ise istemin yerine getirilme süresine ilişkindir. CMK m. 161'de kendisinden bilgi veya belge istenilen kamu görevlilerinin, bu istemi vakit geçirmeksizin, derhal yerine getirilmeleri gerektiği düzenlenirken; 332. maddede bu husus, somutlaştırılmış ve istemin 10 gün içinde yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İstemin bu süre içinde yerine getirilmesi imkânsız ise bunun sebebi ve istemin en geç hangi tarihte yerine getirilebileceği aynı süre içinde bildirilmelidir.

Öte yandan basit yargılama usulünü düzenleyen CMK m. 251'e göre, mahkemenin toplanması gereken belgeleri, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep etmesi bir görev olarak düzenlenmiştir.¹⁷ Esasen mad-

¹⁵ CMK m. 206'da "re'sen" kelimesinin geçmemesinin, kanun koyucunun tarafların delilleri ile bağlı bir taraf muhakemesi öngördüğünü ispat etmeyeceği yönünde bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1315, dn. 66.

¹⁶ Benzer yönde bkz. Ünver/Hakeri, C. 3, s. 2124. "CMK'nın 332. maddesindeki düzenleme itibarıyla, maddede belirtilen yükümlülüğe aykırı davranan kişinin kamu görevlisi olmasının zorunlu olmadığı gözetilip..." 5. CD, E. 2013/7399, K. 2015/8476, T. 18.03.2015 (kazanci.com).

¹⁷ CMK m. 251: "(1) Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir.

(2) Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde mahkemece iddianame; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri istenir. Tebligatta duruşma yapılmaksızın

di gerçeğin ortaya çıkarılması Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin bir görevi olduğuna göre, CMK m. 161 ve 332. maddelerindeki düzenlemenin yetki ve görevi bir arada barındırdığı söylenmelidir (CMK m. 160/2 ve 223/1).

Bu açıklamalar ışığında 332. maddenin, 161. maddeyi kapsadığı, yani 161. maddede bu yönde bir yetki düzenlenmesinin gerekli olmadığı söylenebilir. Gerçekten Cumhuriyet savcısı, 161. maddenin kendisine tanıdığı yetkiye, 332. madde uyarınca da sahiptir.¹⁸ 161. madde, Cumhuriyet savcısına yalnızca acele hallerde emirlerini sözlü olarak verme imkânı tanımakla, 332. madde dışına çıkmaktadır. Esasen Kanun'un "Soruşturma İşlemleri" isimli bölümü altında 161. madde ile Cumhuriyet savcısına bu yönde bir yetki tanınması kanun sistematigi açısından hatalı görünmemektedir. Buna karşın CMK m. 332'de yer alan düzenlemede, münhasıran mahkemeye yetki vermek suretiyle maddenin, Kanun'un "Kovuşturma Evresi" başlıklı üçüncü kitap içinde "Delillerin Ortaya Konulması ve Tartışılması" başlıklı dördüncü bölümüne alınmasının hem tekrara düşülmemesi hem de konunun doğru başlık altına alınması bakımından daha isabetli olacağı kanaatindeyim. Ayrıca itiraz mercii olarak hâkimin bilgi isteme yetkisi de itiraz merciinin inceleme ve araştırma yapabileceğini düzenleyen 270. maddeye dahil edilmelidir.

2. Bilgi ve Belge İsteme Yetkisinin İstisnaları

Türk ceza hukukunda Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilmesi kuraldır. Ancak bu kuralın, dört istisnası bulunmaktadır: Kişinin kendisini suçlayan belgeler, içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgeler, Millî İstihbarat Teşkilâtı uhdesindeki belgeler ve belli kişilerin nezdinde bulunan mektup ve belgeler.

a. Kişinin Kendisini Suçlayan Bilgi ve Belgeler

Giriş bölümünde Anayasa'nın 38. maddesinde vücut bulunan nemo tenetur ilkesi gereği şüpheli ve sanığın kendisini suçlayan bir delil göstermeye zorlanamayacak olması nedeniyle çalışma kapsamın-

hüküm verilebileceği hususu da belirtilir. Ayrıca, toplanması gereken belgeler, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilir".

¹⁸ Benzer yönde bkz. Ünver/Hakeri, C. 3, s. 2124.

da olmadığı belirtilmişti. Ancak belge istenen kişi, şüpheli veya sanık olmamakla birlikte söz konusu belgeyi vermesi halinde kendi aleyhine bir ceza soruşturması başlatılmasına neden olabilir. Anayasa'da yer alan koruma, şüpheli veya sanıkla sınırlı olmadığına göre, hiç kimse- nin suç işlediğini gösteren belgeleri vermek zorunda olmadığı kabul edilmelidir. Bu noktada kişilerin, kendilerini suçlayan bir belgeyi, mahkemeye vermek yerine; yok edebilecekleri veya en azından tahrip edebilecekleri akla gelebilir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 205 ve 208. maddelerinde düzenlenen *resmi/özel belgeyi bozmak, yok etmek ve gizlemek* suç tipleri düşünüldüğünde, kişilerin uhdelerinde olduğu bilinen bir belge için bu ihtimal, aleyhlerinde cezai sorumluluk doğurabilir. Bu sebeple kişilerin, kendisinde olduğu bilinen bir belgeyi, Cumhuriyet savcısına veya mahkemeye Anayasa m. 38 uyarınca vermek zorunda olmadığı kabul edilmelidir.

b. İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılması için başvuru- lan yöntemler kimi zaman devlete ilişkin bilgilerin araştırılmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁹ 5271 sayılı CMK m. 125, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgelerin devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulama- yacağını düzenlemektedir. Mahkeme maddi gerçeği ortaya çıkarmak için idarenin iznine ihtiyaç duymadan her türlü bilgiyi inceleyebile- cektir.²⁰ Ancak bu gizli tutulamama hali, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla sınırlıdır (CMK m. 125/3). Dolayısıyla devlet sırrı içeren belgeler, alt sınırı beş yıldan az olan suçlar için mah- kemeye karşı gizli tutulabilecektir.²¹ Böylece kanun koyucu devlet sırrı ile suçlulukla mücadele arasında bir denge kurmaya çalışmıştır.²²

¹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366.

²⁰ Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Baskı, Seç- kin Yay., 2020, s. 353; Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366.

²¹ 3. fıkranın, 1. fıkradaki devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin mahkemelerle paylaşılması ilişkin yükümlülüğü kaldırdığı ve idarenin bir yükümlülüğü olma- masına rağmen söz konusu belgeleri mahkeme ile paylaşması halinde, mahkeme- nin bu belgeleri delil olarak değerlendirebileceği yönündeki görüş için bkz. Seydi Kaymaz, Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı, 2. Baskı, Seçkin Yay., 2020, s. 283-284.

²² Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366. Benzer yönde bkz. Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 353. Bu durumun savunma hakkını ihlal ettiği yönündeki aksi görüş için bkz. Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğ-

CMK m. 47/1'de devlet sırrı; "açıklanması Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler" olarak tanımlanmıştır.²³ Ancak Kanun'da hangi kişi yahut merciin, devlet sırrına vakıf olabileceği veya bir bilginin devlet sırrı niteliğinde olup olmadığına karar vereceği açıkça belirtilmemiştir.²⁴ 1412 sayılı CMUK'ta ise devlet sırrına vakıf olan devlet memurundan söz edilmekte²⁵ ve bu memurun, makam amirinin izni olmaksızın tanık olarak dinlenemeyeceğinden bahsedilmekte idi.²⁶ Hazırlanan Devlet Sırrı Kanun Tasarı'nda bu hususta bir düzenleme yer almakla birlikte

lu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yay., 2019, s. 516; Taner, s. 417-418. Yine bu düzenlemenin, AİHS m. 6 ve Anayasa m. 36'da düzenlenen savunma hakkını ihlal ettiği yönündeki görüş için bkz. Metin Feyzioglu, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *TBB Dergisi*, Sa. 52, 2006, s. 37-38 (27-61). Her somut olayda devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgelerin ispat değeri ve bu bilgi ve belgelere duyulan ihtiyaç ile bu bilgi ve belgelerin yargılamada delil olarak kullanılması halinde meydana gelebilecek zarar veya tehlikenin ağırlığı ve bu zarar veya tehlikenin meydana gelme olasılığı gibi farklı hususlar göz önünde tutulmaksızın, yalnızca suçun gerektirdiği ceza miktarına göre bir değerlendirme yapılmasının isabetli olmadığı yönündeki görüş için bkz. Kaymaz, s. 253.

²³ Bu tanıma benzer şekilde, Devlet Sırrı Kanun Tasarısı m. 3'e göre, Devlet sırrı; "açıklanması veya öğrenilmesi, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgeler" olarak tanımlanmıştır. Ancak Tasarı'nın 4. maddesinde devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler haricinde, ayrıca gizli bilgi ve belge (diğer gizlilik derecesi) tanımı da yapılmıştır. Buna göre gizli bilgi ve belge, "Devlet sırrı niteliği taşımayıp da açıklanması veya öğrenilmesi hâlinde ülkenin ekonomik çıkarlarına, istihbarata, askeri hizmetlere, idarî soruşturmaya ve adli soruşturma ve kovuşturmayaya zarar verebilecek nitelikteki veya yetkili makamlar tarafından gizlilik derecesi verilmiş bilgi ve belgeler" dir. Tasarı'nın 5. maddesinde ise taraf olunan ikili veya çok taraflı antlaşmaların gizliliğe ilişkin hükümleri saklı olduğu belirtilmiştir.

²⁴ Karşılaştırmalı hukukta, bir bilgi veya belgeyi devlet sırrı olarak tasnif etme hakkında detaylı bilgi için bkz. Kaymaz, s. 69 vd; Cengiz Ozan Örs, "Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi*, Sa. 142, 2019, s. 25-30 (9-58).

²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 618.

²⁶ CMK m. 49: "Devlet memurları memuriyetten çekildikten sonra bile, saklamakla mükellef oldukları vakıalar hakkında sırrın ait olduğu makam amirinin izni olmaksızın şahit sıfatıyla dinlenemezler.

Bu gibi hallerde İcra Vekilleri azası hakkında Reisicumhur ve Büyük Millet Meclisi azası hakkında Meclis tarafından izin verilir.

Şahitlik, Devletin selametine zarar verecek derecede olmadıkça bu izin verilir.

Reisicumhur mahremiyeti kendisi takdir eder ve şahitlikten çekinebilir.

Bu hüküm, reisliği zamamında hadis veya reisliği sebebiyle malümü olan vakıalardan dolayı eski Reisicumhurlar hakkında dahi caridir".

Tasarı henüz kanunlaşmadığı için bu belirsizlik, bugün için varlığını korumaktadır.²⁷ Kanaatimizce, yürürlükteki düzenlemeler itibarıyla, bir belgenin devlet sırrı niteliğini haiz olup olmadığını tayin etme hususunda genel olarak yetkili bir merci bulunduğu söz edilememektedir. Zira bu konuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁸, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu²⁹ ve 5271 sayılı CMK farklı düzenlemeler içermektedir. Bu sebeple konumuz bağlamında, yalnızca ceza muhakemesini ilgilendirdiği hallerde bir belgenin devlet sırrı niteliğini belirleme yetkisinin hangi mercide olduğunu açıklamakla yetineceğim. CMK m. 47 ve 125 ile devlet sırrı niteliğinde bilgi içeren tanıklık konularında ve belgelerde; tanığı dinlemede ve belgeyi incelemede yetkinin münhasıran mahkeme hâkimi veya heyetine verildiği görülmektedir. Öyle ki inceleme sırasında Cumhuriyet savcısı, zabıt kâatibi, avukat veya taraflar dahi hazır olamayacaktır.³⁰ Öte yandan 1412 sayılı CMUK'ta idareye bu konuda takdir yetkisi veren düzenleme 5271 sayılı CMK'ya alınmamıştır. İstisnai olarak CMK m. 47/4'te devlet idaresi içinde yer alan kişi ve merciler içinde yalnızca Cumhur-

²⁷ Devlet Sırrı Kanun Tasarısı m. 6'ya göre, bir belge ve belgeye devlet sırrı niteliğini verme yetkisi Başbakan'ın başkanlığında; Adalet, Millî Savunma, İçişleri ve Dışişleri bakanlarından oluşan "Devlet Sırrı Kurulu"na aittir. Devlet Sırrı Kanun Tasarısı m. 8'e ise hem devlet sırrı niteliğinde bilgi ve belgeler hem de diğer gizlilik derecesine sahip bilgi ve belgelerin mahkemelerce istenmesi halinde yapılacakları düzenlemektedir: "Mahkemelerde talep edilen devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgeler, Kurulca gerekçesi belirtilmek suretiyle verilmeyebilir. Ancak, verilmeyen bilgi ve belgeler davada ilgili aleyhine sonuç doğurmaz. Devlet sırrı niteliği taşımamakla birlikte diğer gizli bilgi ve belgelerin mahkemelerce talep edilmeleri hâlinde gönderilmeleri esastır. Bu bilgi ve belgeler, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının gerekçesi açıklanmak suretiyle mahkemelere gönderilmeyebilir. Ancak, gönderilmeme gerekçesi mahkemelerce yeterli bulunmadığı takdirde bu bilgi ve belgelerin gönderilmesi zorunludur. Cumhuriyet başsavcılıklarınca talep edilen bilgi ve belgeler hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır".

²⁸ 6100 sayılı HMK m. 242/1: "Kamu görevlileri, görevlerinden ayrılmış olsalar bile, görevleri gereğince sır olarak saklamak zorunda oldukları hususlar hakkında, sırrın ait olduğu resmî makamın yazılı izni olmadıkça tanık olarak dinlenemezler. Bu izin, milletvekilleri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Cumhurbaşkanlığı yardımcıları ve bakanlar hakkında Cumhurbaşkanlığı ve diğerleri hakkında bağlı oldukları bakan veya kuruluşun amiri tarafından verilir".

²⁹ 2577 sayılı İYUK m. 20/3: "Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanlığı ya da ilgili Cumhurbaşkanlığı yardımcıları veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri veremeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez".

³⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s. 403.

başkanına³¹ sırrın niteliğini takdir etme yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır.³² 1412 sayılı CMUK'taki idareye yetki veren düzenlemenin yeni kanuna alınmaması CMK m. 47 ve 125 ile ortaya konan yaklaşımı destekler niteliktedir. Sonuç olarak bir belgenin, devlet sırrı niteliğinde olup olmadığına karar verecek merci ceza mahkemesidir.³³

Kanaatimizce hapis cezasının alt sınırı ister 5 yılın altında ister 5 yılın üstünde olsun herhangi bir suça ilişkin olarak ceza mahkemesi tarafından istenilen bir belgenin, her halükârda mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir. Mahkeme, ilk olarak bu belgenin içeriğini, devlet sırrı niteliğinde olup olmadığına anlamak için ve bu amaçla sınırlı olarak incelemelidir. İçeriğin devlet sırrı niteliğinde olmadığına kanaat getirilmesi halinde zaten bir sorun yoktur. Ancak mahkeme, içeriğin devlet sırrına ilişkin olduğu kanaatine varırsa; hapis cezasının alt sınırı 5 yılın altında ise belgeyi daha fazla incelemeyen geri göndermeli ya da imha etmeli, 5 yıl veya daha fazla ise bu belgedeki suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirmelidir. Belgeyi gönderecek olan kişi veya merci, söz konusu belgenin devlet sırrı niteliğindeki bilgileri taşıdığını düşünüyorsa; belgenin, bu niteliğini gösterir bir işaret taşıyan kapalı bir zarfta gönderilmesi isabetli olacaktır. Ayrıca belgenin neden devlet sırrı niteliğindeki bilgileri taşıdığı da açıklanmalıdır.

Belgeyi isteyen süje, Cumhuriyet savcısı ise devlet sırrı niteliğindeki bilgileri taşıdığı düşünülen belgenin gönderilmemesi gerekmektedir. Zira Kanun'da Cumhuriyet savcısına, bir belgenin devlet sırrı niteliğinde bilgiler içerip içermediğini belirleme şeklinde bir yetki tanınmadığı gibi, bu nitelikli bilgileri içeren bir belgeyi inceleme veya ilgili kısımları iddianameye yazma yönünde bir imkân da tanınmamıştır.³⁴ Ancak bu halde Cumhuriyet savcısının istem yazısına cevap

³¹ Söz konusu Cumhurbaşkanının, halihazırda görevde olan Cumhurbaşkanı olduğu, görev süresini tamamlamış Cumhurbaşkanlarının, sırrın niteliğini takdir etme yetkisi olmadığı belirtilmelidir. Bkz. Öztürk ve diğ., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yay., 2019, s. 308.

³² CMK m. 47/4: Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir eder”.

³³ Benzer yönde bkz. Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Basım Yay., İstanbul, 2009, s. 67. Devlet sırrı içeren bilgilere ilişkin tanıklıkta, bilginin devlet sırrı niteliğinde olduğunu kimin belirleyeceği hususunda benzer yönde bkz. Öztürk ve diğ., s. 307; Taner, s. 416.

³⁴ Devlet sırrı niteliğindeki bilgilere ilişkin bilgilerin mahkemeden gizlenemeyece-

olarak, belgenin verilememe sebebini ve belgenin ancak ceza mahkemesi tarafından istenmesi halinde gönderilebileceğini bildiren bir yazının on gün içinde gönderilmesi gerekmektedir (CMK m. 332/1, c. 2). Öte yandan devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içerdiği gerekçesiyle Cumhuriyet savcısına verilmeyen belgenin, kovuşturma evresinde bu nitelikte olmadığı anlaşılabilir. Böyle bir durumda, ilgili kamu görevlisinin düştüğü hata, bir cezai sorumluluğunun doğmasına neden olmayacaktır. Zira devlet sırrı niteliğinde bilgi içerdiği düşünülen belgelerin, ceza mahkemesi dışında hiçbir kişi ve kuruma gönderilmemesi kanun hükmüdür.

c. Millî İstihbarat Teşkilâtı Uhdesindeki Belgeler

5271 sayılı CMK'da yer alan devlet sırrı içeren bilgi ve belgelere benzer bir istisna, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu'nda (MİT Kanunu) yer almaktadır. MİT Kanunu Ek m. 1'e göre, MİT uhdesindeki istihbari nitelikli bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler adli mercilerce istenememektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar bu istisnanın kapsamı dışında tutulmuştur. Söz konusu bölüm "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" başlığını taşımakta olup bu bölümde yer alan suç tiplerine ilişkin bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler (kısaca bilgi veya belge) adli mercilerce istenebilecektir. Böylece adli mercilerin, söz konusu suçlar bakımından maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sunabilecek bilgi ve belgelere erişebilmesi teminat altına alınmak istenmiştir.³⁵

ği belirtildiğine göre, bu bilgilerin tanık dinleme yetkisine sahip diğer kişilerden ve Cumhuriyet savcısından gizlenebileceği hakkında bkz. Öztürk ve diğ., s. 307. Soruşturma evresi açısından da bir düzenleme yapılmasına acil bir gereksinim bulunduğu hakkında bkz. Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 1, 15. Baskı, Adalet Yay., 2019, s. 521. Benzer yönde detaylı bir inceleme için bkz. Kaymaz, s. 93 vd. Hafızoğulları/Özen ise kovuşturma evresine ilişkin düzenlemelerin, soruşturma evresine kıyasen uygulanabileceğini ve savcının, bu yolla işi mahkeme önüne götürebileceğini belirtmektedir. Bkz. Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, "Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68, Sa. 1, 2010, s. 28 (21-30).

³⁵ "2937 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin birinci fıkrasında adli mercilerce; TCK'nun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımının Yedinci Bölümünde yer alan "devletin sırlarına karşı suçlar ve casusluk" suçlarıyla ilgili olanlar hâric olmak üzere MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin

MİT Kanunu Ek m. 1’de istihbari nitelikli bilgi veya belgenin istenmesi yasaklandığına göre, bu nitelikli olmayan bilgi veya belgenin istenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak mahkemelere veya başka bir kurum ya da kişiye, MİT uhdesindeki bir bilgi ve belgenin, istihbari nitelikli olup olmadığı yönünde inceleme yetkisi verilmemiştir. Bu sebeple maddeyi; adli mercilerin, MİT uhdesinde bulunan bir bilgi veya belge için talepte bulunabilecekleri ancak MİT’in bu bilgi veya belgeyi istihbari nitelikli görmesi halinde vermek zorunda olmadığı şeklinde anlamak gerekmektedir.³⁶

Maddede MİT uhdesinde bulunan bilgi ve belgelerin istenemeyeceğinden bahsedilmiştir. Buna göre söz konusu bilgi ve belgeler, başka kişi ve kurumlarda bulunmakta ise Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından istenebilecektir. Yalnız bu tür bir halde, ilgili bilgi ve belgenin devlet sırrına ilişkin olup olmadığı ayrıca dikkate alınmalıdır. Son olarak bu bilgi ve belgelerin istenememesi, MİT tarafından mahkemeye verilmesine bir engel teşkil etmemektedir. Daha açık bir ifadeyle MİT’in kendiliğinden sunduğu bilgi ve belgelerin, hukuka uygun bir delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir.³⁷

istenemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm ile MİT dışında başka bir kurum veya kuruluşta bulunması mümkün olmayan ve yedinci bölümdeki suçların konusunu oluşturan bilgi ve belgelerin adli mercilerce MİT’ten temin edilebileceği öngörülmüş ve bu şekilde adli sorumluluk yüklenen MİT’in, 2937 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesi gereğince istendiği takdirde bu bilgi ve belgeleri adli mercilere vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucunun bu hükmün ihdasındaki amacı, söz konusu suçlar bakımından maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sunabilecek bilgi ve belgelere sınırlama getirilmesini engellemektir”. CGK, E. 2017/16-956, K. 2017/370 ve T. 26.09.2017 (www.kazanci.com).

³⁶ Ünver/Hakeri de benzer bir yaklaşımla, hükmün mahkemenin isteme yetkisinden ziyade, MİT çalışanlarının, istenilen belgeleri verme zorunluluğunu kaldırdığını ifade etmektedir. Böylelikle MİT çalışanları, bilgi vermeme halinde doğabilecek cezai yaptırımlara karşı korunmaktadır. Bkz. Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 2, 15. Baskı, Adalet Yay., 2019, s. 912. “Diğer taraftan, anılan Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendindeki düzenleme, MİT’e aynı zamanda idari bir görev ve sorumluluk da yüklemiştir. MİT tarafından bu kapsamda elde edilen verinin içeriği yine MİT tarafından takdir edilecektir. Böylelikle; maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönünde herhangi bir katkısı olmayacak, ancak aleniyet kazanması halinde istihbarat faaliyetlerini aksatabilecek bilgilerin gizliliği korunacak ve bu bilgiler MİT bünyesinde muhafaza edilmeye devam edecektir”. CGK, E. 2017/16-956, K. 2017/370 ve T. 26.09.2017 (www.kazanci.com).

³⁷ Ünver/Hakeri, C. 2, s. 912.

d. Belli Kişilerin Nezdinde Bulunan Mektuplar ve Belgeler

Anayasa m. 38/5³⁸ gereği hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamamaktadır. Buna göre, şüpheli ve sanıklar kendileri aleyhine bir delil sunmaya zorlanamadıkları gibi, bu kişilerin yakınları da şüpheli ve sanık aleyhine bir delil göstermeye mecbur bırakılamamaktadır. Bu anayasal hüküm, Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin bilgi ve belge isteme yetkisinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Gerçekten 5271 sayılı CMK m. 126'ya³⁹ göre, şüpheli ya da sanık ile belli akrabalık ilişkisine sahip olanlar arasındaki mektup ve belgelere el konulamamaktadır. Kanun koyucu, ayrıca meslekleri veya sürekli uğraşları dolayısıyla şüpheli veya sanıkla belli bir ilişki içine giren kişileri de aynı korumadan yararlandırmaktadır. Bu el konulamama hali, şüphesiz mektup ya da belgeyi vermeme durumunu da içermektedir. Ancak elkonulamaması ya da verilmemesi için, söz konusu mektup ve belgelerin, bu kimselerin nezdinde bulunması gerekmektedir. Nezdinde bulunma, kişinin üzerinde bulunmanın yanında konutunda veya işyerinde bulunmayı da kapsamaktadır.⁴⁰ Bununla birlikte ilgili mektup veya belge, henüz muhatabının eline ulaşmamış; söz gelimi henüz posta şirketinde yahut üçüncü bir kişide ise ilgili kişi, bu korumadan yararlanamayacaktır.⁴¹

Hangi akrabalık ilişkisine sahip kişilerin şüpheli veya sanıkla arasındaki mektup ve belgeyi vermeyebileceği CMK m. 45'te gösterilmiştir. Buna göre şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa dahi eşi, kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunan kişiler, şüpheli veya sanıkla arasındaki mektup ve belgeleri, Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye vermek zorunda değildir. Ancak söz konusu mektup ve belgeyi vermek istemeleri halinde, şüpheli veya sanığın rızasını almaya ihtiyaçları bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle kendi rızaları ile verme-

³⁸ Anayasa m. 38/5: "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz".

³⁹ CMK m. 126: "(1) Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46'ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz".

⁴⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s. 404; Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 353.

⁴¹ Benzer yönde bkz. Öztürk ve diğ., s. 520-521.

leri halinde söz konusu mektup ve belgeler hukuka uygun bir delil olacaktır.⁴² Öte yandan söz konusu mektupların ve belgelerin, şüpheli veya sanık hakkında olması da gerekmemektedir. Söz gelimi şüpheli ve maddede yazılı bir yakınının, üçüncü bir kişi hakkında birbirlerine yazdıkları mektuplar da bu kapsamdadır. Zira CMK m. 126, ayırım gözetmeksizin bu kimseler arasındaki tüm mektuplar ve belgelerden söz etmektedir.

Meslek veya uğraşları sebebiyle şüpheli veya sanıkla arasındaki mektup ve belgeleri vermek zorunda olmayan kişiler ise CMK m. 46'ta gösterilmiştir: Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları; malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler. Ancak avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları hariç olmak üzere söz konusu kişilerin, şüpheli veya sanığın rıza göstermesi halinde söz konusu mektup ve belgeyi vermeleri gerekmektedir (CMK m. 46/2 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 36). CMK m. 45'te sayılan yakınlarda olduğu gibi, bu kişilerle şüpheli veya sanık arasındaki mektup ve belgelerin de doğrudan doğruya şüpheli veya sanık hakkında olması gerekmemektedir. Öte yandan CMK m. 154'te şüpheli veya sanığın müdafii ile yazışmalarının denetime tabi tutulamayacağı düzenlendiğine göre, bu yazışmaları içeren mektup ve belgelerin, müdafinin nezdinde bulunmasa dahi istenememesi gerekmektedir.⁴³

Son olarak 5187 sayılı Basın Kanunu m. 12'de "Sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibinin bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz." şeklinde ifade edildiği üzere CMK m. 45 ve 46'da yazılı olmayan bazı kişilerin de sahip oldukları bilgi ve belgeyi açıklamama, yani Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye vermeme hakları bulunmaktadır. Ancak bu bilgi ve belgenin bir tür haber kaynağına ilişkin olması gerekmektedir.⁴⁴

⁴² Yenisey/Nuhoğlu, s. 404.

⁴³ Denetleme yasağının, inceleme ve elkoyma yasağını da kapsadığı hakkında bkz. Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 353.

⁴⁴ Bu düzenlemenin CMK içinde yer almasının daha isabetli olacağı hakkında bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s. 515.

3. İstenilen Bilgi ve Belgeyi Temin Etmeyen Kişinin Cezai Sorumluluğu

Kanun koyucu, Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından istenilen bilgi ve belgenin verilmemesini görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmektedir. Bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi ve görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstermesi suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması halinde TCK'nın 257. maddesinde⁴⁵ yazılı görevi kötüye kullanma suçları oluşmaktadır.⁴⁶ Maddenin, birinci fıkrasında icrai hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmişken; ikinci fıkrasında ihmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmiştir. Bilgi verilmemesi, ihmali bir davranış olduğu için konunun 257. maddenin ikinci fıkrası kapsamında açıklanması gerekmektedir.

İhmali davranışla işlenen görevi kötüye kullanma, yalnızca kamu görevlisi olan kişilerin işleyebildiği bir özgü suçtur⁴⁷. Kamu görevlisi esasen idare hukukuna ilişkin bir kavramdır. Ancak 5237 sayılı TCK'nın "Tanımlar" başlıklı 6. maddesinde kamu görevlisi deyiminden ne anlaşılacağı açıklanmıştır. Zira ceza hukukunun amaçları ve gerekleri diğer hukuk dallarından ayrılmaktadır.⁴⁸ Öyle ki AYM de

⁴⁵ TCK m. 257: "(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

⁴⁶ Öğretide bir görüş, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanmasının suçun tipikliği içinde netice unsurunu meydana getirdiği kanaatindedir. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa R. Erdem, R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yay., 2019, s. 1106; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, 2018, s. 729, 730; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yay., 2019, s. 1130. Diğer bir görüş ise söz konusu hususları, objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmektedir. Bkz. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yay., 2019, s. 1085; Mahmut Koca, İlhan Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yay., 2019, s. 975.

⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1102.

⁴⁸ Güneş Okuyucu Ergün, "Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi", Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a

benzer bir gerekçe ile 765 sayılı Kanun döneminde, TCK'da ayrıca "memur" tanımı yapılmış olmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.⁴⁹ TCK'nın 6/1-c maddesine göre kamu görevlisi, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Bu tanıma göre kamu görevlisi olmanın iki temel unsuru bulunmaktadır: kamusal faaliyetin varlığı ve bu faaliyete katılım.⁵⁰

Kanun'da kamusal faaliyete ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Ancak gerekçede "Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir." şeklinde bir tanıma yer verilmiştir. Öğreti⁵¹ ve uygulamada⁵² da benzer tanımlara rastlanmaktadır. Ancak gerekçede her ne kadar bilindiği üzere ifadesi kullanılsa da kamusal faaliyet, ceza hukuku bakımından yerleşik bir kavram değildir.⁵³ Zira 2005'te yürürlükten kaldırılan TCK, memur ve kamu hiz-

Armağan, C. III, Yayına Haz: Eric Hilgendorf, Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 18, İstanbul, 2010, s. 541.

⁴⁹ AYM, E. 1994/47, K. 1994/70, RG: 14.09.1995. AYM, daha eski bir kararında da il genel meclis üyelerinin ceza hukuku bakımından memur sayılmalarının, idare hukuku ilkelerine göre de memur ya da kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri gerektiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. AYM, E. 1987/12, K. 1998/23, RG: 26.11.1988.

⁵⁰ Mahmut Kaplan, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, Sa. 2, Aralık 2015, s. 63-64 (49-77); Aras Türay, "Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, Sa. 2, 2017, s. 363 (355-377).

⁵¹ Bkz. ve karşı. İlhan Üzülmez, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, Sa. 1, 2012, s. 194 (191-216); Kaplan, s. 66; Hasan Tahsin Gökcan, "Türk Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, Sa. 2, 2015, s. 150 (147-160).

⁵² "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" açılımından hareketle, bir kimsenin ceza kanunu uygulamasında "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir". CGK, E. 2010/9-258, K. 2011/46 ve T. 12.04.2011.

⁵³ Burcu Demren Dönmez, "Türk Ceza Kanunu'nda 'Kamu Görevlisi' Kavramı", *TBB Dergisi*, Sa. 94, 2011, s. 115 (95-130).

meti gören kişilerden söz etmekteydi.⁵⁴⁻⁵⁵ Ayrıca anayasa ya da idare hukukunda da böyle bir kavrama rastlanmamaktadır.⁵⁶ Gerekeçedeki tanımda yer alan kamu adına yürütülen bir hizmet ibaresinden hareketle, kamusal faaliyete en yakın kavramın, kamu hizmeti olduğu ifade edilmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla kamusal faaliyetin açıklanmasında bu kavramdan yararlanılabileceği belirtilmektedir. Kamu hizmeti, genel olarak siyasal organlar tarafından kamuya yararlı kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi tarafından ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen hizmet olarak açıklanmaktadır.⁵⁸ Ancak kamusal faaliyetin, kamu hizmeti ile açıklanması eleştirilmektedir. Okuyucu Ergün'e göre kamu hizmeti kavramı, belirsiz ve geniş kapsamlı olup; kamusal faaliyetin, kamu hizmeti olarak ele alınması durumunda, özel hastanede çalışan sağlık mensubundan, özel halk otobüsü şoförüne kadar neredeyse toplumun yarısının kamu görevlisi sayılması gerektirecektir.⁵⁹⁻⁶⁰ Yazara göre bu durum, TCK

⁵⁴ 765 sayılı TCK'da ceza kanununun uygulamasında kimlerin memur sayılacağı 279. maddede belirlenmiştir: "Ceza Kanunu'nun tatbikatında:1- Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;2- Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır." Maddenin ikinci fıkrasında ise kamu hizmeti görmekle görevli olanlar açıklanmıştır: "1- Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri; 2- Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir."

⁵⁵ 765 sayılı TCK'da memur kavramı için bkz. Doğan Soyaşlan, "Ceza Hukukunda Memur Kavramı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, Sa. 1, 1996 (41-53); Selami Turabi, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 7, Sa. 20, Aralık 2012, s. 93-101 (87-110).

⁵⁶ Güneş Okuyucu Ergün, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yay.*, Ankara, 2008, s.13; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1102. Kamusal faaliyet kavramının temel alındığı tez çalışması için bkz. D. Çiğdem Sever, *Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013.

⁵⁷ Benzer yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1090; Gökcan, s. 150; Türay, s. 364.

⁵⁸ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yay., Ankara 2015, s. 330. Bkz. ve karşı. Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2018, s. 482. Kamu hizmetine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 9, Sa. 1-3, 2011, (147-159).

⁵⁹ Okuyucu Ergün, s. 538-540.

⁶⁰ Özgenç ise kuruluş kanunlarına göre kamu tüzel kişiliğini haiz olan vakıf üniversitelerinin yürüttükleri faaliyetlerin kamusal bir faaliyet olduğunu ve bu faaliyeti yürüten vakıf üniversitesi çalışanlarının da kamu görevlisi olduğunu belirtmekte-

m. 2/3'te yer alan suç ve ceza içeren hükümlerin geniş yorumlanması yasağını ihlal eder niteliktedir.⁶¹ Türay ise kamu hizmeti kapsamında yer alan birçok faaliyetin kamu hizmeti olmaktan çıkarıldığını ancak kanun koyucunun kamu hizmetine yönelik bu güncel durumu göz ardı ettiğini belirtmektedir.⁶² Görüldüğü üzere öğretilerde kamusal faaliyetin kamu hizmetinden hareketle açıklanması, bir taraftan kavramı hukuka aykırı bir şekilde genişletmesi nedeniyle eleştirilirken; diğer taraftan da yakın dönemde bu kapsamdan çıkarılan faaliyetler dolayısıyla daraltılması nedeniyle tenkit edilmektedir. Öte yandan kamusal faaliyetin, kamu hizmeti ve kamu görevi kavramlarını birlikte içerdiği ancak kamuya yararlı faaliyetleri dışında bıraktığı da ileri sürülmektedir.⁶³ Sonuç olarak öğretilerde kamusal faaliyet kavramının içeriğine ilişkin mutabık kalınmış bir tanımlama bulunmamaktadır⁶⁴.

Kanaatimizce gerekçedeki tanımda yer alan kamu adına yürütülen bir hizmet ifadesi ile idare hukukunda yerleşik bir kavram olan kamu hizmetinin kastedilip kastedilmediği anlaşılammamaktadır. Ancak kanun koyucunun, kamusal faaliyet isimli yeni bir kavramdan söz ediyor olması, idare hukukundaki terimlerle bağlı kalmak istemediğinin bir işareti olarak görülebilir. TCK kapsamında kamu adına yürütülen bu hizmetin açıklanmasında, görevi kötüye kullanma suçunun koruduğu hukuki değerın göz önünde bulundurulması faydalıdır. Zira bu

dir. Bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yay., 2019, s. 880, dn. 320. Sonay Evik de vakıf üniversitelerinin, kamu hukuku usulüne göre verilmiş bir siyasi kararlar kurulmuş olmaları ve devletin yakın gözetim ve denetiminde faaliyet göstermeleri nedeniyle bu kurumlarda çalışan öğretim üyelerinin kamu görevlisi olarak değerlendirmek gerektiği kanaatinde. Ancak yazar, özel hastanelerin, vakıf üniversiteleriyle aynı durumda olmadığından bu hastanelerde çalışan hekimlerin kamu görevlisi sayılmayacağını belirtmektedir. Bkz. Vesile Sonay Evik, *Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257)*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019, s. 34-35.

⁶¹ Bu görüşte, kamu hizmetinin geniş bir kavram olması nedeniyle kavramın, kamu görevi olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Ancak madde metni ve gerekçesi karşısında böyle bir yorum yapılamayacağı kanaatindeyim. Benzer yönde bkz. Demren Dönmez, s. 117.

⁶² Türay, s. 365-367.

⁶³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1090, 1091; Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*, 4. Bası, Ankara, 2016, s. 9; Demren Dönmez, s. 120, 121; R. Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yay., 2006, s. 372.

⁶⁴ Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Yay., İstanbul, 2017, s. 63-64.

hizmeti “kötüye kullanan” kişiler, bir cezai yaptırım ile karşılaşacak ise bu kişilerin yürüttükleri hizmetin, suçla korunan hukuki değer ile ilişkili bir hizmet olması gerekmektedir. Görevi kötüye kullanma suçu ile kamusal faaliyetlerin, dürüst, etkin ve hukuken kendilerine tanınan sınırlar içinde yerine getirileceğine ilişkin toplumda hâkim olan güven korunmaktadır.⁶⁵⁻⁶⁶ Buna göre söz konusu hizmetin, yerine getirilmesinde dürüst, etkin ve hukuken tanınan sınırlar içinde hareket edileceğine ilişkin toplumda hâkim güvenin olduğu bir hizmet olduğu söylenebilir. Ayrıca gerekçedeki tanımdan hareketle bu hizmetin, kamu adına yürütülmesi ve bunun da Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması gerekmektedir.⁶⁷ Bu üç kıstasın, bir faaliyetin, kamusal faaliyet olarak nitelendirilmesinde temel alınması gerektiği kanaatindeyim. Bununla birlikte öğretide birlik sağlanamayan kamusal faaliyet kavramına ilişkin açık, net ve ihtilafa yer bırakmayan bir tanım getirmek, bu çalışmanın ötesine geçmektedir.

Kişinin kamu görevlisi olarak kabul edilmesinin ikinci koşulu ise kamusal faaliyetin yürütülmesine katılmış olmasıdır. TCK m. 6’ya göre bu katılım atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olabilir. Buna göre ceza hukukunda, idare hukukunda kabul edildiği şekliyle kişinin, kamu kesimindeki bir ör-

⁶⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1102; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 967, 968; Üzülmez, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 194; Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 1130; Handan Yokuş Sevük, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, Sa. 39, 2018, s. 260, 261 (257-316); İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, Sa. 1-2, Haziran-Aralık 2002, s. 195.

⁶⁶ Görevi kötüye kullanma suçunun TCK’da “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiş olması nedeniyle suçun, kamu idaresine yönelik bir güveni koruduğu söylenebilir. Ancak bölümde yer alan kanun maddelerine bakıldığında; esasen faaliyeti kimin yürüttüğünden ziyade, faaliyetin niteliğinin önemli olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan kamu idaresinden ziyade kamusal faaliyetlerin işleyişine ilişkin bir güvenin korunduğu kanaatindeyim.

⁶⁷ Buradaki siyasal kararın mutlaka yasama meclisinin iradesi olarak kanunlar ile sınırlı anlaşılması gerekmektedir. Zira tanımda, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal karardan bahsedilmektedir. Bu bakımdan normlar hiyerarşisi içinde Cumhurbaşkanı kararname, tüzük veya yönetmeliklerin de siyasal karar olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. Hüseyin Aydın, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68, Sa. 2010/1, s. 121 (109-128).

güte bağlı olarak çalışması ve bu çalışmasının asli ve sürekli olması şart koşulmamaktadır.⁶⁸ Aksine kamusal faaliyete katılan kişinin, kamu görevlisi sayılması için devletle herhangi bir organik bağ içinde olup olmadığının veya kamu personel rejimine tabi olup olmadığının ya da yaptığı faaliyetin karşılığı olarak parasal veya sair maddi menfaat elde edip etmediğinin bir önemi bulunmamaktadır.⁶⁹ Bununla birlikte öğretide yazarların büyük çoğunluğu⁷⁰ ve Yargıtay⁷¹, bu katılımın, genel idare esasları uyarınca olmasını şart koşmaktadır. Ayrıca gerekçede kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı da belirtilmiştir.⁷² Ancak, Kanun'un açık lafzı karşısında, bir kamusal faaliyeti yürüten herkesin, ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olduğu kabul edilmelidir. Zira aynı gerekçede, "kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olması" şeklinde bir ifadeye de yer verilmiştir. Yine madde gerekçesinde "birlikçilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisi" olduğu da belirtmiş ve bir bakıma, katılımın ne şekilde gerçekleştiğinin bir önemi bulun-

⁶⁸ İdare hukuku bakımından kamu görevlisi kavramı için bkz. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku, C. I, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 803 vd., Günday, s. 579, 580; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Konya, 2018, s. 644, 645; Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s. 648 vd; Tayfun Akgüner, Kahraman Berk, İdare Hukuku, 8. Baskı, Der Yay., İstanbul, s. 546 vd.

⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1091. Benzer yönde bkz. Artuk/Gökçen, Özel Hükümler, s. 959; Muharrem Özen, Önder Tozman, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 42, Sa. 4, s. 46 (25-57); Kaplan, s. 65.

⁷⁰ Bu konuda bkz. Gökcan/Artuç, s. 21; Aydın, s. 122; Kaplan, s. 69; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 64; Turabi, s. 103; Zekeriya Alper İnanç, Türk Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013, s. 78.

⁷¹ CGK, E. 2010/9-258, K. 2011/46, T. 12.04.2011: "Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Kamusal faaliyet de anılan madde gerekçesinde; 'Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir' şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca; kamuya ait yetki ve gücü kullanacak organların, bu kamusal faaliyetlerine 'genel idare esaslarına' göre katılan ve yardım edenlerin de 'kamu görevi' yaptıklarının kabulünde zorunluluk vardır".

⁷² Bir kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi; emanet, ruhsat, müşterek emanet, iltizam veya imtiyaz usulüne olduğu belirtilmelidir. İhale ise esas itibarıyla kamu idarelerinin, dışarıdan mal veya hizmet satın almak için kullandıkları bir yöntem, bir sözleşme biçimidir. Benzer yönde eleştiriler için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1092; Türay, s. 371, 372.

madığı vurgulanmıştır.⁷³ Gerçekten öğretide genel idare esaslarının, ceza hukuku bakımından ayırıcı bir kavram olmadığını savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bununla birlikte bu görüşe göre katılım, dar yorumlanmalı ve katılımdan, bir kamusal faaliyeti doğrudan yerine getirmek üzere katılım anlaşılmalıdır.⁷⁴ Zira kanun koyucunun, kamusal faaliyete katılım yerine, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılım demesinin bir anlamı olmalıdır. Ancak bu görüşte doğrudan ve dolaylı katılımın, birbirinden nasıl ayrılacağı açıklanmamıştır. Buna karşın kanaatimce de kamusal faaliyete katılımdan söz edilebilmesi için bu katılımın belli bir yoğunluğa ulaşması gerekmektedir.

Konuyu CMK m. 332’de belirtilen kişiler bakımından değerlendirmek gerekirse; kişilerin, suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgileri vermek suretiyle yargı faaliyetine bir yardımda buldukları açıktır. Yargı faaliyetlerinin, kamusal bir faaliyet olduğunda ise bir şüphe bulunmamaktadır.⁷⁵ Ancak kanaatimce buradaki katılım, yargı faaliyetinin yürütülmesi anlamına gelecek yoğunlukta değildir. Buna karşın örneğin, TCK m. 6 gerekçede kamu görevlisi olduğu belirtilen bilirkişi, yararlı görülecek tedbirlerin alınmasını isteme yahut şüpheli veya sanığın ya da bunlar dışındaki kimselerin bilgilerine başvurabilme (CMK m. 66/3-4) gibi yetkiler kullanmak suretiyle bu sürece katılmaktadır.⁷⁶ CMK m. 332’de belirtilen faaliyet ise, bir belge vermek-

⁷³ Öte yandan çağrıya uymayan tanıklara, zorla getirme ve gelmemelerinin sebep olduğu giderleri ödettirmek dışında bir yaptırım uygulanmamaktadır (TCK m. 44). Öğreti ve uygulamada tanıkların, kamu görevlisi sayılmalarına ilişkin bir itiraz bulunmamakla birlikte çağrıya uymayan tanığın, görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olabileceğine ilişkin bir değerlendirmenin yapılmamış olması dikkat çekicidir. Zira görevi kötüye kullanma, her ne kadar tamamlayıcı bir suç olsa da tanığın çağrıya uymaması ya da uymakla birlikte duruşmada beyanda bulunmaması haline özgü düzenlenmiş bir suç tipi bulunmamaktadır. Öte yandan Yargıtay’ın mahkemede dinlenmekte olan tanığa hareket edilmesine ilişkin kararlarında, tanığı kamu görevlisi olarak değerlendirdiği görülmektedir. “Yargılama sırasında dinlenen tanığın kamu görevlisi olduğu gözetilmeyerek eksik ceza verilmesi kanuna aykırıdır”. 4.CD, E. 2008/19877, K. 2009/14039 ve T. 13.07.2009; benzer yönde bkz. 4.CD, E. 2007/7233, K. 2009/2075 ve T. 10.02.2009 (kararlar için Sonay Evik, s. 31, dn. 96).

⁷⁴ Türay, s. 371-374.

⁷⁵ Üzülmez, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, s. 194; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 647, 648; Kaplan, s. 68.

⁷⁶ Bilirkişinin, raporu hazırlaması sırasındaki hak ve yetkileri için bkz. Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk*

ten ibarettir. Sonuç olarak CMK m. 332 kapsamında bilgi ve belge veren kişilerin kamu görevlisi olmadıkları kanaatindeyim. Aksi halde sadece ceza muhakemesinde CMK'nın 332. maddesi kapsamında değil, hukuk muhakemesindeki⁷⁷ de dâhil her türlü hâkim ve mahkeme isteminin yerine getirilmesini kamu görevi olarak nitelendirmek gerekecektir.

5271 sayılı CMK m. 161/5'te özellikle görevi kötüye kullanma suçundan bahsedilmemiş yalnızca yargılama usulüne ilişkin bazı hususlar belirtilmiştir.⁷⁸ Zira madde, yalnızca kamu personel rejimi tabi olan kişilere, Cumhuriyet savcısı tarafından istenilen bilgi ve belgeyi verme yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla kamu görevlilerin, görevlerini yerine getirmemelerinden doğan ceza sorumluluklarına ilişkin genel bir düzenleme (TCK m. 257) bulunduğu için m. 161/5'te ayrıca bu suç tipinden söz edilmesine gerek bulunmamaktadır. Fıkra Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılacağı ifade edilmiştir. Buna göre bu kolluk amir ve memurlar hakkında bir soruşturma şartı olan izin aranmayacaktır. Fıkranın devamında ayrıca vali ve kaymakamlar hakkında 4483 sayılı Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulünün uygulanacağı düzenlenmiştir.

Fakültesi Dergisi, C. X, Sa. 3-4, 2006, s. 316-320 (273-345).

⁷⁷ 6100 sayılı HMK m. 221: "(1) Mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emreder.

(2) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi hâlinde ise bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadır. Mahkeme yapılan açıklamayı yeterli görmezse, bu kimseyi tanık olarak dinleyebilir.

(3) Belgeyi ibraz zorunda olanlar, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan çekinebilirler. Belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanır".

⁷⁸ CMK m. 161/5: "Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır".

CMK m. 332’de ise bilgi istenen kişi bakımından; kolluk amiri, memur veya özel hukuk kişisi ayrımı yapılmamıştır. Buna karşın maddenin ikinci fıkrasında, ilgili kişiye gönderilen yazıda isteme aykırı hareket etmenin TCK m. 257’ye aykırılık oluşturabileceğinin yazılacağı düzenlenmiştir.⁷⁹ Bilindiği üzere görevi kötüye kullanma suçu bir özgü suç olup; TCK m. 40/2⁸⁰ uyarınca, bu niteliğe sahip olmayan kişilerin, bu suçta fail olabilmeleri mümkün değildir. Özgü suçlara katılan ancak özel faillik niteliği taşımayan kişiler, suçun işlenişine olan katkılarının derecesine göre ya azmettiren ya da yardım eden olabilmekte; ancak söz konusu katkıları ne derecede olursa olsun müşterek fail olarak kabul edilmemektedir.⁸¹ Sonuç olarak yukarıda açıkladığımız nedenlerle, bilgi ve belge veren kişileri, kamu görevlisi olarak kabul etmemekteyim. O halde, 5237 sayılı TCK sistemine göre CMK m. 332 kapsamında bilgi ve belge istenen özel hukuk kişilerinin, ne şekilde görevi kötüye kullanma suçunda sorumlu tutulabileceklerinin açıklanması gerekmektedir.⁸²

Kanun koyucu bazı hallerde özel hukuk kişilerini; işledikleri suçlardan dolayı⁸³ veya Türk Ceza Kanunu’nun uygulanması açı-

⁷⁹ CMK m. 332/2: “Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanunu’nun 257’nci maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.”

⁸⁰ TCK m. 40/2: “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur”.

⁸¹ Bkz. Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2019, s. 481.

⁸² Yargıtay 2015 yılında verdiği bir kararda maddede belirtilen yükümlülüğe aykırı davranan kişinin kamu görevlisi olmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir. Ancak kararda, TCK m. 40/2 karşısında, bir özel hukuk kişinin nasıl görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu tutulabileceği ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır: “CMK’nın 332. maddesindeki düzenleme itibarıyla, maddede belirtilen yükümlülüğe aykırı davranan kişinin kamu görevlisi olmasının zorunlu olmadığını gözetilip, sanığın...’ istenilen belgelerin bankada bulunmaması üzerine müşteri ve muhasebecisine ulaşılarak eksik belgelerin temin edilip gönderildiği...’ şeklindeki savunması üzerinde durularak... sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik inceleme ve yanlılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat hükmü kurulması...” 5. CD, E. 2013/7399, K. 2015/8476, T. 18.03.2015. Benzer yönde bkz. 5. CD, E. 2012/11302, K. 2013/11423, T. 27.11.2013 (www.kazanci.com).

⁸³ Bu kişiler yalnızca görevleri dolayısıyla işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılırlar. Ancak görevleri ile ilgili olarak kendilerine karşı işlenen suçlardan

sından⁸⁴ kamu görevlisi saymakta ya da kamu görevlisi gibi⁸⁵ cezalandırmaktadır. Yine kanun koyucu, bazı hallerde ise bu kişileri belli davranışlarda bulunmaları nedeniyle özgü bir suçtan dolayı sorumlu tutmaktadır. Söz gelimi 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun m. 9/2'e göre, yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapmaları gereken denetimi yapmadıkları halde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemeleri hâlinde Türk Ceza Kanunu'nun resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılacaktır.⁸⁶ Bu kişiler, esasen TCK m. 6 kapsamında kamu görevlisi değildir. Ancak ceza siyaseti açısından, bazı faaliyetleri sırasında veya gerçekleştirdikleri bazı davranışlardan

dolayı kamu görevlisi olarak kabul edilmezler. Örneğin, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun m. 7/3: "Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile özelleştirme programına alınan kuruluşlarda çalışan personel ve sözleşmeli olarak çalıştırılan personel, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılırlar".

⁸⁴ Bu kişiler görevleriyle bağlantılı bir suç işlediklerinde veya kendilerine karşı bir suç işlendiğinde kamu görevlisi sayılırlar. Örneğin, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu m. 28: "Yönetim Kurulu üyeleri ile Kurum personeli, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır..."; 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 52/1: "Bu Kanun'un tatbikinde vazifeli bulunan memur ve hizmetliler ile mahalle, köy muhtar ve ihtiyar heyeti ve meclisi azaları işledikleri suçlar ile kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı, Türk Ceza Kanunu'nun kamu görevlisine ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır".

⁸⁵ Örneğin, 5237 sayılı TCK m. 94/4: "Bu suçun (işkence) işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır"; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 62/3: "Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır"; 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun m. 23: "Özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır. Özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır".

⁸⁶ "Dosya kapsamına göre, 4708 sayılı Kanun'un 9. maddesinin yapı denetim şirketinin yönetici ve mühendislerinin işledikleri suçlar nedeniyle kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklarına dair hükmü karşısında; sanıkların eyleminin 5271 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 204/2. maddesinde yazılı 'memurun resmi belgede sahteciliği' suçunu oluşturabileceği, bu eylemi yargılama görevinin de 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesi gereğince Ağır Ceza Mahkemesine ait olacağı ve delillerin takdiri ile değerlendirilmesinin de üst dereceli mahkeme tarafından yapılması gerektiği hususları dikkate alınmaksızın..." 5. CD, E. 2015/6231, K. 2015/13829, T. 08.09.2015. Benzer yönde bkz. 5. CD, E. 2017/4009, K. 2017/3301, T. 11.09.2017; 5. CD, E. 2019/3476, K. 2019/5090, T. 08.05.2019.

dolayı kamu görevlisi olarak kabul edilmektedirler.⁸⁷ CMK m. 332/2 uyarınca istem yazısında; isteme aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanunu'nun 257'inci maddesine aykırılık oluşturabileceğinin yazılmasını da bu şekilde anlamak gerektiği kanaatindeyim. Yani kanun koyucu, Cumhuriyet savcısı ve ceza mahkemesinin bilgi ve belge istemine verdiği özel önem gereği, bu isteme aykırı hareket eden kişileri, kamu görevlisi gibi cezalandırmaktadır. Diğer bir deyişle görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu tutmaktadır.⁸⁸

CMK m. 332/2'de bilgi istenen yazıda, isteme aykırı hareket etmenin TCK m. 257'ye aykırılık *oluşturabileceğinin* yazılacağı belirtilmiştir. "*Oluşturabileceği*" ifadesi, yani görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasının bir ihtimal olarak belirtiliyor olmasının, bu suçtan dolayı mahkûmiyet hükmünün kurulabilmesinin, *kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunmasına ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanmasına* bağlı olması ile ilgili olduğu kanaatindeyim. Bu noktada hemen belirtelim ki isteme aykırı davranmak, en azından soruşturmanın veya ceza davasının uzaması ve yeni tebligat masraflarının meydana gelmesi sonuçlarını doğuracağından, bu davranışın kamunun zararına neden olacağı kuvvetle muhtemeldir. Öte yandan somut olayda yukarıda yer verdiğimiz belge isteme yetkisinin istisnalarından birinin bu-

⁸⁷ Aydın, s. 123.

⁸⁸ Benzer yönde bkz. Ünver/Hakeri, C. 3, s. 2124. Aksi yönde bkz. "Akbank TAŞ'nin özel hukuk statüsüne tabi olması nedeniyle Ceza hukuku uygulamasında 'kamu görevlisi' sayılmayan ve 'kamu görevlisi gibi' cezalandırılması olanağı bulunmayan sanığın,... Cumhuriyet Başsavcılığının 06.06.2012 tarihli müzekkeresine cevap verilmemesi üzerine yetkilisi olduğu ilgili banka şubesine 06.09.2012 ve 04.12.2012 tarihlerinde tekit yazıları yazıldığı, yazılarda CMK'nın 332. maddesi şerhine yer verilmesine rağmen gereğini yerine getirmemesi şeklinde gerçekleşen eyleminin, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesine göre bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabileceği nazara alındığında fiilin aynı Kanun'un 32. maddesinde düzenlenen emre aykırı davranış niteliğinde olduğu, anılan maddede öngörülen idari para cezasının miktarına göre eylem tarihi ile inceleme günü arasında 5326 sayılı Kanun'un 20/2-c maddesinde öngörülen 3 yıllık soruşturma zamanaşımı süresinin gerçekleştiği anlaşıldığından hükmün 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi de gözetilerek 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca bozulmasına, aynı Kanun'un 322. maddesi uyarınca bu hususta bir karar verilmesi mümkün olduğundan gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle 5326 sayılı Kanun'un 20. maddesi gereğince sanık hakkında idari para cezası verilmesine yer olmadığına 29/05/2019 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi". 5. CD, E. 2015/1101, K. 2019/5891, T. 29.05.2019 (www.kazanci.com).

lunması halinde de isteme aykırı davranmak görevi kötüye kullanma suçunu meydana getirmeyecektir. Bu bakımdan söz konusu ifadenin, 332. madde kapsamında yalnızca kamu görevlilerinin cezai sorumluluğuna işaret ettiği şeklinde veya yalnızca bir “hatırlatma” mahiyetinde olduğu yönünde bir yorumun isabetli olmayacağı kanaatindeyim.

CMK m. 332 kapsamında isteme aykırı davranmanın görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı diğer bir durum ise; istem yazısında, isteme aykırılığın TCK m. 257’ye aykırılık oluşturabileceğine ilişkin bir ihtira yer verilmemiş olmasıdır. Burada görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurlarına yeni bir husus ekliyor değiliz. Aksine söz konusu ihtira yer verilmeden yapılan istem, şekli eksiklik nedeniyle 332. madde uyarınca yapılmış sayılamayacaktır ve en azından özel hukuk kişileri bakımından Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından yapılan her türlü istem değil, ancak 332. madde kapsamında yapılan isteme aykırılık görevi kötüye kullanma suçunu gündeme getirmektedir.

Son olarak 332. madde, istemde bulunulabilecek kişiler içinde kamu görevlilerinin de yer alması nedeniyle 161. maddeye benzer bir düzenleme içermektedir. Buna göre 332. madde uyarınca istenen bir bilgi yerine getirmeyen ve görevleri dolayısıyla haklarında (soruşturma yapılması ya da) kamu davası açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılmaktadır.

SONUÇ

Bu bölümde ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet eden Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin bilgi ve belge isteme yetkisi konulu çalışmamız kapsamında varılan sonuçlara yer verilecektir.

Cumhuriyet savcısı ve mahkemenin belge isteme yetkisi 5271 sayılı CMK’nın 161. ve 332. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun’un 161. maddesinde Cumhuriyet savcısının adli kolluk ve diğer kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebileceği belirtilmiştir. *Her türlü bilgi* içine şüphesiz belge delilleri de girmektedir. Kanun’un 332. maddesinde ise hem Cumhuriyet savcısının hem de mahkemenin belge istemi düzenlenmektedir. Maddede belirtilen mahkeme, ceza mahkemesidir.

CMK m. 332'de, yalnızca kamu görevlileri değil, aynı zamanda özel hukuk kişilerinden de belge istenebileceği anlaşılmaktadır. Ancak nemo tenetur ilkesinin vücut bulduğu Anayasa m. 38 uyarınca kişi kendisini suçlayan belgeleri vermeye zorlanamayacağından şüpheli ve sanık bu yetkinin dışındadır. CMK m. 161, isteme ilişkin şekli bir şart koşmazken; 332. maddede istemin yazılı yapılması aranmaktadır. Ayrıca 161. maddede istemin *gecikmeksizin* ve *vakit geçirmeksizin* yerine getirileceği belirtilirken; 332. maddede isteme *on gün içinde* cevap verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Esasen 332. maddenin, 161. maddeyi kapsadığı söylenebilir. Gerçekten 161. madde, Cumhuriyet savcısına yalnızca acele hallerde emirlerini sözlü olarak verme imkânı tanımakla, 332. madde dışına çıkmaktadır. Esasen Kanun'un "*Soruşturma İşlemleri*" isimli bölümü altında 161. madde ile Cumhuriyet savcısına bu yönde bir yetki tanınması kanun sistematığı açısından hatalı görünmemektedir. Buna karşın CMK m. 332'de yer alan düzenlemede, münhasıran mahkemeye yetki vermek suretiyle maddenin, Kanun'un "*Kovuşturma Evresi*" başlıklı üçüncü kitap içinde "*Delillerin Ortaya Konulması ve Tartışılması*" başlıklı dördüncü bölümüne alınmasının hem tekrara düşülmemesi hem de konunun doğru başlık altına alınması bakımından daha isabetli olacağı kanaatindeyim. Ayrıca itiraz mercii olarak hâkimin bilgi isteme yetkisi de itiraz merciiinin inceleme ve araştırma yapabileceğini düzenleyen 270. maddeye dahil edilmelidir.

Belge isteme yetkisinin istisnaları bir maddede ya da bir kanunda toplanmış değildir. Kimi istisnalar Anayasal hükümlerin veya tanıklığa ilişkin hükümlerin doğal bir sonucu olarak doğmaktayken kimi istisnalar ise kanunda açıkça düzenlenmiştir.

İlk hale örnek kişinin kendisini suçlayan belgelere ilişkindir. Şüpheli ve sanığın belge isteme yetkisinin dışında olmasına neden olan nemo tenetur ilkesi, bu kişiler dışındaki kimselerin de kendisini suçlayan belgeleri vermeye zorlanamayacağı anlamına gelmektedir. Zira belge istenen kişi, şüpheli veya sanık olmamakla birlikte söz konusu belgeyi vermesi halinde kendi aleyhine bir ceza soruşturması başlatılmasına neden olabilir.

Belge isteme yetkisinin ikinci istisnası devlet sırrı niteliğindeki belgelerdir. 5271 sayılı CMK m. 125 uyarınca kural olarak bu nitelikteki

belgeler mahkemelere karşı gizli tutulamamaktadır. Ancak bu kural mutlak olmayıp maddenin son fıkrasına göre devlet sırrı içeren belgeler, alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlar için mahkemeye karşı gizli tutulabilecektir. Ayrıca CMK m. 125'te yalnızca mahkemeye ilişkin bir istisna öngörüldüğüne göre bu nitelikteki belgeler, Cumhuriyet savcısına karşı gizli tutulabilecek, yani Cumhuriyet savcısını belge istemi yerine getirilmeyecektir. Öte yandan bir belgenin, devlet sırrı içerip içermediğini belirleyecek makam açıkça belli değildir. Kanaatimizce CMK m. 47 ve 125 nedeniyle ceza muhakemesini ilgilendiren bir konuda yetki, ceza mahkemesi hâkimi veya heyetindedir. Bu sebeple ceza mahkemesince istenen her türlü belgenin mahkemeye gönderilmesi gerekmektedir. Mahkeme, bu belgeyi, içeriğinin devlet sırrı niteliğinde olup olmadığına anlamak için ve bu amaçla sınırlı olarak öncelikle incelemelidir. İçerik devlet sırrı niteliğinde değilse, belge taraflara da açılmalı; içerik devlet sırrı niteliğinde ise yargılamaya konu suçun kanunda gerektirdiği hapis cezasının alt sınırına göre iki farklı şekilde hareket edilmelidir. Hapis cezasının alt sınırı 5 yılın altında ise belgeyi daha fazla incelemeyen geri göndermeli ya da imha etmeli; 5 yıl veya daha fazla ise bu belgedeki suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirilmelidir. Belgeyi gönderecek olan kişi veya mercii, söz konusu belgenin devlet sırrı niteliğindeki bilgileri taşıdığını düşünüyorsa; bunun nedenini belirtmeli ve belgeyi de bu niteliğini gösterir bir işaret taşıyan kapalı bir zarfta göndermelidir.

Belge isteme yetkisinin bir diğer istisnası 2937 sayılı MİT Kanunu Ek m. 1'de yer almaktadır. Buna göre, MİT uhdesindeki istihbari nitelikli bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler adli mercilerce istenememektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım'ın "*Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk*" başlıklı Yedinci Bölümünde yer alan suçlar bu istisnanın kapsamı dışında tutulmuştur. MİT Kanun'undaki bu istisnanın öne çıkan iki koşulu vardır. İlki belgenin MİT uhdesinde bulunması gerektiği; ikincisi ise belgenin istihbari nitelikte olması gerektiğidir. Kanun koyucu bu belgelerin niteliğini tayin etmede ayrıca bir mercii yetkilendirmediği için maddeyi MİT'in istihbari nitelikte gördüğü belgeleri vermeme yetkisi olarak anlamak gerekmektedir.

Belge isteme yetkisinin dördüncü ve son istisnası nemo tenetur ilkesi ile yakın bağlantı içindedir. Şöyle ki 5271 sayılı CMK m. 126'dan

hareketle şüpheli ya da sanık ile belli akrabalık ilişkisine sahip olanlar, şüpheli ya da sanıkla aralarındaki mektup ve belgeleri adli mercilere vermek zorunda değildir. Kanun koyucu, ayrıca meslekleri veya sürekli uğraşları dolayısıyla şüpheli ya da sanıkla belli bir ilişki içine giren kişileri de aynı korumadan yararlandırmaktadır. Şüpheli ya da sanıkla akrabalık ilişkisi bulunanlar, kendi rızaları ile istenilen belgeyi verebilirler. Buna karşın avukat veya stajyerleri veya yardımcıları haricinde meslek veya sürekli uğraşı nedeniyle şüpheli ya da sanıkla ilişki içine olan kişiler ise şüpheli veya sanığın rıza göstermesi halinde istenilen belgeyi vermek zorundadır. Öte yandan bu belgelerin, doğrudan doğruya şüpheli veya sanık hakkında olması gerekmemektedir. Son olarak 5187 sayılı Basın Kanunu m. 12 gereğince sürekli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, haber kaynaklarına ilişkin belgeleri adli mercilere vermek zorunda değildir.

Kanun koyucu Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından istenilen bilgi ve belgenin verilmemesini görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirmektedir. Görevi kötüye kullanma suçu yalnızca kamu görevlilerinin fail olabildiği özgü bir suçtur. Kamu görevlisi kavramı 5237 sayılı TCK'da "*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" olarak açıklanmıştır. Bu tanıma göre kamu görevlisi olmanın iki temel unsuru bulunmaktadır: kamusal faaliyetin varlığı ve bu faaliyete katılım. Belge istemi, bir suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin olduğuna göre ortada bir yargısal faaliyet vardır ki bu faaliyetin, bir kamusal faaliyet olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Buna karşın CMK m. 332 uyarınca kişilere yüklenen sorumluluk, belge vermeden ibarettir. Kanaatimizce buradaki yargı faaliyetine katılım, bir kamusal faaliyetin yürütülmesine katılım anlamına gelecek yoğunlukta değildir. Bu sebeple CMK m. 332 kapsamında belge veren kişilerin kamu görevlisi olmadıkları kanaatindeyim. Aksi halde özel hukuk yargılaması sırasında istenen bilgi ve belgeyi temin edenin de kamu görevlisi sayılması gerekecektir. Bu durum ise kamu görevlisi sıfatını, kabul edilemez bir genişliğe ulaştırmaktadır.

CMK m. 332 kapsamında hazırlanan istem yazısına aykırı davranmanın görevi kötüye kullanma suçuna neden olabilmesi, kanun koyucunun ceza siyaseti gereğidir. Daha açık bir ifadeyle kanun koyucu, Cumhuriyet savcısı ve ceza mahkemesinin bilgi ve belge istemine yük-

lediği özel önem gereği, bu isteme aykırı hareket eden kişileri, *kamu görevlisi gibi cezalandırmaktadır*. Ancak isteme aykırı hareket etmekten dolayı TCK m. 257'den mahkûm olunması için kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması gerekmektedir. Öte yandan somut olayda belge isteme yetkisinin istisnalarından birinin bulunması halinde, isteme aykırılık söz konusu suçu meydana getirmeyecektir. Ayrıca yazıda, isteme aykırılığın TCK m. 257'ye aykırılık oluşturabileceği ihtarinin yazılması şekli bir zorunluluktur. Bu ihtarın yer vermeyen bir istem CMK m. 332 kapsamında yapılmış sayılmayacaktır ki böyle bir isteme aykırılık da görevi kötüye kullanma suçunu meydana getirmeyecektir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akgüner Tayfun/Berk Kahraman, İdare Hukuku, 8. Baskı, Der Yay., İstanbul, 2017.
- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Konya, 2018.
- Artuk M. Emin/Gökçen Ahmet, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet Yay., 2019.
- Donay Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Basım Yay., İstanbul, 2009.
- Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 4. Bası, Ankara, 2016.
- Gözler Kemal/Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Ekin Kitabevi Yay., Bursa, 2018.
- Gözübüyük Şeref/Tan Turgut, İdare Hukuku, C. I, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yay., Ankara 2015.
- İnanç Zekeriya Alper, Türk Ceza Kanunu'nda İrtikap Suçu, On İki Levha Yay., İstanbul, 2013.
- Kaymaz Seydi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı, 2. Baskı, Seçkin Yay., 2020.
- Kelep Pekmez Tuba, Ceza Muhakemesinde Fiil, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019.
- Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yay., 2019.
- Köse Metin, Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Seçkin Yay., Ankara, 2017.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2010.

- Mahmutoğlu Fatih Selami/Karadeniz Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta Yay., İstanbul, 2017.
- Okuyucu Ergün Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yay., Ankara, 2008.
- Önok R. Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin Yay., 2006.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yay., 2019.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku – Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yay., 2019.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yay., 2019.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa R./Sırma Özge/Saygılar Kırıt Yase-min F./Özaydın Özdem/Alan Akcan Esra/Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yay., 2019.
- Sonay Evik Vesile, Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257), On İki Levha Yay., İstanbul, 2019.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, 2018.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Baskı, Seçkin Yay., 2020.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, 9. Baskı, Seçkin Yay., 2019.
- Taner Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağla-mında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yay., Ankara, 2019.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa R./Önok, R Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hu-kuku, 17. Baskı, Seçkin Yay., 2019.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2017.
- Yener Ünver/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 1, 15. Baskı, Adalet Yay., 2019.
- Yener Ünver/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 2, 15. Baskı, Adalet Yay., 2019.
- Yener Ünver/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 3, 15. Baskı, Adalet Yay., 2019.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yay., 2019.

Makaleler, Diğer Kaynaklar

- Aydın Hüseyin, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68, Sa. 2010/1 (109-128).
- Birtek Fatih, "Cumhuriyet Savcısı'nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi", *Marmara Üni-versitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, Nur Centel'e Armağan, C.19, Sa. 2, 2013 (953-990).

- Demren Dönmez Burcu, "Türk Ceza Kanunu'nda 'Kamu Görevlisi' Kavramı", *TBB Dergisi*, Sa. 94, 2011 (95-130).
- Feyzioğlu Metin, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *TBB Dergisi*, Sa. 52, 2006 (27-61).
- Gedik Doğan, "Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel S., 2019 (913-963).
- Gökcan Hasan Tahsin, "Türk Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, C. 3, Sa. 2, 2015 (147-160).
- Gülan Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 9, Sa. 1-3, 2011 (147-159).
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, "Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68, Sa. 1, 2010 (21-30).
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>
- Kaplan Mahmut, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, Sa. 2, Aralık 2015 (49-77).
- Karakehya Hasan, "Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine", *TAAD*, Y. 7, Sa. 27, Temmuz 2016 (59-82).
- Koca Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1, Sa. 2, Aralık 2006 (207-225).
- Okuyucu Ergün Güneş, "Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi", *Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. III, Yayına Haz: Eric Hilgendorf, Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 18, İstanbul, 2010.
- Örs Cengiz Ozan, "Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi*, Sa. 142, 2019 (9-58).
- Özen Muharrem/Tozman Önder, "Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 42, Sa. 4 (25-57).
- Özgenç İzzet/Şahin Cumhur, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, Sa. 1-2, Haziran-Aralık 2002.
- Sever D. Çiğdem, Kamusal Faaliyetlerin Özel Kişilere Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2013.
- Soyaslan Doğan, "Ceza Hukukunda Memur Kavramı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, Sa. 1, 1996 (41-53).
- Şen Ersan, "Kovuşturmada Re'sen Delil Araştırma ve Toplama Yetkisi", hukukihaber.net, Son E.T: 26.09.2020.
- Turabi Selami, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 7, Sa. 20, Aralık 2012 (87-110).

Türay Aras, "Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, Sa. 2, 2017 (355-377).

Üzülmez İlhan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, Sa. 1, 2012 (191-216).

www.kazanci.com

Yıldız Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, Sa. 3-4, 2006 (273-345).

Yokuş Sevük Handan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, Sa. 39, 2018 (257-316).

YÜKSEK YARGI ORGANLARININ KARARLARINA UYGULANAN KISMİ ERİŞİM ENGELİNİN İDARE HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

ANALYSIS OF RESTRICTED PUBLIC ACCESS TO HIGH COURT DECISIONS IN ADMINISTRATIVE LAW

Murat Buğra TAHTALI*

Özet: Türk hukuk sisteminde, Yargıtay adli yargının, Danıştay ise idari yargının en üst düzey yargı organı olup her iki mahkeme de kural olarak içtihat mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Her iki yüksek yargı organı da gerek içtihadı birleştirme kararları gerekse somut olaylarla ilgili içtihatların verildiği mahkemeler olarak kendi alanlarındaki içtihatların belirlenmesinde en önemli role sahiptir. Bu yüksek mahkemelerin her somut dava ile ilgili önlerine gelen konularda verdiği kararların herkesin erişimine açılması ve ulaşılabilir kılınması hem bilgi edinme hakkı hem de adil yargılanma hakkı açısından son derece önemlidir. Ancak uygulamada bu organların kararlarının hepsi değil, emsal değerindeki bazı kararlarının herkesin erişimine açılması söz konusu olup, önemli ve ilkesel bazı kararların ise herkesin erişimine açık olmadığı, bu tür kararlara ancak bu mahkemelerin muvazzaf veya emekli üyeleri yahut tetkik hâkimleri tarafından bastırılan yayınlardan ya da ücretle üyelik yapılan özel hukuk veri tabanlarından ücreti mukabilinde erişilebildiği görülmektedir. İşte yüksek mahkeme kararlarının tamamına herkes tarafından erişilememesi, kısmi erişim engeli niteliğinde bir idari işlem olup, bu işlemin unsurları bakımından incelenmesi, yüksek yargı organları tarafından devam ettirilen bu uygulamanın hukuka uygunluğu boyutuyla incelenmeye muhtaç bir husustur.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, İdari İşlemin Unsurları, Erişim Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı

Abstract: In the Turkish legal system, there is a stark division in matters relating to civil law and administrative law, in which while the Court of Cassation is designated as the highest court of appeal in civil litigation, the Council of State remains the highest court of appeal in administrative matters. In principle, both Courts function at the highest level with a power of setting legal precedent. This signifies an important judicial role in the law-making process with either

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, bugra.tahtali@inonu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2459-9938, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.09.2020, Kabul Tarihi: 15.09.2020

their decision of precedence tended to be binding, in a point of law, on another court in deciding a similar case or other decisions with a persuasive power, in certain circumstances or facts, on another court on deciding a similar case, to the effect that case law is built up out of precedents as such. No doubt, it becomes vitally crucial for fair trial and transparency to allow the public to have open access to case reports in the judicial process to enable them to exercise the right to fair trial and freedom of information. However, in practice, not all but only limited number of the Courts' important decisions of binding precedent are fully reported. Some other decisions of persuasive precedent remain in vastly unreported cases, access to which is solely available for the public by way of commercial means in the form of either publications by current or former judges of the Court and clerks to the Court or alternatively privately-run legal databases, and so is payable. We consider the Courts' practice of unreported cases 'a partial restriction on the public right to access to justice' and therefore, it constitutes an administrative act in legal nature. Thus, we believe that such an act as this must be subject to scrutiny in terms of its legal elements and that the Courts' current (un)reporting practice calls for a critical examination into its legality in administrative law.

Keywords: Administrative Law, Elements of Administrative Processing, Right to Access, Right to Information, Right to A Fair Trial

I. GİRİŞ

Türk hukukunda yargı kollarının başında bulunan yüksek mahkemelerin verdiği kararlar, emsal karar niteliği taşıdığından, benzer sorunlar yaşayan ve yaşadığı sorunları yargı önünde çözmeye çalışan kişilerin gerek ilk derece mahkemeleri gerekse -öngörülmesi halinde- bu kararların üst mahkemelerce incelenmesi aşamasında kendi lehlerine olan kararlar ışığında talepte bulunmaları açısından son derece önemlidir. Ancak yüksek yargı organlarının kararlarının alenilik durumu incelendiğinde, bu konuda yüksek yargı mercilerinin uygulama birliği içinde olmadığı görülmektedir.

Anayasa ve kanunların Resmî Gazete ve sair vasıtalarla herkesin erişimine açılması zorunlu kıldığı haller dışında, özellikle Yargıtay ve Danıştay'ın kararlarının çeşitli gerekçelerle tüm kararlar bakımından herkesin erişimine açık olmadığı görülmektedir. Bu durum da vatandaş boyutunda ciddi mağduriyetlere yol açmaktadır. Uzun yıllardır çözüm bekleyen bu sorun, 2007 yılının sonunda bir vatandaşın Yargıtay Başkanlığı'na başvurarak tüm kararların herkesin ücretsiz erişimine açılması talebinin reddedilmesi sonucunda idari yargıya taşınmıştır.

Bu çalışma, uzun yıllardır çözüm bekleyen bu sorunu idare hukuku perspektifinden ele almayı hedeflemektedir. Bu kapsamda çalışmada öncelikle yüksek yargı organlarının neler olduğu ele alınarak sorunun kapsamı belirlenecek, sonrasında yüksek yargı organlarının kararlarına erişim hakkının Anayasal ve kanuni dayanağı irdelenecek, yüksek yargı organlarının, verdikleri kararların tümünün herkes için ücretsiz olarak paylaşımına açılmasını reddeden tavrının gerekçeleri araştırılacak, daha önce bahsedilen ve idari yargı önüne gelmiş talebin reddi işleminden yola çıkarak bu ret işleminin idari işlem boyutu incelenecek ve yüksek yargı yerlerinin bu kararı idari işlemin unsurları bakımından değerlendirilecektir. Tüm bu değerlendirmelerin ardından nihayet sorunun çözümüne yönelik öneriler sıralanacaktır.

Anayasa'ya göre Türk Milleti adına karar veren yargı organlarının milleti ilgilendiren tüm kararlarına herkes tarafından ücretsiz erişim hakkını göz ardı eden bu uygulamanın sona ermesinde bu çalışmanın yol gösterici olması ve uygulamaya katkı sunması en büyük temennidir.

II. YÜKSEK YARGI ORGANLARI VE BU ORGANLAR TARAFINDAN VERİLEN KARARLARA ERİŞİM HAKKININ MEVZUATTAKİ YERİ

A. Türk Hukukunda Yüksek Yargı Organları ve Kararlarına Erişim Engeli Olan Mahkemeler

Bilindiği üzere Türk yargı sisteminde yargı kolları temel anlamda; adli yargı, idari yargı, uyuşmazlık yargısı ve Anayasa yargısı olmak üzere dört temel başlıkta sıralanabilmektedir.

Adli yargı ve idari yargı düzeninde ilk derece mahkemeleri ile olağan kanun yolları için başvurulmuş Yargıtay ve Danıştay yer almaktadır. Dolayısıyla Yargıtay ve Danıştay birer yüksek mahkemedir. Bu iki yüksek mahkemenin yanında adli yargı ve idari yargı kolları arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarının çözümünde son kararı verecek Uyuşmazlık Mahkemesi de bir yüksek mahkemedir.

Bu noktada ilk olarak 1876 Kanun-i Esasi'de "Umur-u Maliye (Maliye İşleri)" adı ile Anayasal güvenceye kavuşan (m. 105, 106 ve 107),¹

¹ 1876 Kanun-i Esasi'de "Yüksek Mahkemeler" başlığında ayrı bir bölüm yer alma-

1924 AY döneminde bu kez Divanı Muhasebat adıyla Anayasa'da yer alan (m. 100)² ve sonrasında hem 1961 AY döneminde (m. 127)³ hem de 1982 AY döneminde Anayasa metni içinde yer verilen ancak halen yüksek mahkeme olup olmadığı konusunda tartışmalar olan Sayıştay'a da bir parantez açmak gerekmektedir. AY m. 160'ta Sayıştay'ın görev ve yetkileri şu şekilde düzenlenmiştir: "Sayıştay, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren on beş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler. Bu kararlar dolayısıyla idari yargı yoluna başvurulamaz".

Hükümde geçen "... Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) adına" ifadesi, yine Anayasa'nın başka bir hükmü olan 9. maddesinde geçen "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır" hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde Sayıştay'ın Türk milletini adına değil meclis adına denetim yaptığı ve dolayısıyla bir yüksek yargı organı olmadığı düşünülse de TBMM de milletin seçtiği temsilcilerden müteşekkil olduğuna göre, bu bakış açısının çok sağlam temellere oturmadığı söylenebilir. Bunun yanında Sayıştay 1982 Anayasası'nda her ne kadar "Yargı" bölümünde yer alsada da "Yüksek Mahkemeler" başlığı taşıyan II numaralı kısımda yer almaması, bir yüksek yargı organı olmayan Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) ile aynı bölümde yer alması, sistematik yoruma göre Sayıştay'ın yüksek

dığı için Sayıştay'ın da bu Anayasa'da yüksek mahkeme olarak nitelendirilmesi söz konusu değildir. Ancak Sayıştay, Anayasayla değilse de kuruluş Kanunu ile kendisine verilen yargı yetkisini kullanmıştır. Bilgi için bkz. Burcu Sevinçler, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu ve Yargı Fonksiyonu", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, Dan. Hasan Tahsin Fendoğlu, Ankara, 2018, s. 11.

² 1924 AY m. 100: "Büyük Millet Meclisine merbut ve Devletin varidat ve masarifatını kanunu mahsusuna tevfikana murakabe ile mükellef bir Divanı Muhasebat müessesidir". (Büyük Millet Meclisine bağlı ve Devletin gelirlerini ve giderlerini özel kanuna göre denetlemekle görevli bir Sayıştay kurur.)

³ 1961 AY m. 127: "Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir".

mahkeme olmadığı şeklinde yorumlara neden olmaktadır.⁴ Bununla birlikte, Sayıştay'ın Anayasa'da "Yargı" bölümünde yer alması, diğer yargı organlarında olduğu gibi, karar verici mercide bulunan kişilerin kimseden emir ve talimat alamaması, üyelerinin hakimlik teminatına "eşdeğer" teminatlarının bulunması, Sayıştay ve Danıştay'ın kararları arasında uyumsuzluk çıkması halinde Danıştay'ın kararlarının esas alınacağı kuralından hareketle Anayasa'ya göre yüksek mahkeme olduğu şüphesiz olan Danıştay'ın Sayıştay ile kıyaslamaya tabi tutulması ve bunlar arasındaki hüküm uyumsuzluklarından bahsedilmesi gibi gerekçelerle, Sayıştay'ın bir yüksek mahkeme olduğu görüşünü ileri süren yazarlar da vardır.⁵

Sayıştay'ın bir yüksek mahkeme olup olmadığı konusundaki tartışmalar sadece doktrin ile sınırlı kalmamış, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi tarafından da birkaç kez tartışılmıştır.⁶Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi, sırasıyla; 1969 yılında Sayıştay'ın yüksek mahkeme olduğuna, 1973 ve 1991 tarihinde verdiği kararlarda yüksek mahkeme olmadığına, 2012 yılından itibaren verdiği üç kararda da yine Sayıştay'ın yüksek mahkeme statüsünde olduğuna karar vermiştir.

⁴ Yüksek mahkemeler arasında Sayıştay'a yer vermeyen görüşe örnek için bkz. Özlem Koçak Süren, "Türkiye'de Yargının Örgütlenmesi ve Adalet Sisteminin Problemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2009, S. 85, s. 405.

⁵ Selim Kaneti, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi C.3, Ankara, 1990 s. 9.

⁶ Anayasa Mahkemesi, Sayıştay'ın bir yüksek mahkeme olup olmadığı konusunu sırasıyla şu kararlarda tartışmıştır:

E. 1967/13, K. 1969/5, KT. 16.01.1969. Kararın orijinal metnine ulaşmak için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/01494500-9cf3-4f70-ab5c-e9b513009c59?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.

E. 1972/56, K. 1973/11, KT. 06.03.1973. Kararın orijinal metnine ulaşmak için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c503aeaa-a4cf-46ae-97d3-7de1fa84a051?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.

E. 1990/39, K. 1991/21, KT. 11.07.1991. Kararın orijinal metnine ulaşmak için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1726d649-1460-4bf5-87c1-379e5f5ea5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.

E. 2011/139, K. 2012/205, KT. 27.12.2012. Kararın orijinal metnine ulaşmak için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131010-8.htm>, ET. 25.08.2020.

E. 2011/21, K. 2013/36, KT. 28.02.2013. Kararın orijinal metnine ulaşmak için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e2285c9f-c53d-4763-b602-8ba41ef19d68?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.

E. 2011/142, K. 2013/52, KT. 03.04.2013. Kararın orijinal metnine ulaşmak için bkz. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/696d5229-e476-4b5f-a45f-cc0923693995?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.

Tüm bu tartışmalar, Sayıştay'ın yüksek mahkeme olup olmadığı hususunda gerek doktrinde gerekse yargı yerlerinde tam bir fikir birliği olmadığını gösterse de Anayasa sistematığı dikkate alındığında Sayıştay'ın yüksek mahkemeler arasında yer almadığını ve kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayan kendine özgü yapıya sahip bir idari kurum olduğunu söyleyebiliriz.⁷

Sayıştay dışında üstte isimleri zikredilen mahkemeler, Anayasa'da ismi geçen yüksek mahkemeler olmakla beraber, bunların yanında ikinci derece yargı mercii olan istinaf mahkemeleri de vardır. Hem adli yargıda hem de idari yargıda, bu yargı kollarının teşkilatları içinde yer alan istinaf mahkemeleri (Bölge İdare Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleri) de yerel mahkemelerin kararlarının gözden geçirilmesi ve usule/hukuka aykırı olması durumunda ise bozulması/ortadan kaldırılması anlamına gelen bir yargılama yaptığından yerel mahkemelere göre yüksek bir mahkemedir. Zira Türk Hukuk Lugatı'nda istinaf; "İlk mahkemeler tarafından nihai bir hüküm ile neticelendirilen davanın, ikinci derecede, yüksek mahkemede yeniden görülmesi için müracaat edilen kanun yolu" olarak tanımlanmıştır.⁸

Makalenin konusu, yüksek yargı organlarının kararlarına erişim ile ilgili olduğundan; öncelikle "yüksek yargı yeri" başka bir ifadeyle "yüksek mahkeme" kavramının ne olduğu böylece netlik kazanmıştır.⁹ Dolayısıyla makalenin devamında kararlarına erişim kapsamı incelenecek olan yüksek yargı organları; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Bölge İdare Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleridir.

Çalışmanın başlığı her ne kadar yüksek mahkeme kararlarına özgü olsa da bu mahkemeler dışında, idari yargı içinde bulunan yerel mahkemelerin (idare ve vergi mahkemeleri) bazı kararlarının da kendine has durumları nedeniyle herhangi bir kısıtlama olmaksızın herkesin erişimine açılması gerekmektedir. Gerçekten de İdari Yargılama

⁷ Aynı yöndeki yaklaşım için bkz. Ahmet Taşır, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu Üzerine Tartışmalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2017, S. 133, s. 95.

⁸ Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basım Evi, Ankara, 1991, s. 172.

⁹ Doktrinde yüksek mahkemeleri sadece Anayasa'da yazan mevcut halleriyle ele alan yazarlar da vardır. Bilgi için bkz. Atilla Nalbant, "İnsan Hakları Avrupa Hukuku İlkeleri Işığında Yüksek Mahkemelerin Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Ankara, 2015, C. 4, S. 7, s. 228.

Usulü Kanunu'nun (İYUK) "İstinaf" başlıklı 45. maddesinde yer alan "... konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz" hükmü, beş bin Türk Lirası'nın altındaki bir bedele ilişkin uyuşmazlıklar hakkında karar veren idare ve vergi mahkemelerinin kararlarının kesin olduğunu (istinaf veya temyiz yoluna başvurulamayacağını) açıkça belirtmektedir. Aynı Kanun'un 51. maddesinde düzenlenen "Kanun Yararına Temyiz"¹⁰ yoluna da sadece ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından¹¹ başvurulabileceği düzenlenmiş, maddenin üçüncü fıkrasıyla da bu kararların Resmî Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiştir. Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, idari yargıda yerel mahkemeler tarafından verilen ve konusu beş bin Türk Lirası'nın altında olan kararlardan sadece ilgili bakanlık tarafından yönlendirilen veya Danıştay Başsavcısı tarafından re'sen kanun yararına temyiz edilen kararların Resmî Gazete'de yayımlanacağı ve böylece kamuoyu tarafından bilinebilir hale geleceği anlaşılmaktadır. Bunlar dışındaki kararların da herkesin erişimine açılması, kararların aleniliği bakımından en az yüksek mahkemelerin kararları kadar gereklidir.

Aynı durum, adli yargıda hukuk ve ceza mahkemelerinin bazı kararları için de geçerlidir. Şöyle ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 341. maddesinde miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararların kesin olacağı açıkça ifade edilmiştir. (HMK m. 341/2) Ancak bu kısmın devamında manevi

¹⁰ İYUK m. 51:

"(1) İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.

(2) Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozular. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.

(3) Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmî Gazete'de yayımlanır".

¹¹ İlgililerin, kanun yararına temyiz başvurusunda bulunmak için Danıştay Başsavcısından talepte bulunmalarının mümkün olduğu ancak Başsavcının bu taleple bağlı olmadığı belirtilmektedir. Bilgi için bkz. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Kitabevi, Ankara, 2018, s. 888.

tazminat davalarında herhangi bir değer sınırı öngörülmezsizin istinaf yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla manevi tazminat davaları, HMK'daki üç bin Türk Lirası olan kesinleşme sınırının istisnasıdır. Yine Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) m. 272/3 - (a) hükmünde hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç sonuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası ve altındaki adli para cezalarından mahkûmiyet hükümlerine, üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan verilen beraat hükümlerine ve kanunlarda kesin olduğu yazılı ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna gidilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla HMK m. 341/2'deki ve CMK m. 272'deki hallerde yerel mahkemelerin verecekleri karar kesin olduğundan öncelikle istinaf ve daha sonrasında temyiz yoluna gidilemeyeceğinden, idari yargıda olduğu gibi adli yargıda da kanun yararına temyiz edilen kararlar dışındaki yerel mahkeme kararlarının da erişime açılması gerekmektedir.

B. Yüksek Yargı Organlarının Kararlarına Erişim Hakkının Mevzuattaki Yeri

Yüksek yargı organlarının kararlarına erişim hakkı, temelde bilgi edinme hakkına dayanmaktadır. Bilgi edinme hakkı, Anayasa'nın 74/3. maddesinde "Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir" hükmü ile Anayasal güvence altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da tek bir cümlede güvence altına alınan bu hakkın kullanılmasının ve sınırlarının ayrıntıları 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda¹² düzenlenmiştir. Kanun'un 15. maddesi ile 28. maddesi arasında (bu maddeler dâhil) bilgi edinme hakkının sınırları, başka bir deyişle bilgi edinme hakkının kullanılamayacağı haller tahdidi olarak sayılmıştır.

Bu haller;

- Yargı denetimi dışında kalan işlemlere ilişkin bilgiler,¹³ (m. 15)

¹² 24.10.2003 tarihli ve 25269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili Resmî Gazete'nin orijinal sayısı için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/10/20031024.htm>, ET. 06.08.2020.

¹³ 15. madde yargı denetimi dışında kalan işlemlere bir istisna getirmiş ve eğer bu işlemler; kişinin çalışma hayatını ve meslek onurunu zedeleyecek nitelikteyse buna ilişkin belgelerin de bilgi edinme kapsamında olacağını düzenlemiştir.

- Devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler, (m. 16)
- Ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi ve belgeler, (m. 17)
- İstihbarata ilişkin bilgi ve belgeler,¹⁴ (m. 18)
- İdari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler, (m. 19)
- Adli soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler, (m. 20)
- Özel hayatın gizliliği,¹⁵ (m. 21)
- Haberleşmenin gizliliği (m. 22)
- Ticari sır niteliğinde olan bilgi ve belgeler, (m. 23)
- Kurum içi düzenlemeler¹⁶, (m. 25)
- Tavsiye ve mütalaa talepleri, (m. 27)

olarak sıralanabilir.

Görüldüğü gibi, bilgi edinme hakkı AY m. 74/3'te düzenlenmiş ve bu maddede bu kurala herhangi bir istisna (sınırlama) getirilmemiştir.

Bilgi edinme hakkı Anayasa'da güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlük olduğuna göre, bu hakkın sınırlanması da Anayasa'nın 13. maddesindeki koşulların varlığı ile mümkündür.¹⁷ Bahsi geçen maddede geçen "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriye-

¹⁴ 15. maddeye benzer bir düzenleme 18. maddede de getirilmiş ve istihbarata ilişkin belgeler kural olarak bilgi edinme kanunu kapsamı dışında olmasına karşın, bu belgeler; kişinin çalışma hayatını ve meslek onurunu zedeleyecek nitelikteyse buna ilişkin belgelerin de bilgi edinme kapsamında olacağını düzenlemiştir.

¹⁵ Özel hayatın gizliliğini ilgilendiren bilgiler kural olarak kanun kapsamı dışında bırakılmış olmakla beraber, maddenin ikinci fıkrasında, kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgelerin, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabileceği yönünde bu kurala bir istisna getirilmiştir.

¹⁶ Kurum içi düzenlemeler kural olarak bilgi edinme kanun kapsamı dışında olmakla birlikte, 15. ve 18. maddeye benzer bir şekilde bu düzenlemelerden etkilenen çalışanların talepleri kanun kapsamına alınmıştır. Başka bir deyişle kurum içi düzenlemelerden, kurumda çalışanların çalışma hayatını etkileyecek olanlar da bilgi edinme hakkı kapsamında yanıtlanması gereken hususlar olarak düzenlenmiştir.

¹⁷ Sami Sezai Ural, Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 73.

tin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” kuralı gereği, bilgi edinme hakkı, Anayasa’da getirilen herhangi bir özel kısıtlama sebebi söz konusu olmadığı için, ilk bakışta Bilgi Edinme Hakkında Kanun’a getirilen sınırlamalar, Anayasa’nın 13. maddesine göre Anayasa’ya aykırı olarak görülebilir.

Anayasa’da korunan ve herhangi bir özel sınırlama sebebi ön-görülme-yen bir hakkın kanunla sınırlandırılabilmesi için, bu hak ile doğrudan veya dolaylı olarak bağlantılı başka bir Anayasa maddesinde sınırlama sebebinin bulunması ve kanundaki sınırlamanın da Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen çerçeveye uygun olması gerekmektedir.¹⁸ Zira 13. maddede bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması temelde iki ana ilkeye dayandırılmaktadır. Bunlardan biri Anayasa’da özel bir sınırlama sebebi olması, diğeri de bu özel sınırlama sebebi-ne bağlı ve uygun olarak getirilen sınırlamanın kanunda düzenlenmiş olmasıdır. Ancak bir temel hak ve özgürlüğe kanunla sınırlandırma getirilmesinin ön şartı, Anayasa’da o hak ve özgürlüğün sınırlı olarak tanımlanmış olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle temel haklar, sınırları doğrudan Anayasa’da belirlenen haklardır.¹⁹ Ancak yüksek mahkeme kararlarına erişim talebinin konusunu oluşturan bilgi edinme hakkının, Anayasa’da doğrudan bir sınırlaması olmasa dahi, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması esas olduğundan bu bilgi edinme hakkının sınırını, bu hakkın kullanımını dolaylı olarak etkileyen özel hayatın gizliliği kapsamında kişisel verilerin paylaşılmasını belirleyen hükümler ve bağlantılı diğer hükümler oluşturacaktır. Dolayısıyla özel hayata yapılacak haksız müdahalelerin devlet ya da diğer kişilerden gelmesi farklı sonuçlar doğurmayacak ve kişiler özel hayata yönelik her türlü saldırıya karşı korunma talep edebileceklerdir.²⁰ Bu-

¹⁸ Doktrinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının soyut yasaklar, somut yasaklar ve ilgili Anayasa maddesi dışında farklı maddelerde getirilen sınırlamalarla bu hak ve özgürlüklerin ihlalinin yine Anayasa tarafından meşrulaştırılması şeklinde gerçekleşmektedir. Bilgi ve konu ile ilgili ayrıntılı örnekler için bkz. Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 136 - 144. Bilgi edinme hakkını sınırlayan somut, soyut veya dolaylı herhangi bir Anayasa maddesi olmadığı için, mahkeme kararlarına erişimi meşru kılan ve 13. maddeye uygun düşen herhangi bir sınırlama sebebi söz konusu değildir.

¹⁹ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 113.

²⁰ Hasan Gök, “Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliğinin İstisnası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2012, S. 99, s. 155.

nun haricinde yapılacak herhangi bir sınırlama Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olacaktır. Zira demokratik hukuk devletlerinde özgürlük esas, sınırlama istisnadır.²¹

Özetle Anayasa'da bilgi edinme konusunda herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemiş ise de bu hakkın kullanımını kısıtlayan kanuni düzenlemeler, bu hakla dolaylı olarak bağlantılı olan ve Anayasa'da koruma altına alınmış diğer temel haklara getirilen sınırlamalar nedeniyle kanunla sınırlamaya tabi olmaktadır.

Şu hâlde bir kişinin, kendisi ile ilgili görülmekte olan bir davaya nitelik olarak benzeyen ve lehine sonuç doğurabilecek herhangi bir emsal karara ulaşma talebini yüksek mahkemelerden birine bilgi edinme hakkı çerçevesinde iletmesi halinde, ilgili yüksek mahkemenin ilgili tüm kararları bu kişiye, Bilgi Edinme Hakkında Kanun kapsamında vermekle mükellef olduğu düşünülmektedir. Aynı durum bir konuda çalışma yapan ve bu konuyla ilgili ulaşamadığı emsal kararları talep eden bir akademisyen için de geçerlidir. Ancak Bilgi Edinme Kurulu'nun ilke kararlarının, mahkemelerin yargılama faaliyetlerine ilişkin eylemlerinin, söz konusu kanunun kapsamına girmediği yönünde olduğu ifade edilmektedir.²²

Yüksek mahkeme kararlarına erişim hakkının bir diğer Anayasal dayanağı ve belki de bu kararların yayınlanması esnasında en fazla dikkat edilmesi gereken husus, kararların taraflarına ilişkin bilgilerin ifşasından kaçınılmasıdır. Zira kişisel verilerin korunması Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasında²³ güvence altına alınmış başka bir temel hak olup, bilgi edinme hakkıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkının ilkeleri, AY m. 20/3 bağlamında şu şekilde özetlenebilir:

²¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasal Derinlik, Yetkin Yayınları*, Ankara, 2012, s. 573.

²² Servet Yetim, "Yargı Kararlarına Erişim Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2014, S. 4, s. 55.

²³ AY m. 20/3:

"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir".

- Bu hak (vatandaş veya yabancı) herkes için korunması gereken bir haktır.
- Bu hak bilgilendirmeyi, istediği takdirde bu bilgilere erişmeyi, yanlışlar varsa düzeltilmeyi ve silinmeyi de kapsamaktadır.
- Kişisel verilerin gizli tutulması esas olmakla beraber, bu verilerin kullanılması ancak kanunlarda öngörülen hallerde veya kişinin açık izni ile mümkündür.
- Kişisel verilerin kullanılması temel bir hak olduğundan buna ilişkin usuller ve kısıtlamalar ancak kanunla düzenlenebilir.

Yüksek mahkemelerin tüm kararlarına erişim hakkı korunurken, yine Anayasa ile güvence altına alınan kişisel verilerin korunması (kimlik ve adres bilgileri vs.) kişinin açık rızası olmadığı takdirde, gizlenerek verilmelidir. Örneğin bir kişinin, tanık koruma kanunu kapsamında bir yargılamada ifade vermesi durumunda tanık olarak dinlenen kişilerin –özellikle de gizli tanıklar bakımından- güvence altına alınması gerekmektedir. Her ne kadar tanığa yönelik tehlikeler devletten değil genellikle sanık veya üçüncü kişilerden gelse de tanıklık yapması hususunda kişiye kamu görevi yükleyen devletin (idarenin) tanıklara karşı üçüncü kişilerden gelebilecek her türlü saldırıya karşı bu kişileri koruma yükümlülüğü vardır.²⁴ 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanun” kapsamında yaşam hakkının korunması amacıyla hakkında kimlik bilgilerinin ve yüzünün değiştirilmesi yönünde koruma tedbiri alınması halinde bu kişinin bilgilerinin gizlenmesi önemlidir. Aksi bir durum hem kanunun amacına hem de hayatın olağan akışına aykırı olacaktır.

Mahkeme kararları erişime açılırken kişisel verilerin korunması konusunda yüksek yargı organları arasında bir uygulama bütünlüğü yoktur. Örneğin, Danıştay ve Yargıtay tarafından verilen ve erişime açılan kararlarda davacı taraf bilgilerine genelde yer verilmemektedir. Bunun yanında AYM kararlarında ise farklı kararlarda farklı uygulamalar benimsendiği görülmektedir. Örneğin, ilkesel olarak²⁵ bireysel

²⁴ Ayfer Kaplan Ataman, “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Gizli Tanık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü İnsan Hakları Programı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dan. Pınar Bacaksız, İzmir, 2018, s. 40.

²⁵ Bireysel başvurularda, başvurusunun bilgileri ilkesel olarak kararla beraber ya-

başvuru kararlarında, yüce divan yargılamalarında ve soyut norm denetimi başvurularında (iptal davalarında) başvuru ve taraf bilgileri açıkça yazarken, somut norm denetimlerinde davanın taraf bilgileri kararlarda yer almamakta ve kararı AYM önüne götüren mahkemenin adı paylaşılmaktadır.

Ancak AYM, cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette dolaştığı iddiası üzerine hakkında başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda devlet memurluğundan çıkartılan kişinin, “özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği” iddiasıyla ve kişisel bilgilerinin gizlenmesi talebiyle yaptığı bir bireysel başvuruda bu talebi yerinde görmeyerek bir taraftan “özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği” yönünde karar vermiş ancak diğer yandan anlaşılabilir bir şekilde başvurucunun kişisel bilgilerini yayınlamıştır.²⁶ Kararın Resmi Gazete’de ve Anayasa Mahkemesi’nin internet sitesinde yayımlanmasının ardından, başvuru Anayasa

yınlanır. Ancak, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 59/1. hükmünde yer alan “Başvurular, İçtüzük ekinde (EK-1) örneği bulunan ve Mahkemenin internet sitesinde yayımlanan başvuru formu kullanılarak resmî dilde yapılır” hükmü gereğince, bireysel başvuruların içtüzük ekinde yer alan örneğe uygun olarak yapılması gerekmektedir. İşte İçtüzük’te EK-1 olarak verilen başvuru formunun “Diğer Bilgiler” başlıklı V numaralı bölümünde “Kamuya Ait Belgelere Kimliğin Gizli Tutulması Talebi Varsa Bunun Gerekçesi” ifadesi yer almaktadır. Buna göre başvuru, yaptığı bireysel başvuruda kendi kimliğinin gizli tutulmasını talep etmekte ise gerekçesiyle beraber ekteki bu bölümü doldurarak başvurusunu yapacaktır. Tabii bu bölümün doldurulması, başvuru isminin mutlak suretle gizleneceği gibi bölümün doldurulması, başvuru isminin gizli tutulması yönündeki başvurunun kim tarafından kararlaştırılacağına yönelik bir düzenleme bulunmayıp, sadece komisyonların görevlerini ve çalışma usullerini düzenleyen 33. maddenin 4. fıkrasında “Komisyonlar, kabul edilemezlik kararı verilen başvurularda gizlilik taleplerini karara bağlamazlar” hükmü yer almaktadır. Aksiyle kanıt yöntemi uyarınca, bireysel başvuru hakkında kabul edilmezlik kararı verilmeyen, başka bir deyişle başvuru kabul edilen dosyalarda gizlilik talebinin, komisyon tarafından karara bağlanacağı söylenebilir. Son olarak yine 33. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen “Komisyonlar, önlerindeki bir başvurunun Anayasa’nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyıp taşımadığının, başvuru önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespiti ve başvurunun çözümünün bir ilke kararını gerektirmesi veya alınacak kararın Mahkeme tarafından verilmiş başka bir karar ile çelişebilecek nitelikte olması hâllerinde kabul edilebilirlik hususunu karara bağlamadan başvuruyu ilgili Bölüme gönderirler” hükmünden hareketle komisyonun karar için bölüme gönderdiği dosyalarda kabul edilebilirlik kararıyla beraber gizlilik talebi hakkında kararın da bölüm tarafından karara bağlanacağı düşünülmektedir.

²⁶ Karara ilişkin kimlik bilgileri daha sonradan Anayasa Mahkemesi internet sitesinden kaldırıldığından ve daha sonradan yapılan künyesi aşağıda paylaşılan Danıştay incelemesinde başvuru numarası da dâhil tüm bilgiler gizlendiğinden ilgili Anayasa Mahkemesi kararına ulaşılamamıştır.

Mahkemesi Başkanlığı'na başvurarak, açık kimliğine ilişkin bilgilerin internet sitesinden ve Resmi Gazete'den kaldırılmasına ve kimliğe erişiminin önüne geçilmesine yönelik yaptığı başvurunun reddi üzerine yerel mahkemede işlemin iptali talebiyle dava açılmış, yerel mahkemenin "bireysel başvuruda kişisel bilgilerin gizlenmesi talebinin reddinin yargısal bir karar olduğu" gerekçesiyle davayı esasa girmeden reddetmesi üzerine karar temyizen Danıştay tarafından incelenmiştir.²⁷ Dosyayı görüşen Danıştay 10. Dairesi, AYM'nin kişisel bilgilerin gizli kalması talebinin reddinin davaya konu edilip edilemeyeceği ile ilgili olarak, İYUK m. 14'te dava şartları (ilk inceleme) arasında sayılan "idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken işlem" kriterinde önemli bir karar vermiş ve Anayasa Mahkemesi'nin kişisel bilgilere ilişkin gizlilik talebinin reddi kararının yargısal bir karar ancak mahkemenin davayı sonuçlandırmasından sonra bu bilgileri yayımlaması işleminin ise yargılamadan ayrı bir idari işlem olarak kabul edileceğine karar vermiştir.

Yüksek yargı organlarının kararlarına erişim hakkının mevzuattaki bir diğer dayanağı ise hiç şüphesiz adil yargılanma hakkıdır. AY m. 36'da "Hak Arama Hürriyeti" başlığı ile düzenlenen hükümde yer alan "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" kuralı, adil yargılanma hakkının, hak arama hürriyetinin bir parçası ve zorunlu bir unsuru olduğunu göstermektedir. Adil yargılanma hakkının her ne kadar 2001 değişikliği ile gelse de daha önceki yıllarda da bu hakkın kullanımına ilişkin birçok güvencenin Anayasa'da yer aldığı belirtilmiştir.²⁸ Ancak bu hak, Anayasa'da başka bir hakkın bir unsuru olarak ve tek bir cümle içinde yer alsın da bu hakkın unsurları daha ayrıntılı şekilde, Avrupa

²⁷ Danıştay 10. Dairesi, E. 2015/1663, K. 2016/91, KT. 11.01.2016. Kararın orijinal metnine erişim için bkz. [²⁸ Yusuf Şevki Hakyemez, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 258.](http://emsal.danistAYuyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2eropYZFqZ1YwG708rLg7CbJld4klF716wgbIN3lkxv4ESsJ5OBdTzYF6ofz2NI1CVJPYfMfD7%2FWacT7No5ShxzWg%3D%3D&aranan=%C3%B6zel%20hayat%C4%B1n%20gizlili%C4%9Fi&dokumanTuru=DANISTAYKARAR, ET. 15.08.2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.6 hükmünde²⁹ karşımıza çıkmaktadır. Gerek bu sözleşme, gerekse kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümlere yer veren diğer sözleşmelerde adil yargılama yapabilecek kapasite ve nitelikte, tarafsız ve bağımsız bir yargı sisteminin varlığı, temel hak ve hürriyetlerin etkili düzeyde korumaya tabi tutulması açısından bir ön koşul olduğu belirtilmektedir.³⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) adil yargılamanın en önemli gerekçelerinden biri olarak, "silahların eşitliği ilkesini"³¹ benimsediği, bu ilke sözleşmede doğrudan zikredilmese de mahkemenin içtihatlarında silahların eşitliği ilkesinin adil yargılanma hakkının belirleyici unsuru olarak tarif edildiği, bu ilkenin de çekişmeli dava hakkının bir sonucu olduğu ifade edilmektedir.³² Mahkeme Dinç / Türkiye kararında "Bu hak (çekişmeli dava hakkı) ilke olarak, ulusal hukuk sisteminin bağımsız bir üyesi tarafından -bu davadaki Başsavcı gibi- mahkemenin kararını etkilemek üzere toplanan kanıtlar ve sunulan mütalaalarla ilgili olarak bir hukuk ya da ceza davasının taraflarına bilgi verilmesi ve bu taraflara da görüş bildirme olanağının tanınması anlamına gelmektedir."³³ diyerek; tarafların, yargılamayı etkileyecek her türlü

²⁹ AİHS m.6:

"(1) Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir."

³⁰ Mahmut Şen, "Adil Yargılanma Hakkı ve Yargının Kurumsal Bağımsızlığı" Türkiye Barolar Birliği Hukukçular Arası Makale Yarışması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2014, s. 13.

³¹ "Silahların eşitliği" deyiminin yargılama sürecini tasvir ettiği, silahların savaş aracı olduğu ancak yargılamanın ise hem bireysel hem de kitlesel savaşları önlemeyi amaçladığı, bu deyim in esasında tarafların yargılama sürecindeki etkinliklerinin eşit olması anlamına geldiği ifade edilmiştir. Bilgi ve silahların eşitliği hususunda detaylı değerlendirme için bkz. Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2005, S. 57, s.284.

³² Mehmet Kayhan, "İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2006, S. 65, s. 135.

³³ AİHM Dinç/Türkiye Kararı, BN. 36590/97, KT. 09.11.2000.Kararın resmi Türkçe çevirisi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%22%20CASE%20OF%20G%C3%96%C3%87%20v.%20TURKEY%20-%20>

bilgi ve belgeye ulaşabilmesinin adil yargılanma hakkı ve bunun gereği olan silahların eşitliği ilkesi için önemli olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme kararlarına erişim engelinin, adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilmesi konusu ile doğrudan alakalı olmasa dahi, bahsi geçen karar, davanın taraflarının her ikisinin de lehlerine sonuç doğurabilecek her türlü bilgi/belgeye erişebilme imkânından bahsetmesi açısından son derece önemlidir. Bu hakkın etkin kullanımı, doktrinde açık mahkeme veya günışığında yargı düzeninin en önemli gereklerinden biri olarak değerlendirilmiştir.³⁴Yüksek yargı kararlarına erişim hakkı, adalete erişim hakkının ayrılmaz bir parçası olup, dava açabilmek ve bilgi edinebilmek için sadece mevzuata erişim hakkı yetmez, ayrıca mahkeme kararlarına erişim de kolaylaştırılmalıdır.³⁵ Adalete erişim hakkı da AIHM'ye göre adil yargılanma güvencesi ile birlikte yorumlandığından,³⁶ mahkeme kararlarına erişimin, adil yargılanmanın bir ögesi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Konumuz açısından bakıldığında ise yüksek yargı organlarının verdiği tüm kararların bedelsiz olarak erişime açılmaması, örneğin vekil temsili olmadan tek başına dava açan bir kişinin lehine olan kararları öğrenme imkânının bulunmamasına sebebiyet verecektir. Bu da adil yargılanma hakkına ve bu hakkın alt ilkesi olan silahların eşitliği ilkesine aykırı düşecektir. Dünyanın çeşitli ülkelerinde bu sorun çoktan aşılmış olmasına rağmen, ülkemizde mahkeme kararlarına tüm vatandaşların erişim hakkının tanınmasını sağlayan uygulamalara henüz geçilmemiş olması adil yargılanma hakkının önünde bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Almanya'da ve Hırvatistan'da durum Türkiye'ye benzer şekilde ilerlerken,³⁷ İtalya'da Danıştay ve TAR'ın 2000 yılından

[Turkish%20Translation]%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs\%22%22],%22respondent%22:[%22TUR%22],%22docum entcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}, ET. 10.08.2020.

³⁴ Müslüm Akıncı, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.352.

³⁵ Yetim, 2014, s. 59.

³⁶ David Harris, Michael O'Boyle, Edward Bates, Carla Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü Kılçı, Ulaş Karan, Şen Matbaası, Ankara, 2009, s. 6.

³⁷ Almanya'da Türkiye'de olduğu gibi, Federal Anayasa Mahkemesi'nin tüm kararları erişime açık iken, idare mahkemelerinin çoğunluğunun internet sitesinin olduğu ve tüm kararların Türkiye'de şu anda olduğu gibi sadece avukat ve hâkimlerin erişimine açık olduğu belirtilmiştir. Hırvatistan'da ise Türkiye'de olduğu gibi,

sonraki kararlarının tamamının internette yayınlandığı, İsveç'te Yüksek İdare Mahkemesi'nin tüm kararlarının her yıl sonunda toplu halde kitap olarak ve internet sitesinde erişime açık olduğu, ancak idari yargıdaki yerel mahkemelerin ve istinaf mahkemelerinin seçilmiş kararlarının isimler gizlenerek erişime açıldığı, Estonya'da da özel bir kısıtlama getirilmedikçe sonuçlanmış olan bütün idari yargı kararlarına erişimin mümkün olduğu belirtilmiştir.³⁸

Anayasa'da yer alan bu ilkeler kapsamında ortaya çıkan güvencelerin yanında, yine Anayasa'da "Yargı" bölümünde "Anayasa Mahkemesinin Kararları" başlıklı 152. maddesinin son fıkrasında yer alan "Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz" hükmü, 153. maddenin birinci fıkrasında yer alan "Anayasa Mahkemesi'nin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz" hükmü, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" hükmü ile 6216 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazete'de yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir" hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin tüm kararlarının herkesin erişimine açık olmasının mevzuat bakımından bir zorunluluk olduğu söylenebilir.³⁹

yargının sadece seçilmiş bazı kararlarına erişim imkanının bulunduğu bildirilmiştir. Bilgi için bkz. Akıncı, 2008, s. 352.

³⁸ Bu bilgiler genel itibariyle idari yargıda verilen kararların erişimine ilişkin olup, diğer ülkelerdeki erişim imkanlarının boyutları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, 2008, s. 352, 353.

³⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Murat Sevinç, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Resmî Gazete'de Yayımlı Bağlayıcılığı Arasındaki İlişki", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2005, C.60, S. 1, s.174.

Şöyle ki Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının ve esasa girerek verdiği iptal isteminin reddi yönündeki kararların Resmi Gazete'de yayımlanması Anayasal bir zorunluluk iken, bireysel başvurular hakkında verilen nihai kararların içtüzük ile belirlenen⁴⁰ bir kısmının Resmi Gazete'de yayınlanması, ancak Resmi Gazete'ye gönderilen ve gönderilmeyen tüm kararların Anayasa Mahkemesi'nin internet sitesine yüklenerek herkesin erişimine açılması yasal bir zorunluluk haline getirilmiştir.

Bunun yanında, mevzuatta mahkeme kararlarının erişime açılmasının zorunlu olduğu bazı durumlar mevcuttur. Örneğin, Yargıtay Kanunu'nun 58. maddesi bulunan; "Bu Kanun hükümlerine göre alınacak ilke kararları, yapılacak yönetmelikler, içtihadı birleştirme kararları, Birinci Başkanlıkça emsal teşkil edebileceği belirlenen Hukuk ve Ceza Genel Kurul kararları Resmi Gazete'de yayımlanır" hükmü ile İcra ve İflas Kanunu'nun 14/3. maddesinde yer alan "Yargıtay, icra ve iflâs işlerine ait kararların tamamını düzenli olarak yayımlar" hükmü, Yargıtay kararlarının bir kısmı için Resmi Gazete'de veya internet ortamında herkesin erişimine açılma hususunda bir zorunluluk getirmektedir. Yargıtay'ın 2000 - 2014 yılları arasındaki stratejilerini belirleyen Stratejik Plan'ında Yargıtay'ın tüm kararlarına 2010 yılına kadar Yargıtay dışında görev yapan hakim ve savcılarının, 2013 yılına kadar da herkesin erişebilmesi için gerekli çalışmaların yapılacağı ilkesinin belirlendiği, bu doğrultuda Yargıtay'ın tüm kararlarının hakim ve savcılarının erişimine açıldığı ancak kişisel verilerin silinmesi hususunda efektif bir karar alınmadığı için henüz Yargıtay'ın tüm kararlarının herkesin (vatandaşların) erişimine açılmadığı ifade edilmiştir.⁴¹

Benzer bir şekilde Danıştay Kanunu'nun 40/3. maddesinde "İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun, içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararları, gönderildikleri tarihten itibaren bir ay içerisinde Resmî Gazete'de yayımlanır" hükmü bulunmakta ve en azından Danıştay'ın İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun kararlarının Resmî

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 81/4. maddesinde Resmî Gazete'de yayımlanacak olan kararlar "Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya konulması açısından ilkesel önemi haiz kararlar" olarak belirlenmiştir.

⁴¹ Yetim, 2014, s. 66.

Gazete’de yayımlanmak suretiyle herkesin erişimine açık hale getirileceği hükme bağlanmıştır.

Bunun yanında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 363. maddesinde⁴² ve İYUK 51. maddesinde⁴³ adli ve idari yargıda ilk derece mahkemeleri veya bölge mahkemelerinin, temyiz mercileri önüne gitmeden kesinleşen ancak daha sonrasında hukuka aykırı olduğu anlaşılan kararlarına karşı “Kanun yararına temyiz” adı verilen kanun yoluyla, uygulamada daha sonrasında yapılacak yargılamalara ve uygulayıcılara örnek teşkil edecek şekilde Adalet Bakanlığı veya ilgili yüksek mahkemeye bağlı Başsavcılık tarafından kararın yeniden incelenmesi öngörülmüştür⁴⁴. Her iki maddede de kanun yararına temyiz edilerek temyiz mercileri tarafından yeniden incelenen ve hukuka aykırı bulunan bu kararların Resmî Gazete’de yayımlanacağı belirtilmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu’nun 29. maddesinde ise “*Uyuşmazlık Mahkemesinin kararları kesindir. Başkanın uygun göreceği kararlar*

⁴² HMK m. 363:

“(1) İlk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla kesin olarak verdikleri kararlar ile yine bu sıfatla verdikleri ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur.

(2) Temyiz talebi Yargıtay’ca yerinde görüldüğü takdirde, karar kanun yararına bozular. Bu bozma, kararın hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz.

(3) Bozma kararının bir örneği Adalet Bakanlığına gönderilir ve Bakanlıkça Resmî Gazete’de yayımlanır”.

⁴³ İYUK m. 51:

“(1) İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir.

(2) Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozular. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.

(3) Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmî Gazete’de yayımlanır”.

⁴⁴ Tekrardan incelenerek kanun yararına temyiz edilen (bozulan) karar, mevcut taraflar bakımından bir etki doğurmamakla beraber, uygulayıcılar ve hâkimler açısından benzer konularda aynı hataların tekrar edilmesinin önlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Resmî Gazete’de yayımlanır” ifadesi yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere tüm kararların Resmî Gazete’de yayımlanması yasal bir zorunluluk olmayıp, hangi kararların yayınlanacağına Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı karar verecektir.

Son olarak; Türk Medeni Kanunu (TMK) m.1’in son fıkrasında “Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır” hükmünden bahsetmek gerekmektedir. Burada her ne kadar yargı kararlarının, karar veren hâkim açısından önemine vurgu yapılmakta ise de hâkimin hakkaniyete uygun karar verebilmesi açısından, tarafların da kendi haklılıklarını hâkime göstermek adına benzer durumlarda lehlerine verilen yargı kararlarını dava dilekçelerine eklemeleri elzemdir. Dolayısıyla bu hüküm, sadece hâkimler için değil, vatandaşların taraf oldukları davalarda ilgili kararlara ulaşabilmeleri hususunda tüm yüksek mahkeme kararlarının herkes tarafından erişime açılmasını destekleyen bir madde olarak kabul edilebilir⁴⁵.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi’nin tüm kararlarına herkes tarafından ücretsiz erişim mümkünken, kanunlarda Resmî Gazete’de yayımlanması zorunlu kararları dışında Yargıtay ve Danıştay’ın verdiği emsal kararlardan Başkanlık tarafından uygun görülenler, kişisel verilere ilişkin ayıklamalar yapıldıktan sonra kısıtlı da olsa halkın erişimine ücretsiz şekilde açlabilmektedir. Ancak yine birer yüksek mahkeme olan Bölge İdare Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin bu konuda kararlarına emsal kararlar düzeyinde dahi herkesin ulaşabileceği bir sistem henüz söz konusu değildir.

Yüksek mahkeme kararlarına erişim hakkının mevzuattaki genel görünümü bu şekildedir. Anayasa’nın AYM’nin kararlarını ve işleyiş usulünü içeren maddeleri, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Yargıtay Kanunu, İcra ve İflas Kanunu ve Danıştay Kanunu içindeki zorunlu hükümler dışında mevzuatta yüksek mahkeme kararlarının tamamına herkes tarafından erişimin sağlanması konusunda yüksek yargı organlarını doğrudan doğruya bağlayan herhangi bir hüküm söz konusu değildir. Ancak, yine çalışmada daha önce belirtildiği üzere Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan “*bilgi edinme hakkı*”, “*adil yargılanma*

⁴⁵ Benzer yönde görüş için bkz. Yetim, 2014, s. 53.

hakki", "*kişisel verilerin korunması hakkı*" gibi temel haklarla birlikte değerlendirildiğinde günümüz teknolojik imkânları da göz önünde bulundurulduğunda yüksek mahkeme kararlarının herkesin erişimine açılması elzem görülmektedir. Ancak yüksek mahkeme kararları, farklı gerekçelerle ya da herhangi bir gerekçe olmadan, çeşitli boyutlarda kısıtlamalara tabi tutulmaktadır. Çalışmanın temellendirilmesi amacıyla bu engellerin hangi boyutlarda olduğu, nedenleri ve hukuki statüsünün analiz edilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

III. YÜKSEK YARGI ORGANLARININ KARARLARINA ERİŞİM ENGELİNİN BOYUTLARI, NEDENLERİ VE BU ENGELİN HUKUKİ STATÜSÜ

A. Yüksek Yargı Organlarının Kararlarına Erişim Engelinin Nedenleri

Yüksek yargı organlarının tüm kararlarının herkes için erişime açılması konusunda, mevzuat bakımından, Resmî Gazete’de veya ilgili mahkemenin internet sitesinde yayımlanması zorunlu olanlar hariç, yüksek yargı organlarının somut bir adım atmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bunun birçok nedeni var ise de bu yaklaşımın nedenleri konusunda en somut analiz, YETİM tarafından yapılmıştır. Bu analize göre yüksek yargı kararlarının tümünün herkesin erişimine açılmaması (erişim engeli) nedenleri; bilgi paylaşımındaki isteksizlikler, ekonomik sorunlar ve personel ihtiyacı, iş yükünün çokluğu ve karar sayısının fazlalığı, yeterli kanuni düzenlemenin olmayışı ve içtihat makamı olma konusunun sorgulanması⁴⁶ olarak sıralanmıştır.⁴⁷

Sayılan bu nedenlerin hemen hepsi birbiriyle bağlantılıdır. Zira yeterli kanuni düzenlemenin olmaması, başka bir ifadeyle mahkemeleri tüm kararların herkesin erişimine açma yönünde yükümlü hale

⁴⁶ Doktrinde Servet Yetim, bu sebebi, dosyaların incelenmesinde yeterli emek ve mesai harcanmadığı gibi gerekli araştırmalar da yapılamadığından yüksek mahkemelerde verilen kararların yeterliliği tartışılır hale gelmesi nedeniyle yüksek mahkemeler vermiş oldukları kararların tamamını kamuoyuyla paylaşmayı tercih etmedikleri ve bu nedenle bütün kararların paylaşımı yüksek mahkeme Daire Başkanlıkları açısından risk oluşturduğu şeklinde açıklamıştır. Bilgi için bkz. Yetim, s. 81.

⁴⁷ Yetim, 2014, s. 79 – 81.

getiren bir düzenleme olmaması; iş yükünün çokluğu ve ekonomik sorunlar gerekçe gösterilmekte ve esasen bunların hepsi bilgi paylaşımındaki isteksizliklerden kaynaklanmaktadır. Ayrıca çoğunluğu içtihat makamı niteliğinde olan yüksek mahkemelerin kararlarının yeterli hukuki tartışmalara girilmeden karara bağlanması özellikle temyiz isteminin reddi yönündeki kararlarda göze çarpan haklı bir eleştiridir. Kararların tümünün erişime açılması, esas görevi inceledikleri davalarda tatmin edici kararlar vermek olan yüksek yargı mercilerini bu yükümlülüklerini yerine getirme konusunda zorlayıcı bir etken olacaktır. İsteksizliğin sebeplerinden birinin de bu olduğu düşünülebilir.

Bu nedenlere bir de aslında adalet hizmetlerinde hiçbir şekilde olmaması gereken “ticari kaygı” eklenebilir. Gerçekten de yüksek mahkeme kararlarının tamamına erişimin mümkün olmaması ve bu konuda yüksek yargıyı zorlayan kanuni düzenlemelerin bulunmaması, kritik öneme sahip, emsal nitelikte olan bazı kararların, bu mahkemelerin üyeleri, tetkik hakimleri, emekli mensupları ve sair kişiler tarafından basılan eserlerde yayınlanmasına veya kararlara yüksek abonelik ücreti istenen içtihat veri tabanlarından ulaşılabilesine sebebiyet vermektedir. Bu durum da aslında herkesin erişim hakkı olan bu kararlara ulaşmak isteyen kişilerin yüksek bedeller ödeyerek bu kararlara ulaşması gibi bir durum ortaya çıkarmaktadır.

B. Yüksek Yargı Organlarının Kararlarına Erişimin Engellenmesinin Hukuki Statüsü

Yüksek mahkemelerin verdiği kararların tümünün vatandaşın erişimine açılmasının, yargısal bir karar olmayıp, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında verilen bir idari karar olduğu ifade edilmiştir.⁴⁸ Gerçekten de idari işlemler; idare tarafından tek taraflı irade açıklamasıyla ortaya çıkan, kamu gücüne dayalı, icrai nitelikte işlemlerdir.⁴⁹

Türk hukukunda Yargıtay kararlarının tamamının herkesin erişimine ücretsiz bir şekilde açılması talebiyle yapılan başvurunun reddi

⁴⁸ Yetim, 2014, s. 55.

⁴⁹ A. Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009; Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 108, 109; Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 227; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 548.

yönündeki kararın idari yargıya taşınarak bu kararla ilgili iptal davası açılması ve daha sonrasında Danıştay'ın bu dosyayı esas incelemesi yapmak suretiyle temyiz incelemesinde bulunması,⁵⁰ yüksek mahkemelerin kararlarına erişimin engellenmesinin, idari organlar tarafından verilen idari bir işlem olduğunu ispatlamaktadır.⁵¹ Zira idare hukuku doktrininde idare kavramı, organik ve fonksiyonel (işlevsel) anlamda iki şekilde tanımlanmakta, organik anlamda idare; yasama ve yargı fonksiyonlarının işlemlerini idari işlem olarak kabul etmezken, sadece yürütme organını "idare" kabul etmiş ve dolayısıyla yine sadece yürütme tarafından yapılan işlemleri idari işlem olarak değerlendirmiştir.⁵² Bir başka ifadeyle organik anlamda idare, sadece idari teşkilatı ifade etmektedir.⁵³ Ancak bu tanımın yetersizliği nedeniyle fonksiyonel (işlevsel) anlamda idare kavramı, devletin her üç erkinin de idari işlem yapabileceğini kabul ederek, önemli olanın işlemin hangi organ tarafından yapılması değil, bu işlemin idari işlevinin⁵⁴ olup olmadığını belirlemektir. Buna göre; yasama, yürütme ve yargı erkleri

⁵⁰ Danıştay 10. Dairesi, E. 2009/3337, K. 2013/7110, KT. 08.10.2013.

⁵¹ İdari yargıda iptal davaları da tam yargı davaları da "ilk inceleme" ve "esas inceleme" olmak üzere iki aşamada incelenmektedir. Esas inceleme aşamasına geçilmeden önce dava şartları da denenen ilk inceleme aşamasının tüm şartlarının sağlanmış olması gerekmektedir. Bu şartlar İYUK m. 14'te sınırlı sayı ilkesine göre sayılmakta ve bunlar arasında "kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin varlığı" da sayılmaktadır. İdari yargıya konu olmuş bu kararda mahkeme esas hakkındaki karar verip, Danıştay da yine esas hakkında inceleme yaptığına göre Yargıtay Başkanlığı'nın vermiş olduğu bu kararın, idari davaya konu edilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olduğu hususunda bir şüphe yoktur.

⁵² A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 17; Ramazan Yıldırım, Türk İdari Rejimi Dersleri, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 5; Oğuz Sancaktar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018,, s. 37; İl Han Özay, Gün Işığında Yönetim - II Yargısal Koruma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 162; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 18; Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri Cilt-I, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 48 - 50.

⁵³ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 1; Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 74; Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 4.

⁵⁴ Gözler/Kaplan'a göre bir işlemin idari işleve sahip olması (idari işlem olarak değerlendirilmesi) için gereken hususlar; kamu yararının gerçekleşme amacını taşıması, kamu hizmetinin sunulmasına ilişkin bir işlem olması, idari eylem veya işlemlerle yürütülmesi, kamu gücünü kullanarak yerine getirilmesi, sürekli olması, kendiliğinden harekete geçmesi ve bireylere doğrudan etki eder nitelikte olması olarak sayılmıştır. Bilgi ve ayrıntılar için bkz. Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 24.

tarafından yapılan idari nitelikli tüm işlemlerin idari işlem olduğu görüşünü benimsemiştir.⁵⁵

Dolayısıyla yargı organları tarafından verilen “*tüm mahkeme kararlarının erişime açılması talebinin reddi*” işleminin, fonksiyonel anlamda idari bir işlem olduğunun kabulü gerekir.

Çalışmanın konusu bakımından oldukça önemli olan bu kararın ayrıntılarına yer vermekte fayda vardır:

Davacı taraf, Yargıtay Başkanlığı’na dilekçeyle başvurarak; Yargıtay tarafından verilen bütün kararların, hiçbir ayırım ve ayıklama yapılmadan, UYAP ortamında, davalı idarenin web sayfasında veya diğer elektronik yayın yöntemleri ile herkesin erişimine ücretsiz şekilde açılması talebinde bulunmuş, bu istek ise 17.12.2007 tarihli kararla reddedilmiş, bunun üzerine davacı talebin reddedilmesi işleminin iptali istemiyle idari yargıda (yerel mahkemede) dava açmıştır.

Yerel mahkeme, AY m. 90/5 hükmü ile iç hukukun bir parçası haline gelen AİHS’de düzenlenen adil yargılanma hakkına atıfta bulunarak, mahkeme kararlarının ücretsiz olarak herkesin erişimine açılmasının bu hakkın bir gereği olduğunu, tüm kararların ücretsiz şekilde erişime açılmasının kamuoyu denetimi ile yargıda iç denetime katkı sağlayacağı, yargı kararlarının Türk Milleti adına verilmesinin bu durumu zorunlu kıldığını ve kanunlarda bazı kararların yayınlanmasını zorunlu kılan düzenlemenin, tüm yüksek yargı yerlerinin tüm kararları için uygulanmasını engelleyecek bir durumun olmadığı gerekçeyle Yargıtay Başkanlığı’nın, talebin reddi yönünde tesis ettiği işlemin iptaline karar vermiştir.

Karar, Yargıtay Başkanlığı (davalı) tarafından temyiz edilmiş, kararı temyizen inceleyen Danıştay 10. Dairesi ise özetle Yargıtay Kanunu’nda veya başkaca bir kanunda, davacının başvurusuna konu talebin karşılanmasını, Yargıtay Başkanlığı’na görev olarak yükleyen bir kuralın bulunmadığını ve yerel mahkemenin İYUK m.2’de geçen

⁵⁵ Gözübüyük, 2009, s. 9; Cengiz Derdiman, İdare Hukuku, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007, s. 9; Gözübüyük, Tan, 2011, s. 17; Yıldırım, 2014, s. 7; Sancaktar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 37, 38; Özay, 2010, s. 163; Atay, 2016, s. 25 - 30; Kalabalık, 2019, s. 50 - 59; Çağlayan, İdare Hukuku, s. 75; Günday, 2011, s. 10 - 14.

“İdari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil veya esaslara uygun olarak idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini *kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler*” kuralına aykırı bir karar verdiğini ve konunun davalı idarenin takdir yetkisi kapsamında kaldığını belirtmiştir. Danıştay ayrıca Yargıtay’ca verilen tüm kararların, hiçbir ayırım ve ayıklama olmaksızın herkesin erişimine açılmasının, AY m. 20’de belirtilen “Özel hayatın gizliliği” kuralının ihlaline sebebiyet verebileceğini belirterek temyiz istemini haklı bulmuş ve yerel mahkemenin kararını OY BİRLİĞİ ile bozmuştur.

IV. YÜKSEK YARGI ORGANLARININ KARARLARINA ERİŞİMİN ENGELLENMESİNİN İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

Çalışmada daha önce incelenen Danıştay 10. Dairesi’nin kararından da anlaşıldığı üzere yüksek mahkemelerin, verdikleri tüm kararların herkes için erişime açılmasının reddi, (erişim engeli) bir kanuni zorunluluk olmayıp idarenin tek taraflı olarak verdiği, icrai nitelikli, hukuk alanında sonuç doğuran bir idari işlemdir. Dolayısıyla bu uygulamanın, örnek teşkil eden ve üstte belirtilen Danıştay kararı ışığında idari işlemin unsurları bakımından değerlendirilmesi, incelemenin sonuçlandırılması bakımından önem arz etmektedir.

İYUK m.2 hükmünde geçen; “İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları” hükmünden, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimi, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat (amaç) unsurlarının tümü bakımından hukuka uygun olmalıdır. Maddede kullanılan “ve” bağlacı nedeniyle bu unsurlardan biri veya birkaçı bakımından sakat olan işlem, hukuka aykırıdır.

Bu çerçevede, yüksek yargı organlarının verdiği erişimin engellenmesi kararının hukuka uygunluğunu, idari işlemin unsurları bakımından analiz etmek gerekmektedir.

B. Yetki Unsuru

Yetki unsuru en temel şekliyle, idare adına irade açıklama hakkı kendisine tanınan kişi veya kurul olarak tanımlanabilir.⁵⁶ Gerçekten de işlemin niteliğine göre yetki bazen sadece bir kişiye verilebilirken (basit işlem), bazen kurulun belli çoğunluğunun aynı yönde birleşen iradesi (kolektif işlem) işlemi yapmaya yetkili kılınabilir.

Yüksek mahkeme kararlarına ilişkin kısmi erişim engeli konusunda yetkili merci, çalışmada daha önce de incelendiği üzere ilgili yüksek mahkemenin başkanlığıdır. Bunun gibi, yüksek mahkeme olmasa da bazı kararlarına karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulma imkânı olmayan idare ve vergi mahkemelerinde yetkinin, kararı veren ilgili yerel mahkemenin üyelerinden oluşan kurulda olduğu değerlendirilmektedir.

C. Şekil Unsuru

Şekil unsuru, doktrinde bu noktada açık bir ayırım olmasa da ilkesel olarak dar ve geniş olarak iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamında "idari işlem yapma iradesinin kullanıldığı araç"⁵⁷ olarak tanımlanırken, geniş anlamda idari işlemin yapılması esnasında mevzuatta öngörülen usulün takip edilmesi olarak anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle idari işlemin yapılması sürecinde nihai iradenin ortaya çıkması öncesinde hukuk kuralları ile belirlenen bu aşamaların kanunda öngörülen şekle uygun olarak gerçekleşmesi geniş anlamda idari işlemin şekil unsurunu belirlemektedir.⁵⁸ Yargı kararlarına erişim engeline yönelik verilecek bir kararda zaten kararlara erişimin engellenmesi hususunda mevzuatta bir hüküm bulunmadığı için bu ret işleminin nasıl yapılacağı yönünde de mevzuatta şekle veya özelde usule ilişkin

⁵⁶ Yetki unsurunu bu temelde benzer şekilde açıklayan tanımlamalar için bkz. Tan, 2014, s. 235; Günday, 2011, s. 134; Çağlayan, İdare Hukuku, s. 341; Gözübüyük, 2009, s. 313.

⁵⁷ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 359.

⁵⁸ Doktrinde Çağlayan, geniş anlamdaki şekil unsurunu (biçim) olarak adlandırmakta, biçim unsurunu da şekil ve usul olarak iki alt unsurda incelemekte, Gözler/Kaplan ise usul unsurunu şekil unsurundan ayrı bir unsur olarak incelemiştir. Bilgi için sırasıyla bkz. Çağlayan, İdare Hukuku, s. 359 - 371; Gözler, Kaplan, s. 325 - 343. Ancak bu çalışmada kanun terminolojisine uygun olarak ayrı bir "usul" veya "biçim" unsuru terimlerine yer verilmeyecek ve şekil unsuru, ilgili mevzuatta öngörülen şekil ve usul unsurlarını da kaplayacak şekilde geniş anlamda kullanılacaktır.

bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bunun yanında sadece kararlara erişimin mevzuatta zorunlu tutulduğu durumlarda (Anayasa Mahkemesi kararları, Yargıtay ve Danıştay'ın içtihatların birleştirilmesi ve değiştirilmesi ile kanun yararına temyiz kararları) bu kararların nasıl yerine getirileceği hususunda ilgili mevzuattaki hükümlerin uygulanmaması işlemi şekil unsuru bakımından sakat hale getirecektir. Örneğin, Yargıtay ve Danıştay'ın içtihatların birleştirilmesi ve değiştirilmesi hakkında kararların Resmî Gazete'de yayımına ilişkin, ilgili mevzuatta kişisel verilerin ayıklanacağına ilişkin bir zorunluluk bulunmamakta, sadece bu kararların gerekçeli hallerinin Resmî Gazete'ye gönderilerek yayımlanacağı şekil şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine çalışmada daha önce incelendiği üzere Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvuru kararlarında ilkesel olarak tarafların isimlerine yer verilmekte, ancak bireysel başvuru formunda açıkça belirtildiği durumlarda mahkemenin ilgili birimlerinin kişisel verilerin gizlenmesi hususunda karar vermesi beklenmektedir. Bu konuda talebe rağmen, mahkemenin talebi değerlendirmeye almadan karar vermesi, izlenecek prosedüre aykırı olduğundan işlemi şekil unsuru bakımından sakatlar.

D. Sebep Unsuru

İdari işlemlerin sebep unsuru; idareyi, işlemi yapma konusunda harekete geçiren neden olarak tanımlanabilir.⁵⁹ İdarenin tüm işlemleri, idarenin faaliyetlerinin nihai amacı olan kamu yararını gerçekleştirme yönüne yönelen bir sebebe dayanmak zorundadır.⁶⁰ Sebep, mevzuatta açıkça belirtilmiş olabileceği gibi,⁶¹ mevzuatta muğlak ifadelerle de (kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak) yer verilebilir. Bu tür durumlarda yapılan idari işlemin sebep unsuru bakımından sakat olmaması için, bu ifadelerin kapsamında olduğunun somut verilerle ortaya konması gerekmektedir.

Sebep unsuru bakımından, konumuzu da doğrudan ilgilendiren bir durum da mevzuatta idari işlemin sebebine ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmamasıdır. Doktrindeki yaygın görüş,⁶² böyle bir

⁵⁹ Aynı yöndeki tanımlar için bkz. Gözler, Kaplan, 2014, s. 344; Çağlayan, İdare Hukuku, s. 371; Günday, 2011, s. 152; Gözübüyük, 2009, s. 313.

⁶⁰ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 371;

⁶¹ Çağlayan, İdare Hukuku, s. 372.

⁶² Aksi yöndeki görüşe göre, kanunda sebep gösterilmediği durumlarda idari işlem

durumda dahi, idari işlemin sebepsiz olamayacağı, yapılan idari işlemin mutlaka bir sebebe dayandırılması gerektiği yönündedir.

Mevzuatta, yapılacak idari işlemle ilgili herhangi bir düzenleme olmaması, bu işlemin yapılıp yapılmaması konusunda idarenin takdir yetkisinin olduğu anlamına gelecektir. Ancak özellikle de talebin aksi yönde karar veren idarenin, takdir yetkisini hangi nedenle bu yönde kullandığına dair bir gerekçenin ortaya konması gerekmektedir. İdarenin takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetkinin sınırsız şekilde kullanılması, keyfiliğe yol açacak olup bu da hukuk devleti ilkesine ters düşecektir. Dolayısıyla incelemekte olduğumuz sebep unsuru ile birazdan değinilecek olan konu unsurları bakımından idarenin takdir yetkisinin idari yargı organlarınca denetlenmesi gerekmektedir.⁶³

Dolayısıyla yüksek yargı organlarının kararlarına erişim talebinin reddi, kararın yayımlanması hususunda kanunda açıkça belirtilen durumlar dışında mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmadığı için yüksek mahkemelerin takdir yetkisi kapsamındadır. Çalışmada daha önce incelenen Danıştay 10. Dairesi'nin kararında da bu durum açıkça belirtilmiştir. Ancak Danıştay, takdir yetkisinin yargısal denetim (hukuka uygunluk denetimi) kapsamında olduğunu dikkate almamıştır.

Sebebin, idarenin takdir yetkisi kapsamında olduğu tüm idari işlemlerde olduğu gibi, yüksek mahkeme kararlarına erişim taleplerinin reddinde de Türk hukukunda idari yargı yerleri, takdir yetkisinin hukuka uygunluğunu; kamu yararı ve hizmetin gerekleri, işlemin sebebe dayalı olması, Anayasal ilkeler, kanunun özel amacına aykırılık, takdirde açık hata, ölçülülük ilkesi gibi hususlar bakımından denetledikleri belirtilmektedir.⁶⁴ Takdir yetkisinin sınırsız olmaması ve bu yetkinin kullanımında sayılan ilkeler doğrultusunda hukuka uygunluk denetiminin yargı organları tarafından yapılması karşısında, yüksek yargı

sebepden mücerret olacak ve yargı denetimine tabi olmayacaktır. Bilgi için bkz. Onar, 1966, s. 298.

⁶³ Doktrinde, idare hukukunda yetkiler kanunla verildiğinden bir işlemi yapma hakkının kimde olduğunun belirli olması gerekmekte ve yetki unsurunda, kanunun belli bir şekil veya usul kuralı öngördüğü hallerde şekil unsurunda ve idari işlemlerin nihai amacı kamu yararına uygunluk olduğundan bu amacın dışına çıkılacak şekilde amaç unsurunda idarenin herhangi bir takdir yetkisi olmadığı ifade edilmektedir. Bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 212.

⁶⁴ Çağlayan, İdari Yargı, s. 219.

organları tarafından verilen kararların tümünün herkes için ücretsiz erişime açılması talebinin reddinin kamu yararı ve hizmetin gerekliliklerine aykırı olduğu açıktır. Kamu yararı ölçütü aynı zamanda idari işlemin amaç unsurunu oluşturduğundan bu konuya daha sonra ilgili başlıkta yer verilecektir. Bunun yanında yüksek yargı organlarının tüm kararlarının herkesin erişime ücretsiz bir biçimde açılması talebi, adalet kamu hizmetinin bir gereğidir. Kamu hizmetlerinin gerekliliklerini de bu hizmetlerin sunulmuş şekli hususunda kanunun yanında yüksek yargı içtihatları belirlemektedir. İşte bu içtihatlar sonunda belirlenen ilkelerden biri de kamu hizmetlerinin bedelsizliği (meccanilik) ilkesidir. Çalışmada daha önce de belirtildiği üzere yüksek yargı kararlarının herkesin erişimine ücretsiz olarak açılmaması, bu organlarda geçmişte görev yapmış veya halen görev yapan üye, başkan veya tetkik hâkimlerinin, önemli kararları sadece kendi eserlerinde paylaşması veya yine bazı kararların yüksek ücretlerle üye olunabilen içtihat veri tabanlarında yayınlanması sonucunu doğurur ki bu durum Türk Milleti adına karar veren yüksek yargı organlarının kararlarının ticari amaçlarla kullanılmasına sebebiyet verecektir. Bu durum da erişim engeline yönelik bu uygulamanın, idari işlemin sebep unsuru bakımından sakat hale geldiğini göstermektedir. Bu gerekçelerle Danıştay 10. Dairesi'nin, uyuşmazlık konusu işlemi salt takdir yetkisi kapsamında ele alması ve takdir yetkisinin hukuka uygunluk denetimini yapmaması nedeniyle yanlış bir karar verdiği düşünülmektedir.

E. Konu Unsuru

Konu unsuru, idari işlemin yapılması sonucunda hukuk âleminde meydana gelmesi beklenen netice olarak tanımlanabilir.⁶⁵ Sebep ve konu unsurları arasında sıkı bir ilişki mevcut olup sebep unsurunda bir sakatlık olması durumunda hukuk âleminde meydana gelmesi beklenen netice gerçekleşmeyeceğinden konu unsuru da sakat hale gelecektir. Kısacası deyim yerindeyse sebep ve konu unsuru zincirin halkaları gibi birbirine bağlıdır. Bir üst başlıkta açıklanan gerekçelerden yola çıkarak, yüksek yargı kararlarının herkesin erişimine ücretsiz şekilde erişim talebinin reddi işleminde konu unsuru bakımından da sakatlık vardır.

⁶⁵ Benzer tanımlar için bkz. Günday, 2011, s. 157; Gözübüyük, 2009 s. 313.

F. Amaç Unsuru

İdari işlemlerde ayrıca bir amaç belirlenmediyse genel amaç kamu yararının gerçekleşmesidir. Kamu yararı esasen muğlak bir ifade olmakla birlikte en basit ve kapsayıcı tanımıyla, birey ve toplum menfaatlerinin yarışmasında tercih edilen üst yarardır.⁶⁶ Türk Milleti adına karar veren yargı organlarının kararlarının, Anayasa'nın lafzından da hareketle tüm milleti ilgilendirdiği açık olduğuna göre; milletin, kendini ilgilendiren kararların tamamına ücretsiz şekilde ulaşabilmesinin önüne geçen bir işlemin (talebin reddi işleminin) kamu yararına uygun bir yanı olmadığı düşünülmektedir. Bu nedenle yüksek yargı kararlarının hepsine ücretsiz erişim talebinin reddi işlemi, idari işlemin amaç unsuru bakımından da sakattır.

V. SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Anayasa'mızda, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağına dair hüküm bulunmaktadır.

Millet adına karar veren bir mahkemede, milletin kendisinin adalet arayışında kendi haklılığını ispat edebilmesi için en önemli veriler ise benzer davalarda verilen ve emsal teşkil eden kararlardır. Adil bir yargılama faaliyeti görülebilmesi, iki tarafa da kendi iddialarını ortaya koyabilmek için eşit imkân sağlanmasına bağlıdır. İşte yüksek mahkeme kararlarının hepsinin, herkes tarafından ücretsiz bir şekilde erişilebilir olması konusundaki sorunlar kişilerin kendi lehine olan kararlara erişebilmesi için yüksek bedeller ödeyerek, yüksek mahkemelerde üye, başkan veya tetkik hâkim sıfatıyla çalışan veya daha önce çalışmış olan kişilerin yüksek bedelle piyasaya çıkardıkları kitapları temin etmek veya ticari amaçla hizmet eden içtihat bilgi bankalarına (hukuk veri tabanları) abonelik yapmak suretiyle mümkün olabilmektedir. Bu durum da sadece maddi imkânı bulunan kişilerin istediği kararlara ulaşabilmesine sebebiyet verir ki bu durum adil yargılanma hakkına açıkça aykırıdır. Yine yüksek mahkeme kararlarının millet adına verildiği düşünüldüğünde adalet kamu hizmetinin ücretsiz olarak sağlanması gerekirken, ticari faaliyetlerde kullanılmasına yüksek mahkemeler aracılığıyla vesile olunması gibi bir durumla karşı karşıya

⁶⁶ İbrahim Gül, "Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2014, S.2, s. 537.

kalınmaktadır. Bu sonuç da kamu hizmetlerinin bedelsizliği (meccanilik) ilkesi ile çelişmektedir.

Bu önemli sorunun kaynağını ve nedenlerini araştırmak için yola çıkılan bu çalışmada öncelikle yüksek mahkeme kavramının içeriği tespit edilmek istenmiştir. Metin içinde de gerekçeleriyle ortaya konduğu üzere Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Anayasa'da adları telaffuz edilen yüksek mahkemeler olmakla beraber, yine ilk derece mahkemesi kararlarının kanun yolu vasıtasıyla incelenmesi nedeniyle Bölge İdare ve Bölge Adliye mahkemelerinin de yüksek mahkemeler olarak bu çalışmanın kapsamına dâhil olması gerekmektedir. Hatta Yargıtay ve Danıştay'ın önemli nitelikteki emsal kararlarından, Başkanlık makamının uygun göreceği kararlar, gerekli düzenlemeler ve kişisel bilgilerin silinmesi gibi işlemler tamamlandıktan sonra bu yüksek mahkemelerin internet sitelerinde yayımlanabilirken, Bölge İdare Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kararlarının herkes tarafından ulaşılabilirliği, emsal kararlar düzeyinde dahi söz konusu değildir.

Çalışmanın yüksek mahkeme kararları özelinde inceleme yapmasının esas amacı, bu mahkemelerin içtihat niteliğinde kararlar verebilmesi ve daha önceden verilen bir kararla ilgili genel itibarıyla son sözü söyleyecek yer olmasıdır. Dolayısıyla bu mahkemelerin kararlarının herkes tarafından ücretsiz şekilde erişilebilir olması son derece önemlidir. Ancak özellikle konusu para olan ve 5000 TL'nin altındaki bedele ilişkin iptal davaları, vergi davaları ve tam yargı davalarında yerel mahkemelerin kararları kesin olduğundan (istinaf ve temyiz yoluna gitmeden kesinleştiğinden) ve bu mahkemelerden kanun yararına temyiz edilmeyenlerden kimsenin haberdar olma ihtimali olmadığından, bu kapsamdaki yerel mahkeme kararlarında ve yine hukuk ve ceza mahkemelerinin istinaf sınırının altında kalıp kesinleşen kararlarının da aleniliğinin sağlanması gerektiği düşünülmektedir.

Yüksek mahkeme kararlarının hepsinin herkesin erişimine ücretsiz şekilde açılmasının önündeki en büyük engel bu konuda yeterli kanuni zorunluluğun bulunmaması ve yüksek mahkemelerin çeşitli gerekçelerle bu konudaki isteksizliklerine -deyim yerindeyse- bahane bulmasıdır. Bu konuda istisnalar hariç kanuni bir zorunluluk bulunmadığından, yüksek mahkeme kararlarının herkesin erişimine açılıp

açılmaması, yüksek mahkemelerin takdir yetkisindedir ve tüm kararların herkesin erişimine açılması yönündeki talebin reddi idari işleve sahip olup, yargı makamları tarafından verilmiş olsa da idari işlem niteliğinde bir işlemdir ve bu ret kararına idari yargı yolu açıktır. Metin içinde Danıştay 10. Dairesi'nin verdiği kararda ayrıntılarıyla incelendiği üzere, bu yönde bir talep; tamamen idarenin (yüksek mahkeme başkanlığının) takdir yetkisinde değerlendirilse de takdir yetkisi sınırsız olmayıp, böyle bir ret kararı, idari işlemin sebep, konu ve amaç unsurları bakımından hukuka aykırı olacaktır.

Sorunun ortadan kaldırılması için, kısa vadede en etkili çözümün, mevzuatta gerekli düzenlemelerin yapılarak tıpkı içtihatların değiştirilmesi ve birleştirilmesi ve Yargıtay'ın icra iflas kararlarına ilişkin kararlarının ve kanun yararına temyiz kararlarının Resmi Gazete'de yayım zorunluluğunda olduğu gibi, bu kapsamın dışında kalan diğer kararların da yüksek mahkemelerin resmi internet sitelerinde yayımlanma zorunluluğunun getirilmesi ve bu durumun takdir yetkisi kapsamından çıkartılıp bağlı yetki haline getirilmesi olduğu düşünülmektedir.

Yine çözüm önerilerinden bir diğeri tüm yüksek mahkeme kararlarının ve kanun yoluna gitmeden kesinleşen (konusu 5000 TL altında olan uyuşmazlıklar hakkında verilen) vergi ve idare mahkemesi kararlarının her yüksek mahkemenin veya ilgili mahkemelerin kendi resmi internet sitesinde kararlar yayınlanırken, iki kollu bir sistem kullanılması olacaktır.

Şöyle ki kanuni düzenleme veya idari bir kararla belli bir milat belirlenip, o tarihten öncekiler şu andaki gibi tek tek tarafların kişisel bilgileri ayıklanarak yüksek mahkemelerin internet sitelerinde yayınlanır. Bu kararların yayınlanması ek personel ihtiyacını da zorunlu kılmayacaktır. Mevcut görevdeki personellerden bir kısmı idari kararlar bu iş için görevlendirilerek tarama ve sisteme yükleme böylece gerçekleştirilebilir.

Belirlenen tarihten sonrası için de Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yolunda kullandığı sistemin kullanılmasının en uygun ve akılcı yöntem olacağı düşünülmektedir. Başka bir ifadeyle yüksek mahkemeler ve idare ve vergi mahkemelerinin (doğrudan kesinleşme sınırına giren davalarda) resmi internet sitelerine koyduğu ilanlarda

temyiz / istinaf / dava dilekçesine eklenecek bir form örneği koymaları ve tarafların kendi kişisel verilerinin gizlenmesi yönünde taleplerinin kendilerine sorulması, sadece kişisel verilerinin yayınlanmasını istemeyen kişilerden talepleri mahkeme (veya daire) başkanınca uygun görülenlerin kişisel bilgilerinin ayıklanarak yayınlanması, diğerlerinin doğrudan ilgili mahkemenin sayfasında “kesinleşen kararlar” bölümünde yayınlanması, yüksek mahkemelerin itirazlarına gerekçe olan iş yoğunluğu / maliyet faktörlerinin büyük ölçüde geçersiz hale gelmesini sağlayacaktır.

Bu yöntemlerden birinin veya başkaca bir yöntemin izlenmesi ile adil yargılanma hakkı açısından son derece önemli olan yüksek mahkemelerin kararlarının herkesin erişimine ücretsiz açılmasının sağlanması açısından önemlidir.

Kendi kararlarının herkesin erişimine ücretsiz şekilde açılmasının engellenmesi, mahkemelerin idari kararlar verebilecekleri ve “takdir yetkisi” kapsamına sokularak yargı tarafından sorgulanamayacak derecede önemsiz bir durum değil, aksine üstüne gidilmesi ve bir an önce çözüme kavuşturulması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Bu sorunu idare hukuku perspektifiyle ele alan bu çalışmanın, uygulamaya katkı sunması en büyük temennidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıncı Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat, Kaya Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Kitabevi, Ankara, 2018.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Çağlayan Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Çağlayan Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Derdiman Cengiz, İdare Hukuku, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007.
- Fendoğlu Hasan Tahsin, Anayasal Derinlik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Gözler Kemal, Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.
- Gözübüyük A. Şeref, Tan Turgut, İdare Hukuku Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

- Gözübüyük A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- Gülsoy Mehmet Tefrik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Günday Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- Hakyemez Yusuf Şevki, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Harris David, O'Boyle Michael, Bates Edward, Buckley Carla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Şen Matbaası, Ankara, 2009.
- Kalabalık Halil, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Onar Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.
- Özay İl Han, *Gün Işığında Yönetim - II Yargısal Koruma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Sancaktar Oğuz, Önüt Lale Burcu, Us Doğan Eser, Kasapoğlu Turhan Mine, Seyhan Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Tan Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Tanör Bülent, *Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Ural Sami Sezai, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Yayla Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Yıldırım Ramazan, *Türk İdari Rejimi Dersleri*, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.
- Yıldırım Turan, Yasin Melikşah, Karan Nur, Özdemir H. Eyüp, Üstün Gül, Okay Tekinsoy Özge, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Makaleler

- Dinç Güney, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2005, S. 57, s. 283 - 306.
- Gök Hasan, "Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu Kararlarında Özel Hayatın Gizliliğinin İstisnası", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2012, S. 99, s. 151 - 164.
- Gül İbrahim, "Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2014, S.2, s. 535 - 550.
- Kayhan Mehmet, "İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2006, S. 65, s. 129 - 142.
- Koçak Süren Özlem, "Türkiye'de Yargının Örgütlenmesi ve Adalet Sisteminin Problemleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2009, S. 85, s. 403 - 413.
- Nalbant Atilla, "İnsan Hakları Avrupa Hukuku İlkeleri Işığında Yüksek Mahkemelerin Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Ankara, 2015, C. 4, S. 7, s. 227 - 243.

- Sevinç Murat, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Resmî Gazete'de Yayımlı Bağlayıcılığı Arasındaki İlişki", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2005, C.60, S. 1, s. 173 - 190.
- Taşır Ahmet, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu Üzerine Tartışmalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2017, S. 133, s. 81 - 96.
- Yetim Servet, "Yargı Kararlarına Erişim Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara, 2014, S. 4, s. 47 - 92.

Lisansüstü Tezler

- Kaplan Ataman Ayfer, "Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Gizli Tanık", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü İnsan Hakları Programı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dan. Pınar Bacaksız, İzmir, 2018.
- Sevinçler Burcu, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu ve Yargı Fonksiyonu", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, Dan. Hasan Tahsin Fendoğlu, Ankara, 2018.

Diğer Yayınlar

- Kaneti Selim, "Sayıştay'ın Anayasal Konumu", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi C.3, Ankara, 1990
- Şen Mahmut, "Adil Yargılanma Hakkı ve Yargının Kurumsal Bağımsızlığı" Türkiye Barolar Birliği Hukukçular Arası Makale Yarışması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2014, s. 13 - 24.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi'nin 16.01.1969 tarihli ve E. 1967/13, K. 1969/5, sayılı kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/01494500-9cf3-4f70-ab5c-e9b513009c59?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.
- Anayasa Mahkemesi'nin, 06.03.1973 tarihli ve E. 1972/56, K. 1973/11 sayılı kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c503aeea-a4cf-46ae-97d3-7de1fa84a051?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.
- Anayasa Mahkemesi'nin, 11.07.1991 tarihli ve E. 1990/39, K. 1991/21 sayılı kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1726d649-1460-4bf5-87c1-379eec5f5ea5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 09.11.2000 tarihli ve 36590/97 başvuru numaralı Dinç / Türkiye Kararı, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20G%20C3%20%20v.%20TURKEY%20-%20%20Turkish%20Translation%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs%20%22%22%2C%22respondent%22:%5B%22TUR%20%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%22%5D%7D>, ET. 10.08.2020.
- Anayasa Mahkemesi'nin, 27.12.2012 tarihli ve E. 2011/139, K. 2012/205 sayılı kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/10/20131010-8.htm>, ET. 25.08.2020.

- Anayasa Mahkemesi'nin,28.02.2013 tarihli ve E. 2011/21, K. 2013/36 sayılı kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e2285c9f-c53d-4763-b602-8ba41ef19d68?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.
- Anayasa Mahkemesi'nin,03.04.2013 tarihli ve E. 2011/142, K. 2013/52 sayılı kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/696d5229-e476-4b5f-a45f-cc0923693995?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET. 25.08.2020.
- Danıştay 10. Dairesi'nin, 08.10.2013 tarihli ve E. 2009/3337, K. 2013/7110 sayılı kararı.
- Danıştay 10. Dairesi'nin,11.01.2016 tarihli ve E. 2015/1663, K. 2016/91 sayılı kararı, <http://emsal.danistAYuyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCD0Le%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2eropYZFqZ1YwG708rLg7CbJld4klF716wgbIN3lkxv4ESsJ5OBdTzYF6ofz2NI1CVJPHYfMfD7%2FWacT7No5ShxzWg%3D%3D&aranan=%C3%B6zel%20hayat%C4%B1n%20gizlili%C4%9Fi&dokumanTuru=DANISTAYKARAR>, ET. 15.08.2020.

İCRA VE İFLAS KANUNU m. 362/a HÜKMÜ VE SÜRELİ HACZEDİLMEZLİK

ARTICLE 362/a OF THE CODE OF EXECUTION AND BANKRUPTCY AND TEMPORARY NON-SEIZABILITY

Ramazan KORKMAZ*

Özet: İcra ve İflâs Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde borçluyu korumak amacıyla borçlunun bazı mallarının haczedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükümlerden biri de Kanun'a 2018 yılında eklenen m. 362/a'dır. İcra ve İflâs Kanunu'nun sosyal yönünü oluşturan söz konusu madde ile bazı malların haczedilemeyeceği öngörülmüştür. Özel okulların ve yurtların taşınır ve taşınmaz mallarının haczedilebilmesini bir süreliğine erteleyen bu hükümle borçlu yanında borçlu kurumlardan yararlanan öğrencilerin korunması amaçlanmıştır. Bu çalışmada ilgili düzenlemenin tarihî gelişimi, kapsamına giren kurumlar ve zaman dilimi, haczedilmezlik, süreli haczedilmezlik, kanun önünde eşitlik bağlamında 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takiplerin istisna bırakılmasının sonuçları ve kanun hükmünün genel değerlendirilmesine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Okul Mallarının Haczedilmezliği, Özel Yurt Mallarının Haczedilmezliği, Haczedilmezlik, Süreli Haczedilmezlik, Eşitlik İlkesinin Haczedilmezlikte Uygulanması

Abstract: In various rules of the Code of Execution and Bankruptcy, in order to protect the debtor, it is regulated that some of the debtor's property can't be seized. One of these rules is article 362/a and was added to the Code in 2018. It is envisaged with the article that some goods can't be seized, which constitutes the social aspect of the Code of Execution and Bankruptcy. With this rule, which delays the seizure of the movable and immovable properties of private schools and dormitories, it is aimed to be protect the rights of debtor and students, who benefit from the debtor institutions. In this article explained the historical development of the relevant regulation, the institutions covered by it and the time period, non-seizability, temporary non-seizability, results of exception of execution proceedings under the Code 6183 in the context of equality and general assessment of the article.

Keywords: Seizure of the Properties of the Private School, Seizure of the Properties of the Private Dormitory, Non-Seizability, Temporary Non-Seizability, Praxis of the Principle of Equality in Non-Seizability

* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, ramazankorkmaz123@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1433-0567, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.09.2020, Kabul Tarihi: 09.09.2020

GİRİŞ

Kesinleşen icra takibinde, takibe konu olan alacağın alacaklıya ödenebilmesi amacıyla icra dairesi tarafından yapılan hukukî el atma faaliyeti olan haciz, alacağı karşılayabilecek kadar borçlu mal varlığının alacaklı lehine kayden el konulmasına imkân sağlar. Borcun doğal teminatı olan borçlunun alacak, mal ve hakları, icra dairesi görevlilerince haczedilip takibin sonraki aşaması olan satış aşamasında satılarak elde edilen miktardan borç ödenir. Bu işlemler yapılırken icra dairesi görevlilerinin uyması gereken birtakım kurallar vardır. İcra hukuku, her ne kadar alacaklının alacağına kavuşmasını amaçlasa ve sağlasa da sadece alacaklının menfaatlerinin gözetilmesi, borçlunun sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine sebep olabileceği gibi borçlunun mahvına da yol açabilecektir. Bu sosyal düşünce ile alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi amacıyla kanun koyucu bazı özel düzenlemelerle borçluları alacaklılara ve icra dairesine karşı korumak istemiştir. Bu düzenlemelerden biri de 18.05.2018 tarihinde 7141 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yürürlüğe giren İİK m. 362/a hükmüdür. Bu çalışmada söz konusu düzenlemenin hukuk hayatımıza kazandırılması, amacı, kapsamı, haczedilmezlik kavramı bakımından değerlendirilmesi, eşitlik ilkesi bakımından ele alınması hususları incelenecek olup çalışmanın sonunda genel değerlendirmeler ve sonuca yer verilecektir.

I. KANUNÎ DÜZENLEME VE KANUNÎ DÜZENLEMENİN GETİRİLİŞ AMACI

A. Kanunî Düzenleme

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesi, 7141 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ ile İcra ve İflâs Kanunu'na eklenmiştir. 7141 sayılı Kanun esasen kamuoyunda bazı üniversitelerin bazı bölümleri ile yeni üniversiteler kurulmasını öngören ve buna imkân tanıyan kanun olarak da bilinmektedir. Örneğin bu kanun ile İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi esas alınarak "İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa" adıyla yeni bir üniversite kurulmuş ve İs-

¹ RG, 30425 S., 18.05.2018 T.

tanbul Üniversitesi bünyesindeki bazı bölümler İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa'ya devredilmiştir. ² Benzer şekilde Gazi Üniversitesi içerisindeki bazı bölümlerin devredilmesi ile "Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi" kurulmuştur.³

7141 sayılı Kanun'un büyük çoğunluğunda yeni kurulan üniversiteler, bazı üniversitelere yeni açılan bölümler, bazı üniversitelerde kapatılan ya da adı değiştirilen bölümler ile ilgili düzenlemeler yer alsa da diğer hükümleriyle üç farklı alanda da değişiklik yapmıştır. Bunlardan ilki, 05.06.1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'na⁴ geçici madde 13 eklenerek daha önceden hak kazanılan denklik belgeleri alınan kalfalık, ustalık, iş yeri açma ve usta öğreticilik belgelerini geçerli sayan 9. maddedir. İkincisi, inceleme konumuz olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesinde de adı geçen 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda⁵ çeşitli değişiklikler getiren 11 ila 13. maddelerdir. Sonuncusu ise inceleme konumuz olan değişikliği amaçlayan 1. maddedir. Yani aslında 7141 sayılı Kanun hem İcra ve İflâs Kanunu'na 362/a maddesini ekleyerek hem de eklenen bu maddenin kapsamında kalan 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda değişiklikler yaparak iç içe geçmiş iki katmanlı yeni bir düzenleme sağlamıştır.

7141 sayılı Kanun'un tasarısına ve komisyon raporlarına bakıldığında aslında söz konusu Kanun'un, 1/943 sayılı tasarının, 2/2311 sayılı teklifin, 2/2313 sayılı teklifin ve 2/2314 sayılı teklifin TBMM Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonunca TBMM İctüzüğü'nün 26. maddesi uyarınca birleştirilmesi sonucu ortaya çıktığı görülmektedir. Bu nedenle de Yükseköğretim Kanunu açısından çok fazla değişikliği barındırdığı kolaylıkla söylenebilecektir. İcra ve İflâs Kanunu'na 362/a maddesini ekleyen düzenleme ise Başbakan tarafından TBMM başkanlığına arz edilen 1/943 sayılı tasarıdır.⁶

² 7141 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 28.03.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Teşkilatı Kanunu'na Ek Madde 182 eklenmiştir. Söz konusu ek maddede hangi bölümlerin yeni kurulan İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa'ya devredildiği belirtilmiştir.

³ 7141 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 2809 sayılı Kanun'a Ek Madde 183 eklenmiştir. Söz konusu ek maddede hangi bölümlerin yeni kurulan Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne devredildiği belirtilmiştir.

⁴ RG, 19139 S., 19.06.1986 T.

⁵ RG, 26434 S., 14.02.2007 T.

⁶ Söz konusu tasarı için bkz.: Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 556, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_

Söz konusu tasarının ilk maddesi olan m. 362/a taslağı metni, neredeyse hiç değiştirilmeden komisyon tarafından kabul edilmiştir.⁷ Meclis görüşmeleri esnasında da getirilecek düzenlemenin hukukî etkileri ile ilgili açıklamalarda bulunulmamış, tartışmalar daha ziyade siyasi boyutta kalmıştır.⁸

B. Düzenlemenin Amacı

7141 sayılı Kanun'un tasarısına ve komisyon raporlarına bakıldığında m. 362/a ile ilgili gerekçesinde "*madde ile, özel okullar ile özel öğrenci yurtları ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının haczi yapılırken öğrencilerin olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi amacıyla bu kurumların borçlarına ilişkin haciz işlemlerinin eğitim ve öğretim yılı sonuna bırakılması amaçlanmaktadır*" denmiştir. Bu cümleden de anlaşılacağı üzere m. 362/a ile kapsam dahilinde bulunan kurumlarda eğitim gören ya da barınan yahut bu kurumlardan bir şekilde faydalanan öğrencilerin olumsuz etkilenmemesi amaçlanmıştır. Bu olumsuz etki, okuldaki demirbaşların haczedilip boşaltılması sonucu öğrencinin yarar sağlamanın engellenmesi yoluyla fizikî olabileceği gibi dönem ortasında başka bir kuruma geçip mevcut düzeninin bozulmasına neden olunması örneğindeki gibi manevî de olabilir. Madde gerekçesindeki "*...mallarının haczi yapılırken öğrencilerin olumsuz etkilenmemesi...*" ifadesinden sanki sadece *haczin fülen yapılmasında öğrencinin bu hacze tanık olmasının engellenmeye çalışıldığı çıkarılacaksa da bizce sadece hacze tanıklık etmek değil haciz sonunda eğitim-öğretimi sekteye uğratabilecek her türlü icra takip işlemi engellenmeye çalışılmıştır.*

II. KANUNİ DÜZENLEMENİN KORUMA KAPSAMI

A. Kapsama Giren Kurumlar

İlgili düzenlemenin kapsamına aldığı kurumların tespitinde hem İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesinin başlığı hem de içeriği yar-

bilgileri?kanunlar_sira_no=229841, E.T.: 08.01.2020.

⁷ Tasarı metni, s. 32.

⁸ İlgili kanunun kabulü esnasındaki meclis tutanakları için bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 26. Dönem 3. Yasama Yılı 94. Birleşim, 02.05.2018 Çarşamba, s. 70-72, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?PAGE1=1&PAGE2=1&p4=23128&p5=H, E.T.: 08.01.2020.

dımcı olabilecek niteliktedir. Zira maddenin başlığı “özel okullar ile özel öğrenci yurt ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının haczi” şeklinde olup özel okul, özel öğrenci yurdu ve benzeri kurumlar bu maddenin uygulama alanında değerlendirilmelidir. Fakat hem madde başlığında hem de içeriğinde sözü geçen “ve benzeri kurumlar” ibaresi çok net bir kavram değildir. Bu kavram ile ne anlatıldığını belirleyebilmek için madde metninde atıf yapılan 5580 ve 5661⁹ sayılı Kanunlara, bu kanunlar uyarınca çıkarılan ikincil mevzuata detaylı bakmak gerekecektir.

1. Özel Okullar

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’nda¹⁰ yazılı niteliklerde eğitim ve öğretim faaliyetinde bulunmak amacıyla, Türk gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri yahut özel hukuk hükümlerince yönetilen tüzel kişiler tarafından açılan özel öğretim kurumlarının kuruluşuna dair temel kanun 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’dur. Bu kanun, söz konusu özel öğretim kurumlarının kurulmalarının yanı sıra kurumun nakli, devredilmesi, kurumda personel çalıştırılması, kuruma yapılacak malî destek, eğitim-öğretim, yönetim, denetim ve gözetim konularını da düzenler. Yabancılar tarafından açılan özel öğretim kurumlarının eğitim-öğretim, yönetim, denetim, gözetim ve personel çalıştırmasına ilişkin usûl ve esasları da bu kanun kapsamında kalmaktadır.

5580 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde, kanunun kapsamına alınan kurumların neler olduğu belirtilmiştir. Hükme göre bu kurumlar okul öncesi eğitim okulları, ilköğretim okulları, ortaöğretim okulları, özel eğitim okulları, çeşitli kurslar, özel öğretim kursları, uzaktan öğretim yapan kuruluşlar, motorlu taşıt sürücülere kursları, hizmet içi eğitim merkezleri, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri, sosyal etkinlik merkezleri, mesleki eğitim merkezleri ve bunlara benzer özel öğretim kurumlarıdır. Söz konusu kanuna dayanarak çıkarılan Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği’nin¹¹ 4. maddesinin 1. fıkrasının g bendine göre de benzer

⁹ RG, 7472 S., 01.04.1950 T.

¹⁰ RG, 14574 S., 24.06.1973 T.

¹¹ RG, 28239S., 20.03.2012 T.

kurumlar sayılmakla birlikte bunlara ek olarak ortaöğretim yabancı, azınlık ve özel eğitim okulları, milletlerarası özel öğretim kurumları, özel ulaştırma hizmetleri mesleki eğitim ve geliştirme kursları ve iş makineleri sürücü eğitim kursları da sayılmıştır. Kanun'un 2. maddesi, adı geçen kurumları da tanımlayarak tereddütleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

5580 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümlerine göre kurulan bu özel öğretim kurumlarının ayrıca düzenlendiği alt normlar da mevcuttur. Örneğin Millî Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim Kurumları Yönetmeliği,¹² Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği,¹³ Millî Eğitim Bakanlığı Özel Motorlu Taşıtlı Sürücüleri Kursu Yönetmeliği¹⁴ ve Özel Eğitim Hakkında 573 sayılı KHK¹⁵ bunlardan sadece bazılarıdır. Bu düzenlemelerle de özel öğretim kurumlarının kuruluşu, devri, nitelikleri ve faaliyetleri ele alınmıştır.

İlgili mevzuat incelendiğinde aslında İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesinin kapsamına giren özel öğretim kurumlarının sadece özel okullardan oluşmadığı, okul olarak kabul edemeyeceğimiz pek çok öğretim kurumunun kapsama dahil edildiği görülecektir. Bilhassa dershanelerin kapatılması sonrasında dönüşümleri yapılan ve çeşitli adlarla adlandırılan özel öğretim kurumlarının da bu maddeye dahil edilmesi, ilgili düzenlemeden etkilenen kurum sayısını arttırmaktadır.

Benzer bir şekilde, akla çok fazla gelmeyen ama temelde 5580 sayılı Kanun'a dayanılarak kurulan pek çok özel kurs merkezi de m. 362/a korumasından yararlanabilmelidir. Örneğin gemi adamlarının yetiştirilmesi için sertifikalandırma ve belgelendirmeye yönelik resmî ve özel kuruluşlar kurulabilir ve bunların açılış ve faaliyetlerinde uymak zorunda oldukları usûl ve esaslar Gemiadamı Yetiştirme Kursları Yönetmeliği¹⁶ ile düzenlenir. İlgili Yönetmeliğin 2. maddesine göre dayanak, 5580 sayılı Kanun'dur. Benzer bir durum TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Laboratuvar Okulları için de geçerlidir. 5580 sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan özel yönetmeliği¹⁷ ile eğitim-öğre-

¹² RG, 28296 S., 18.05.2012 T.

¹³ RG, 30471 S., 07.07.2018 T.

¹⁴ RG, 28661 S., 29.05.2013 T.

¹⁵ RG, 23011 S. (Mük.), 06.06.1997 T.

¹⁶ RG, 26501 S., 22.04.2007 T.

¹⁷ RG, 31016 S., 22.01.2020 T.

tim, işleyiş, yönetim ve devri belirlenen bu özel öğretim kurumu da m. 362/a kapsamına giren özel öğretim kurumlarından biridir.

Örneklere çoğaltmak mümkündür. 5580 sayılı Kanun'a dayanılarak kurulan özel öğretim kurumlarının türü ile sayısını arttırmak ve m. 362/a korumasından yararlandırmak bakımından aranacak temel kriter ise "dayanak kanun" olacaktır. Fakat bu noktada, bilhassa kapsamın belirlenmesi bakımından m. 362/a hükmünde geçen "5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında faaliyet gösteren okullar" ibaresinin ne şekilde yorumlanması gerekeceğini belirlemek güçlükle arz edebilir. Zira yukarıda da görüldüğü üzere 5580 sayılı Kanun'un kapsamında kalan kurumların türü ve sayısını belirlemek hiç de kolay değildir. Öğretim faaliyeti yapan pek çok kurum bu kanun kapsamına alınmıştır. Fakat m. 362/a hükmünde sadece "okullar" ibaresi kullanılarak kapsam daraltılmıştır. 5580 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının c bendine göre "okul, özel eğitim, okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve ortaöğretim ile Bakanlıkça dönüşüm programına alınan kurumlardan 2018-2019 eğitim-öğretim yılının sonuna kadar faaliyetleri devam eden ortaöğretim özel okulları" olarak tanımlanmıştır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesinin lafzına bakılırsa sadece "okul" olarak kabul edilebilen özel öğretim kurumları m. 362/a korumasından faydalanabilecektir. Madenin amaçsal (gaî, teleolojik) yorumu yapıldığında ise getiriliş amacının özel öğretim faaliyeti yapan yerlerdeki öğrencilerin durumunu ve haklarını korumanın esas alındığı, onların "haciz nedeniyle hak kaybına uğramalarının engellenmesinin" amaçlandığı görülecektir. Bu yüzden yapılacak amaçsal yorum ile m. 362/a kapsamına sadece okulların değil 5580 sayılı Kanun kapsamında kalan diğer özel öğretim kurumlarının da girmesinin daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Çünkü hak kaybına uğramak bakımından özel okul öğrencisi ile -örneğin- motorlu taşıt sürücüleri kursu öğrencisinin arasında çok fazla fark olmayacaktır. Zira kayıtlı bulunduğu kursundaki taşınır mallar, sınava az bir zaman kala haczedilen ve bu nedenle derslere devam edemeyen sürücü adayı ya sınava giremeyecek ya da sınava girse bile yeterli eğitim alamadığı için sınavda başarılı olamayacaktır.

2. Özel Öğrenci Yurtları

Kanun koyucu m. 362/a hükmündeki korumadan tüm kurumların değil sadece 5661 sayılı Kanun kapsamında kalan kurumların

faydalanabilmesini öngörmüştür. Buna göre 5661 sayılı Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Aşevleri Hakkındaki Kanuna Ek Kanun¹⁸ kapsamında kalan ve öğrenci barınma hizmetleri sunan özel yurtların, borçları nedeniyle haklarında başlatılan takiplerde m. 362/a'daki kapsamdan yararlanması söz konusu olacaktır.

Özel öğrenci yurtları ile ilgili mevzuat düzenlemeleri karmaşık bir nitelik arz etmektedir. Zira özel öğrenci yurtlarının kurulması ile ilgili temel kanun olarak kabul edilebilecek düzenleme 5661 sayılı Kanun'dur. Bu kanun ise içerik itibariyle çok sınırlı tutuşmuş ve pek çok alt norm ile desteklenmiştir. Öyle ki bu kanun sadece beş madde ve beş geçici maddeden oluşmaktadır.

5661 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre gerçek ve tüzel kişilerin açacağı ve işleteceği yemekli ve yemeksiz öğrenci yurtları, ortaokul, ortaöğretim ve yükseköğretim öğrencilerine yönelik olmak şartıyla ancak Millî Eğitim Bakanlığı'nın izni ile kurulabilir. Maddenin 2. fıkrasında 694 sayılı KHK¹⁹ ile yapılan değişiklik 7078 sayılı Kanun²⁰ ile aynen kabul edilmiştir. İlgili düzenleme ile yurt ve benzeri kurumların kurucularında, kurucu temsilcilerinde ve personeline aranacak şartları düzenlemektedir. Söz konusu kanundaki hükümlere bakılarak özel öğrenci barınma yurtlarının hangi özelliklere sahip olması veya özel öğrenci yurdunun hangi kapsamda ele alınması gerektiği açık değildir. Bu noktada 652 sayılı Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname²¹ çıkarılmış olmasına rağmen bu KHK'nın pek çok hükmü 703 sayılı KHK²² ile ilga edilmiştir. Bu konuda en kapsamlı mer'i düzenleme Özel Öğrenci Barınma Hizmetleri Yönetmeliği'dir.²³

Özel Öğrenci Barınma Hizmetleri Yönetmeliği'ne göre ortaokul, imam-hatip ortaokulu ve ortaöğretim kurumları ile yükseköğretim

¹⁸ RG, 7472 S., 01.04.1950 T.

¹⁹ RG, 30165 S., 25.08.2017 T.

²⁰ RG, 30354 S., 08.03.2018 T.

²¹ RG, 28054 S., 14.09.2011 T.

²² RG, 30473 S., 09.07.2018 T.

²³ RG, 30058 S., 06.05.2017 T. Bu yönetmeliğin dayanak maddesinde her ne kadar 5661 sayılı Kanun gösterilmemiş olsa da yönetmeliğin tanımlar başlıklı maddesinde "kanun" ibaresi ile 5661 sayılı Kanun'a yollama yapılmıştır. Bu nedenle bu yönetmeliğin aslında 5661 sayılı Kanun'a da dayanılarak çıkarıldığı söylenebilecektir.

kurumlarında öğrenim gören öğrencilere öğrenim dönemlerinde barınma hizmetleri sunmak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılan öğrenci yurtları, öğrencilerin öğrenim dönemi boyunca konaklaması, beslenme ve sosyal ihtiyaçlarının karşılanması ve eğitim hazırlıklarını yapmasını sağlayıcı hizmetleri sunar (m. 1, 3). Yönetmeliğin 3. maddesinin 1. fıkrasının k bendine göre buradaki öğrenci yurdu, bir binadan veya etrafı ihata duvarıyla çevrili ortak bir taşınmazın üzerinde tamamı kuruma ait birden fazla binadan oluşan, yatakhaneleri, ortak kullanım alanları bulunan ve toplu hizmetlerin sunulduğu kurumu ifade eder. 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurt Hizmetleri Kanunu²⁴ kapsamındaki yurtlar bu bağlamda değerlendirilmeyecektir.

3. Benzer Kurumlar

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesinde geçen "*...ve benzeri kurumların...*" ifadesi ile ne anlatılmak istendiği de izah edilmelidir. Zira madde metninin tamamı dikkate alındığında bu ifadenin "özel okul ve benzerleri", "öğrenci yurtları ve benzerleri" ya da "hem özel okul hem de öğrenci yurdunun benzerleri" şeklinde anlaşılması ihtimal dahilindedir. Fakat özellikle yukarıda özel yurtlar bahsinde adı geçen mevzuat düzenlemelerine bakıldığında İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesinin yurt ve yurt benzeri kurumlar bakımından uygulandığının kabul edilmesi daha yerindedir. Örneğin 5661 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrası "yurt ve benzeri kurumların" kurucularında aranacak özellikleri düzenlemektedir. Benzer şekilde Özel Öğrenci Barınma Hizmetleri Yönetmeliği'nin 1. ve 2. maddesinde "öğrenci yurdu benzeri kurumların" öğrenci pansiyonu, öğrenci apartları ve öğrenci stüdyo daireleri olduğu açıkça zikredilmiştir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesinin kapsamına giren ve "yurt benzeri kurumlar" olarak kabul ettiğimiz öğrenci *apartı*, yükseköğrenim öğrencilerine barınma hizmeti vermek amacıyla açılmış, bağımsız girişi bulunan bir veya etrafı ihata duvarıyla çevrili ortak bir taşınmazın üzerinde tamamı kuruma ait birden fazla binadan oluşan ve bağımsız her dairesinde birden fazla odası bulunan kurumu; öğrenci pansiyonu, ortaöğretim kurumları ve yükseköğrenim öğrencileri için bağımsız bir bina veya etrafı ihata duvarıyla çevrili ortak bir

²⁴ RG, 10887 S., 22.08.1961 T.

taşınmazın üzerinde tamamı kuruma ait birden fazla binadan oluşan en az bir ay olmak üzere barınma hizmetlerinin sunulduğu kurumu; öğrenci stüdyo daireleri ise Yükseköğrenim öğrencilerine barınma hizmeti vermek amacıyla bir ana taşınmazın 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre bağımsız bölümlerinde öğrencilerin barındığı ve bazı hizmetlerin ortak sunulabildiği kurumu ifade etmektedir (Özel Öğrenci Barınma Hizmetleri Yönetmeliği m. 3).

B. Kapsama Giren Haklar

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesi borçlu özel okul ya da özel öğrenci yurdu veya benzeri kurumun her türlü hakkını koruma altına almamıştır. Kanun koyucu maddeyi düzenlerken bu kurumlardaki öğrencilerin eğitim-öğretimlerinin olumsuz etkilenmemesi için en azından eğitim-öğretim için zorunlu unsurların (demirbaş vb.) haczedilmemesini emretmiştir. Bu bağlamda, eğitim-öğretim faaliyeti ile bağlantısı olmayan ve borçlu kuruma ait olan diğer hakların haczedilmesinde çekince bulunmamaktadır. Örneğin özel okulun sahibi olan gerçek veya tüzel kişiliğe ait ve eğitim-öğretim faaliyetinde kullanılan taşınır yahut taşınmaz malının haczi mümkün olmalıdır. Bu örnek kapsamında kalmak üzere, okul sahibi tüzel kişinin üçüncü kişide olan alacak haklarının da eğitim-öğretim faaliyetini etkilemediği ölçüde haczedilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Zira m. 362/a'da haczin konusu olarak sadece borçlunun taşınır ve taşınmaz malları sayılmış, borçlunun hisseleri, üçüncü kişilerdeki mal ve hakları sayılmamıştır. Borçluya ait olan ve kıymetli evraka bağlanan alacakları ise taşınır mallar gibi haczedildiğinden²⁵ bunların haczi mümkün olmayıp m. 362/a kapsamında kalacaktır.

Alacaklı tarafın icra takibine konu ettiği hakları ile ilgili herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Alacaklının hakkı bir işçi alacağı olabileceği gibi okulun satın aldığı bir ürünün borcunun ödenmemesi sonucu ortaya çıkan alacak hakkı da olabilir.

²⁵ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 297 vd., (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku); Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 173.

C. Kapsama Giren Zaman Dilimi

Özel okul veya özel öğrenci yurdu ile benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının haczedilemeyeceği kuralı süreklilik arz etmez. 362/a maddesine göre haczedilmezlik olgusu sadece içinde bulunulan eğitim-öğretim dönemine özgüdür. Bu dönem sona erdiğinde ise borçlunun taşınır ve taşınmaz malları haczedilebilecektir.

Eğitim-öğretim dönemi, borçlu olan kurumun türüne göre değişkenlik gösterebilecektir. Örneğin özel okullar için Millî Eğitim Bakanlığı tarafından açıklanan eğitim-öğretim dönemleri geçerli olacakken ara tatiller de bu süreden sayılacaktır. Ara tatilde haczin yapılması demek her ne kadar öğrencilerin hacze fiilen tanık olmayacakları anlamına gelse de m. 362/a hükmünü sadece bu kapsamda görmediğimiz için ara tatilin de m. 362/a hükmündeki koruma zamanı kapsamına gireceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira ara tatilde taşınır ve taşınmazların haczedilmesi nedeniyle tatil bitişinde öğrencilerin mağdur olması gündeme gelebilir.

Özel öğrenci barınma hizmeti veren yurtlar, öğrenci pansiyonları, öğrenci apartları ve öğrenci stüdyo daireleri gibi kapsama giren diğer kurumların eğitim-öğretim dönemlerinin tespiti ise özel okullardan farklılık gösterebilecektir. Bilhassa yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilere yönelik olarak özel öğrenci barınma hizmeti sunan yurtların ve benzeri kurumların, hizmet sundukları yükseköğretim kurumlarındaki akademik takvim yılı içerisinde bu korumadan faydalanması m. 362/a ile getirilmek istenen sonuca ve amaca daha uygun olacaktır. Bu şekilde hizmet veren kurumların, birden fazla ve farklı akademik takvime sahip olan yükseköğretim kurumundaki öğrencilere hitap etmesi ve hizmet vermesi halinde ise *akademik takvimi en son biten kurum dönem sonu tarihi* dikkate alınmalıdır.

362/a maddesinin son kısmındaki "...içinde bulunulan eğitim ve öğretim yılı sonunda..." ifadesi zaman bakımından sınırlamayı açıklayan hüküm olduğundan, içinde bulunulan eğitim-öğretim yılının sonunda haciz işlemi yapılamamışsa ve yeni dönem başlamışsa artık icra dairesi, başlayan yeni dönemin bitimini beklemek zorundadır. Uygulama bakımından konu ele alındığında, İcra ve İflâs Kanunu'nun 78/2. maddesindeki bir yıllık haciz isteme süresinin ve bu sürenin hesaba katılmayacağına yönelik ikinci cümlesinin m. 362/a bakımından nasıl

uygulanacağı m. 78/2'de yazılı olmasa da kanun koyucunun amacının öğrencileri korumak olduğu düşünülürse ikinci cümle için de uygulanması doğru olacaktır. Bu noktada yapılacak bir ek düzenleme ile 78/2. maddeye bu konu işlenebilir. Fakat kanımızca en doğru sistem, 362/a hükmünü aşağıda²⁶ değerlendireceğimiz şekliyle anlamak ve uygulamaktır. Ancak bu sayede yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı olmayacağı gibi bir yıllık süre sınırlaması da m. 362/a bakımından değerlendirilmeyecektir.

Bazı üniversitelerde uygulanan yaz okulları da dönem olarak kabul edilmelidir. Çünkü yaz okullarında da bu öğretim kurumlarından veya yurtlardan faydalanan öğrenciler vardır. Bu öğrencilerin sayısına bakılmaksızın, sadece bir tane öğrenci bile o kurumdan hizmet alıyor olsa dâhi, haczedilmezlik korumasından ilgili kurum faydalanmalıdır. Yaz okulunun bitimi ile yeni döneminin başlaması arasında kalan (çok kısa bile olsa) sürede muhafaza tedbiri uygulanabilir. Bu şekildeki bir uygulama m. 362/a'nın amacına uygun olacaktır.

III. DÜZENLEMENİN İCRA HUKUKUNDAKİ HACZEDİLMEZLİK İLKELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Haczedilmezlikle İlgili Genel Düzenlemeler

Alacaklının alacağının teminatı, borçlunun taşır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki mal, hak ve alacaklarıdır. Maddî karşılığı olan bu mal varlığı değerlerinin haczedilip paraya çevrildikten sonra alacaklının hukuken tatmin edilmesi gerçekleştirilmiş olur.²⁷ Lex commissio-

²⁶ Bkz.: aşa. III., C.

²⁷ Wolfgang Grunsky, Einführung in das Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Tübingen 1972, s. 1 vd.; Fritz Baur/Rolf Stürner / Alexander Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2006, s. 2-4; Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, § 23, Rn. 2 vd.; Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 89-91; Leo Rosenberg/Hans Friedhelm Gaul/Eberhard Schielken/Eckhard Becker-Eberhard/Panajotta Lakkis, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, München 2010, § 1, Rn. 1-5; Christoph G., Paulus, Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Berlin-Heidelberg 2017, Rn. 672; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 2018, s. 2 vd.; Rolf Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 2018, § 1, Rn. 1-3; Olaf Muthorst, Grundzüge des Zwangsvollstreckungsrechts, 2. Auflage, Baden-Baden

ria yaşağı nedeniyle borçlunun devredilebilir ve para ile ölçülebilir mal varlığı, icra dairesi tarafından takip işlemleri ile paraya çevrilecektir.²⁸

Takep türlerine göre değişkenlik göstermekle birlikte takibin aşamalarından biri de hacizdir. Haciz, para alacağının alacaklıya ödenmesi amacıyla borçlunun mallarına hukuken el konulması işlemidir. Borçlunun, hukuken uhdesinde bulunan mal varlığı değerleri kamusal güç vasıtasıyla alacaklıya ödenmesi gereken paraya çevrilmektedir.²⁹ Bu işlemler yapılırken ise borçlunun tüm mal varlığına el konulması söz konusu değildir. Zira borcundan dolayı borçlunun mal varlığının tamamına el koymak onu başkalarına muhtaç hale getirebilecek ve hem aile yaşamını hem ekonomik yaşamını hem de diğer temel haklarını olumsuz etkileyebilecektir. Bu durum ise borçlunun ekonomik mahvına sebep olabileceği gibi kamu düzeninin bozulmasına da yol açabilecektir.³⁰

2016, § 1, Rn. 1-15; İlhan Postacıoğlu E./Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 358-359; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 410, (Kuru, El Kitabı); Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016, s. 207, (Kuru, İcra ve İflâs Hukuku); Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 140; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku, s. 272 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 166 vd.; Pinar Çiftçi, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 269 vd., (Çiftçi, Menfaat Dengesi); Abdurrahim Karşlı, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 279; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 504; Uğur Bulut, "Borçlunun Hâline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat", Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, Y. 2010, s. 1074; Cenk Akil, "Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m. 82/12)", AÜHFD, S. 60 (4), Y. 2011, s. 776, (Akil, Meskeniyet İddiası).

²⁸ Postacıoğlu/Altay, s. 359; Kuru, El Kitabı, s. 470; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s. 207; Üstündağ, s. 140; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku, s. 273; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 153 vd.; Muşul, s. 504; Çiftçi, Menfaat Dengesi s. 269; Bulut, s. 1074.

²⁹ Karl Spühler, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 5. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2011, § 27, Rn. 453; Rosenberg/Gaul/Schielken/Becker-Eberhard/Lakkis, § 1, Rn. 9-15; Muthorst, § 10, Rn. 4 vd.; Postacıoğlu/Altay, s. 358-359; Kuru, El Kitabı, s. 410; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s. 207; Üstündağ, s. 140; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku, s. 273; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 153; Mehmet Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 134; Karşlı, s. 278; Muşul, s. 505; Tolga Akkaya, "İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu", Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, Y. 2009, s. 853; Çiftçi, Menfaat Dengesi s. 269; Bulut, s. 1073 vd.

³⁰ Amonn/Gasser, § 23, Rn. 12-15; Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 92, Rn. 3 vd.; Grunsky, § 6, s. 66 vd.; Franco Lorandi, Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 3. Auflage, Zürich 2017, s. 31; Baur/Stürner/Brunns, § 23, s. 256; Winfried Schusc-

Özellikle Anayasa'nın 17. maddesindeki maddî ve manevî varlığın korunması hakkı bağlamında konu ele alındığında gerek insanî gerekse de diğer kişilerle toplumun menfaatlerinin gözetilmesi gerekliliği gibi sebeplerle haciz işlemine sınırlamalar konulmuştur.³¹ "Haczedilmezlik" (Unpfändbarkeit) olarak adlandırılan bu durum, Kanun koyucu tarafından İcra ve İflâs Kanunu'nun 82 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. "Haczi caiz olmayan mallar ve haklar" başlıklı 82. madde ve "kısmen haczi caiz olan şeyler" başlıklı 83. madde birlikte değerlendirildiğinde İcra ve İflâs Kanunu'nun sosyal ve insanî yönü ortaya çıkacaktır. Zira bu maddeler ile alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi korunmaya çalışılmıştır. Bir icra takibinde esasen alacaklının alacağına kavuşarak hukuken tatmin edilmesi amaçlansa da borçlunun temel hak ve özgürlüklerinin de takip içerisinde dikkate alınması gereklidir. Menfaatler dengesine uygun bir düzenleme ve bu amaçlı tüm uygulamalarda buna riayet edilmesi elzemdir.³²

İcra ve İflas Kanunu'nun 82. ve 83. maddeleri, icra hukukunun sosyal yönünü ön plana çıkararak borçlunun pek çok mal varlığının ta-

hke/Wolf-Dietrich Walker/Sibylle Kessal-Wulf, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Auflage, Köln 2011, § 850a, Rn. 1; Johann Kindl/Caroline Meller-Hannich/Hans-Joachim Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Auflage, Baden-Baden 2016, § 850a, Rn. 2 vd.; Postacıoğlu/Altay, s. 410-411; Kuru, El Kitabı, s. 502; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s. 245; Üstündağ, s. 172; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku, s. 278-280; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 157-158; Bulut, s. 1073 vd.; Akil, Meskeniyet İddiası, s. 776; Murat Dönmez, İcra ve İflâs Hukukunda Meskeniyet İddiası (İİK m. 82/12), İzmir 2009, s. 1-2, (Dönmez, Meskeniyet İddiası). Benzer yönde bkz: Muhammet Özekes/Pınar Çiftçi, Anayasa Mahkemesi'nin Aile Konutunun Haczedilmezliği (Eşin Meskeniyet İddiası) Hakkındaki Kararı Çerçevesinde Tespit, Değerlendirme ve Eleştiriler, Lexpera Blog Yazısı, <https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-aile-konutunun-haczedilmezligi-hakkındaki-karari-degerlendirme/>, E.T.: 12.04.2020.

³¹ Muhammet Özekes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 152 vd.; Çiftçi, Menfaat Dengesi s. 272 vd.; Akil, Meskeniyet İddiası, s. 777.

³² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku, s. 280 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 166; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 141 vd.; Özekes, s. 221 vd.; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 40 vd.; Pınar Çiftçi, "Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması", Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, DE-ÜHFD, C. 12, Özel Sayı, Y. 2010, s. 316 vd., (Çiftçi, Menfaat Dengesi Çerçevesinde); Akkaya, s. 857; Bulut, s. 1075-1076; Akil, Meskeniyet İddiası, s. 777; Dönmez, Meskeniyet İddiası, s. 1-4. Baur/Stürner/Bruns, § 23, s. 258 vd.; Brox/Walker, s. 138 vd.; İsviçre hukuku için bkz.: Spühler, Rn. 468-473; Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 92, Rn. 3.

mamen veya kısmen haczedilmesine izin vermemiştir. Buradaki temel maksat ise borçlunun ekonomik ve maddî varlığını, eskiye nazaran azalma olsa da asgarî düzeyde koruyabilmesini sağlamaktır. Örneğin, borçlunun ekonomik faaliyeti için kaçınılmaz derece önem arz eden aletlerinin haczedilmesi hem borçlunun çalışıp para kazanarak alacaklıya borcunu ödenmesinin önüne geçecektir hem de geleceğe dönük olarak borçlunun ekonomik faaliyetlerinin sona ermesine sebebiyet verebilecektir.³³

İlgili düzenlemeler sadece borçlunun korunması amacıyla getirilmiş değildir. Aynı zamanda borçlunun ailesinin veya üçüncü kişilerin de korunması gözetilmektedir.³⁴ Örneğin, borçlunun haline münasip evinin haczedilememesi borçluyu olduğu kadar borçlu dışındaki üçüncü kişileri de (eş, çocuklar, birlikte yaşayan diğer kimseler) koruyucu sonuçlar doğurmaktadır. Benzer şekilde, devlet mallarının haczedilmezliği kuralı ile hem tüzel kişiliği olan kurum hem de o tüzel kişilikten fayda sağlayan toplum (kamu) korunmaktadır.

Verilen örnekler ele alındığında haczedilmezliğin kaynak bazı sınıflandırılmasında, haczedilmezlik “konu” veya “kişi” bakımından ortaya çıkabileceği gibi m. 362/a’da olduğu gibi “süre” bakımından da karşımıza çıkabilir. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu’nun 82. maddesinin 1. fıkrasının ilk bendine göre devlet mallarının haczedilememesi hacze konu olan şey bakımından kendisini göstermektedir. Aynı fıkranın 2. bendinde ise hem konu hem de kişi unsuru karşımıza çıkmakta ve “ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlu” açısından bazı malların haczedilmezliği söz konusu olmaktadır.

B. Süreli Haczedilmezlik

Borçlunun ekonomik ve sosyal varlığının devam etmesi için mallarının haczedilmesine kanunlarla sınırlama getirilmesi bazı hallerde

³³ Akil, Meskeniyet İddiası, s. 777; Dönmez, Meskeniyet İddiası, s. 3. İsviçre hukukundaki benzer düzenlemeler için bkz.: Spühler, Rn. 466 vd.; Amonn/Gasser, § 23, Rn. 20 vd.; Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 92, Rn. 3.

³⁴ Amonn/Gasser, § 23, Rn. 16; Lorandi, s. 32; Postacıoğlu/Altay, s. 410 vd.; Kuru, El Kitabı, s. 514; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s. 250; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku, s. 280; Akkaya, s. 857; Murat Dönmez, “Aile Konutunun Haczi”, *TBB Dergisi*, S. 77, Y. 2008, s. 352, (Dönmez, Aile Konutunun Haczi); Dönmez, Meskeniyet İddiası, s. 3; Özekes/Çiftçi, Lexpera Blog Yazısı.

bu sınırlamanın süre bakımından uygulanması ile sağlanabilecektir.³⁵ İlgili süre boyunca borçlunun malları haczedilemeyip hem borçluya hem de borçlu kimse dolayısıyla hak ihlaline uğrayabilme potansiyeli olan kimselere yönelik koruma sağlanmıştır. İşte bu yöndeki bir düzenleme de 2018 yılında İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen 362/a maddesi ile hukuk uygulamamıza kazandırılmıştır.

İİK 362/a maddesi ile borçlu kapsamına alınabilen ve yukarıda sayılan kurumlar, maddede belirtilen süre boyunca mal varlıklarını kullanmaya devam ettiklerinde hem kendilerinin sosyal ve ekonomik varlıkları korunacak hem de bu kurumlardan mal ve hizmet satın alan kişiler (öğrenciler ve dolayısıyla aileleri) sosyal anlamda zarar görmeyeceklerdir. Hatta bu maddenin, ilgili kurumla bağlantılı işler yapan tedarikçi gibi üçüncü kişilere de dolaylı katkısı olacaktır. Zira tedarikçi veya o iş yerinde çalışan işçi gibi kimseler, o kurumun faaliyetlerine devam edip para kazanmasından olumlu yönde etkilenecek, alacaklarını tahsil edebileceklerdir. Fakat kanunun gerekçesine ve kabul amacına bakıldığında asıl korunmak istenen kişi grubunun, bu kurumlarda eğitim-öğretim gören veya barınma hizmeti alan öğrenciler olduğu kolaylıkla anlaşılabilir.

Mevzuatımızda süreli haczedilmezlik kavramına benzeyen bazı uygulamalar mevcuttur. Yani "zaman bakımından" borçlunun korunmaya çalışıldığı bazı kanun hükümleri söz konusudur. Örneğin İcra ve İflas Kanunu'nun 84. maddesi ile borçlunun yetişmemiş mahsullerinin haczi, bu mahsullerin yetişmeleri zamanından en çok iki ay önce haczedilebilir. Bu sayede mahsullerin haciz dolayısıyla zarara uğraması ve borçlu aleyhine bir durum yaratılması söz konusu olmayacaktır.

Benzer bir düzenleme 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun³⁶ 34. maddesinde de yer almaktadır. Maddenin 1. fıkrasının e bendine göre Gecekondu Kanunu hükümlerine göre belediyelerce tahsis olunan arsalar, yapılar ve bu arsalar üzerinde yapılan bina ile meydana gelen taşınmaz mallar, tahsis tarihinden itibaren on yıl süre içinde haczedilemez ve işgal olunamaz. Hatta bu düzenleme, aynı maddenin ikinci fıkrası ile de kuvvetlendirilmiştir ve ölüm, emeklilik, görev nakli

³⁵ Bu yönde bkz.: Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 158.

³⁶ RG, 12362 S., 30.07.1966 T.

ve Türkiye Emlak Kredi Bankasının veya konut kredisi veren diğer kuruluşların ipotekli alacaklarından dolayı yapılacak satış ve işlemlerinde bile bu fıkraya aykırı davranılamayacaktır. Örneğin, Gecekondu Kanunu'nun 34. maddesine göre tahsis olunan arsaya yapılacak taşınmaz için rehin gösterilen taşınmazda süreli haczedilmezlik (ve madde bağlamında işgal edilemezlik) geçerli olacaktır. Düzenlemedeki koruma ise ilelebet geçerli kalmamaktadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, inşaat yapım süreleri saklı olmak şartıyla yirmi yıllık süre içinde borçlanma bedellerinin tamamının ödenmesi halinde, ilk fıkra da sayılan diğer sınırlamalar yanında "süreli haczedilmezlik" de ortadan kalkacaktır.

Süreli haczedilmezlik olarak değerlendirilebilecek bir başka düzenleme 5543 sayılı İskân Kanunu'nda³⁷ da vardır. Kanun'un 21. maddesine göre, bu kanuna göre verilen taşınmazlar, temlik tarihinden itibaren borcun tamamı ödenmeden önce hiçbir suretle satılamaz, bağışlanamaz, rehin edilemez, tapu kütüğüne satış vaadi şerhi konulamaz ve haczolunamaz. Görüleceği üzere, temlik tarihi ile borcun tamamen ödenmesi tarihi arasında kalan dönemde taşınmazın haczi kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesi bakımından da süreli haczedilmezliğin sona ereceği tarih "eğitim-öğretim döneminin sonu" olarak belirtilmiş sayılmalıdır.

C. İlgili Düzenlemenin Haczedilmezlik Bakımından Değerlendirilmesi

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesi, borçlu tarafta olan özel okul ya da özel öğrenci yurdu veya benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz mallarını satılıp paraya çevrilmesi suretiyle alacaklıya alacağın ödenmesini engellemek amacıyla zamansal bir kısıtlama getirmiştir. Aslında bu düzenlemenin temel amacı, gerekçeden de anlaşılacağı üzere bu kurumlardaki öğrencileri korumaktır. Kanunun yürürlüğe girişinden evvel ulusal basında da bu konuda pek çok özel okul veya yurdun eşyalarının haczedildiği ve öğrencilerin başka okullara nakl olmak zorunda kaldığı, bu durumun ise öğrenciler için kabul edilmesi

³⁷ RG, 26301 S., 26.09.2006 T.

zor sıkıntılar yarattığı belirtilmiştir. Bu bağlamda ele alındığında, kanun koyucunun m. 362/a hükmü ile istediği amaca yönelik düzenleme getirdiği gözlemlenecektir.

Kanun koyucunun takipte sadece bir tarafı koruyucu hükümler getirdiğini söylemek ise doğru olmaz. Çıkarılan kanun tümüyle değerlendirilmelidir. Ancak bu yapılırsa kanundaki “*menfaat dengesinin*” varlığı ya da yokluğu tartışılabilecektir.

İcra ve İflâs Kanunu’nun 362/a maddesinde geçen “...*haczedilir.*” ifadesi kanımızca, taraflar arasında bulunması gereken menfaat dengesi de dikkate alındığında “...*muhafaza altına alınır*” şeklinde yorumlanmalıdır. Zira maddenin getiriliş amacı, özel okullar ile yurtların ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının fiilen haczedilip muhafaza altına alınarak eğitim-öğretim faaliyetini sona erdirmemek, bu sayede öğrencilerin olumsuz etki altında kalmalarını engellemektir. Bu yöndeki bir yorum, özel okul ve yurtların mallarının sadece kaydı haczine imkân sağlayacak ve alacaklının takip içerisindeki haklarının da dikkate alındığını gösterecektir. Örneğin, özel okulun mülkiyetinde olan okul binasının tapu kaydına icra dairesi tarafından haciz konması, eğitim-öğretim dönemi içinde bile olsa öğrencilerin ya da o kurumlardan hizmet satın alanların yahut bu kurumlarla bağlantılı işler yapanların haklarına zarar vermeyecektir. Okulun binasına tapu kaydında haciz kondu diye hiçbir öğrencinin haklarının muhtel olması söz konusu olmaz. Benzer şekilde, okulun mülkiyetinde bulunan ve öğrenci servisi olarak kullanılan araçların sicillerine haciz konması, servis aracının öğrenci taşıma işlerinde kullanılmasına engel olmadığı için öğrenciler aleyhine bir zarar yaratmayacaktır. Hatta taşınır malların okul binası içinde icra memurları tarafından haczedilmesi, okulun demirbaş kayıtları üzerinden yapılabilecekse bu yolla başvurulması, öğrencilerin durumdan haberdar edilmeden ve etkilenmeden haciz işleminin uygulanmasına olanak sağlayabilecektir. Verilen bu örnekler elbette çoğaltılabilir. Tüm bu örneklerin temel çıkarım noktası, bilhassa taşınır malların haczedilip muhafaza altına alınması halinde öğrencilerin eğitim-öğretimlerinin sekteye uğrayıp zarar görebileceğidir. Muhafaza altına alınmadan kayden yapılan haciz işleminde çoğu zaman öğrencinin haberi dahi olmayacağından hakları da muhtel olmayacaktır.

Kanundaki bu düzenlemenin, muhafaza tedbirine engel olunarak öğrencilerin psikolojik sağlığını korumak amacıyla getirildiğini de düşünürsek "...haczedilir." ifadesi bu amacı tek başına sağlamaya yetecektir. Zira bu haciz sadece eğitim-öğretim dönemi dışında yapılacaktır.

İlgili düzenleme ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'nun 82/2. maddesi bağlamında istisna da teşkil etmemelidir. 82/2 maddesine göre 1. fıkrada sayılan bazı hallerde borcun sebebinin hacze konu eşya olması halinde haczedilmezlik uygulanmaz. Fakat m. 362/a bağlamında böyle bir istisna düşünülemez. Zira hem 362/a da bu yönde açık düzenleme yoktur hem de böyle bir istisna kabul edilmesi 362/a maddesinin özüne ve amacına aykırıdır. Takibe konu borç (örneğin okuldaki taşınırın satın alınmasından kaynaklı) eşyadan doğsa bile süreli haczedilmezlik uygulanmalıdır.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de m. 362/a koruması devam etmelidir. Zira her ne kadar rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte haciz aşaması olmasa da m. 362/a hükmünde geçen haczedilmezliği muhafaza altına almamak olarak yorumladığımız için muhafaza tedbirinin uygulanması düşünülemez. Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte muhafaza tedbiri alınması m. 362/a hükmünün amacına aykırılık teşkil eder.

D. Düzenlemeye Aykırı İşlemlerin Hukukî Sonucu

Özel okul ve yurtların ya da benzer kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının m. 362/a maddesine aykırı olarak haczedilmesi konusu gündeme gelebilecektir. Bu noktada borçlu tarafın kanundan kaynaklanan birtakım hakları vardır.

Öncelikle, eğitim-öğretim dönemi içerisinde olan bir özel okul ya da özel öğrenci yurdu ve benzeri kurumun mallarının haczedilmesi icra dairesinden (haciz isteyebilme aşamasına geldiği takdirde) her zaman talep edilebilmelidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 78. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre ödeme emrindeki müddet geçtikten sonra, borçlu itiraz etmemişse veya itirazı ortadan kaldırılmışsa artık alacaklı veya vekilinin haciz isteme yetkisi doğar. Her halükârda bu istem, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren (itiraz ve davada geçen süre hariç olmak üzere) bir yıl içerisinde yapılmalıdır. İcra ve İflâs Kanunu m.

79'a göre ise bu talebi alan icra dairesi üç gün içinde haczi yapmak durumundadır. Bir önceki başlıkta aktarmaya çalıştığımız üzere, icra dairesi özellikle taşınmaz malların haczini bu üç günlük süre içinde sicile haciz yazısı göndererek yapmalıdır. Zira taşınmaz haczinde muhafaza tedbiri zaten uygulanamayacağından eğitim-öğretim dönemi içinde olunmasının öğrencilere herhangi bir olumsuz etkisi doğmayacaktır. Taşınır malların haczi konusunda ise m. 362/a hükmünün amacına uygun davranılması gerekecektir eğer taşınır malların fiilen haczi öğrencilere zarar verebilecekse (örneğin tüm sınıfların dolaşarak her türlü taşınırın tek tek haciz tutanağına yazılması fiilen uygulanacaksa) bu durumda m. 79'daki üç günlük süre kuralına uyulmaması daha yerinde olacak, mevcut eğitim-öğretim dönemi sonundan itibaren üç gün içinde haczin yapılması amaca uygun kabul edilebilecektir.

Haczedilmezlikle ilgili karar verme yetkisi icra müdüründedir. Hacze konu malların haczedilip haczedilmeyeceği konusunda müdürün verdiği karar denetime tâbidir.³⁸ Eğitim-öğretim dönemi içinde olunmasına rağmen icra dairesi tarafından bilhassa fiili haczi gereken taşınırlar hakkında işlem yapılırsa şikâyet yoluna gidilebilir. Buradaki şikâyet süresi, diğer haczedilmezlik şikâyetlerinde olduğu gibi yedi gün olarak düşünülebilir.³⁹ Fakat kanımızca, eğitim-öğretim faaliyetlerinin sekteye uğraması sadece hacze maruz kalan kurum için değil kamu için de olumsuz bir durum yaratacaktır. Bu nedenle m. 362/a hükmüne aykırı olarak yapılan haciz işlemi nedeniyle süresiz şikâyet yolunun olması hem şikâyet sebeplerinden biri olan kanuna aykırılık hem de kamu düzeninin korunması için daha yerinde görülmelidir.

Şikâyette bulunacak kişiler arasında, m. 362/a kapsamında bir kurumda eğitim-öğretim gören veya yurttan kalan öğrencilerin yetkiye sahip olup olmadığı hususu kanımızca tartışılabilir. Tıpkı bir borçlunun borcu için alakası olmayan bir üçüncü kişinin mallarına haciz uygulanmasında (hatta muhafaza tedbiri alınmasında) olduğu gibi öğrencilere de şikâyet hakkı verilmesi düşünülebilecektir. Zira bu kişilerin, şikâyet konusu işlemin iptal edilmesinde korunan hukukî yararları

³⁸ Amonn/Gasser, § 24, Rn. 1 vd.; Postacıoğlu/Altay, s. 425; Kuru, El Kitabı, s. 525 vd.; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s. 256; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 158; Muşul, s. 636; Akkaya, s. 852 vd.

³⁹ Postacıoğlu/Altay, s. 426-427; Kuru, El Kitabı, s. 526 vd.; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s. 256; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 159; Muşul, s. 636; Dönmez, Meskeniyet İddiası, s. 31.

söz konusudur. Hukukî yararını ispat eden ve takibin tarafı olmayan kişilerin şikâyet hakkını kullanmaları mümkündür.⁴⁰ Bu noktada öğrencilerin (veya kanunî temsilcilerinin) o kurumda öğrenci olduklarını ya da o yurttan kaldıklarını ispatlamaları koşuluyla şikâyet haklarını kullanabileceklerini düşünmekteyiz.

IV. 6183 SAYILI KANUN KAPSAMINDA YAPILAN TAKİPLERİN HARİÇ BIRAKILMASI VE EŞİTLİK İLKESİ BAKIMINDAN ELE ALINMASI

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesi, kapsamına aldığı kurumların taşınır ve taşınmaz mallarını takiplerde korumak istemekle birlikte bunu sadece İcra ve İflâs Kanunu bakımından başlatılan takipler için öngörmüştür. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre başlatılacak takiplerde bu koruma söz konusu değildir.

Amme alacaklarının tahsili hakkındaki bu düzenleme pek çok noktada eleştirilebilir.⁴¹ Fakat en temel eleştiri, Anayasa'nın 10. maddesinin 5. maddesinde düzenlenen devlet organlarının kanun önündeki eşitliği kuralına aykırılık yönünde olacaktır. Bu maddeye göre devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar (AY m. 10/5). Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun pek çok maddesinde⁴² olduğu gibi m. 362/a hükmünde de Anayasa m. 10/5'e aykırı olacak şekilde kamu alacakları için ayrıcalık tanınmıştır.

Bir başka husus ise İcra ve İflâs Kanunu m. 362/a ile getirilmek istenen amaca aykırılıktır. Gerçekten de yukarıda izah edilmeye çalışıldığı üzere m. 362/a düzenlemesinin amacı eğitim-öğretim ile ilgili bu kurumlardan faydalanan öğrencilerin mağdur edilmemesidir. Onların eğitim-öğretim hayatlarını olumsuz etkileyebilecek, psikolojile-

⁴⁰ Hakan Pekcanitez/ Cemil Simil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 243-245.

⁴¹ Kamu icra hukuku ile genel icra hukuku arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Pekcanitez/ Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, *İcra Hukuku Ders Kitabı*, s. 344 vd.; Çiftçi, *Menfaat Dengesi Çerçevesinde*, s. 315 vd.

⁴² Devlet mallarının haczedilmezliği bağlamında değerlendirmeler için bkz.: Cenk Akil, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Y. 2012, s. 116, (Akil, Devlet Mallarının Haczedilmezliği).

rini bozabilecek icra işlemleri sadece İcra ve İflâs Kanunu bağlamında başlatılan takiplerle olmayacaktır. 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takiplerle de bu etki pekâlâ yaratılabilecektir. Bu açıdan bakıldığında bile, sanki 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takiplerin öğrencilere zarar vermeyecekmişçesine ayrıcalıklı düzenlenmesi İcra ve İflâs Kanunu m. 362/a hükmünün genel amacına aykırıdır. Bu noktada yapılacak bir kanun değişikliği ile 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takiplere tanınan ayrıcalığın ortadan kaldırılması, eğitim-öğretim alan ve potansiyel mağdur olabilecek öğrencilerin korunmasına hizmet edebilecektir. Yapılacak kanun değişikliğinde öğrencilerin korunması açısından 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takiplerde de eğitim-öğretim dönemi sonunda haczin yapılabileceğini düzenlemek yeterli olacaktır. Bu noktada kamu alacaklarının herhangi bir kaybı da olmayacaktır. Zira İcra ve İflâs Kanunu m. 206 hükmü zaten -her halükârda- kamu alacaklarına ödemede öncelik tanımaktadır.⁴³ Ayrıca iştirak konusunda da ayrıcalıklar gündeme gelebilecektir.

V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu'nda 7141 sayılı Kanun'la 2018 yılında yapılan değişiklikle 362/a maddesi eklenmiştir. Düzenlemeye göre 5580 sayılı Kanun kapsamındaki özel okullar ile 5561 sayılı Kanun kapsamındaki yurt ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz malları içinde bulunan eğitim-öğretim döneminde haczedilemez, dönemin sona ermesi beklenir. Adı geçen kanunlara bakıldığında ise kapsama giren kurumların tespiti, bilhassa eğitim gibi önemli bir konu olması nedeniyle alt düzenlemelere bakılmasını gerekli kılacaktır. Mevzuat hükümlerine bakıldığında m. 362/a hükmünün lafzî yorumundan sadece özel okullar, özel öğrenci yurtları, öğrenci pansiyonları, özel öğrenci apartları ve özel öğrenci stüdyo dairelerinin koruma kapsamında kalacağı anlaşılacaktır. Fakat m. 362/a hükmünün kabul amacı öğrencileri korumak olduğuna göre bilhassa 5580 sayılı Kanun kapsamındaki diğer özel eğitim ve özel öğretim kurumlarının da korunması faydalı olabilecektir. Bu kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının haczinde ziyade muhafaza altına alınmasının engellenmesi kanunun asıl kabul amacıdır. Zaman bakımından getirilen sınırlama ise eğitim-öğretim dönemi içi olmakla bir-

⁴³ Kuru, El Kitabı, s. 733, 1270 vd.; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, s. 330; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra Hukuku Ders Kitabı, s. 234-235.

likte bu dönem içerisinde haciz talep edilmesinde sakınca yoktur. İcra ve İflâs Kanunu m. 362/a hükmüne aykırı olarak yapılan hacizlerde ise süresiz şikâyet yoluna gidilebilmesi daha yerinde olacaktır.

Düzenlemede, 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takiplere ayrıcalık tanınıyor olması ise yerinde değildir. Zira öğrencileri korumaya yönelik olarak getirilen bu hükümde yaratılan farklılık hem m. 362/a'nın öğrencinin korunması amacına hem de Anayasa'nın 10/5. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Yapılacak bir kanun değişikliği ile 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takiplere getirilen imtiyaz *-en azından-* eğitim-öğretim dönemi içinde haciz yapılmasına mahal vermemeli, o takiplerde de İcra ve İflâs Kanunu kaynaklı takipler gibi eğitim-öğretim dönemi sonu beklenmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Amonn Kurt/Gasser Dominik, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997.
- Baur Fritz/Stürner Rolf/Bruns Alexander, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2006.
- Brox Hans/Walker Wolf-Dietrich, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 2018.
- Çiftçi Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, (Çiftçi, Menfaat Dengesi).
- Dönmez Murat, İcra ve İflâs Hukukunda Meskeniyet İddiası (İİK m. 82/12), İzmir 2009, (Dönmez, Meskeniyet İddiası).
- Grunsky Wolfgang, Einführung in das Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Tübingen 1972.
- Karslı Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- Kindl Johann/Meller-Hannich Caroline/Wolf Hans-Joachim, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, (Kuru, El Kitabı).
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016, (Kuru, İcra ve İflâs Hukuku).
- Lackmann Rolf, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 2018.
- Lorandi Franco, Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 3. Auflage, Zürich 2017.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Muthorst Olaf, Grundzüge des Zwangsvollstreckungsrechts, 2. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Paulus Christoph G., Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Berlin-Heidelberg 2017.

- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2013, (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, *İcra Hukuku*).
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, İstanbul 2019, (Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, *İcra Hukuku Ders Kitabı*).
- Pekcanitez Hakan/Simil Cemil, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu İlhan E./Altay Sümer, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, İstanbul 2010.
- Rosenberg Leo/Gaul Hans Friedhelm/Schielken Eberhard/Becker-Eberhard Ekehard/Lakkis Panajotta, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Auflage, München 2010.
- Schuschke Winfried/Walker Wolf-Dietrich/Kessal-Wulf Sibylle, *Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz*, 5. Auflage, Köln 2011.
- Spühler Karl, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I*, 5. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2011.
- Stahelin Adrian/Bauer Thomas/Stahelin Daniel, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Auflage, Basel 2010.
- Üstündağ Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Yıldırım Mehmet Kâmil/Deren Yıldırım Nevhis, *İcra Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2012.

Makaleler

- Akil Cenk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, Y. 2012, ss. 97-119, (Akil, Devlet Mallarının Haczedilmezliği).
- Akil Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Haline Münasip Evin Haczedilmezliği (Meskeniyet) İddiası (İİK m. 82/12)", *AÜHFD*, S. 60 (4), Y. 2011, ss. 775-808, (Akil, Meskeniyet İddiası).
- Akkaya Tolga, "İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu", Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, *DEÜHFD*, C. 11, Özel Sayı, Y. 2009, ss. 845-866.
- Bulut Uğur, "Borçlunun Hâline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat", Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, *DEÜHFD*, C. 12, Özel Sayı, Y. 2010, ss. 1073-1103.
- Çiftçi Pınar, "Menfaat Dengesi Çerçevesinde Genel İcra Hukuku ile Kamu İcra Hukukunun Karşılaştırılması", Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, *DEÜHFD*, C. 12, Özel Sayı, Y. 2010, ss. 313-379, (Çiftçi, Menfaat Dengesi Çerçevesinde).
- Dönmez Murat, "Aile Konutunun Haczi", *TBB Dergisi*, S. 77, Y. 2008, ss. 349-358, (Dönmez, Aile Konutunun Haczi).

İnternet Kaynakları

- Özekes Muhammet/Çiftçi Pınar, Anayasa Mahkemesinin Aile Konutunun Haczedilmezliği (Eşin Meskeniyet İddiası) Hakkındaki Kararı Çerçevesinde Tespit, Değerlendirme ve Eleştiriler, Lexpera Blog Yazısı, <https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-aile-konutunun-haczedilmezligi-hakkındaki-karari-degerlendirme/>, E.T.: 12.04.2020.

İCRA DAİRESİ TARAFINDAN VAKTİNDEN EVVEL SATIŞ EARLY SALE BY EXECUTION OFFICE

Tuğçe ARSLANPINAR TAT*

Özet: Temel yargılama ilkelerinin büyük bir kısmı, niteliğine uygun düştüğü ölçüde cebri icra hukuku bakımından da uygulama alanı bulur. Bu bağlamda cebri icra hukuku anlamında etkisini en çok gösteren ilke, tasarruf ilkesi olarak karşımıza çıkar. Tasarruf ilkesinin bir gereği olarak alacaklı, satış talep etme yetkisini elinde bulundurur. Alacaklı satış talep etme yetkisini kullanmadan önce borçlu da bu yetkiyi kullanma hakkına sahiptir. Ancak bazı hallerde icra dairesinin kendiliğinden ve vaktinden önce satış yapabileceği öngörülmüştür. İcra dairesinin kendiliğinden satış yapabileceği hallerde bu yetkiyi kullanması icra takibine hâkim olan tasarruf ilkesi bağlamında istisna teşkil eder. Aynı zamanda bu yetkinin kullanılması için belirli şartların oluşması gerekir. İcra dairesinin kendiliğinden satış yapabilmesini mümkün kılan hallerin uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar ve uygulama sebebiyle ortaya çıkabilecek tartışmalı noktalar, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tasarruf ilkesi, Satış Talebi, Alacaklı, Kendiliğinden Satış, Vaktinden Önce Satış

Abstract: The majority of the fundamental principles of judging are applied in terms of the compulsory enforcement law, to the extent that they are relevant in nature. Within this context, the principle with the utmost effect in terms of the compulsory execution law is the principle of parties' control. As required by the principle of parties' control, the creditor holds the authority to demand sale. Before the creditor exercises the authority to demand sale, the debtor has right to exercise this authority, as well. However, it is stipulated that in some cases, the execution office may perform sale on its own initiative and ahead of time. In cases that the execution office may perform sale on its own initiative, exercising such authority sets an exception, within the scope of the principle of parties' control that is in effect in execution proceeding. In order to exercise such authority, certain conditions must be met as well. In this study, the conditions required for the execution office to perform sale on its own initiative and controversial issues that may arise due to the practice are addressed.

Keywords: The principle of parties' control, Demand of Sale, Creditor, Sale with Execution Office's Own Initiative, Early Sale

* Arş. Gör., Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, tugcearslanpinar@cag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0327-8150, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.07.2020, Kabul Tarihi: 08.07.2020

GİRİŞ

Alacaklının, tahsil edemediği alacağının devlet eliyle tahsilini sağlamak amacıyla başlattığı icra takibinin, alacağa kavuşmak bakımından son halkasını oluşturan ödeme veya paylaşırma işlemlerinden önceki satış işleminde esas kural, talep neticesinde satış işleminin yapılmasıdır. Satış talep edilmesi belirli bir süreye bağlı olup bu süre, taşınır mallar bakımından hacizden itibaren altı ay iken taşınmaz mallar bakımından bir yıldır. Satış işleminin yapılabilmesi için yalnız talep yeterli olmayıp aynı zamanda satış giderlerinin peşin olarak ödenmesi gerekir. Alacaklı veya borçlu, talep ettikleri ve giderleri peşin olarak yatırdıkları takdirde icra dairesi satış işlemini yapar ve borçlunun borcuna yetecek tutarda haczediği mal veya haklarını satarak alacağa karşılık teşkil eden tutarda bedeli tahsil etmeye çalışır.

Talep üzerine satışın yanında, İcra ve İflâs Kanunu¹ m.113/2'de yer alan düzenlemeye göre icra müdürünün her zaman kendiliğinden satışa karar verebileceği ancak bunun haczedilen malın kıymeti hızla düşüyorsa veya muhafazası masraflıysa mümkün olabileceği kaleme alınmıştır. Bu hükmün tartışılmaya değer birçok yönü bulunmaktadır. Nitekim, kıymeti süratle düşen veya muhafazası masraflı olan mallardan anlaşılması gerekenin ne olduğu; icra müdürünün bu şekilde satış kararı vermesi halinde giderlerin ne şekilde ödeneceği ve bu satışın ne şekilde yapılacağı; icra müdürünün kendiliğinden satış kararı vermesi hakkında kanunda yer alan "her zaman" ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği gibi sorular akla ilk gelen tartışılması gereken noktalardır. Çalışmamızda icra dairesi tarafından vaktinden önce yapılması mümkün olan satış ele alınacak ve tartışılması gereken noktalar hakkında çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

I. İCRA HUKUKUNDA SATIŞ İŞLEMİ

A. Genel Olarak

Borçlunun borcunu ödememesi halinde alacaklı tarafından başlatılan icra takibi neticesinde haczedilen şeyin para dışında bir mal veya hak olması durumunda,² bu mal veya hakkın icra dairesi tarafından

¹ 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, Yayımlı Tarihi: 19.06.1932, Sayı: 2128.

² Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (El Kitabı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.601.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.355.; Ra-

paraya çevrilmesi ve alacak tutarına karşılık gelen miktarın alacaklıya ödenmesi veya birden fazla alacaklının var olması halindeyse tutarın alacaklılara paylaşılması öngörülmüştür. İcra ve İflas Kanunu'nda kural olarak açık arttırma usulüyle satış yapılacağı, ancak m.119'da öngörülen istisnai hallerde, taşınır mallar bakımından satışın pazarlık usulüyle yapılmasının da mümkün olduğuna ilişkin düzenleme yer alır.³

Satış işlemi kural olarak, yapılan kesin haciz neticesinde ve talep üzerine icra dairesi tarafından yapılan bir icra takip işlemidir.⁴ Zira satış işlemi, icra organlarınca borçluya karşı yapılan ve takibin ilerlemesini, diğer bir ifadeyle icra takibinin bir sonraki aşamaya geçmesini sağlayan bir işlemdir.⁵ Satış, yalnız alacaklının talebiyle yapılan bir icra takip işlemi olmayıp aynı zamanda borçlu tarafından da talep edilebilir niteliktedir (İİK m.113/1). Bunun yanında, istisnai durumlar hariç olmak üzere, alacaklı veya borçluya satış talep etme yetkisi veren tek haciz türü, kesin haciz olup bu bağlamda ihtiyati haciz ve geçici haciz, alacaklıya veya borçluya satış isteme yetkisi vermez.⁶ Ancak kesin haciz üzerine talep halinde yapılması mümkün olan satışa ilave olarak hem talep üzerine hem de yalnız kesin haczin satış isteme yetkisi vermesine istisna teşkil eden düzenleme, İcra ve İflas Kanunu m.113/2'de yer alır. İlgili hükme göre icra müdürü, kıymeti hızla düşen veya muhafazası masraflı olan malların satılmasına her zaman karar verebilir.

mazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 5. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.309.; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.287, 288.; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.212.

³ İflâs hukuku bağlamında pazarlık suretiyle satış işlemi, taşınır malların yanında alacaklıların bu hususta karar vermeleri halinde taşınmaz mallar bakımından da mümkündür (İİK m.241).

⁴ Bilge Umar, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İstiklal Matbaası, İzmir, 1973, s.203.; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.527.; Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Takip İşlemleri (Takip İşlemi)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.101, İstanbul, 2012, 31-60, s.36.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes s.55.; Kuru, Ders Kitabı, s.58.; İcra takip işlemi hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Aziz Serkan Arslan, İcra Takip İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

⁵ Necmeddin Berkin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1970, s.123; Umar, s.190 vd.; Postacıoğlu/Altay, s.527.; Boran Güneysu, s.37 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.55 vd.

⁶ Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku Esasları (İcra hukuku), Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2017, s.425.

B. Satış İşleminin Tasarruf İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi

Tasarruf ilkesi,⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁸ m.24'te yer alan temel bir yargılama ilkesi olup tarafların talebi olmaksızın bir davanın açılıp incelenemeyeceğini, bir kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya zorlanamayacağını ve tarafların dava açıldıktan sonra davaya devam edip etmemek konusunda (tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalar bakımından) karar merciin kendileri olduğunu ifade eden kavramdır. Tasarruf ilkesine halihazırda İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte bu ilkenin icra hukukunda uygulama alanı bulduğuna şüphe yoktur.⁹ Zira icra hukuku yargılama hukukunun devamı olup her iki hukuk dalı da kişilerin haklarına kavuşmaları amacına hizmet eder.¹⁰

İcra hukukunda tasarruf ilkesinin çeşitli düzenlemelerde kendini gösterdiği açıktır. Alacaklının alacağını takip konusu yapıp yapmamasının kendi tasarrufunda olması; alacaklının takip başlattıktan sonra bu takibi yalnız kendi rızasıyla geri alabilecek olması;¹¹ icra takip işlemlerinin icra organlarıncı yapılabilmesi için birkaç istisna dışında mutlaka taraf talebinin varlığının şart olması gibi hususlar tasarruf ilkesinin icra hukukuna da hâkim bir ilke olduğunun göstergesidir.¹² Aynı şekilde takibin kesinleşmesiyle haciz talep edilmeden icra dairesi haciz işlemi yapamaz (İİK m.78). Süresi içerisinde haciz talep edilmemekle dosyanın işlemiden kaldırılması sonucu doğar ve böylece icra dairesi, alacaklının talebi olmaksızın kendiliğinden haciz yaparak takibe devam edemez.

Tasarruf ilkesinin icra hukukunda uygulandığı bir diğer hal ise satış işlemidir. Satış işlemi, kural olarak alacaklının talebiyle yapılır.¹³

⁷ Tasarruf ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim Meriç, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

⁸ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yayımlı Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836.

⁹ Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2016, s.4.; Muhammet Özekes, İcra Hukuku'nda Temel Haklar ve İlkeler (Temel Haklar), Adalet Yayınevi Ankara, 2009, s.71.

¹⁰ Özekes, Temel Haklar, Ankara-2009, s. 65-66.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.80.

¹¹ Kuru, El Kitabı, s.208.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.81.

¹² Cebri icra hukukunda tasarruf ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, Temel Haklar, s.71 vd.

¹³ Kural alacaklının talebiyle satıştır. Alacaklı ve borçlunun haciz aşamasından son-

Aynı şekilde alacaklının satış talep etmemiş olması halinde borçlunun talebiyle de satış yapılabilir (İİK m.113). Bu düzenlemelerden yola çıkarak satış talep etme yetkisi kural olarak alacaklıda, alacaklının talep etmediği durumlarda ise borçluda olduğundan, bu kimseler satış talep edip etmemek konusunda serbesttirler. Ayrıca alacaklıya satış talep ettikten sonra bir defaya mahsus olmak üzere satış talebini geri alma ve hatta kanunen belirlenen altı ay ve bir yıllık süreler içerisinde kalmak kaydıyla bu talebi yenileyebilme hakkı da tanınmıştır. Dolayısıyla kural olarak tarafların talebi olmaksızın icra dairesince satış yapılamaz. Tarafların satış talep edip etmemek konusunda iradelerinin ön planda tutulmuş olması tasarruf ilkesinin bir yansıması olup, taraflarca süresi içerisinde satış talep edilmediği takdirde tarafların iradelerinin, takibin bir sonraki aşamasına geçmemek yönünde olduğunun kabulü gerekir. Satış talep etme yetkisi olan alacaklı ve borçlunun süresi içerisinde satış talep etmemeleri veya süresi içerisinde satış masraf ve giderleri yatırmamaları ya da satış talep edildikten sonra bu talebi geri alıp süre içerisinde yenilememeleri halinde, borçlunun malları üzerindeki haczin kalkması sonucu doğar (İİK m.110). Bu sebeple, İcra ve İflâs Kanunu m.110'da belirtilen hallerde tarafların tasarruf ilkesi gereği sahip oldukları satış talep etme hakkını kullanmamaları halinde, mallar üzerindeki mevcut haczin kalkmasına yönelik bir irade içerisinde olduklarını kabul etmek gerekir.

Tarafların talebiyle icra organlarının harekete geçerek icra takip işlemleri yapması, tasarruf ilkesinin bir alt ilkesi olan taleple bağlılık ilkesinin¹⁴ icra hukukundaki yansıması gibi düşünülebilse de aslında salt tasarruf ilkesinin uygulanmasıdır. Nitekim taleple bağlılık ilkesiyle kastedilen aslında temelde alacaklının talebinden daha fazla miktarda alacak için ya da ilamda yazılı olan şeyden daha farklı bir şey için icra takip işlemlerinin yapılamamasından ibaret olup¹⁵ (HMK

ra anlaşması mümkün olduğundan kendiliğinden satış yapılması, kanuni istisnalar dışında bazı sakıncalara yol açabilir. Berkin, s.302.

¹⁴ Özeken, Temel Haklar, s.75.

¹⁵ "...Somut olayda; borçlu vekilince icraya konulan ilamın kesinleşmeden icraya konulamayacak olan ilamlardan olduğundan söz edilerek, takip dolayısıyla icra müdürlüğüne borçluya ait ... ve ... plakalı araçlar üzerindeki hacizlerin kaldırılmasının talep edildiği mahkemece, "taleple bağlılık ilkesi" dikkate alınmaksızın, talebi aşar şekilde hacizlerin kaldırılması kararı verilmeden takibin iptali kararı verildiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, borçlunun itirazının, yapılan takipteki hacizlerin kaldırılmasına yönelik olduğu nazara alınarak, sadece taleple

m.26'nın icra hukukundaki görünüm şekli itibariyle) icra organlarının talep üzerine harekete geçip işlem yapması değildir. Talep üzerine icra organlarınca işlem yapılması ile kastedilen tasarruf ilkesinin icra hukukunda uygulanmasıdır ve bu ilke doğrultusunda tarafların iradelerine mümkün olduğunca öncelik verilerek istisnai durumlar hariç tutulmak üzere tarafların iradeleri dışında icra organlarınca kendiliğinden işlem yapılmamasıdır. Satış bakımından tarafların talebiyle bağlılık ilkesinin şu şekilde değerlendirilmesi mümkündür: İcra dairesi tarafların talebi üzerine satış işlemi yaparken, alacaklının alacağına yetecek tutarı elde ettiği takdirde satışı tatil etmeli ve kalan hacizli bir mal varsa¹⁶ artık o malların satışını yapmamalıdır.¹⁷ Bu şekilde satışın tatili, aslında tasarruf ilkesinin bir alt ilkesi olan taleple bağlılık ilkesinin satış işlemine bir yansıması olarak düşünülebilir. Nitekim takip başlatılmasındaki amaç alacaklının talep ettiği alacak tutarının eksiksiz bir şekilde ödenmesi olduğuna göre, icra dairesinin yapacağı satış işlemine alacak tutarından daha fazlası için devam edilmesi, alacaklının talep ettiği alacak tutarından fazlası için satış yapılması anlamına gelir.

C. Satış Talep Etme Yönündeki Taraf Tasarrufunun Süreye Bağlılığı

Başlatılmış olan icra takibinde alacaklının talebiyle satış işleminin yapılması, kanun gereği belirli bir süreye bağlıdır. Bu süre, taşınır mallar bakımından altı ayken taşınmaz mallar bakımından bir yıl olarak öngörülmüştür. Alacaklıya satış talep edebilmek bakımından süre sınırı konulmuş ve alacaklının satış talep etme konusundaki ta-

ilgili karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, "taleple bağlılık ilkesi" ihlal edilerek, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir..." Y. 12. HD., 29.05.2018 T., 1859 E., 5456 K. Kaynak: karararama.yargitay.gov.tr.

¹⁶ Alacaklının alacağı karşılığında halde kalan bir hacizli mal varsa yapılan haciz bakımından, aşkın haciz olarak adlandırılan alacaklının alacağı ve faiz ile masrafların tutarından daha fazlasının haczedilmesi durumunun oluştuğu söylenebilir. Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Hukukunda Aşkın Haciz (Aşkın Haciz)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.4, Ankara, 2016, 25-60, s.27., Aşkın haciz hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Boran Güneysu, Aşkın Haciz, s.25 vd.

¹⁷ "...Borçluya ait 2 ve 3 numaralı dairelerin satış bedeliyle, borç tüm eklentileri ile karşılandığına göre; 5 numaralı dairenin de satışının yapılması İİK'nun 109. maddesi hükmüne aykırıdır..." Y. HGK., 22.06.1994 T., 12-249 E., 426 K., Kaynak: www.kazanci.com.

sarrufu süreyle sınırlandırılmıştır. Alacaklı satış istemek için kendisine tanınan bu süreyi hareketsiz geçirerek takibin bir sonraki safhası olan paraların ödenmesi (paylaştırılması) aşamasına geçilmemesini sağlayabilir¹⁸ ve bu yolla belirlenen süre içerisinde satış talep edilmemiş olması halinde borçlunun malları üzerindeki haciz kalkar. (İİK m.110). Alacaklı, satış için öngörülen süre içerisinde satış talep etmeyerek haczedilen aynı mallar üzerinde satış talep etme hakkını yitirir. Bu şekilde haczin kalkmasından sonra alacaklının iradesi, borçlunun mallarının tekrar haczedilmesi yönünde olmalıdır ve alacaklı tekrar haciz talep etmediği takdirde takip derdest kalmakla birlikte dosyaya ilişkin işlem yapılmaz.

Alacaklının, hacze dayanarak süresi içerisinde satış talep etmemesinin yanı sıra satış talep etmekle birlikte masrafların on beş gün içerisinde depo edilmemesi halinde ya da alacaklının tasarruf ilkesine dayanarak satış talebini geri alıp satış için belirlenen sürelerde satış talebinin yenilenmemesi halinde de borçlunun malları üzerindeki haczin kalkması sonucu doğar. Dolayısıyla alacaklının tasarrufunu yalnız süresi içerisinde satış talep etmemekle değil ayrıca icra müdürü tarafından belirtilen bedeli yatırmamakla ya da geri aldığı

¹⁸ İcra ve İflas Kanunu m.107 gereğince birden fazla alacaklının var olması durumunda her alacaklı mensup olduğu derece namına satış talep edebileceğinden, alacaklılardan birisi satış için belirlenen süreyi hareketsiz geçirmiş olsa dahi diğer alacaklılar süresi içerisinde satış talep etmekle takibin bir sonraki aşamaya geçmesini sağlayabilirler. "...İİK'nın 107. maddesinde; 'Her alacaklı, mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabilir'" hükmüne yer verilmiştir. Anılan yasal düzenleme uyarınca, aynı dereceye dahil alacaklılardan birinin satış istemesi halinde, aynı derecede yer alan diğer alacaklıların ayrıca satış talep etmesine gerek kalmaz. Böyle bir durumda, aynı derecede yer alan alacaklılardan biri, haczettirdiği malların satışı isteminde bulunduğu zaman, haczedilen mallardan, sadece satış talep eden alacaklının alacağını karşılayacak miktar satılmaz. Zira, alacaklının satış talebinden, İİK'nın 107. maddesi gereğince, aynı dereceye mensup diğer alacaklılar da istifade edeceğinden, bu alacaklıların da alacağını karşılayacak miktardaki malların satışına gidilir. Başka bir ifadeyle, haczedilen bir veya birkaç malın satılması, satış isteyen alacaklının alacağını tatmine yeterli olsa bile, satışa son verilmeyip aynı derecede yer alan diğer alacaklıların alacağı karşılancaya kadar satışa devam edilir. Öte yandan, alacaklıların aynı derecede yer alıp almadıkları, İİK'nın 100. maddesine göre belirlenir. İİK'nın 100. maddesi uyarınca, hacze iştirak imkanının mümkün bulunması halinde, aynı dereceye mensup olma sağlanır..." Y. 12. HD., 24.01.2017 T., 17991 E., 894 K., Kaynak: karararama.yargitay.gov.tr.; Yıldırım/Deren Yıldırım, s.211., dn.3. İnceleme konumuzun kapsamı dışında kaldığı için aynı derece namına satışa ilişkin daha fazla açıklamaya çalışmamızda yer verilmeyecektir.

satış talebini yenilememekle de kullanması mümkündür. Sonuç yine haczin kalkması olarak ortaya çıkar ve alacaklının takibe ilişkin tasarrufuyla gerçekleştireceği sonraki işlem, haciz talep etmek yönünde olur.

Kural satışın alacaklı tarafından talep edilmesi olmakla birlikte, alacaklı satış talep etmeden önce borçlunun talebiyle de satış yapılabilmesi mümkündür (İİK m.113/1). Tasarruf ilkesi bağlamında talep üzerine satış hususunda borçlunun, alacaklıdan daha kısıtlı bir hareket alanı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira hem kanunda öngörülen satış süresi içerisinde hem de ancak alacaklının bu süre içerisinde satış talep etmesinden önce borçlunun satış talep edilebilecek olması, borçlunun tasarruf ilkesi bağlamında daha sınırlı bir satış isteme yetkisine sahip olduğunu gösterir.¹⁹

Tasarruf ilkesi gereği alacaklı ve borçlunun talebiyle satışın ve bu satışın süreye bağlılığının bir istisnasını, İcra ve İflâs Kanunu m.113/2'de yer alan icra dairesince vaktinden önce ve kendiliğinden yapılan satış oluşturur. Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde icra dairesi tarafından vaktinden evvel ve kendiliğinden yapılacak satış ele alınacaktır.

II. İCRA DAİRESİNİN KENDİLİĞİNDEN SATIŞ YAPMASI

A. Genel Olarak

İcra takibinde satış işleminin yapılabilmesinin kural olarak tarafların talebiyle mümkün olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Tarafların talebi dışında satış işleminin mümkün olduğu durum, icra dairesi tarafından kendiliğinden satış yapılabileceğine ilişkin İİK m.113/2'de yer alan düzenlemedir. Nitekim bu hükme göre icra müdürü, kıymeti hızla düşen ve muhafazası masraflı olan mallar bakımından satışın yapılmasına her zaman karar verebilir. İlerleyen başlıklar altında icra dairesi tarafından bu hükme dayalı olarak satış yapılmasının tartışılması gereken yönleri ele alınacaktır.

¹⁹ Konumuzun kapsamı dışında kaldığı için borçlunun talebiyle satışa ilişkin daha fazla açıklamaya çalışmamız içerisinde yer verilmeyecektir.

B. Alacaklı ile Borçlu Menfaatine Hizmet Etmesi

Kural olarak tarafların tasarrufuyla gerçekleşen satış işlemine, icra dairesi tarafından kendiliğinden yapılabilecek satışın istisna getirdiğini söylemek yanlış olmaz.²⁰ Ancak icra dairesinin satış kararını kendiliğinden alarak satış işlemi yapabilmesi her durumda mümkün olmaz. Bu sebeple tarafların tasarrufuna ilişkin geçerli olan ilkenin çok geniş bir istinası olduğundan bahsedilemez. Nitekim icra dairesi kendiliğinden satış yetkisini yalnız kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların haczedilmiş olması halinde kullanabilir. Haczedilen mallar kıymetleri hızla düşmediği veya muhafaza masrafları fazla olmadığı takdirde icra dairesi tarafından kendiliğinden satışa konu edilemez. İcra dairesinin bu yetkisi aynı zamanda satış talep etmeyen alacaklı ve borçlunun menfaatlerini korumak bakımından önem taşır.²¹ Zira kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların satışı çabuk bir şekilde yapılarak hem alacaklının alacağının tamamına veya bir bölümüne kavuşması sağlanır hem de malların değerinin altında satışı engellenerek borçlunun borcunun tamamının veya bir kısmının ödenmesi sağlanır. Kıymeti hızla düşen ya da muhafaza masrafları fazla olan malların satışı alacaklı veya borçlunun tasarrufuna bırakıldığı takdirde, paraya çevirme işlemlerinin zaman alabilmesi muhtemel olduğundan, satış yapmak suretiyle elde edilecek menfaat, ihtiyaçlara hiç veya gereği gibi cevap verebilecek nitelikte olmama tehlikesini taşıyabilir.

C. Her Zaman Başvurulmasının Taşındığı Anlam

İcra dairesi tarafından kendiliğinden yapılan satış aynı zamanda süre bakımından da taraf tasarrufuna bir istisna getirmektedir. İcra dairesi bu satışı her zaman yapabilir (İİK m.113/2). Buradaki her zaman ifadesinin nasıl yorumlanacağı sorusu akla gelebilir. Öncelikle icra dairesinin kendiliğinden satış işlemi yapabilmesi için malların hacze-

²⁰ İcra ve İflas Kanunu m.113/2'nin icra organlarının kendiliğinden harekete geçtiği bir hal olduğuna ve icra organlarının kendiliğinden harekete geçtiği diğer hallerle ilişkin bkz. Özkes, Temel Haklar, s.75.

²¹ Pınar Çiftçi, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi (Menfaat Dengesi), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.314.

dilmiş olması gerekir (aşağıda değinileceği üzere haczin kesin haciz olması zorunluluğu yoktur). Haczedilen malların icra dairesi tarafından kendiliğinden satılması ise satış isteme süresi içerisinde gerçekleştirilmelidir. Zira satış talep etme süresi dolduğu takdirde mallar üzerindeki haczin kalkması sonucu doğacağından icra dairesi tarafından kendiliğinden satış yapılması mümkün olmaz.²² Dolayısıyla kanunda yer alan “her zaman” ifadesi, tarafların satış talep edebilecekleri süreyle sınırlı olarak yorumlanmalıdır. Belirtmek gerekir ki ihtiyati hacizde tamamlayan merasim yerine getirilmediği takdirde haciz kalkacağından, bundan sonra icra dairesinin kendiliğinden satış yapması mümkün olmaz.

Satış alacaklı tarafından talep edilip bu talep, geri alınmışsa talebin geri alınmasından sonra ve satış isteme süresi içerisinde kalmak suretiyle icra dairesi tarafından kendiliğinden satış kararı verilmesi mümkündür. Ancak alacaklı satış talep etmiş ve belirlenen giderlerin ödenmesi için kendisine on beş günlük bir süre verilmişse, bu on beş günlük süre içerisinde giderlerin depo edilip edilmeyeceği konusunda belirsizlik mevcut olduğundan, o süre içerisinde icra dairesi tarafından kendiliğinden satış kararı alınabilir mi sorusu akla gelebilir. Zira alacaklı, satış talep etmekle bu yöndeki tasarrufunu kullanmıştır fakat kendisine verilen masrafları depo etmeye ilişkin sürede olumlu yönde davranıp davranmayacağına ilişkin belirsizlik, hali hazırda sona ermiş değildir. Burada var olan belirsizliğe rağmen icra dairesi, İİK m.113/2’de belirtilen şartların mevcut olması durumunda kendiliğinden satış yapabilmelidir. İcra dairesi, haczedilmiş olan taşınır malların depo süresi içerisinde satılması halinde sürenin sonunda elde edilecek tutardan daha fazlasının elde edilebileceği veya depo süresinin sonuna kadar beklenmesi halinde haczedilen maldan elde edilecek satış tutarının önemli derecede düşük olacağı (ya da satış tutarı elde edemeyeceği) sonucunun doğacağı kanaatine varırsa kendiliğinden satış yapabilmelidir. Böylece belirsizliği içinde barındıran masrafların depo edilmesine ilişkin sürede tarafların menfaati korunmuş olur.

²² Mine Erturgut, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.185.

D. Taşınır Mallara Özgü Bir Yol Olması

İcra dairesinin kendiliğinden yapacağı satış yalnız taşınır mallara özgü bir yoldur. Zira bu yol, İcra ve İflâs Kanunu'nun Taşınır Malların Satışı'na ilişkin m.112 ilâ 122. maddeleri arasında yer alır ve taşınmazların satışına ilişkin m.123 vd. hükümlerde, icra dairesince kendiliğinden satış yapılabilecek hallerde atıf yoktur. Taşınmazların satışında kural yalnız talep üzerine satış olmakla birlikte istisnai hallerde icra dairesince satış yapılabilir.²³ İcra dairesinin yapacağı bu kendiliğinden satışı, tamamlama haczi neticesinde yapılan satış bakımından mümkün olup, İİK m.113/2'nin uygulanmasında ortaya çıkmaz. Kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan mallar bakımından kendiliğinden satış düşünüldüğünde bu yolun nitelik itibarıyla taşınmazlara ilişkin uygulanması da çok mümkün görünmemektedir. Zira taşınmaz malın muhafazasından bahsedilemeyeceği gibi kıymetinin hızla düşmesi de söz konusu olmaz. Dolayısıyla hem İcra ve İflâs Kanunu'nun düzenlenişi itibarıyla hem de taşınmaz malların niteliği bakımından düşünüldüğünde, İİK m.113/2 gereğince icra dairesi tarafından kendiliğinden satışı yapılacak mallar yalnız taşınır mallarla sınırlıdır.

Taşınır mal kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda bize yol gösterecek olan hüküm Türk Medeni Kanunu²⁴ m.762'dir. Bu hükme göre taşınır mal, nitelik olarak taşınması mümkün olan maddi şeyler ve edinmeye elverişli olan, taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen şeylerdir. Malın özüne zarar vermeksizin bir yerden başka bir yere kendi gücüyle veya dışardan alınacak destekle taşınabilen bir mal taşınır mal olup,²⁵ bu malların icra dairesi tarafından kendiliğinden satışının yapılması, İİK m.113/2'de belirtilen şartlar dahilinde mümkündür. İcra ve iflas hukuku anlamında para, banknot, hamiline yazılı senet, poliçe ve sair cirosu kabil senet, altın, gümüş

²³ İstisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Elif Kısmet Aslan, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Arttırma Yoluyla Paraya Çevrilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2004, s.37 vd.; Tamamlama haczi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nedim Meriç, Türk- İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s.82 vd.

²⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Yayımlı Tarihi: 08.12.2001, Sayı: 24607.

²⁵ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s.740.

gibi kıymetli şeyler; Borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları; gemiler²⁶, taşınır hükmündedir (İİK m.88; m.106; m.23/son).²⁷ Ayrıca icra ve iflas hukuku anlamında taşınır malları, taşınmaz olmayan, tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmeyen ve diğer kanunlarda da taşınmaz olduğu belirtilmeyen bütün mal ve haklar olarak kabul etmek de mümkündür.²⁸ Taşınır mal olarak kabul edilebilir nitelikte olan tüm malların, İİK m.113/2 gereğince icra dairesi tarafından kendiliğinden satışa konu edilebilmesi mümkün olup bu hususta asıl dikkat edilmesi gereken şey, taşınır malın, İİK m.113/2'de belirtilen şartlara uygun olup olmamasıdır. İİK m.113/2 gereğince satışı mümkün olan taşınır malların taşınması gereken özelliklere ilerleyen başlıklar altında değinilecektir.

E. Haczin Bütün Türleri Bakımından Uygulanması

İcra hukukunda satış isteme yetkisini veren tek haciz türü kesin haciz olup itirazın geçici kaldırılması neticesinde talep edilen geçici haciz ile doğmuş veya doğabilecek bir para alacağının güvence altına

²⁶ İcra ve İflâs Kanunu m.23/son'da açıkça öngörülen istisnalar dışında, bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınırlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. İİK m.136'da sicile kayıtlı bütün gemilerin satışı bakımından taşınmaz hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla sicile kayıtlı olmayan gemiler hakkında taşınır mallara ilişkin satış hükümleri uygulanacaktır.; Burada ayrıca, gemiler bakımından Türk Ticaret Kanunu m.1386'ya değinmekte fayda vardır. "Gemilerin kıymeti hızla düşerse veya korunmaları fazla masraflı olursa ve bu durum, özellikle yeni gemi alacaklarının doğmasına veya sayılarının artmasına yol açarsa, icra müdürü veya alacaklı, ihtiyaten veya kesin olarak haczedilmiş Türk veya yabancı bayraklı geminin vaktinden evvel satılması için icra mahkemesine başvurabilir. İcra mahkemesi, dosyadan anlaşılan ilgililerin görüşünü aldıktan sonra bu hususu karara bağlar. Ayrıca, gemi veya içindeki eşya; insan, eşya ve çevre güvenliği açısından tehlike gösterirse, icra müdürü veya liman başkanı, ihtiyaten veya kesin olarak haczedilmiş Türk veya yabancı bayraklı geminin vaktinden evvel satılması için icra mahkemesine başvurabilir." Bu düzenlemeyle gemilerin hangi hallerde vaktinden evvel satılacağı belirtilmiştir. Vaktinden evvel satışlarda gemiler bakımından getirilen özel düzenlemeye göre bu hususta talep yetkisi icra müdürü veya alacaklıda; icra müdürü veya liman başkanında olup, karar verme yetkisi ise icra mahkemesindedir. Bu yönüyle düzenleme İİK m.113/2'den ayrılmaktadır. Gemilerin vaktinden evvel satışına ilişkin hüküm başlı başına bir çalışmanın konusunu teşkil edecek nitelikte olup bu hususta daha fazla açıklamaya çalışmamızda yer verilmeyecektir.

²⁷ Taşınır malların kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erturgut, s.21 vd.

²⁸ Erturgut, s.29.

alınması amacıyla uygulanan ihtiyati haciz,²⁹ taraflara satış isteme yetkisi vermez (İİK. m.108).³⁰ Ancak geçici haciz ve ihtiyati haczin varlığı halinde borçluya ait malların satışını mümkün kılan hal, icra dairesi tarafından vaktinden önce kendiliğinden satış yapılabileceği haldir. Kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan mallar bakımından ihtiyati haciz ve geçici haciz halinde icra dairesi tarafından kendiliğinden satış yapılması bir zorunluluk arz etmeyip icra dairesinin bu hususta takdir yetkisi vardır.³¹ Ancak icra dairesi bu hususta takdir yetkisini kullanırken dikkatli olmalı ve haczedilen taşınır malların kıymetinin hızla düştüğünü veya muhafaza masraflarının fazla olduğunu tespit ettiği takdirde yetkisini mümkün olduğunca çabuk ve olumlu yönde kullanmalıdır. Zira taraf menfaatlerini gözetmek bakımından kendisine yüklenen yükümlülüğün bir görünüm şekli olan vaktinden evvel kendiliğinden satış yetkisi, icra dairesine takdir yetkisi tanımakla birlikte bu takdir yetkisinin kullanılmayarak gerekenin yapılmaması, icra takibi yapılmakla amaçlanan alacaklının alacağına kavuşmasına engel teşkil etmesi sonucunu doğurabilir.

İcra dairesi tarafından geçici haciz ve ihtiyati haciz durumlarında satış yapılmasının sebebi, kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların satışının, haczin kesin hacze dönüşmesinden sonraki bir döneme bırakılması halinde, satıştan elde edilecek bedelin taraflara bir fayda sağlamayacağı ve taraf menfaatlerine uygun olmayacağı düşüncesidir.³² Kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan mallar dışındaki malların haczedilmesi halindeyse hem ihtiyati hacizde hem de geçici hacizde satış yapılması ancak bu hacizlerin kesin hacze dönüşmesi halinde mümkün olur.

Eğer geçici haciz veya ihtiyati haciz borçlunun kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan mallarının yanında aynı zamanda bu özellikleri taşımayan başka malları üzerinde de uygulanmışsa o takdirde yalnız kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan

²⁹ Muhammet Özkes, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), Seçkin Kitabevi, Ankara, 1999, s.12.

³⁰ Hem geçici haciz hem de ihtiyati haciz bakımından hangi gerekçelerle satışa imkân verilmediği hakkında bkz. Özkes, İhtiyati Haciz, s.274.

³¹ Erturgut, s.44.; Volkan Özçelik, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.323-324.

³² Erturgut, s.44.

taşınır malların icra dairesince kendiliğinden satışı yapılır ancak diğer malların satışı mümkün olmaz. Burada icra dairesi tarafından dikkat edilmesi gereken husus, borçlunun haczedilen kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan mallarıyla diğer mallarının ekonomik bütünlük arz ediyor olması halidir. Bu durumda icra dairesi, borçlunun kıymeti hızla düşen ve muhafazası masraflı olan taşınır mallarıyla ticari ve ekonomik bütünlük arzeden ya da bir bütün halinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edebileceği anlaşılan mal ve hakları³³ ayırmamalı, bunların satışına ilişkin kararı birlikte vermelidir. Aksi halde icra dairesi tarafından verilecek kendiliğinden satış kararı ile hedeflenen sonuca gereği gibi ulaşamaz ve taraf menfaatlerinin yeterince korunması söz konusu olmaz. Zira ticari ve ekonomik bütünlük gösteren mallardan elde edilecek en üst fayda, yalnız bu malların birlikte satılması halinde söz konusu olur.

İcra dairesi İİK m.113/2' deki hallerin var olduğu durumlarda kendiliğinden satış yaptığı takdirde paraların ödenmesi veya birden fazla alacaklının var olduğu durumlarda paraların paylaşılması aşamalarına hemen geçemez. Zira hem geçici haczin hem de ihtiyati haczin kesin hacze dönüşüp dönüşmeyeceğine ve takibin alacaklı/alacaklılar lehine sonuçlanıp sonuçlanmayacağına ilişkin belirsizlik devam eder ve bu belirsizlik sebebiyle haczin kesinleşmesini beklemek gerekir. Bu durumda ihtiyaten veya geçici olarak haczedilen malların satışından elde edilen bedel üzerinde hacizler devam eder.³⁴ Satıştan edilen bedelin nasıl değerlendirileceğine ilişkin Kanunda özel bir hüküm bulunmaz.³⁵ İİK m. 138 f. sona göre paylaşım da henüz yapılamaz. Çünkü henüz paylaşım aşamasına geçilmemiştir. Borçlu, itirazın geçici

³³ İnceleme konumuzun kapsamı dışında kaldığı için ticari ve ekonomik bütünlük arz eden ya da bir bütün halinde satıldığı takdirde daha yüksek gelir elde edileceği anlaşılan mal ve hakların satışına ilişkin daha fazla açıklamaya çalışmamızda yer verilmemiştir.

³⁴ Satış yapılır yapılmaz alacaklıya/alacaklılara ödeme yapılmayacağına ilişkin bkz. Erturgut, s.44.

³⁵ Türk Ticaret Kanunu m.1386' da gemilerin vaktinden evvel satışı halinde paranın paylaşılması aşamasına gelinceye kadar nemalandırılmasına ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Ancak benzer bir düzenlemeye İcra ve İflâs Kanunu'nda yer verilmemiştir. İcra ve İflâs Kânunu anlamında yapılacak vaktinden evvel satış bakımından da satıştan elde edilen tutarın, paylaşım aşamasına nemalandırılması düşünülebilir. Bu sayede paylaşımaya kadar geçecek süre boyunca satıştan elde edilen tutar nemalandırılacağı için alacaklıyla borçlunun menfaatleri korunmuş olur.

kaldırılması kararı ardından süresi içerisinde borçtan kurtulma davası açmazsa veya açtığı borçtan kurtulma davası hakkında genel mahkeme tarafından ret kararı verilirse o takdirde geçici haciz; borçlu ihtiyati haciz kararından sonra aleyhinde başlatılacak takip veya açılacak dava neticesinde başarısız olursa o halde de ihtiyati haciz kesin hacze dönüşür. Bu şekilde geçici ve ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesi halinde artık icra dairesi, kendiliğinden yaptığı satış neticesinde elde ettiği bedeli alacaklı/alacaklılara öder/paylaştırır. Bu durumda borçlunun diğer mallarının satılması uzun sürebileceğinden duruma göre icra dairesi tarafından İİK m. 113 f.2 kapsamında satılan malların satış bedeli alacaklılara İİK m. 138 f.1 kapsamında avans olarak dağıtılır.

F. Hukuki Niteliği

İcra dairesi tarafından vaktinden evvel kendiliğinden yapılacak satışın hukuki niteliğinin ne olduğunun belirlenmesi için öncelikle bu işlemin icra takip işlemi olup olmadığını³⁶ ve icra takip işleminin unsurlarını taşıyıp taşımadığını değerlendirmek gerekir. Bu değerlendirmeyi yaparken ise icra dairesi tarafından kendiliğinden yapılan satış işlemi, icra takip işlemi olmanın özellikleri³⁷ bakımından tek tek incelenmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bir işlemin icra takip işlemi sayılabilmesi için taraf talebi üzerine yapılmış olması varlığı gereken bir şart değildir. Başka bir deyişle İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, icra takip işlemlerinin talep üzerine yapılması yönünde olduğu görülse de icra dairesi tarafından kendiliğinden satış yapılabileceği hallerde olduğu gibi bu kural mutlak değildir.

Vaktinden önce yapılacak bu satış işlemi, icra organları vasıtasıyla borçluya karşı yapılan bir işlem olma özelliğini taşır. Ancak icra dairesi tarafından yapılan bu işlemin takibi ilerletici nitelikte olup olmadığını tartışmak gerekir. Taşınır malların haczinden sonra, malların kıymetinin hızla düşmesi veya muhafaza masraflarının fazla olmasından bahisle kendiliğinden satış kararı verilmesi ve satışın gerçekleştirilmesi, takibi bir sonraki aşamaya geçirmek konusunda icra dairesine derhal

³⁶ Pazarlık suretiyle satışın bir cebri takip işlemi olduğu yönünde bkz. Seda Öz-mumcu, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.73.

³⁷ Umar, s.190 vd.; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet (Şikâyet), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.61.; Boran Güneysu, s.37 vd.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.55.

bir yetki vermez. Zira taraf iradelerinin takibin sonraki aşamaya geçilmesi yönünde kullanılıp kullanılmayacağı kesin değildir. Alacalı veya borçlu, satış isteme süresi içerisinde satış talep etmedikleri takdirde mallar üzerindeki haciz kalkar (İİK m.110). Bu noktada icra dairesi tarafından kendiliğinden yapılan satışla amaçlanan, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan mallar satılarak her iki tarafın da menfaatlerini korumak, malvarlığında oluşabilecek değer kaybının ve zararın önlenmesini sağlamaktır. İcra dairesi kendiliğinden ve vaktinden evvel satışı gerçekleştirerek hem devam etmesi muhtemel takibin sonucunu kısmen veya tamamen koruma altına alır; hem de haczin kalkması halinde tarafların en az zararla bu durumdan etkilenmesini sağlar. Bu sebeple icra dairesi kendiliğinden satış yaptığında satış bedelini, taraflarca satış talep etme süresi içerisinde bekletmelidir ve bu süre içerisinde, taraf iradeleri takibe devam etmek yönünde olduğu takdirde takibin bir sonraki aşamaya geçtiğini kabul etmek gerekir. Takibe devam edildiğinde ve bir sonraki aşamaya geçildiğinde, icra dairesi tarafından vaktinden evvel yapılan satışın, icra takip işlemi olma özelliği taşıdığı konusunda bir şüphe kalmaz. Ancak taraflar iradelerini, takibe devam etmek yönünde kullanmadıkları takdirde, icra dairesinin vaktinden evvel yaptığı satış, taraf menfaatlerini korumak için alınmış bir tedbir olur ve takibi bir sonraki aşamaya geçirme unsurundan yoksun olduğu için icra takip işlemi olarak nitelendirilemez. Burada icra dairesinin taşınır malların satışını sağlayarak yapmış olduğu işlemi, taraf menfaatlerini korumak amacıyla aldığı bir tedbir olarak nitelendirmek gerekir. Hacedilen malların bir kısmının vaktinden evvel satıldığı durumlarda bu husus daha belirgindir.

III. VAKTİNDEN EVVEL KENDİLİĞİNDEN SATIŞIN ŞARTLARI

A. Hacedilen Mallar Hakkında Satış Talebinde Bulunulmamış Olması

Kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan taşınır malların icra dairesi tarafından vaktinden evvel kendiliğinden satılabilmesi için satışı yapılacak taşınır malların öncelikle, hacedilmiş olması şarttır. Bir icra takibinde satış işleminin yapılabilmesi için, takibin temel aşaması olan haczin gerçekleşmesi gerekir.³⁸

³⁸ Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde ve iflas yoluyla takiplerde haciz aşaması bulunmaz.

Yukarıda belirttiğimiz üzere icra dairesi tarafından kendiliğinden satış yapılması imkânını veren haciz kesin bir haciz olabileceği gibi, geçici veya ihtiyati haciz de olabilir. Ayrıca tek başına haciz işleminin yapılmış olması, başka bir ifadeyle taşınır mallara hukuken el koyulmuş olması, yeterli olup³⁹ bu mallara muhafaza tedbiri uygulanmamış olması kendiliğinden satışa engel değildir. İcra dairesi tarafından kendiliğinden satış yapılacak taşınır mallar nitelik itibariyle İİK m.88/1 gereğince icra dairesi tarafından muhafaza edilmesi zorunlu şeyler kapsamında olmadığı için, alacaklının rızasıyla borçlunun yedinde; üçüncü kişinin rızasıyla üçüncü kişinin yedinde bulunabilir. Bu durum, vaktinden evvel satış bakımından önem taşımaz. Vaktinden evvel kendiliğinden satış yapılabilmesi için kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan hacizli taşınır malların satışının, kural olarak, talep edilmemiş olması gerekir. Alacaklı veya borçlu satış talebinde bulunmuşsa o takdirde yapılacak satış icra dairesi tarafından kendiliğinden satış değil taraf talebi üzerine gerçekleştirilecek bir satış olur.

İcra dairesinin kendiliğinden vaktinden evvel satış yapabilmesi için kural olarak taraflarca satış talep edilmemiş olması gerekse de alacaklının satış talep edip henüz satış masraflarını ödememesi durumu bu kuraldan ayrı değerlendirilmelidir. Alacaklı tarafından satış talebinde bulunulmuş ancak henüz satış masrafları ödenmemişse, alacaklıya masrafların ödenmesi için verilmiş olan on beş günlük depo süresi içerisinde ve henüz masraflar yatırılmadan, malın kıymetinin hızla düşmekte olduğu veya muhafaza masraflarının fazla olduğu tespit edilirse, icra dairesi tarafından vaktinden evvel satış yapılması, taraf menfaatlerinin korunarak icra takibinin başarıyla sonuçlanması bakımından önem taşır. Burada aslında alacaklı satış talebinde bulunmuştur ancak masrafları henüz ödemediği için satış yapılamamıştır. İcra dairesi tarafından bu durumda satış yapılmasını esasen kendiliğinden satıştan ziyade vaktinden önce satış olarak değerlendirmekte bir sakınca yoktur. Zira alacaklı satış talep etmekle bu yöndeki tasarrufunu kullanmıştır⁴⁰ ve fakat icra dairesi, masraflar karşılanmadan önce satı-

³⁹ Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s.298.

⁴⁰ Yargıtay'ın, satış talebinin tek başına bir anlam ifade etmediği, satış masrafları karşılanmadığı sürece satış talep edilmiş sayılmayacağı şeklinde kararları vardır. Böyle bir durumun kabul edilmesi halinde alacaklının satış talebi, satış masraf-

şısı gerçekleştirerek oluşabilecek sakıncalı durumları önleme gayesiyle hareket eder.

Alacaklı satış talep etmiş ve süresi içerisinde satış masraflarını yatırmış; İcra dairesi tarafından satış işlemlerine de başlanmış ancak bu aşamada, taşınır malın kıymeti hızla düşmeye başlamış ya da muhafaza masrafları fazlalaşmış olabilir. Bu durumda icra dairesi, alacaklının talebi üzerine gerçekleştirdiği işlemleri, yani örneğin açık arttırma usulünün zaman alacak işlemlerini yapmayarak acele bir şekilde kendiliğinden satışı gerçekleştirebilmelidir. Bu yolla taraf menfaatlerine uygun bir şekilde satış işlemleri gerçekleştirilmiş olur.

B. Satışı Yapılmak İstenen Taşınır Malın Kıymetinin Hızla Düşüyor veya Muhafaza Masraflarının Fazla Olması

İcra dairesinin vaktinden evvel kendiliğinden satış yapabilmesi, yalnız kıymeti süratle düşen ve muhafaza masrafları fazla olan taşınır mallar bakımından mümkündür.⁴¹ Bu mallar dışında icra dairesinin kendiliğinden satış yetkisini kullanması mümkün değildir. Taşınır malların kıymetinin süratle düşmesi veya muhafazasının fazla masraflı olması vaktinden evvel kendiliğinden satış için gerekli olmakla birlikte bu şartların her ikisi birlikte var olabileceği gibi ayrı ayrı da gerçekleşebilir.⁴² İİK m.113/2 kapsamında belirtilen her iki halin de ortak yönleri, vaktinden evvel kendiliğinden satışın yapılması halinde

ları karşılanmadığı sürece geçerli olmadığından icra dairesi, vaktinden evvel ve kendiliğinden satış kararını, İİK m.113/2'deki şartların varlığı halinde alabilir." ... Öte yandan, İİK'nın 59/1. maddesinde yer alan yasal düzenleme karşısında, süresindeki satış talebine dair olarak satış avansı yatırıldığına dair dosya içerisinde herhangi bir belge bulunmadığından ortada geçerli bir satış talebinden söz edilemez..." Y. 12. HD., 16.02.2015 T., 210 E., 2691 K., Kaynak: www.kazanci.com.

⁴¹ İsviçre İcra ve İflas Kanunu m.124'te bakımı masraflı olan malların satışının da icra dairesi tarafından kendiliğinden yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, malın değeri ile malın bakımı için yapılacak masraf arasında açık oranlılık varsa icra dairesi kendiliğinden satış gerçekleştirebilir. Schlegel/Zopfl, s.761.; Bakım maliyeti satışa konu olan malların örneğin, hayvanların beslenmesi ve bakımı, uçak, makine veya diğer teknik ekipmanların, otomobillerin bakımı, uygun şekilde korunması ve yönetimi için gerekli olan tüm mali giderler olup bunlar zaman zaman muhafaza masraflarından ayırt edilmesi zor giderler olabilir. Adrian Staehelin/ Thomas Bauer/Daniel Staehlin, Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, s.1146.

⁴² Roger Schlegel/Markus Zopfl, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2017, s.761.

elde edilecek gelirin tarafların menfaatine önemli ölçüde hizmet etmesidir.⁴³ İcra dairesinin kendiliğinden satış yapması bakımından önemli olan, normal prosedür içerisinde, başka bir deyişle tarafların talebi üzerine bu malların satışının yapılması halinde elde edilecek miktarın icra dairesinin kendiliğinden satış yapması halinde elde edilecek miktardan gerçek anlamda daha az olmasıdır.⁴⁴

Taşınır malın kıymetinin hızla düşüyor olmasından anlaşılması gereken esasen, malın olağan seyrinde ve dışardan bir müdahale olmaksızın değerinin kendiliğinden düşüyor olmasıdır.⁴⁵ Eğer icra dairesi satış için tarafların talebini beklerse taraflar satış talep ettiklerinde malların kıymeti düştüğünden satışının yapılması imkânı kalmayabilir.⁴⁶ Nitekim bu malların kullanım süreleri dolabilir ya da mallar tazelikliğini yitirebilir. Kıymeti hızla düşen mallara örnek olarak⁴⁷ raf ömrü kısa süreli olan ürünler, kesilmiş ve toprağa bağlı olmayan çiçekler, dekoratif bitkiler, sebze- meyveler, et ve et ürünleri, balık gibi şeyler verilebilir.

Belirtmek gerekir ki icra dairesinin kendiliğinden satış yetkisinin kullanılabilmesi için malın değerinin tamamen ortadan kalkması veya tamamen bozulması gerekmez, değerdeki kısmi kayıplar ve keskin düşüş⁴⁸ bu yetkinin kullanılması için yeterlidir.⁴⁹

Taşınır malın muhafaza masrafı fazlaysa da icra müdürü kendiliğinden satış yapabilir. Malın muhafazasının masraflı olmasından kastedilen, muhafaza masraflarının fazla olmasıdır. Zira her muhafaza altına alınan mal bakımından muhakkak bir masraf yapılacaktır. Ancak yapılacak her masraf, icra dairesine kendiliğinden vaktinden evvel satış yapma yetkisini vermez. Muhafaza masrafı, esasen taşınır malların muhafaza tedbiri uygulanarak bir yerde saklanması halinde yapılacak finansal giderlerdir.⁵⁰ Taşınır malın niteliğine göre muhafazasının fazla masraflı olup olmadığı farklılık gösterir. Bu bağlamda örneğin soğuk

⁴³ Schlegel/Zopfl, s.761.

⁴⁴ Staehelin/Bauer/Staehlin, s.1144.; Schlegel/Zopfl, s.761.

⁴⁵ Staehelin/Bauer/Staehlin, s.1145.

⁴⁶ Schlegel/Zopfl, s.761.

⁴⁷ Staehelin/Bauer/Staehlin, s.1145.; Özmumcu, s.268.

⁴⁸ Federal mahkeme, kadın kıyafetlerindeki muhtemel satış bedelinde %10'luk bir düşüşü hızlı düşüş olarak kabul etmemiştir. BGE 8I III 119, 121 f.

⁴⁹ Staehelin/Bauer/Staehlin, s.1145.

⁵⁰ Benzer tanım için bkz. Özmumcu, s.269.

hava depolarında, ahırlarda, mahzenlerde, garajlarda yüksek maliyetlerle saklanması gereken mallar bu kapsamda gösterilebilir.⁵¹ Ayrıca taşınır malların muhafazası için belirlenen yere nakledilirken yapılacak olan nakliye masraflarının olağan duruma göre orantısız olması da bu kapsamdadır.⁵² Taşınır malın muhafazasının fazla masraflı olması hali değerlendirilirken malın icra dairesi tarafından kendiliğinden satılması halinde elde edilecek tutarla, malın maliyeti yüksek bir şekilde taraf talebine kadar muhafaza altına alınması halinde sağlanacak fayda kıyaslanmalı ve yapılacak değerlendirme neticesinde orantısız bir maliyetin ortaya çıkması halinde icra dairesi kendiliğinden satış yapmalıdır.⁵³

IV. VAKTİNDEN EVVEL KENDİLİĞİNDEN SATIŞIN YERİNE GETİRİLMESİ

A. Yetkili İcra Dairesi ve Satış Masrafları

Satış talebi kural olarak takibin yürütüldüğü icra dairesine yapılır.⁵⁴ Talep üzerine yapılacak satışa ilişkin bu kural, vaktinden evvel kendiliğinden satışın mümkün olduğu durumlarda da geçerli olmalıdır. Dolayısıyla kıymeti hızla düşen ve muhafazası masraflı olan bir taşınır mal hakkında kendiliğinden satış yapma konusunda takdir hakkına sahip olan⁵⁵ ve bu satışı gerçekleştirecek icra dairesi, takibin yürütüldüğü icra dairesidir. Eğer bu taşınır mallar, istinabe suretiyle haczedilmişse vaktinden önce kendiliğinden satış kararı, takibin yürütüldüğü icra dairesi tarafından verilmeli⁵⁶ ve satış işlemini istinabe olunan icra dairesi gerçekleştirmelidir.

Talep üzerine yapılan satışta, satış talep eden kimseler masrafları peşin ödemedikleri takdirde satış talebi sonuç doğurmaz (İİK m.59). Satış talep eden alacaklı veya borçlu satış masraflarını peşinen öder. Hatta alacaklıya, satış masraflarının ödenmesi için on beş günlük süre

⁵¹ Staehelin/Bauer/Staehlin, s.1146.

⁵² Staehelin/Bauer/Staehlin, s.1146.

⁵³ Schlegel/Zopfl, s.761.

⁵⁴ Muşul, İcra Hukuku, s.429.; Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.355.; Kuru, Ders Kitabı, s.213.

⁵⁵ Schlegel/Zopfl, s.761.; Özçelik, s.323-324.; Özmumcu, s.260.

⁵⁶ Aksi yönde görüş için bkz.Özmumcu, s.266.

de verilebilir (İİK m.110/1). Ancak icra dairesinin vaktinden evvel kendiliğinden satışını yapacağı kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların satışı için yapılacak masrafların kim tarafından ve ne şekilde ödeneceğine dair kanunda bir açıklık bulunmaz. Alacaklının icra dairesinden talep ettiği haciz, haczedilecek malların niteliğiyle ilgili bir seçim hakkını içermez. Alacaklı, alacağına karşılık teşkil edecek tutarda borçlu malının haczedilmesini talep eder ve icra dairesi, bu tutara karşılık gelecek malların haczedilebilir olup olmadığını, taraf menfaatlerini gözetererek belirler⁵⁷ ve haczi gerçekleştirir. Her ne kadar alacaklı, haciz talebini sunmuş olsa da bu haciz talebi içinde satış iradesini doğrudan barındırmaz. Zira haciz talebi için öngörülen süreler ve talep hakkıyla, satış için öngörülen süreler ve talep hakkı, birbirinden bağımsız olarak kanunda düzenlenmiştir. Dolayısıyla alacaklı, borçluya ait malvarlığı unsurlarının haczini talep etmiş ve fakat satış iradesine henüz sahip olmayabilir ya da başta bu iradeyle hareket etmiş ancak satış süresi içerisinde bu düşüncesi, değişiklik göstermiş olabilir. Ancak bütün bu ihtimaller, haciz talebiyle harekete geçen icra dairesinin, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan malları haczetmek yönünde takdir yetkisinin bulunmadığı anlamına gelmez. İcra dairesi bu malları haczettikten sonra, değer kaybı ve oluşabilecek muhtemel zararların önüne geçerek malların satışını gerçekleştirmelidir. Aksi halde malların olağan süreçte satılması halinde doğabilecek zararlar hem alacaklının alacağına kavuşmasını engelleyecek hem de borçlunun malları adeta yok yere haczedilmiş olacaktır. Bunun yanında, icra dairesinin vaktinden evvel kendiliğinden satış yapmamış olması yüzünden meydana gelen zararların karşılanması amacıyla tazminat davası açılması da söz konusu olabilir. İcra dairesi satış yaptıktan sonra, alacaklının satış yönündeki iradesini beyan ederek satış talep edeceği zamana kadar veya borçlunun satış talep edeceği süreye kadar satış tutarını bekletmelidir. Bu bağlamda icra dairesi vaktinden evvel kendiliğinden satış kararı aldığı anda bu satışın masraflarının hazineden karşılanması gerektiğini düşünüyoruz. Zira kendiliğinden satışın arz ettiği ivedilik sebebiyle hâlihazırda satış talep etmemiş olan taraflardan masrafların ödenmesini istemek, bu yönde taraflara süre vermek vakit kaybına yol açar. Masrafların hazi-

⁵⁷ Özçelik, s.311.

neden karşılanarak satışın gerçekleştirilmesinden sonra satış giderleri, icra takibi bakımından haksız çıkan tarafa yükletilmelidir. Böylece taraf menfaatlerinin tesisi sağlanmış olur.

B. Satış Usulü

Vaktinden evvel kendiliğinden satış kararı veren icra dairesi, taşınır malların satışının hangi usulde gerçekleştireceğine de karar verir. Belirtmek gerekir ki taşınır malların satışı hususunda kural açık arttırma suretiyle satıştır. İstisnai durumlarda taşınır malların pazarlık suretiyle satılması mümkündür. Kanun koyucu, mümkün olduğunca çabuk ve daha az masrafla satışın yapılmasını sağlamak amacıyla⁵⁸, İİK m.119' da hangi hallerde pazarlık suretiyle satış yapılabileceğini belirtmiştir. İlgili hükmün beşinci bendine göre, kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların satışı pazarlık suretiyle yapılabilir. Bu hükmün düzenleniş biçiminden anlaşıldığı üzere icra dairesi bu durumda satışı pazarlık suretiyle yapmak zorunda olmayıp açık arttırma suretiyle satış yapma yolunu da seçebilir. Ancak satışı yapılacak malın kıymetinin hızla düşmesi ya da muhafazasının masraflı olması, o taşınır mal için öncesinde, yapılması sırasında ve yapılmasından sonra paranın ödenmesi bakımından çok fazla aşamayı içinde barındıran açık arttırma yoluyla satışa elverişli değildir.⁵⁹ Arttırma yoluyla satış usulü seçildiğinde bu usulün aşamaları boyunca kaybedilecek vakit içerisinde kıymeti hızla düşmeye elverişli olan malların değer kaybı; muhafaza masrafları fazla olan malların ise muhafaza masrafları her geçen gün artar.⁶⁰ Bu sebeple taşınır malların kendiliğinden satışına karar veren icra dairesi pazarlık usulüyle satışı tercih etmeli ve bu satış usulünün gereklerini mümkün olduğunca çabuk yerine getirmelidir.

İcra dairesi vaktinden evvel kendiliğinden yapacağı satışı, daha pratik ve hızla gerçekleştireceği pazarlık usulüyle yapmalıdır ancak pazarlık usulüyle satış yapılırken hangi esaslara uyulmalıdır? Bu hususta taşınır satışıyla ilgili açık arttırmaya ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması mümkündür.⁶¹ Doktrinde, icra

⁵⁸ Özümucu, s.24.; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s.330.

⁵⁹ Erturgut, s.176.

⁶⁰ Vaktinden önce icra dairesi tarafından yapılacak satışın pazarlık suretiyle yapılmasının daha elverişli olacağına ilişkin bkz. Özümucu, s.261.

⁶¹ Erturgut, s.181.; Özümucu, s.273.

dairesi tarafından vaktinden evvel satışın pazarlık suretiyle yapılması halinde resmi ilan yapılmasına gerek olmadığı yönünde bir görüş bulunmaktadır.⁶² Kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan taşınır malların mümkün olduğunca en yüksek fiyattan satılması, taraf menfaatleri için önem taşır. Bu sebeple pazarlık usulüyle malların satılacağına bir şekilde ilan edilmesi gerekir. Ancak bu ilanın mümkün olduğunca çabuk yapılması gerekeceğinden her somut durum bakımından ilanın şeklini icra dairesi belirlemelidir. Bu ilan, pazarlık usulüyle satışın yapılacağı gün, saat ve yeri; Satışı yapılacak malın bütün özelliklerini içermelidir. Zira satılacak taşınır malların ayrıntılı özelliklerini belirtecek bir arttırma şartnamesi düzenlemek ve bu şartnameyi belirli süre açık tutmak durumun aciliyetiyle bağdaşmaz. Ayrıca taşınır mallarda açık arttırma usulünde dahi ilanın ilgililere ayrıca tebliğine ilişkin bir zorunluluk bulunmadığından ve pazarlık suretiyle bu malların satışının aciliyetinden ötürü, ilan ilgililere ayrıca tebliğ edilmemelidir.⁶³ İcra dairesi pazarlık usulüyle yapacağı satışı, mümkün olması halinde herkese açık gerçekleştirmelidir. Burada icra dairesi, satışı gerçekleştirirken karşılama prensibine uygun hareket edecek midir? Kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan bir taşınır malın satışında karşılama prensibini aramak, acele bir şekilde satışın gerçekleştirilmesi gerektiği için söz konusu olmamalıdır.⁶⁴ Ancak icra dairesi, satışı gerçekleştirirken mümkün olduğunca kendisi tarafından veya bilirkişiden yardım alarak takdir ettiği kıymeti gözden kaçırmamalıdır. Aksi halde icra dairesinin, tarafların menfaatlerini korumak amacıyla yapmak istediği vaktinden evvel satışta tarafların zararı sonucu doğabilir.

C. Satış İşlemine Karşı Şikâyet Yoluna Başvurulması

Vaktinden evvel kendiliğinden satış işlemine veya bu hususta tarafın talebine rağmen icra dairesinin işlemi yapmamasına veya yapmayı reddetmesine karşı şikâyet yoluna başvurulabilir.

Kıymeti hızla düşmeyen veya muhafaza masrafları fazla olmayan bir taşınır malın, icra dairesi tarafından, takdir yetkisi yanlış yönde

⁶² Öznumcu, s.274.

⁶³ Aynı yönde Öznumcu, s.274.

⁶⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Erturgut, s.182.; Öznumcu, s.278.

kullanılıp satışına karar verilirse, ilgililer, bu kararı öğrendikleri tarihten itibaren yedi gün içerisinde icra mahkemesine şikâyet yoluna başvurabilirler. Zira icra organlarına takdir hakkının tanındığı hallerde bu takdir hakkının yanlış kullanılması, olaya aykırılık sayılır⁶⁵ ve olaya aykırılık, süreye bağlı bir şikâyet sebebidir (İİK m.16). Ancak icra dairesi, satış işlemini gerçekleştirmiş ve bu işlemin gerçekleştirilmiş olması sebebiyle bir zarar meydana gelmişse, zarara uğradığı iddiasında olan kişi, icra dairesinin hukuki sorumluluğu kapsamında tazminat davası açabilir.

Kıymeti süratle düşen ve muhafazası masraflı olan bir taşınır malvarlığını tespit etmesine rağmen icra dairesi kendiliğinden satış gerçekleştirmezse satışı gerçekleştirmemesini tarafların satış talep etmemiş olmasıyla gerekçelendirirse o takdirde hakkın yerine getirilmemesi sebebiyle süresiz şikâyet yoluna başvurulabilmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Zira hakkın yerine getirilmemesi sebebiyle şikâyet yoluna başvurulabilmesi hali yalnız tarafların talebine rağmen işlemin yapılmaması durumunda değil aynı zamanda icra dairesinin kendiliğinden yapabileceği bir işlemi yapmaması durumunda da ortaya çıkabilir.⁶⁶ Aynı şekilde icra dairesi kıymeti hızla düşen veya muhafazası masraflı olmayan malın satışına kendiliğinden karar vermeyip tarafların talebi üzerine de satış gerçekleştirmezse, bu da bir hakkın yerine getirilmemesi niteliğinde olup süresiz şikâyet sebebidir. Burada aslında kendiliğinden satıştan bağımsız olarak tarafların talebine rağmen satışın gerçekleştirilmemesi hali vardır. Böyle bir durum ortaya çıktığında hakkın yerine getirilmemesi sebebiyle süresiz şikâyet yoluna başvurulması mümkün olmalıdır. Ayrıca, kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan taşınır malların talebe rağmen satılması sebebiyle meydana gelen zararların tazmini için, icra dairesinin hukuki sorumluluğu kapsamında tazminat davası açılabilir.

Haciz işlemi gerçekleştikten sonra her zaman, İcra ve İflâs Kanunu m.113/2'de belirtilen şartlar oluştuğu takdirde, taşınır mallara ilişkin altı aylık satış isteme süresi dolduktan sonra, icra dairesi, malların kıymetinin hızla düştüğünden ya da muhafaza masraflarının

⁶⁵ Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 s.91.

⁶⁶ Pekcanitez/Simil, s.101.

fazla olduğundan bahisle kendiliğinden satış yaparsa, bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinden süresiz şikâyet sebebi sayılması gerektiğini düşünüyoruz. Zira altı aylık satış isteme süresinin dolmasıyla mal üzerindeki haciz kalkacağından artık tarafların, üzerinde haciz bulunan mallar hakkında satış yapılması yönünde bir isteklerinin olmadığı düşünülebilir. Tarafların satış talep etmeyerek, haczin kalkması yönündeki iradelerinin yanı sıra ayrıca haczin kalkmasına ilişkin İcra ve İflas Kanunu m.110 emredici hüküm niteliğinde olup bu emredici hükmün ihlali⁶⁷, kamu düzenine aykırılık teşkil eder.

Kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan bir taşınır malın haczi beraberinde bir istihkak iddiasını getirmiş ve icra mahkemesi tarafından takibin ertelenmesine karar verilmişse, kanun gereği malların kendiliğinden satışı mümkün değildir. Ancak icra dairesi takibin ertelenmesi kararına rağmen malın satışını kendiliğinden gerçekleştirirse o takdirde kanuna aykırılık sebebiyle ilgililer, satışın gerçekleştirildiğinin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde şikâyet yoluna başvurabilir.

Yukarıda sayılan sebepler sınırlı olmayıp icra dairesi tarafından kendiliğinden satışın uygulanması esnasında veya sonrasında, kendiliğinden satışa bağlı olarak ortaya çıkabilecek hallerde şikâyet yoluna başvurulması mümkündür. Şikâyet yoluna, icra dairesi tarafından yapılan işleme bağlı hukuki yararı olan herkes başvurabilir. Kendiliğinden satış işlemi sebebiyle şikâyet yoluna, takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesine başvurulabilir. Kendiliğinden satış işlemi için başka bir icra dairesi istinabe edilmişse istinabe edilen icra dairesinin yapmış olduğu işleme karşı bağlı bulunduğu icra mahkemesine başvurulmalıdır. Ancak istinabe edilen icra dairesinin yapmış olduğu ve şikâyete konu olan işlem bizzat istinabe eden icra dairesinin yanlış talimatı yüzünden yapılmışsa veya istinabe eden icra dairesi tarafından alınan karara yönelik bir husus ise o takdirde istinabede bulunan takibin yürütüldüğü icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesine şikâyet talebinde bulunulmalıdır.

⁶⁷ Emredici hükümlerin açık ve ağır ihlalinin kamu düzenine aykırılık sayıldığı yönünde bkz. Pekcanitez/Simil, s.148 vd.

V. REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİNE İLİŞKİN TAKİPLERDE İCRA DAİRESİNİN VAKTİNDEN EVVEL KENDİLİĞİNDEN SATIŞ YAPIP YAPAMAYACAĞI SORUNU

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplere ilişkin düzenlemeler İİK m. 145 vd' da yer alır. Söz konusu takip taşınır rehninin ve de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip olmak üzere ikiye ayrılır. Paraya çevrilme usulü başlığı altına düzenlenen ve rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takipler bakımından müşterek hükümler içerisinde yer alan 150/g maddesinde açıkça 112'den 137'nci maddeye kadar olan hükümlerin kıyas yoluyla, rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takiplerde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde icra dairesi tarafından kendiliğinden satış yapıp yapılamayacağı hususu tartışma konusu olabilir.

Öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin takipler niteliği itibariyle taşınmaz mallara uygulandığından, yalnız taşınır mallar için uygulanması mümkün İİK m.113/2'nin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipler bakımından uygulanamayacağı düşüncesindeyiz. Taşınır rehninin paraya çevrilmesi bakımından ise her ne kadar İİK m. 150/g atfı dolayısıyla üzerinde rehin hakkı tesis edilen taşınır malın vaktinden evvel kendiliğinden satışa konu edilmesi hukuken mümkün olsa da biz, taşınır rehninin İİK m.113/2 kapsamında görülemeyeceğini düşünüyoruz. Nitekim taşınır rehni, bir alacağı teminat altına almak amacıyla borçlu veya üçüncü kişiye ait bir taşınır mal veya hak üzerinde kurularak, alacağın ödenmemesi halinde alacaklıya üzerinde rehin hakkı tesis edilen şeyin paraya çevrilerek elde edilen bedelden alacağını öncelikle tahsiline imkan veren bir sınırlı aynı haktır.⁶⁸ Taşınır rehni, madem ki alacağın ödenmemesi durumunda rehinli alacaklıya rehin konusunu paraya çevirerek elde edilen bedelden alacağını öncelikli olarak tahsil imkanı vermektedir, şu durumda rehnedilen taşınır eşyanın da bu teminatı sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu nedenle kıymeti hızla düşebilecek olan taşınır mallar rehne konu olmaz. Saklanması ve korunması masrafları teminat altına alınan alacağı nispeten fazla olan taşınır eşyanın rehnedilmesi ise rehnin güvence

⁶⁸ Rona Serozan, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.341.; Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku-Rehin Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.64.

fonksiyonuna aykırı olacaktır. Bu nedenlerle alacağına güvence teşkil etmek amacıyla bir mal üzerinde rehin hakkı tesisini isteyecek olan alacaklının, seçeceği taşınır mal, muhafaza masrafı fazla olan ya da kıymeti hızla düşen bir mal olmamalıdır. Aksi halde alacaklının alacağını güvence altına almak isterken, alacağını tahsil edemediği takdirde taşınır rehminin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurduğunda, taşınır mal üzerindeki rehin hakkı tesisinin muhafaza masrafları nedeniyle ya da paraya çevrilme halinde elde edilen düşük bedel nedeniyle bir anlamı kalmaz. Örneğin bir ton dondurma üzerinde taşınır rehin hakkı tesis edilmiş olması halinde dondurmanın saklanacağı soğuk hava deposunun masrafları, dondurmanın soğuk hava depolarına taşınması için harcanacak nakliye masrafları gibi giderler, dondurma paraya çevrildiğinde elde edilecek gelirden fazla olabilir. Bu nedenle taşınır rehminin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde rehin hakkı kurulan malın özelliği gereği, İİK m.113/2'nin pratikte uygulanamayacağı düşüncesindeyiz.

VI. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN MAL ÜZERİNDE İSTİHKAK İDDİASINDA BULUNMUŞ OLMASI HALİNDE İCRA DAİRESİNİN VAKTİNDEN EVVEL KENDİLİĞİNDEN SATIŞ YAPIP YAPAMAYACAĞI SORUNU

Mal borçlunun elinde hacedildiği sırada ya da haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde, üçüncü kişinin, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafı fazla olan bir mal hakkında istihkak iddiasında bulunulmasının ardından alacaklı veya borçlu bu duruma itiraz etmezlerse istihkak iddiasını kabul etmiş sayılırlar (İİK m.96/1/2). Dolayısıyla mal üzerindeki haciz kalkar ve mal istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişiye verilir. Bu şekilde istihkak iddiasına konu olmuş mallar bu süre zarfında icra dairesi tarafından satılamaz.

Alacaklı veya borçlu üç gün içerisinde istihkak iddiasına itiraz ederlerse o takdirde dosyayı alan icra mahkemesi takibin devamına ya da ertelenmesine karar verir⁶⁹ ve kararını üçüncü kişiye tefhim veya tebliğ eder (İİK m.97/1). Eğer üçüncü kişi bu tebliğden itibaren yedi

⁶⁹ Takibin ertelenmesine karar veren mahkemenin üçüncü kişiden talep ettiği teminat üçüncü kişi tarafından yatırılmazsa o takdirde mahkeme takibin devamına karar verir.

gün içerisinde dava açmazsa istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır (İİK m.97/6). Bu durumda alacaklı hacizli malın satılmasını isteyebilir. Eğer istihkak iddiasına konu olan mal değeri hızla düşen veya muhafaza masrafı fazla olan bir taşınır malsa o takdirde icra dairesi alacaklı satış talep etmeden önce malın satılmasına, vaktinden evvel kendiliğinden karar verebilir.

Üçüncü kişinin tebliğden itibaren yedi gün içerisinde istihkak davası⁷⁰ açması halinde ise iki ihtimal söz konusu olur. İlki icra mahkemesinin haczedilen mal hakkında takibin devamına karar vermesi halidir. Bu ihtimalde, istihkak iddiasına konu olan mal eğer kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan bir taşınır malsa, takibe devam edileceği için icra dairesinin kendiliğinden satış kararı vermesi mümkündür. İkinci ihtimal ise icra mahkemesinin takibin ertelenmesine karar vermesi halidir. Eğer icra mahkemesi istihkak iddiasına konu olan mal hakkında takibin ertelenmesine karar vermişse o takdirde dava sonuçlanıncaya kadar talep üzerine malların satılması mümkün değildir.

Hacizli malın üçüncü kişide olması halinde, üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunmuşsa icra müdürü alacaklıya yedi günlük süre verir ve bu süre içerisinde dava açmazsa mal üzerindeki haciz kalkacağından, haczedilen malın satışı zaten mümkün olmaz (İİK m.99). Alacaklı süresi içerisinde istihkak davası açtıdaysa hacizli malın satışı dava sonuçlanıncaya kadar mümkün olmadığından, talep üzerine satış yapılamaz. (İİK m.99).

İstihkak iddiasına konu olan bir mal hakkında yukarıda belirttiğimiz durumlarda, yani icra mahkemesi tarafından takibin ertelenmesine karar verilen hallerde talep üzerine satış yapılamaz. Kanunda yer alan ve istihkak davasında satışa izin vermeyen bu düzenlemelere rağmen, kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla bir mal hakkında istihkak iddiasında bulunulmuş olması halinde icra dairesi tarafından kendiliğinden satış yapılabilir mi sorusuna olumlu yönde cevap vermek gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü icra dairesinin böyle

⁷⁰ İstihkak davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kudret Aslan, Hacizde İstihkak Davası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları (İstihkak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

bir yetkisinin olmadığı kabulü, özellikle kıymeti hızla düşen mallar üzerinde istihkak iddiasında bulunulmuş olunması halinde, bazı olumsuzluklara yol açabilir. İstihkak iddiasına konu olan mal kıymeti hızla düşen bir taşınır mal ise bu malın paraya çevrilmesi için istihkak davasının sonucunu beklemek, istihkak iddiasının haksız çıkması halinde hem alacaklının hem de borçlunun zararına olur. Zira bu durumda malın satışı halinde alacak tutarının karşılanması ihtimali tamamen ortadan kalkarak çok daha düşük bir bedel elde edilebileceği gibi malın satışının, ürünlerin bozulmuş olması sebebiyle yapılamama tehlikesi dahi ortaya çıkabilir. İstihkak iddiasının haklı olması halinde kıymeti hızla düşen taşınır malın sahibi üçüncü kişi, istihkak davası süresince maldan faydalanamayacak, dava sonuçlandıysa ya mal tamamen ortadan kalkmış olacak ya da maldan beklenen faydanın elde edilmesi mümkün olmayacaktır. Hatta örneğin çabuk bozulabilecek bir mal hakkında dava süresince satış yapılmadığında ve yargılamanın devam ettiği süre içerisinde mal tamamen bozulduğunda aslında istihkak davasının, dava konusu ortadan kalktığı için görülüp sonuçlandırılmasına gerek kalmayacaktır. Tüm bu sebepler düşünüldüğünde istihkak davasına ilişkin hükümler arasına, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafı fazla olan taşınır mallar hakkında mahkeme ayrıca satışına karar verilerek veya icra dairesinin kendiliğinden satış yapmasına olanak tanınmasına ilişkin açık bir istisnai düzenleme getirilerek bu sıkıntı ortadan kaldırılabilir. Böylece istihkak davasının hangi şekilde olursa olsun neticelenmesine kadar haczedilen mallara ilişkin öngörülen zarar engellenebilir. Aksi halde ortaya çıkan zararların telafisi bakımından görülebilir tek hukuki seçenek şartları varsa İİK m. 96'ya göre açılan istihkak davaları bakımından, tazminatların ödenmesi olacaktır.⁷¹

⁷¹ Haksız hacizden doğan sorumluluk hakkında bkz. Pinar Çiftçi, "Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin Kararları Işığında Haksız Haciz Sebebiyle Alacaklının ve Devletin Manevi Tazminat Sorumluluğu (Tazminat Sorumluluğu)", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II, 79-146; Borçla ilgisi olmayan üçüncü kişinin mallarına haciz uygulanmak bu kapsamda olduğuna ilişkin bkz. Çiftçi, Tazminat Sorumluluğu, s.91; Manevi zararın tazmini için devletin tazminat sorumluluğu hakkında bkz. Çiftçi, Tazminat Sorumluluğu, s. 114 vd.; Ayrıca haksız ihtiyati tedbir ve hacizden kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Korkmaz, Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

VII. HACİZDEN SONRA BORCUN TAKSİTLE ÖDENMESİ SÖZLEŞMESİNİN VEYA TAKSİTLE ÖDEME TAAHHÜDÜNÜN VAR OLMASI DURUMUNDA İCRA DAİRESİNİN VAKTİNDEN EVVEL KENDİLİĞİNDEN SATIŞ YAPIP YAPAMAYACAĞI SORUNU

Borçlunun mallarının haczedilmesinden sonra eğer İİK m.111’de belirtilen şartlar oluşmuşsa, alacaklının rızasına gerek olmaksızın borcun taksitle ödenmesi mümkündür. Borcun, alacaklının rızası aranmaksızın taksitle ödenebilmesi için alacaklının satış talep etmemiş olması, borcun ilk taksitinin derhal ödenmiş olması, borçlunun borç tutarına karşılık gelen malının haczedilmiş bulunması ve her taksitin borcun dörtte birinden az olmayarak aydan aya en fazla üç ayda ödenecek olması şarttır (İİK m.111). Mallar haczedildikten sonrasında alacaklı ve borçlunun her zaman anlaşarak taksitle ödeme sözleşmesi yapmaları da mümkündür. Her iki halde de icra takip işlemleri yapılamaz (İİK m.111/I), satış isteme süreleri işlemez ve haczedilen malların satışı mümkün olmaz.⁷² Bu durumda haczedilen mal, kıymeti hızla düşen ya da muhafaza masrafları fazla olan taşınır malsa icra dairesi vaktinden evvel kendiliğinden satış yapamaz demek tarafların menfaati düşünüldüğünde yerinde olmaz. Nihayetinde taksitle ödeme sözleşmesi ve de taahhüdün yerine getirilmediği durumda alacaklının alacağını elde etmesi malın kıymetinin hızla düşmesi sebebiyle mümkün olamayabilir. Söz konusu süreçte malın muhafaza masraflarının fazla olması ise borçlunun nihayete eren bir taksitle ödeme sözleşmesinden dolayı ayrıca ağır masraf yüküne katlanması anlamına gelir. Alacaklı da mal satılmadığında ve her geçen gün değer kaybı yaşadığından, taksitle ödemenin gereğinin yerine getirilmemesi ihtimalinde alacağının bir kısmına veya tamamına kavuşamama riskini taşır. Taksit sözleşmesi veya borcun taksitle ödenmesi taahhüdü süresince mal bozulabilir; Muhafazasının masraflı olması sebebiyle birçok gider yapılması gerekebilir. Özellikle taksit sözleşmesinin vadelerinin serbestçe kararlaştırıldığı durumlarda ödeme süreci fazlaca uzayabilir ve kıymeti hızla düşen ya da muhafaza masrafları fazla olan hacizli maldan beklenen fayda elde edilemeyebilir. Bu sebeple, haczedilen mal-

⁷² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.306-307.; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s.348.; Muşul, İcra Hukuku, s.627.; Kuru, Ders Kitabı, s.217.

lardan kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan taşınır malların icra dairesi tarafından satışı, taksit sözleşmesi veya taksitle ödenmesi taahhüdü söz konusu olsa da yapılmalı ve elde edilen bedel, kalan borç tutarına denk gelen kısım için alacaklıya ödenmelidir; elde kalan tutar olması halinde ise bu tutar, borçluya verilmelidir. Böylece her iki tarafın da menfaatlerinin korunmuş olacağını düşünüyoruz.

VIII. VAKTİNDEN EVVEL KENDİLİĞİNDEN SATIŞA İLİŞKİN HÜKMÜN İFLÂS HUKUKUNDA UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU

Müflisin haczedilebilir nitelikteki malvarlığının içinde kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların bulunması mümkündür. Alacaklıların ve borçlunun/müflisin menfaati düşünüldüğünde iflâs masasına dâhil olan ancak kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların, vaktinden önce satışına karar verilmesi mümkün olmalıdır. Zira bu malların satışı ne kadar çabuk gerçekleştirilirse elde edilen bedel o kadar fazla olur ve bu durum hem müflisin borçlarının ödenmesini kolaylaştırır hem de alacaklıların mümkün olduğunca alacağına eksiksiz olarak kavuşmalarını sağlar. Şu durumda müflisin kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan taşınır malları hakkında ne yapılması gerektiği yönünde bir değerlendirme yapmakta fayda vardır.

Öncelikle iflâs yoluyla takip neticesinde veya doğrudan açılan iflâs talebinde ticaret mahkemesinin İİK m.159 gereğince kendiliğinden alabileceği muhafaza tedbirleri kapsamında muhafazaya alınan mallar bakımından değerlendirme yapılabilir. İflâs davasının açıldığı ticaret mahkemesi, alacaklıların menfaatinin korunması bakımından her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda öncelikle mahkeme, iflâs talep eden alacaklının isteği üzerine müflisin mallarının defterini tutar. Ayrıca mahkeme, müflisin mallarının korunması ve alacaklıların haklarına zarar gelmemesi için her türlü tedbiri alabilir. Bu tedbirlerden biri de müflise ait, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan malların satışına karar vermek olmalıdır. Zira iflâs tasfiyesi süreci içerisinde bu mallara dayalı olarak yaşanacak değer kaybı, iflâs alacaklılarının alacaklarına kavuşmaları sonucundan uzaklaşılmasına sebebiyet verecektir. Kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan mallar bakımından bu aşamada satış kararı alma yetkisi ti-

caret mahkemesinde olup⁷³, ticaret mahkemesi tarafından bu kararı uygulama görevi iflâs dairesine aittir (İİK m.159).

İflâs sonucu gerçekleştikten sonra ve fakat tasfiye gerçekleşmeden evvel iflâs dairesi tarafından İİK m.208'e göre gereken muhafaza tedbirleri alınmalıdır. Bu durumda kıymeti hızla düşen mallar da muhafaza masrafları fazla olan malların satışı da değerlendirilmelidir. İflâs açıldığında müflisin haczi mümkün olan malvarlığı unsurları bir masa teşkil eder ve iflâsın açıldığı kendisine tebliğ edilen iflâs dairesi müflisin mallarının defterini tutmaya başlar (İİK m.184/1; m.208/1). İflâs dairesi, müflise ait malvarlığı unsurlarının defter tutma yoluyla tespitini gerçekleştirdikten sonra duruma göre (hiç mal bulunmaması sebebiyle tasfiyenin tatiline karar vermemişse) tasfiyenin türüne karar verir. Tasfiyenin basit usulde yapılması durumunda tüm tasfiye işlemlerini iflâs dairesi halledeceği için, tasfiyeyi yaparken ve defter tutarken tespit ettiği kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan taşınır malların satışını gerçekleştirebilmelidir (İİK m.208 f.1). İflâs dairesi bu yönde bir karar verirse, mallar satışını pazarlık suretiyle gerçekleştirmelidir. Açık arttırma yoluyla malların satışı bakımından engel bir durum olmamakla birlikte, açık arttırma usulü içerisinde yapılması gereken işlemler, kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların hızla satılması gerekliliğine uygun düşmez.

İflâsta adi tasfiyeye başlanmış ise, alacaklar toplanmasının acele hallere ilişkin vereceği karar üzerine de vaktinden evvel satış yapılabilir (İİK m.224). Ayrıca bu durumda alacaklar toplanması kararı bulunmasa bile İİK m.221 kapsamında iflâs idaresinin masa menfaatlerinin korunması adına işlemleri yapmasından bahsedilmektedir ki, buna dayanarak bir değerlendirme yapılabilir. Burada İİK m.229 düzenlemesi gereğince iflas idaresi, masanın kanuni temsilcisi olarak alacaklılar toplantısını beklemeden, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan malların satışını kendiliğinden yapabilir. Adi tasfiye usulü bakımından da kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların satışının, iflas idaresi tarafından pazarlık suretiyle yapılması gerekir. Ancak bir önceki paragrafta da belirttiğimiz gibi açık arttırmayla satış bakımından bir engel bulunmamakla birlikte açık arttırma, vaktinden evvel kendiliğinden satışın niteliğine uymamaktadır.

⁷³ Buradaki satış masraflarından iflas talep eden alacaklı; Takipsiz iflas halindeyse iflas isteyen kişi sorumlu olmalıdır (İİK m.160 gereğince).

Sonuç olarak iflâs kararı verilmeden önceki dönemde ticaret mahkemesinin kararıyla iflâs dairesi tarafından, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan malların satışı yapılabilir. Tasfiyenin başlamasından sonra ise basit tasfiye bakımından iflas dairesi, tasfiye türünü belirlerken yapacağı incelemeye dayalı olarak tespit ettiği malların satışını derhal yapabilmelidir. Adi tasfiyede seçilen iflâs idaresi, İİK m.229 hükmü gereğince, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan malların satışını, masanın menfaatlerini korumak bakımından yapmakla yükümlüdür. Dolayısıyla iflâs hukuku bakımından kıymeti hızla düşen veya muhafazası masraflı olan malların satışına ilişkin yol gösterecek olan İİK m.113/2 hükmü değil m.158 vd. hükümlerde yer alan muhafaza tedbirlerine ilişkin düzenlemeler ve özellikle m.229 olacaktır.

SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre satış bakımından esas olan, taraf talebiyle ve özellikle alacaklının talebiyle satıştır. Talep üzerine satış, tasarruf ilkesinin icra ve iflâs hukukundaki bir yansımasıdır. Tarafların satış talebi bir süreye bağlı olup bu süre taşınır mallarda hacizden itibaren altı ayken taşınmaz mallarda bir yıldır. İcra hukukunda malların bazı şartlar altında icra dairesi tarafından kendiliğinden ve her zaman satılması mümkün kılınmıştır. Bu yolla icra dairesi tarafından yapılan satış hem tasarruf ilkesine hem de bu ilke gereği satışın süreye bağlılığına bir istisna getirmektedir.

İcra dairesi tarafından kendiliğinden satış düzenleniş itibariyle yalnız taşınırlara özgü bir yol olarak karşımıza çıkar. Ayrıca icra dairesi tarafından kendiliğinden satışın yapılması, yalnız malların kesin haczi bakımından değil geçici veya ihtiyati haciz hallerinde de malın kendiliğinden satışı mümkün kılınmıştır.

Bir icra takip işlemi olarak icra dairesinin vaktinden önce kendiliğinden satış yapması için malın hacedilmiş ancak taraflarca kural olarak satış talep edilmemiş olması gerekir. Zira taraflarca satış talep edildiğinde mal süresinden önce satılmış olmaz. Ancak alacaklı tarafından satış talep edilmiş ve satış masraflarının karşılanması için kendisine süre verilmişse, bu süre zarfında icra dairesi tarafından şartları olduğu takdirde kendiliğinden satış yapılabilir.

İcra dairesi tarafından kendiliğinden vaktinden evvel satış yapılabilmesi için malın kıymetinin hızla düşmesi veya muhafaza masraflarının fazla olması gerekir. Kıymeti hızla düşmeyen ve muhafaza masrafları fazla olmayan malların kendiliğinden satışı mümkün olmaz.

Kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların kendiliğinden, vaktinden önce satışını yapacak olan icra dairesi, takibin yapıldığı yer icra dairesi olup istinabe halinde bu durum değişebilir. Satış için masrafların karşılanması ise öncelikle hazine tarafından sağlanmalıdır. Satış usulü bakımından ise, malların niteliği gereği hızlı satış yapılması gerektiğinden pazarlık suretiyle satış yolu seçilmelidir. İcra dairesinin kendiliğinden vaktinden önce gerçekleştirebileceği satış, icra dairesi tarafından yapılması gereken birçok işlemi içinde barındırdığından, bu işlemlere karşı menfaati olan ilgililer tarafından şikâyet yoluna başvurulabilir.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde icra dairesinin kendiliğinden ve süresinden önce satış yapması İcra ve İflâs Kanunu m.150/g ile mümkün kılınmış olmakla birlikte bu yol, ipoteğin çevrilmesi yoluyla takiplere konu olacak malın taşınmaz olması sebebiyle uygulanamaz. Taşınır rehminin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde ise İİK m.113/2'nin uygulanmasına engel bir durum olmamakla birlikte uygulamada rehin hakkının kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan bir mal üzerinde tesis edilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Kıymeti süratle düşen ve muhafazası masraflı olan bir malın haczinde istihkak iddiasının söz konusu olması halinde, bu mallar bakımından takibin ertelenmesine karar verilmişse kanun gereği her ne kadar icra dairesince kendiliğinden satış yapılamasa da mahkeme tarafından bu yönde bir karar verilerek satışın mümkün kılınması hem takibin tarafları hem de istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişinin menfaati için yerinde olur. İcra ve İflâs Kanunu'nun istihkak davasına ilişkin hükümleri arasına bu yönde istisnai bir hüküm getirerek taraf menfaatleri bakımından kendiliğinden satışı mümkün kılmanın yerinde olacağını düşünmekteyiz.

İflâs bakımından öncelikle iflâs talebiyle mahkemeye başvurulduğunda, İİK m.159 gereğince ticaret mahkemesi her tür tedbire karar verebileceğinden, borçluya ait kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafı

fazla olan bir taşınır malın var olduğunu tespit ettiği takdirde malın satışına karar verebilir. İflâs kararının ardından basit tasfiye bakımından iflâs dairesi; adi tasfiye bakımından iflâs idaresi bu kararı alabilir ve uygulayabilir. İflâsa ilişkin hükümler ve özellikle İİK m.229, kıymeti hızla düşen ve muhafaza masrafları fazla olan malların satışına imkân vermektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Arslan Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 5. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Aslan Elif Kısmet, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Arttırma Yoluyla Paraya Çevrilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir, 2004.
- Aslan Kudret, Hacizde İstihkak Davası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Atalı Murat/Ermeneç İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Berkin Necmeddin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1970.
- Çiftçi Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi (Menfaat Dengesi), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Erturgut Mine, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (El Kitabı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (Ders Kitabı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Meriç Nedim, Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaştırma Kuralları ve Sıra Cetveline Müracaat Yolları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Meriç Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku Esasları (İcra hukuku), Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2017.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda İstihkak Davaları (İstihkak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet (Şikâyet), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Nomer Haluk Nami/Ergüne Mehmet Serkan, Eşya Hukuku-Rehin Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- Özçelik Volkan, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

- Özekes Muhammet, İcra Hukuku'nda Temel Haklar ve İlkeler (Temel Haklar), Adalet Yayınevi Ankara, 2009.
- Özekes Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), Seçkin Kitabevi, Ankara, 1999.
- Özmumcu Seda, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Pekcanıtez Hakan/Simil Cemil, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Postacıoğlu İlhan/Altay Sümer, İcra Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Ramazan Korkmaz, Haksız İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Schlegel Roger/Zopfl Markus, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2017, s.760.
- Serozan Rona, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Stahelin Adrian/Bauer Thomas/Stahelin Daniel, Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.
- Umar Bilge, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İstiklal Matbaası, İzmir, 1973.
- Yıldırım Kâmil/Deren Yıldırım Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2016.

Makaleler

- Boran Güneysu Nilüfer, "İcra Hukukunda Aşkın Haciz (Aşkın Haciz)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.4, Ankara, 2016, 25-60.
- Boran Güneysu Nilüfer, "İcra Takip İşlemleri (Takip İşlemi)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.101, İstanbul, 2012, 31-60.
- Çiftçi Pınar, "Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi'nin Kararları Işığında Haksız Haciz Sebebiyle Alacaklının ve Devletin Manevi Tazminat Sorumluluğu (Tazminat Sorumluluğu)", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.II, 79-146.

İnternet Kaynakları

- karararama.yargitay.gov.tr
www.kazanci.com

BORÇLUNUN TALEBİYLE SATIŞ

FORCED SALE BY DEBTOR'S REQUEST

Hakan PEKCANITEZ*

Nedim MERİÇ**

Özet: Taraf takip işlemleri, icra takibine yön veren taraflarca yapılan işlemlerdir. Kural olarak bu işlemlerin takip alacaklısı tarafından yapılması beklenir. Takibi alacaklı başlatır, haczi alacaklı talep eder. Hacizli malların satılması için de alacaklının satış talebi gerekir. Alacağına erken kavuşmak isteyen alacaklı da takip kesinleşince satış talebinde bir an önce bulunur. Öte taraftan borçlunun haciz işlemiyle hacze konu malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Bu durumda alacaklının istek ve arzusuna bağlı kalınması borçlunun menfaatine aykırı olacaktır. Bu sebeple borçlu da haczedilen malvarlığının satışını isteyebilmelidir.

İcra ve İflâs Kanunumuzda borçlu bu olanağı İİK m. 113 f. 1 hükmü dolayısıyla kullanabilir. Hacizli taşınmazların satışının borçlu tarafından istenebileceğini ise Yargıtay kabul etmektedir. Yargıtay rehnin paraya çevrilmesine ilişkin takiplerde de borçlunun satış talebi edebileceğini kabul etmektedir. Borçlunun satış talebinin icra dairesi tarafından kabul edilebilmesi için alacaklının menfaati zarar görmemelidir. Satış masraflarının yatırılması, üçüncü kişinin hacizli mal üzerinde istihkak iddiasının olmaması ayrıca satış için aranan unsurlardır.

Anahtar Kelimeler: Taraf Takip İşlemi, Satış Talebi, Menfaat Dengesi, Haciz, Tasarruf İlkesi

Abstract: Enforcement transactions of the parties are transactions which lead the enforcement and are made by parties. As a rule, it is expected that these transactions must be conducted by creditor of enforcement. Creditor starts the enforcement and also creditor claims the garnishment. There must be also a forced sale request by creditor for seized properties to be sold. Creditor wishing to obtain his/her claim early, requests for forced sale immediately when the enforcement becomes certain. On the other hand, the debtor's disposition authority on his properties has been restricted by garnishment. At this stage, it will be against the debtor's interest to abide by creditor's claim and wish. Therefore, debtor should be able to ask forced sale of his/her seized properties.

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, hpekanitez@gsu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7809-4535

** Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, nedimmeric@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5366-0008, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.07.2020, Kabul Tarihi: 15.07.2020

According to our Code of Enforcement and Bankruptcy, debtor can use this opportunity in accordance with the article 113. Court of Appeal accepts that the sale of garnished immovables can be requested by debtor. Court of Appeal accepts that debtor can request forced sale in enforcements related foreclosure as well. Creditor's interests should not be damaged in order for debtor's forced sale request to be accepted by debt enforcement office. Depositing the costs of sale, the lack of third oppositon on seized property are also the elements of forced sale.

Keywords: Enforcement Transactions of the Parties, Request of Forced Sale, Equition of Interest, Garnishment, the Principle of Disposition

GİRİŞ

Paraya çevirmeye ilişkin hükümler İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. ve devamı maddelerinde yer alır. Satış işlemi de diğer icra takip işlemlerinin birçoğunda olduğu gibi kural olarak taleple başlar. Kanun koyucu birçok takip işleminde olduğu üzere paraya çevirme için talebi aramaktadır.

İcra takiplerinde takibin ilerlemesi ve icra takip işlemleri için kural olarak alacaklının talebi gerekir. Ödeme emri için takip talebi, haciz için haciz talebi ve benzeri durumlarda alacaklının talebi gerekmektedir. Bu da işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Paraya çevirme işlemi için de alacaklı talepte bulunmalıdır. Alacaklının satış talep etmesinin gerekçesi doğal sürece uygun olarak alacağına kavuşma isteğidir. Ancak bu talep hakkını alacaklı, uzun bir sürece yayarak borçluyu devamlı surette tehdit altında tutmak gayesiyle kullanmamalıdır. Bu amaçla kanun koyucu, diğerlerinden farklı olarak, hacedilebilir bir malın uzun süre bu şekilde kalmaması gerektiğini dikkate alarak alacaklının satış talebini başta süre olmak üzere bazı sınırlamalara bağlamıştır. Öte taraftan sadece alacaklının değil, icra takibinde satış isteme hakkının borçluya da ait olması gerekir. Bu hak İcra ve İflâs Kanunumuzda çok sınırlı verilmiş gözükmektedir. Oysa takipte borçlunun da malvarlığı kısıtlandığından dolayı yükten kurtulmak veya alacaklının satış talebini beklememek konusunda menfaati bulunur. Çalışma konumuzda borçlunun hacedilen malvarlığına ilişkin bu menfaati, bu menfaate bağlı satış talep hakkının kanunda nasıl düzenlendiği, hangi şartlara bağlı olarak kullanılacağı ve de kullanılmasının etkileri uygulama ve öğretilerdeki görüşler dikkate alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

I. İCRA TAKİP İŞLEMLERİNİN KURAL OLARAK TALEBE BAĞLI OLMASI

Alacaklının kesinleşen icra takibi vasıtasıyla alacağına kavuşma hakkı sadece mal varlığına ilişkindir. Bu hak alacaklıya, yürüttüğü takip dolayısıyla borçlunun borcuyla mütenasip malvarlığının tamamının veya en azından bir kısmının satılması amacıyla verilmiştir. Bundan dolayı bu hak borçlunun şahıs varlığına karşı kullanılamaz veya haczedilen mallar alacaklıya devredilemez. Çünkü hukukumuzda kural olarak borçlunun malvarlığından aynen tatmin yasağı, paraya çevirme ilkesi geçerlidir.¹

Yargılamaya hâkim olan ilkelerden birçoğu icra hukukunda da uygulama bulur. Tasarruf ilkesi ile taleple bağlılık ilkesi bu ilkelerdendir. Buna göre bir icra takibinin başlatılması ve yürütülmesi alacaklının talebiyle söz konusu olur. Takip talebi olmadan takip başlatılamayacağı gibi haciz ve satış işlemlerinin yapılması için de talep gerekir.² Para ve teminat alacağına ilişkin takip kesinleşince paraya çevirme işlemi³ yapılır. Satış, icra dairesi tarafından kendiliğinden gerçekleşmez.⁴ İcra dairesinin kendiliğinden satış işlemi yapması istisnaidir (İİK m. 113 f. 2, 139). Bu gerekçeyle icra hukukunda talebe bağlı bir satış sistemi vardır. İcra hukukunda satış konusunda talebe bağlılığın benimsenmesi, icra dairesinin arzusuna ve keyfine göre alacaklı veya borçlunun leh ve aleyhlerine olacak zamanda haczedileni satmasına da engel oluşturur.

Bununla birlikte talebe bağlı satış sisteminin sıkı şekilde uygulanmasının yol açabileceği sakıncaların önlenmesi adına kanun koyucu taleple bağlılık sistemine istisna getirmiştir.⁵ Bu istisnalar, vaktinden evvel satış (İİK m. 113) ve tamamlama haczine bağlı satıştır (İİK m.139). Vaktinden evvel satış olarak adlandırılan ilk durumda takip borçlusu taşınır malların satışını talep etmekteyken (İİK m. 113 f. 1), diğer durumda icra dairesi taraf talebine bağlı olmaksızın kendiliğinden satış

¹ Muhammet Özkes, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 96; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 320.

² Özkes, s. 75.

³ "Paraya çevirme" üst kavramı yerine çalışmanın geri kalan kısmında paraya çevirmenin bir şekli olan "satış" kelimesi kullanılacaktır.

⁴ Karl Spühler, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 7. bası, Zürich, Basel, Genf, 2016, s. 175.

⁵ Bkz. dp. 2.

yapmaktadır (İİK m. 113 f. 2). İcra dairesinin vaktinden evvel kendiliğinden satış yapacağı durumlardan ilki, borçluya ait hacizli taşınır eşyaların hızla değer kaybetmesi, diğeri ise haczedilen taşınır eşyaların muhafaza masraflarının orantısız fazla olması veya yüksek yönetim masraflarını gerektirmesidir. İcra dairesinin vaktinden evvel satış niteliğinde olmayan ve fakat kendiliğinden satış yapabileceği Kanun'daki diğer durum ise tamamlama haczidir (İİK m. 139).

Öte taraftan satışın hiç yapılmayacağı durumlar da olabilir. Borçlunun yedinde haczedilen para için satış yapılmayacağı gibi, satışa yönelik bir talebe de ihtiyaç yoktur.⁶ Bu durumda haczedilen para doğrudan alacağın ödenmesinde kullanılır. Paranın üçüncü kişi elinde haczedildiği durumda ise satış yapılmamakla birlikte satış talebine ihtiyaç vardır.

II. BORÇLUNUN SATIŞ TALEBİNİN AMACI VE NİTELİĞİ

A. Borçlunun Satış Talebinin Düzenlenişi

İİK m. 113 f. 1'deki ifade, "Alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satış yapılabilir" şeklindedir. Söz konusu hüküm Kanun'un ilk halidir. Bu hükümde kabul edildiği tarihten bugüne kadar 88 yıllık süreçte bir değişiklik yapılmamıştır. Hükümün daha iyi değerlendirilmesi amacıyla İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili maddesinin ifadesine de bakılmalıdır. İsviçre İİK m. 124 f. 1'e göre, "Alacaklı henüz paraya çevirmeyi talep edebilme hakkına sahip olmasa bile borçlunun talebi üzerine paraya çevirme gerçekleşebilir". İki hüküm karşılaştırıldığında başlıkların benzer olduğu görülür. İsviçre İİK m. 124'ün başlığı vaktinden evvel paraya çevirme iken, İİK m. 113'ün başlığı vaktinden evvel satıştır. Nihayetinde paraya çevirme üst başlık olup, satış dâhil bütün paraya çevirme türlerini kapsamına alır. Her iki hüküm esasen borçlunun vaktinden evvel satış isteyebileceğini belirtir.

İİK m. 113 f. 1'deki düzenleme, İsviçre İİK m. 124 f. 1'den daha dar bir anlam taşır. İsviçre hukukundaki düzenlemede borçlu henüz kesinleşmemiş takiplerde dahi satış talep edebilecekken hukukumuzda kesinleşmiş bir takip ve kesin bir haciz olmadan satış talebinde bulunması mümkün olmadığından borçlu satış talep edemez.

⁶ Seda Özmumcu, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005, s. 11.

B. Borçlunun Satış Talebinin Amacı

Borçlunun satış talebinde bulunabilmesi, alacaklının satış talebi hakkının borçludaki bir karşılığı olarak görülür.⁷ Nasıl ki alacaklının satış talep ederek alacağına kavuşmasında menfaati bulunmaktaysa, borçlunun da tasarruf yetkisini kısıtlayan haciz işleminden sonra sürecin uzatılmamasına bağlı menfaatleri vardır (faizin veya takip masraflarının daha fazla artmaması gibi).⁸ Neticede borçluya satış talep edebilme yetkisinin verilmesi, haciz işlemiyle uğradığı mal varlığının kısıtlanması bakımından bir dengeleme görevi görür.⁹ Malvarlığı haciz işlemiyle kısıtlanan borçlu içine girdiği bu durumdan kendisinin göstereceği iradeyle de bir an evvel kurtulabilir. Bundan dolayı icra hukukunun talebe bağlı satış sisteminin karşılıklılık özelliğini taşıdığını söylemek mümkündür. Ancak alacaklı ve borçlunun bu karşılıklılık konumu, bahsedilen hakların diğeriyle bütün özelliklerinin özdeş olduğu anlamına gelmez. Örneğin, alacaklı satış talebinde bulunmakla aynı derecedeki bütün alacaklılar için de satış talep etmiş olmaktadır, borçlunun satış talebinde bulunması sadece ilk dereceden hacze iştirak edenler için değil, sonraki dereceden hacze iştirak edenler için de sonuçlarını doğurur. Yahut alacaklının satış talebi süreye bağlıyken (İİK m. 110) borçlunun satış talebi açıkça bir süreye bağlı değildir. Bunlar gibi alacaklının talebine bağlı olarak satış masraflarını on beş gün içinde yatırmaması haczin kalkmasına yol açmaktayken, borçlunun satış masraflarını yatırmaması haczin kalkması sonucunu doğurmaz.

⁷ Benedikt A. Suter, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. bası, 2010 Basel, s. 1140.

⁸ Mine Erturgut, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000, s. 55, 56; Murat Atal/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019, s. 288. Borçlunun satış talebine ilişkin menfaatine Çiftçi çalışmasında şöyle değinmektedir; "Esasında bu aşamadan itibaren gerek alacaklının gerek borçlunun menfaatlerinin aynı yöne hizmet ettiğini, daha doğrusu hizmet etmesi gerektiğini ifade etmek mümkündür. Zira, borçlu için artık aleyhinde başlatılan takip kesinleşmiştir ve kural olarak kendisinin borçlu olduğu artık sabittir. Dolayısıyla, borçlunun menfaatine en uygun olan şey, bir an önce ve olabildiğince en yüksek tutarda haczedilen mallarının paraya çevrilmesi; bu şekilde borcundan kurtulmasıdır. Zira, bu durumda kendisi de en kısa zamanda cebrî icra tehlikesinden kurtulacak; ayrıca da borç için faiz ödemesi de gerekmeyecektir". Pınar Çiftçi, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 313. Aynı yönde bkz. Volkan Özçelik, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014, s. 323 dn. 1249.

⁹ Suter, s. 1140; Erturgut, s. 55.

C. Borçlunun Satış Talebinin Hukukî Niteliği

Borçlunun satış talebi, bir taraf takip işlemidir. Öğretide taraf takip işlemi, takibin taraflarınca yapılan ve takibe yön veren işlemler olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Bu tanım borçlunun satış talebi bakımından da geçerlidir. Borçlunun satış talebiyle, icra dairesi haczedilen malın satışını yapmak durumunda kalacaktır. Bu durum borçlunun satış talebinin taraf takip işlemi olduğunu tereddütsüz gösterir. Zira, icra takip işlemleri bakımından icra dairesince yapılma, takibin ilerlemesini sağlamak ve borçluya karşı yapılma gibi şartlar aransa da taraf takip işlemleri bakımından bu şartlar aranmaz; alacaklı da borçlu da taraf takip işlemi yapabilir.

Borçlunun talebiyle satışa ilişkin düzenleme, borçluya yetki veren bir normdur. Bu nedenle borçlu, satış talep edebileceği durumlarda satış talebinde bulunmayabilir. İcra hukukunda da tasarruf ilkesi geçerli olduğu için borçlunun buna zorlanması söz konusu olmaz. Oysa İİK m. 113 f. 2'de icra dairesinin kendiliğinden satış yapabileceğine ilişkin düzenleme bir görev normudur. İcra dairesi İİK m. 113 f. 2 kapsamında haczedilen malın değerinin hızla düştüğünü veya muhafaza masraflarının orantısız ve yüksek olması durumunda alacaklı ile borçlu menfaatlerinin korunması için takdir hakkını kullanmak zorundadır. İcra dairesi için öngörülen bu yükümlülük ne alacaklı ne de borçlu bakımından söz konusudur. Ancak borçlu isterse tasarruf kısıtlamasına uğradığı malların satılmasını isteyebilir.

III. BORÇLUNUN TALEBİYLE SATIŞIN UYGULAMA ALANI

A. Borçlunun Talebiyle Satışın Taşınır veya Taşınmazlar Bakımından Geçerli Olup Olmadığı Sorunu

Borçlu talebiyle satış, İİK m. 113 f. 1'de sadece taşınır mallar bakımından düzenlenmiştir. Taşınır mal niteliği itibarıyla taşınabilir maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen mallar olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹¹ (TMK) m.

¹⁰ M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 6. baskı, İstanbul 2015, s. 24; Tanımın unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu, İcra Takip İşlemleri, *TBB*, 2012, Sayı:101, s. 37 vd. (31-60); Aziz Serkan Arslan, İcra Takip İşlemleri, Ankara 2018, s. 61 vd.

¹¹ RG., 08.12.2001, S. 24607.

762’de ifade edilmiştir. Bu tanımdan yola çıkarak, niteliği bozulmadan bir yerden bir başka yere nakledilebilir ve maddî varlığa sahip olan şeyler, öncelikle taşınır mal olma özelliğine sahiptir. Taşınır mal kavramına elektrik, doğal gaz gibi doğal güçler (TMK m. 762), para ve kıymetli evrak (İİK m. 88), sicile kayıtlı taşınır mallar, borçlunun üçüncü kişideki alacakları (İİK m. 106 f. 2), arazi üzerindeki büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar (İİK m. 23) dâhildir.¹²Taşınır malların değeri veya cinsi veyahut da başkaca özellikleri bakımından Kanun’daki düzenlemelere dikkat edilmelidir. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu’nda satış bakımından gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler taşınır, sicile kayıtlı gemiler ise taşınmaz olarak kabul edilir (İİK m. 136).

Taşınmaz mallar bakımından ise durum farklıdır. İcra ve İflâs Kanunu taşınmaz mallar için borçlunun talebine bağlı olarak satış yapılabileceğini düzenlememiştir. Satış işlemine yönelik bilgiler verilirken öğretide¹³ taşınır ve taşınmaz mal ayırımı yapılmadan borçlunun satış talep edebileceği genel olarak ifade edilmiştir. Bu durum öğretinin borçlunun talebiyle taşınmaz satışının yapılabileceğine yönelik açık bir tespitte bulunduğu anlamına gelmez. Bununla birlikte öğretide Dönmez¹⁴ açıkça taşınmaz malları zikrederek borçlunun satış talep edebileceği görüşünde olduğunu belirtmiştir. Yine bir kısım¹⁵ taşınmaz malların satışının borçlu tarafından talep edilemeyeceği görüşünde iken, Namılı¹⁶ alacaklının/alacaklıların onayı varsa, borçlunun taşınmazın satışını talep edebileceği görüşündedir. Kanımızca borçlunun taşınmaz mallar bakımından dahi bir yıl gibi uzun bir süre alacaklının arzusuna bağlı olarak satışın talep edilmesini beklemesinde hukukî yararı yoktur. Ancak taşınmaz mallar bakımından kanundaki

¹² A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 487; Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2017, s. 30, 31; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004, s. 250.

¹³ Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. baskı, İstanbul 2013, s. 602; Üstündağ, s. 238; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, 11. bası, Ankara 2013, s. 355; Arslan/Ejder/Sema/Hanağası, s. 322 Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 207; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 288.

¹⁴ R. Murat Dönmez, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2010, s. 14, 15.

¹⁵ Elif Kismet Aslan, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yoluyla Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004, s. 24; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 5. baskı, Ankara 2015, s. 401.

¹⁶ Mert Namılı, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2019, s. 341.

düzenleme borçlunun satış talebinde bulunmasına olanak vermez. Bu hususta bir kanun değişikliği ile taşınmaz mallarının da haczedilmesi veya ipotega dayanan takibe konu olması durumunda itiraz süresinin geçirilmesiyle borçluya satış talebinde bulunma hakkının açıkça verilmesi menfaatler dengesi bakımından doğru olur. Öte taraftan Yargıtay taşınır satışlarına ilişkin İİK m. 113 f. 1 hükmünün, taşınmazlar bakımından uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

“...Öte yandan, süresinde satış istenmiş ve satış yapılmış ise, daha sonra ihalenin feshedilmesi, İİK'nın 110. maddesindeki satış talebinin geri alınması niteliğinde görülemez. Bu maddede ihalenin feshi halinde haczin kalkacağına dair bir hükme yer verilmemiştir (A.g.e sh 608). Satış süresi, hak düşürücü süre olup, İİK'nın 20. madde hükmünde, İİK'nın tayin ettiği sürelerin kesin olduğu, sözleşme ile değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Yasada aksi yönde açık bir hüküm bulunmadıkça, hak düşürücü süreler kesilmez ve durmaz. İhalenin feshi kararı kesinleşmeden İİK'nın 134/6. maddesi uyarınca satış cetveli düzenlenemez ise de ihalenin feshinin kesinleşme tarihinden sonra alacaklının yeni ihale için yeni bir satış talebinde bulunmaması halinde haczinin düşeceğine dair yasal düzenleme bulunmamaktadır. İİK'nın menkullerle ilgili 113/1. maddesinde alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satış yapılabileceği düzenlenmesi, taşınmaz satışlarında da kıyasen uygulanmalıdır. Borçlunun borcunu ödeyerek ya da satış talep edip, satışı sağlayarak, alacaklının haciz ve satış baskısından kurtulması mümkündür. Yeni ihale için yeni bir satış talebinin ve masraf yatırılmasının gerekmesi, feshedilen ihalenin zorunlu bir sonucu olup, yeni bir satış talebinde bulunulmaması halinde haciz düşeceğine dair yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Alacaklıya yüklenen görev, süresinde satış isteyerek avansı yatırmaktır. İİK'nın 123. maddesinde satış görevi, icra dairesine yüklenmiş olup, satış ne zaman yapılırsa yapılsın, haciz ve satış talebi ayaktadır...”¹⁷

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun satış talebiyle hacizli taşınmaz mallar ile ipotekli taşınmaz malların satılabileceği düzenlenmiş olup, bunun için haciz alacaklısı veya alacaklıları ile ipotek alacaklısının ya da alacaklılarının tamamının açık surette onay vermeleri şart koşulmuştur (İsviçre İİK m. 133 f. 2). Şüphesiz haciz alacaklısı ile

¹⁷ 23.HD, 30.09.2014, 1819/6058 (<https://karararama.yargitay.gov.tr.>).

ipoteğe yönelik takipte ipotek alacaklısının satış isteme hakları bağımsız olarak mevcuttur.

İsviçre'den farklı olarak İcra ve İflâs Kanunumuzda borçlu hacizli taşınmaz mallar ile ipotekli taşınmaz malların satışını alacaklıların onayıyla dahi isteyememektedir. Kanunumuzda taşınmaz malların satışını borçlunun isteyebileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasının sebebi İİK m. 113 f. 1 hükmünün taşınmazlar bakımından uygulanacağı düşünülmesi değildir. Her ne kadar Üstündağ¹⁸ bu husustaki ihtilafa dikkat çekmişse de bu konuda kanun koyucunun kasıtlı sustuğunu düşünmek gerekir. Kanun koyucu bilinçli olarak taşınmaz mallar bakımından borçluya satış talep etme hakkı tanımamıştır. Bu tercihin gerekçesi belki de taşınmaz malların değerinde ani değişikliklerin yaşanmayacak olması sebebiyle borçlunun satış talep etmesinde korunması gereken bir menfaatinin bulunmadığının düşünülmesidir.

B. Borçlunun Talebiyle Satışın Kesin Hacizle Sınırlandırılması

Yukarıda borçlunun vaktinden evvel satış talebinde bulunabileceğinin Kanun'da düzenlendiğini belirttik.¹⁹ Vaktinden evvel satış, alacaklı talep etmeden borçlunun satış talep etmesini ifade etmekte olup, İsviçre hukukunda geçici ve ihtiyatî hacizde borçlunun satış talep edebileceği kabul edilmektedir.²⁰ Ancak bu görüşler yönünde verilen bir Federal Mahkeme kararına rastlamadık. Tespit ettiğimiz Federal Mahkeme kararları ise ihtiyatî hacze, geçici hacze ve de kiralayanın hapis hakkı için defter tutulması durumunda icra dairesinin vaktinden evvel kendiliğinden satış yapılabileceğine ilişkindir.²¹

Hukukumuzda İİK m. 108 hükmü geçici ve ihtiyaten haczedilen malların ancak İİK m. 113 f. 2'ye göre, yani icra dairesinin hacizli malın kıymetinin hızla düşmesi veya muhafaza masraflarının fazla olması durumunda satılabileceğini belirtir. Hükümdeki bu açık ifade dolayısıyla geçici haciz ve ihtiyatî haciz durumunda borçlu satış talep edemez. Bu durumda vaktinden evvel satış başlığını taşıyan ve borçluya

¹⁸ Üstündağ, s. 238.

¹⁹ Bkz. yukarıda II A.

²⁰ Suter, s. 1142; Schlegel/Zopfi, s. 760.

²¹ BGE 127 III 113; BGE 47 III 203 E.3; BGE 35 I 814, BGE 101 III 29 E.

vaktinden evvel satış isteme yetkisi veren İİK m. 113 f. 1 ihtiyatî haciz ile geçici haciz bakımından uygulanabilir bir hüküm değildir.

Kanımızca İİK m. 108 düzenlemesi yerindedir. Her ne kadar ihtiyatî ve geçici hacizde borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmış ve bu kısıtlanmanın dengelenmesi için borçlunun mallarının satılmasını isteyebileceği düşünülse bile, haciz yoluyla takibin kesinleşmediği bir aşamada borçlu henüz alacaklının talep hakkı karşısında karşı bir konumda değildir. Çünkü belki alacaklı bu hacizleri hiç kesinleştirmeyecek, satışı da kendisi için uygun görülmecektir. Haczin ve satışın esasen alacaklının alacağına kavuşma aracı olduğu düşünülürse, alacaklının alacağını kesin olarak elde etme iradesini ortaya koymadan borçluya bu şekilde imkân tanımak doğru değildir. Alacaklı, ihtiyatî veya geçici hacizde o an için alacağını korumak iradesini ortaya koymuş ancak henüz satış ve paraya çevirme konusunda bir aşamaya gelmemiştir. Bu özelliğin eksikliği nedeniyle borçlunun malları üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanması tek başına vaktinden evvel satış için yeterli olmayacaktır.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere borçlu kesin haczedilen malvarlığının satılmasını isteyebilir. İİK m. 113 f. 1'deki ifade borçlunun vaktinde, yani kesin haciz durumunda satış isteyebileceğini ifade eder. Şüphesiz borçlunun aleyhine yapılan bir takipte haczedilen malını satmak için uğraşması kolay tesadüf edilebilecek bir şey değildir. Bu nedenle Yargıtay kararlarının nadir olması doğaldır. Yukarıda verdiğimiz Yargıtay kararı²² olağan bir takipteki kesin hacizde borçlunun da satış isteyebileceğini gösterir.

C. Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takipte Borçlunun Satış Talep Etmesi

İİK m. 150/g hükmü, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipler bakımından müşterek hüküm olup, paraya çevirme usulü başlığı bir kısım maddelere atıf yapmıştır. Hükme göre 93, 96, 97, 97/a, 98 ve 99 uncu maddeler ile 112'den 137'ye kadar olan maddeler rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde de uygulanır.

Bu hüküm dolayısıyla rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte

²² Bkz. yukarıda dp. 17

kural olarak borçlunun satış talebinde bulunabileceği kabul edilir.²³ Öğretide söz konusu atıf maddesiyle kanun koyucunun, taşınır rehni varsa, taşınır malın satışına ilişkin hükümlerin uygulanmasını, ipotek varsa taşınmaz malın satışına ilişkin hükümlerin uygulanmasını amaçlamadığı belirtilerek, ipotekli taşınmaz bakımından borçlunun satış talep edemeyeceği ifade edilmiştir.²⁴ Biz bu görüşe katılmaktayız. İcra ve İflâs Kanunu'nun taşınmaz satışına ilişkin hükümleri arasında borçluya satış isteme yetkisi veren açık bir düzenleme bulunmaz. Bu nedenle İİK m. 150/g atfının sadece Kanun'da düzenlenen taşınır ve taşınmaz malların satışına ilişkin tâbi oldukları kuralların uygulanmasına yönelik olduğunu düşünmekteyiz. Yukarıda hacze ilişkin belirttiğimiz düşüncemiz burada da geçerlidir. Borçlunun taşınmazın ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takipte satılmasını istemesinde menfaati olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun için açık kanunî bir düzenlemenin yapılmasının hukuk güvenliği bakımından gereklilik olduğunu düşünmekteyiz.

Taşınmaz üçüncü kişi tarafından ipotek verilmiş olabilir. Bu durumda ipotekli taşınmazın borçlu tarafından satışının talep edilmesinin üçüncü kişinin menfaatine aykırı olduğu, dolayısıyla üçüncü kişinin onayı olmadan borçlunun satış talep edemeyeceği düşünülebilir.²⁵ Borçlunun satış talebi rehin veren üçüncü kişinin onayına bağlı olmamalıdır. Yargıtay borçlu ile rehin veren üçüncü kişiye başlatılan takipte onları mecburi takip arkadaşı olarak nitelendirmekte ise²⁶ de borçlu ile rehnedenden üçüncü kişi arasındaki ilişki usûlî mecburi bir takip arkadaşılığıdır. Borçlu ile üçüncü kişinin takipteki konumu takibin kendilerine birlikte açılmasının dışında birlikte davranma zorunluluğunu içermez.²⁷ Bu sebeple taşınmazın satışı için borçlunun talebi tek

²³ Kuru, s. 1020; Üstündağ, s. 327; Burhan Gürdoğan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehlin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s. 51; Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 284; Adnan Deyneki, İcra ve İflâs Hukukunda İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Ankara 2013, s. 193; Erturgut, s. 56; Özsumcu, s. 13; Burcu Ece Tuna, Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi, İzmir 2009, s. 98.

²⁴ Namlı, s. 351; Kısmet Aslan, s. 27; Aksi yönde bkz. Dönmez, s. 13.

²⁵ İsviçre hukukunda borçlunun satış talebinin üçüncü kişinin onayına bağlı olduğu belirtilmiştir. Schlegel/Zopfi, s. 760.

²⁶ Yargıtay HGK., 02.07.2019, 760/838 (<https://karararama.yargitay.gov.tr.>).

²⁷ Ali Cem Budak, İpotegin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2010, s. 104 dp. 12; Hakan Pekcanitez/Hülya Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, İstanbul 2017, s. 705; Buse Dişel, İcra Hukukunda Takip Arkadaş-

başına yeterli olup ayrıca rehin veren üçüncü kişinin satış talebine rızası veya katılımı aranmamalıdır. Üçüncü kişi takipte gerçekte borçlu taraf olmadığından bir başına da satış talep edememelidir. Üçüncü kişi rehin verirken mal varlığının cebri icrayla satılabileceğini göze almıştır. Bu durumun gerçekleşmekte olduğu gerek takipten evvel ihbarla (ipotek bakımından TMK m. 887) gerekse de ödeme ve icra emirlerinin tebliğiyle kendisine bildirilmektedir. Taşınmazını ipotek gösteren üçüncü kişinin başlatılan takipte borçlunun önceden satış talep etmesi durumunda uğrayacağı kayıp, alacaklının talebiyle satışın sonradan yapılması durumunda uğrayacağı kayıptan farklı değildir. Bu nedenlerle borçlu ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte üçüncü kişinin rızası olmaksızın taşınmazın satışını talep edebilmelidir.

Mevcut kanunî durumda ise (m. 150/g) borçlu sadece taşınır rehininin paraya çevrilmesi yolunda satış talep edebilir. Öğretide taşınır rehnini veren üçüncü kişinin dahi satış isteyebileceği ileri sürülmüştür.²⁸ Yukarıdaki paragrafta ipoteğin üçüncü kişi tarafından verildiği duruma ilişkin belirttiğimiz gerekçeler burada da geçerli olmalıdır. Taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de borçlu üçüncü kişinin onayını almadan satış talep edebilmeli, buna karşılık rehin veren üçüncü kişi takibin gerçek borçlusunu olmadığından satış isteyememelidir.

Uygulamada Yargıtay, taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takipte borçlunun talebine bağlı olarak satış yapılabileceğine yönelik kararlar vermiştir.

“...İİK'nın 150 g maddesi yoluyla uygulanması gerekli aynı kanunun 113. maddesinin 1. fıkrasında da açıklandığı gibi, alacaklı talep etmeden, borçlunun talebi ile de satışın yapılabileceği, buna uygun olarak borçlu vekili tarafından satış masrafı yaptırılıp, ihalenin gerçekleştirildiği nazara alınmadan, ihalenin fesholunması isabetsizdir...”²⁹

“..... *icra* müdürü borçlunun talebi üzerine mahcuz malların satışına karar vermiştir. Satış kararında satış ilanının borçluya ve alacaklıya tebliğine karar verildiği halde, sözü edilen tebliğ işlemi yapılmadan

lıği, İstanbul 2014, s. 102.

²⁸ Kuru, s. 1020; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku*, Cilt:3, Ankara 1993 (Şerh), s. 2473.

²⁹ Yargıtay 12.HD., 25.09.1990, 6496/8997 (<http://www.e-uyar.com>).

satış gerçekleştirilmiştir. Öte yandan 'satış ilanının sadece divanhane de yapılmasına, gazete ile ilan yapılmasına gerek bulunmadığına' karar verilmiş, ihaleye sadece borçlunun eşi katılarak mahcuz malları değerinin çok altında bir bedelle almıştır. İİK 114. maddesine göre icra müdürünün ilanın şeklini ve gazete ile yapılıp yapılmayacağını tarafların menfaatlerine uygun şekilde tayin etmesi gerekir. Somut olayda borçlu satış istemiş ve ihaleye de sadece borçlunun eşi katılarak mahcuz malları satın almıştır. Bu durum ihalenin gerekli şekilde duyurulmadığını ve tarafların menfaatlerine uygun satışın yapılmadığını göstermektedir. Ayrıca icra müdürü satış kararında, kesinleşmeyen miktarı göz ardı ederek ve herhangi miktar üzerinden satışın yapılacağını da göstermemiştir.

Borçlunun her ne kadar mahcuz malların satışını isteme hakkı var ise de açıklanan tüm bu olgular karşısında, ihale işleminin usulsüz olarak yapılıp gerçekleştirildiği anlaşıldığından, alacaklının ihalenin feshi isteminin kabulü gerekirken, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi isabetsizdir...³⁰

IV. BORÇLUNUN SATIŞ TALEBİ, SATIŞIN YAPILMASININ ETKİSİ VE ÖZELLİKLERİ

A. Borçlunun Satış Talebinde Bulunması

1. Satış Talebi

Borçlunun satış talep edebilmesi, alacaklının satış talep etmemiş olmasına bağlıdır. Borçlu açısından bakıldığında vaktinden evvel satış alacaklının henüz satış talebinde bulunmadığı satıştır. Alacaklı satış talep etmekle borçlu artık satış talep edemez. Bu durumda borçlunun satış isteme hakkı sona ermiş olur. İİK m. 113 f. 1 borçlunun alacaklıyla olan karşılıklı konumuna bağlı olarak sahip olduğu bu hakkın alacaklının satış talep etmesi anına kadar olduğunu açık surette belirtir. İsviçre'deki hüküm İİK m. 113 f. 1 kadar açık değildir. İsviçre İİK m. 124 f. 1'den aynı anlam (alacaklı talep etmeden) çıkmamaktadır. Bununla birlikte bir hakkın bir tarafça kullanılması aynı sonucu doğuran başkalarına ait hakkın kullanılmasına engel olur. İsviçre hükmünde açık

³⁰ Yargıtay 12.HD., 12.05.1999, 5590/6173 (<http://www.e-uyar.com>).

surette belirtilmemiş olsa da alacaklı satış talep etmekle borçlu satış talep edemez. Zira bu durumda artık borçlu bakımından satış talep edilmesinde hukukî yarar bulunmaz. Borçlunun satış talep etmesindeki hukukî yarar, alacaklı satış talebinde bulunmadıysa söz konusu olur.

Alacaklının satış talebinde bulunması satış masraflarının peşin veya kendisine icra dairesi tarafından verilecek sürede (İİK m. 110) ödenmesine bağlıdır. Alacaklı peşin olarak veya kendisine verilen sürede satış masraflarını ödemezse bunun sonucu haczin kalkmasıdır. Haczin kalkması sonucunda borçlu hem malvarlığındaki tasarruf yetkisine tekrar kavuşacağından hem de alacaklı ile haciz üzerindeki karşılık konumu sona ereceğinden artık satış talep edemez. Ancak alacaklı satış talep ettikten sonra bu talebinden vazgeçmişse, bu durum haczin kalkması sonucunu doğurmadığından ve bu sonuç itibarıyla hacizli mal varlığı üzerinde alacaklı ile borçlunun karşılık konumunu ortadan kaldırmadığından borçlunun satış talebinde bulunması mümkündür.

Borçlu satış talebini aleyhine takip yürütülen icra dairesine yönelik beyanda bulunarak gerçekleştirir. Hacedilen malların bir başka yerde bulunması fark yaratmaz. Yukarıda belirttiğimiz iki husus önemlidir; alacaklının henüz satış talep etmemiş olması, diğeri ise haczin sürenin kaçırılması veya başkaca sebeplerle (şikâyet vs.) varlığını kaybetmiş olması.

Borçlunun satış talebi alacaklının onayına bağlı değildir. Alacaklı icra dairesinin borçlu talebi doğrultusunda satışa karar verdiği durumda ancak verilen kararın menfaatini ihlal ettiği gerekçesiyle şikâyet yoluna başvurabilir.

Borçlu hacedilen mallarından bir kısmının satışını istemekle yetinebilir.³¹ Kanun koyucunun İcra ve İflâs Kanunu'nda (m. 85) haciz işlemine ilişkin çok açık ifadeler içermese bile bazı sıralamalar (öncelikleri) yaptığı hukukumuzda genel kabul görmektedir.³² Ancak kanun

³¹ Suter, s. 1143; Schlegel/Zopfi, s. 760.

³² Hukukumuzda m. 85'in özellikle icra dairesinin alacaklı ile borçlu menfaatlerini temin etmesini ifade eden son fıkrası dolayısıyla borçlunun çekişmesiz taşınır mallarının çekişmesiz taşınmaz mallarından evvel hacedilmesi gerektiği düşüncesi baskındır. Kudret Aslan, Hacizde Sıra, *AÜHFD* 2005 Cilt: 54, Sayı:2, (269-318), s. 290. Nitekim İsviçre İİK m. 95 hükmünün başlığı dahi hacizde sıradır.

koyucu satışa ilişkin hükümlerde İİK m. 85 gibi sıralama içeren bir düzenlemeyi ne açık ne de örtülü şekilde ihdas etmemiştir. Belki bu hususta İİK m. 85 f. 3 dikkate alınabilir. Bu hükme göre borçlu, taşınmaz malının haczinden sonra taşınmaz satılmadan evvel borcu karşılayacak kadar taşınır mal veya vadesi gelmiş sağlam alacak gösterirse taşınır mallar ile alacak da haczedilecektir. Bu durumda taşınmaz haczi de varlığını devam ettirir. Bu hüküm, kanun koyucunun taşınır mallar ile alacakların taşınmazlardan önce paraya çevrilmesini amaçladığını gösterir. Kanunun satış işlemine yönelik öngörüsü, haczedilen malların niteliğine ve durumlarına göre malların açık artırmayla, pazarlıkla, alacağın devriyle veya başkaca yollarla mümkün olan en yüksek tutarda paraya çevrilmesidir. Bu nedenle de satışa ilişkin hükümlerde satışın talep edilmesi vardır ve fakat bu talebin haczedilen mallardan bir veya birkaçının satılmasına hasredilerek ileri sürüleceğine izin veren bir hüküm yoktur. Ancak bunu yasaklayan bir hüküm de yoktur. Kanımızca alacaklının/alacaklıların en yüksek tutarda satış bedelinden pay almalarına yönelik menfaatlerine zarar vermiyorsa, borçlu satış talebini haczedilen mallardan bir kısmının satılmasına yöneltebilmelidir. Bu durumda takip ekonomisi de zarar görmez. Şüphesiz Kanun'da yer alan özel düzenlemelere de dikkat edilmelidir. Örneğin, TMK m. 873'e göre, "Aynı alacak için birden fazla gayrimenkul üzerinde rehin tesis edilmiş ise alacaklı bunların aynı zamanda satılmasını talep etmeye mecburdur". Buna göre, borçlunun satış talebini bir kısım mallara hasretmesi mümkün olmaz. Borçlu talebini haczedilen malların bir kısmının satışına hasretmemişse, satış talebi, haczedilen malların tamamının satışına yönelik olur.

Borçlunun satış talebi, satışın nasıl yapılması gerektiğine yönelik olamaz. Kanun koyucu alacaklı ile borçlunun satış talebinde bulunması durumunda satışın nasıl gerçekleşeceğini seçme konusunda bir özgürlük tanımamıştır. Borçlu satış talebinde bulunduğu icra dairesi kanunun öngördüğü satış türlerine (pazarlık suretiyle satış vs.) göre satışı gerçekleştirir.

Borçlunun talebiyle satış birden fazla borçlunun bulunduğu durumda nasıl olabilir? Bu durumda birden fazla borçlunun aralarındaki ilişki önemlidir. Birden fazla borçlunun arasındaki ilişki ihtiyari takip arkadaşlığıysa, her biri sadece kendi haczedilen malvarlığının satışını diğerlerinden bağımsız olarak isteyebilir. Aralarında mecburi takip ar-

kadaşlığı bulunan borçlular bakımından ise bir ayırım yapılmalıdır. Takip konusunun para alacağı olduğu durumda borçlular arasında mecburi takip arkadaşlığı görülmez. Bunun sebebi, miras ortaklığı veya adi ortaklık olarak daha çok ortaya çıkan elbirliği mülkiyet ilişkisine ilişkin düzenlemelerde borçluların borçlardan müteselsilen sorumlu olmaları (TMK m. 641 f. 1; Türk Borçlar Kanunu³³ m. 638 f. 3), müteselsil sorumlulukta borcun tamamının sorumluların birinden istenebilmesi (TBK m. 163 f.1) ve para borcunun bölünebilir nitelikte olmasıdır (TBK m. 85 f. 2). Borç para borcu olmayabilir. Örneğin, elbirliği mülkiyetinde bulunan bir taşınır malın teslimi amacıyla yapılan takipte malın borçluların elinde bulunmaması durumunda bir başka mal haczedilecektir (İİK m. 24). Bu durumda elbirliği mülkiyetinde borçlu tarafında yer alan kişilerin tamamı malın satılmasını birlikte istemelidir.³⁴

Borçlu satış talebini geri alabilir. İcra dairesi borçlunun talebini kabul etmiş olsa bile, borçlu talebini geri alabilir. Ancak icra dairesi hazırlıklarını tamamlayarak satış aşamasına gelmişse, borçlu talebini artık geri alamamalıdır. Satış aşamasında borçlunun talebini geri alması dürüst olmayan bir davranış olur. Bu nedenle borçlunun satış talebini geri alması ancak alacaklının onayına bağlı olmalıdır. Aksi halde satış talep eden borçlu belirli bir süre geçtikten sonra istediği zaman talebini geri alacak, böylece alacaklının işleyen satış talebi süresinin geçmesine sebep olacak veya alacaklıyı alacağına kavuşmasında zaman kaybına uğratacaktır. Bu olumsuz durumun olmaması için borçlunun satış talebiyle birlikte alacaklının satış isteme süresinin duracağı düşünülmelidir.

2. Satış Masraflarının Ödenmesi

Satışın yapılması için sadece talepte bulunmuş olmak yeterli olmaz, aynı zamanda satış masraflarının ödenmesi gerekir. Zira, icra hukukunda bir talebin geçerli olması için temel üç şart söz konusudur. Bunlar, talep süresinde olmalı, usulüne uygun yapılmalı ve gerekli masraflar ödenmiş olmalıdır.

İİK m. 110'da alacaklının satış talep ettiği durumda satış masrafları peşin ödenmemiş ise icra dairesinin alacaklıya on beş gün süre

³³ 6098 sayılı Kanun, RG., 04.04.2011, S.27836.

³⁴ Erturgut, s. 57, 58.

vererek masrafları ödemesini isteyeceği belirtilmiştir. Bu süre içinde satış masrafları yatırılmazsa haciz kalkar. Alacaklıya özgülenmiş bu düzenleme borçlunun satış talep ettiği durumda geçerli olmaz. Borçlu satış talep ettiğinde masrafları kendisi ödemelidir. Bu ödeme peşin olmalıdır. Borçlunun masrafları peşin ödemediği durumda icra dairesi borçluya masrafları ödemesi için süre verebilmelidir. Ancak bu süre on beş gün olmak zorunda değildir. Kaldı ki verilen sürede borçlunun masrafların yatırmaması haczin kalkmasına da sebep olmayacaktır. Borçlunun verilen sürede satış masraflarını ödememesi satış talebinin dikkate alınmaması ve de talepte bulunmamış olma sonucunu doğurur. Bu sonuç borçlunun sonradan satış talebine engel olmaz.

3. Satış Talebinin Süresi

Borçlunun talebiyle satış, bir vaktinden evvel satıştır. Vaktinden evvel satış süreye değil, takibin durumuna bağlı olarak yapılacak satışta ifade eder. Borçlunun satış talebinin gerekçesi, borçlu malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıyla meydana gelen durumun dengelenmesi olunca, bu olanağın ilk olarak ihtiyatî veya geçici hacizde söz konusu olacağı düşünülebilir. Esasen bunu düşünmek İsviçre hukuku bakımından mümkündür. İsviçre İİK m. 124'teki "alacaklı satış isteme hakkına sahip olmasa bile" ibaresi alacaklının satış isteme hakkının olmadığı (kesin hacizden önceki durum) durumda dahi, borçlunun satış talep edebileceğini gösterir.³⁵ Hatta bu nedenle ödeme emrine itiraz edildiği durumda alacaklı satış talep etme hakkına sahip değilken dahi (geçici ve ihtiyatî hacizde), borçlunun satış talep edebileceği kabul edilmektedir.³⁶ Bu durumda borçlunun talebi vaktinden evvel satışa yöneliktir. Bu özelliği sebebiyle, bu türden satış en erken kesin haczin konulmasıyla talep edilebilecek olan 'süresinde satıştan' farklıdır. Ancak bu durumda vaktinden evvel satış talebinin ilanihaye olduğu düşünülmemelidir. Borçlunun vaktinden evvel satış talebinin gerçekleşeceği hukukî zemin sona ermekle veyahut da borçlunun malvarlığı üzerindeki kısıtlaması ortadan kalkmakla borçlunun vaktinden evvel satış isteme yetkisi de sona erecektir. İhtiyatî haciz icra

³⁵ Suter, s. 1142.

³⁶ Roger Schlegel/Markus Zopfi, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock), 4. bası, 2017, s. 760.

edildikten sonra, alacaklı tarafından süresinde tamamlayıcı merasimin yapılmaması, ihtiyatî haczi ortadan kaldırmakla borçlunun vaktinden evvel satış talep edebilme yetkisini de ortadan kaldırır. Borçlunun satış talebinin gerekçesi alacaklı ile borçlunun karşılıklı talep edebilme konumunda bulunması ve de borçlunun malvarlığı üzerinde tasarrufunun kısıtlanması olunca, kesin hacizde de borçlunun satış talep etme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Hukukumuzda ise İİK m. 113 f. 1 alacaklı talep etmeden satışın borçlu tarafından talep edilebileceğini belirtmektedir. Bu durumda İcra ve İflâs Kanunu kesin hacizde alacaklı henüz satış talep etmemiş ise borçlunun satış talep edebileceğini bir taraftan kabul etmekte, bir taraftan da alacaklının talebini süresinde satış olarak nitelendirmektedir. Borçlunun satış talep yetkisi de kesin haciz ayakta kaldığı sürece varlığını sürdürür. Borçlunun bu hakkı, alacaklının süresinde satış istememesi veya alacaklının satış talebine bağlı masrafları on beş günlük sürede ödememesi durumunda haczin kalkmasıyla sona erer. Borçlunun kesin hacizde satış talep edebileceğini İsviçre İİK m. 124'teki "alacaklı satış isteme hakkına sahip olmasa bile ibaresinden de çıkarabiliriz, "olmasa bile" ibaresi alacaklının satış isteme hakkının olduğu durumda dahi borçlunun satış talep edebileceğini gösterir. Nihayetinde vaktinden evvel satışın alacaklının satış talebinden evvelki dönemi ifade ettiğini, borçlunun alacaklı henüz talep etmemişken satış talep edebileceğini söyleyebiliriz.³⁷

Taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takipte haciz aşaması bulunmadığından borçlunun satış talep edebileceği zamanı yukarıdaki hacze ilişkin tespitlerimizden ayırarak belirlemeliyiz. Yukarıda hukukumuz açısından borçlunun en erken kesin haciz konulmakla satış talebinde bulunacağını belirtmiştik. Alacaklının taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takipte satış isteme süresi ödeme emrinin veya icra emrinin tebliği ile başlar. Ancak satış isteme süresi işlemeye başlamasına rağmen alacaklının satış isteme hakkı henüz doğmamıştır. Bu hak, borçlunun süresinde itiraz etmemesi veya icranın geri bırakılması kararı getirmemesi ve de süresi içinde takip borcunu ödememesi ile doğar. Böylelikle alacaklı satış isteyebilir. Borçlu bakımından ise farklı

³⁷ Josef Studer/Markus Zöbeli, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 4. bası, 2015 Zürich, s. 116, 117.

bir durum vardır. Şöyle ki, rehne ilişkin ilamsız takiplerde itiraz süresi yedi gün iken, ödeme süresi taşınır rehlinde on beş gündür (İİK m. 146). İtiraz süresi geçmesine rağmen ödeme süresi geçmemişse, alacaklının satış talep etme hakkı doğmamıştır.³⁸ Borçlunun ise bu durumda satış isteme hakkının olduğu öğretide ileri sürülmüştür.³⁹ Bu görüş⁴⁰ bir sürenin geçmesinde istifade hakkı olan borçlunun bu süreyi kullanmaktan vazgeçerek ödeme süresi içinde borçlunun satış talep edebileceği belirtir. Borçlunun bu yolla, söz konusu zaman aralığında rehinli taşınır malların satışını talep edebileceğine ilişkin bu görüşe katılmaktayız.

4. İcra Dairesinin Talebi Değerlendirmesi

Alacaklının satış talep ettiği durumlarda icra dairesi satış talebinin uygun olmayan zamanda yapıldığı gerekçesiyle alacaklının satış talebini yerine getirmekten kaçınamaz. Ancak satış talebinde borçlu bulunmuşsa, satış talebini icra dairesi uygun bulmalıdır.⁴¹ Şüphesiz borçlu haczedilen mallarının satışını istemekle faizin daha fazla artmasını engellemek veya satışını talep ettiği maldan borcun karşılanması suretiyle diğer mallarını hacizden kurtarmak gibi amaçlarla hareket etmektedir. Bununla birlikte borçlunun bu talebi alacaklının alacağına karşılıklı olarak yönelik menfaatini zedeliyor olabilir.⁴² Şayet borçlunun şimdi talep ettiği satıştan elde edilecek satış bedeli, sonraki tarihte gerçekleşecek satıştan elde edilecek bedelden kesine yakın şekilde daha az olacak gözükmekteyse, icra dairesi borçlunun satış talebini reddetmelidir. Ancak alacaklının sonraki bir tarihteki talebiyle elde edilecek satış bedelinin fazla olacağı basit bir olasılık ise, bu durumda borçlunun satış talebi icra dairesi kabul etmelidir. İcra dairesi özellikle borçlunun başkaca mal varlığının bulunmadığı veya haczedilen başkaca mal varlığından alacaklının alacağını tam ve eksiksiz almasının (alacaklının borçlunun diğer mallarındaki haczinin sonraki dereceden olması vs.) zor veya imkânsız olduğu durumlarda borçlunun satış talebini dikkatli değerlendirmelidir.

³⁸ Üstündağ, s. 327.

³⁹ Erturgut, s. 57.

⁴⁰ Erturgut, s. 57.

⁴¹ Suter, s. 1144; Schlegel/Zopf, s. 760, 761; Üstündağ, s. 238; Özmumcu, s. 12.

⁴² Amaca uygun paraya çevirmeye ilişkin bkz. Özkes, s. 96.

B. İstihkaka İlişkin Hususlara Dikkat Edilmelidir

İcra takibinde haczedilen mallara yönelik üçüncü kişiler istihkak iddiasında bulunmuş olabilir. Üçüncü kişinin istihkak iddiası borçlunun elinde olduğu kabul edilen bir mala ya da kendi elinde haczedilen bir mala ilişkin olabilir. Kanun koyucu her iki durumu işin tabiatı gereği farklı görmüş ve değerlendirmiştir.

Taşınır malın borçlunun elinde haczedilmesi durumunda mülkiyet karanesi borçlu lehine kabul edildiğinden, istihkak iddiasının itiraza uğraması durumunda istihkak davasını açacak olan iddia sahibi üçüncü kişidir. İstihkak iddiası üzerine açılan davada icra mahkemesi öncelikle takibin devamına veya durmasına karar verir. Takibin durmasına yönelik karar dolayısıyla haczedilen mal satılamaz. Bu durumda borçlunun talebiyle de olsa haczedilen mal satılamaz. Ancak açılan istihkak davası reddedilirse, takibin durması kararı etkisini kaybeder ve üçüncü kişi davacı haczedilen malın satılmasını engellemek istiyorsa İİK m. 36'ya göre tehiri icra kararı almalıdır. Aksi halde salt istihkak davasının reddi kararının kanun yoluna götürülmesi borçlunun veya alacaklının talebiyle satışa engel olmaz (İİK m. 97 f. 14).

İcra mahkemesi borçlunun elinde haczedilen malla ilgili takibin devamına karar vermiş olabilir. Bu halde bir taraftan icra mahkemesi davayı görürken, diğer taraftan icra takibi devam eder. İcra mahkemesinin bu kararına bağlı olarak satış işlemleri yapılacağından, borçlunun da kural olarak haczedilen malın satışını istemesi olanaklıdır. Ancak üçüncü kişinin istihkak iddiası borçlu tarafından itiraza uğramamışsa veya borçlu üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunmuşsa, istihkak iddia edilen hacizli malın satışını isteyememelidir. Aksi, çelişkili davranma yasağına aykırı olur.

Hacizli mal üçüncü kişinin elindeyken haczedilmiş ve üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunmuşsa, istihkak davası kendisine verilen yedi günlük sürede alacaklı tarafından açılacaktır. Ancak bu durumda icra mahkemesinin bir kararına ihtiyaç duymaksızın kanun gereği malın satışı yapılamaz (İİK m. 99). Tereddütsüz alacaklı gibi borçlu da bu hukukî sonuç karşısında satış talebinde bulunamaz. Ancak davanın kabulüyle kararın kesinleşmesi beklenmeksizin satış talebinin alacaklı veya borçlu tarafından istenmesi mümkün olur.

C. Satış Talebinin Etkisi ve Borçlunun Talebiyle Satışın Özellikleri

Borçlunun satış talebinde bulunması üzerine icra dairesi satış talebini incelemek ve talebin uygun olup olmadığına karar vermek zorundadır. Yukarıda belirtmiştik, icra dairesi sonradan talep edilecek bir satış durumunda satış tutarının şimdiki zamandan daha fazla olacağını kesinlik derecesinde tespit edebiliyorsa borçlunun talebini reddetmelidir. Bu tespiti yapamazsa borçlunun talebini kabul ederek masrafların ödenmesinden sonra satış hazırlıklarına başlamalıdır.

İcra dairesinin borçlunun satış talebinin kabulü veya reddi kararı, borçlu ile alacaklı menfaatlerini zedeleyecek nitelikteyse karara karşı şikâyet yoluna başvurulabilir. Borçlunun talebi alacaklıların menfaatini zedeleme tehlikesi barındırmıyorsa ve diğer şartları da taşıyorsa icra dairesi talebi kabul etmelidir. Aksine verilecek karar hakkın yerine getirilmemesi mahiyetinde olup, borçlu süresiz şikâyete başvurabilir.⁴³ Şartları yokken verilen kabul kararına karşı ise alacaklı şikâyette bulunabilir. Alacaklının şikâyeti kanuna aykırılık sebebine dayandırılabilir ve bu durumda şikâyet süresi yedi gün olmalıdır.

Satışın borçlunun talebiyle gerçekleşiyor olması satışa ilişkin kuralların farklı uygulanmasını gerektirmeyeceği gibi, paylaştırmaya ilişkin kurallarda da bir değişikliğe neden olmaz. Örneğin, borçlunun talebiyle satış yapıldığında da karşılama prensibi uygulanacak, hacizli mal taşınmazsa icrada açık artırma suretiyle satış yapılacak, mükellefiyetler listesi hazırlanacaktır (İİK m. 115, 128, 129). Takibin, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip olması durumunda ise borçlunun satış talebi üzerine icra dairesi tapudan taşınmaza ilişkin kayıt bilgilerini ve belediyeden imar durumunu getirtecektir (İİK m. 150/d). Ancak borçlunun satış talep etmesinin bazı etkileri ve soruları da gündeme getireceği muhakkak olup, tespit ettiğimiz aşağıdaki hususlara ilişkin görüşümüzü paylaşmak gereği hissettik.

Borçlunun satış talep ettiği durumda alacaklı satış talep edemez. Zira borçlunun talebiyle icra dairesi bakımından satış hazırlıklarının yapılması ve satışın gerçekleştirilmesi yükümlülüğü doğmuş olacaktır ki, aynı yükümlülüğün doğması için alacaklının satış talebinde bulun-

⁴³ Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. bası, İstanbul 2017, s. 145.

ması anlamsız olacaktır. Alacaklı, borçlunun satış talebini geri aldığı durumda satış talep edebilir. Bu nedenle satış talep eden borçlu satış masraflarını ödemiş ve talebi geri çevrilmemişse alacaklı satış talep edemez. Ancak borçlunun satış talebi haczedilen bir kısım mallara yönelikse, bu kapsamın dışında kalan malların satışını alacaklı isteyebilir.

Borçlunun satış talebinde bulunması hacze aynı dereceden iştirak etmiş olsun olmasın bütün haciz alacaklıları bakımından yapılmış sayılmalıdır. Aksi halde İİK m. 107'ye göre alacaklıların koydurdukları hacizlerin satış talep etmemiş olmaya bağlı olarak kalkacakları sonucu doğar ki, bu kabul edilemez.

Borçlunun talebiyle yapılan açık artırmada teklif edilen tutarın paraya çevirme masraflarına ilişkin kısmı karşılama prensibinin uygulanmasında dikkate alınmamalıdır. Zira satış talep eden ile peşin ödenen bu masrafın kanunî yükümlüsü borçlu olunca, bu unsurun ayrıca karşılama prensibinde aranması lüzumsuz olur.

İİK m. 134 ihalenin feshini isteyebilecek olanların kimler olduğunu belirtmiş olup, bunlar arasında satış isteyen alacaklıyı da sayar. Borçlunun talebiyle yapılan satışta ihalenin feshini ortada satış isteyen alacaklı bulunmadığına göre bütün alacaklılar isteyebilmelidir.

Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte alacaklının satış talebinden sonra rehlinli malın kesinleşen kıymetinin alacağı karşılamayacağına anlaşılması durumunda alacaklının talebi üzerine geçici nitelikte rehin açığı belgesi düzenlenir. Bu belge alacaklının satış talebine bağlı olarak değil, borçlunun satış talebine bağlı olarak da düzenlenebilmelidir.⁴⁴ Belgenin düzenlenmesini ise sadece alacaklı istemelidir.

SONUÇ

Borçlunun satış talep etme hakkının iki gerekçesi vardır. Bunlardan ilki, alacaklı ile icra hukukundaki karşılıklı konumda bulunması, diğeri ise haczin borçlunun mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlandırmasıdır. Borçlunun satış talep etme hakkının kanunî dayanağı İİK m. 113 f. 1'dir. Bu hak taşınırın satışına ilişkin hükümler arasında düzenlenmişse de Yargıtay bu hakkın taşınmazlarda da uygulanacağına karar vermiştir. Borçlunun satış talep etmesi İİK m. 113 f. 1'de ifade edildiği üzere alacaklının satış talep etmemiş olması du-

⁴⁴ D. Nurdan Korkmaz, İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi, İstanbul 2019, s. 198.

rumunda söz konusu olabilir ve bu hak ancak haczin hukuken geçerli olarak ayakta bulunduğu durumda kullanılabilir. İİK m. 108 f. 2 geçici ve ihtiyatî hacizde satışın ancak icra dairesinin vaktinden evvel kendiliğinden satış yapması durumunda mümkün olacağını düzenlediğinden borçlunun bu haciz türlerinde satış talep etme hakkı bulunmaz. Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde ise İİK m. 150/g hükmü dolayısıyla borçlunun satış talep etmesi mümkündür.

Borçlunun satış talebi masrafların kendisi tarafından peşin ödemesi durumunda geçerli olur. Bu talebin yapılması, haczedilen mallara ilişkin istihkak iddiasından dolayı icra mahkemesinin takibin durdurulması kararı verdiği durumda mümkün olamamalıdır. İcra dairesinin borçlunun talebiyle satışı uygun bulması gerekir. Buradaki amaç borçlunun menfaatini korumadan ziyade, alacaklılara zarar verme amacıyla hareket edildiğinin çok açık olduğu durumlarda icra dairesine takdir ve değerlendirme olanağı vererek hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçmektir. Borçlunun satış talebi aynı zamanda alacaklıların menfaatine de hitap ettiğinden geri alınması alacaklıların onayıyla olmalıdır.

Borçlunun satış talebi, bütün alacaklılar bakımından etkisini doğurmalıdır. Bu durumda satış isteyen alacaklı olarak bütün alacaklılar ihalenin feshini isteyebilmelidir. Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte borçlunun satış talebi üzerine malın kesinleşen kıymetinin alacağı karşılamayacağını anlaşıldığı durumda da geçici rehin açığı belgesi düzenlenmelidir.

Kaynakça

Kitaplar

- Arslan Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, Ankara 2018.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2020.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.
- Budak Ali Cem, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2010.
- Çiftçi Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.
- Deynekli Adnan, İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Ankara 2013.
- Dişel Buse, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul 2014.
- Dönmez R. Murat, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2010.

- Erturgut Mine, İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2000.
- Gürdoğan Burhan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967.
- Kismet Aslan Elif, İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yoluyla Paraya Çevrilmesi, İzmir 2004.
- Korkmaz D. Nurdan, İcra Hukukunda Rehin Açığı Belgesi, İstanbul 2019.
- Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. baskı, İstanbul 2013.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt:3, Ankara 1993 (Şerh).
- Namlı Mert, İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2019.
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 5. baskı, Ankara 2015.
- Özekes Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özçelik Volkan, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014.
- Özmumcu Seda, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul 2005.
- Pekcanitez Hakan/Simil Cemil, İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Bası, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan/Taş Korkmaz Hülya, Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, İstanbul 2017.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası., Ankara 2013.
- Schlegel Roger/Zopfi Markus, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung uns Konkurs SchKG (Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock), 4. Bası, 2017.
- Sirmen A. Lâle, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Spühler Karl, Schuldbetreibungs- uns Konkursrecht I, 7. Bası, Zürich, Basel, Genf, 2016.
- Studer Josef/Zöbeli Markus, Schuldbetreibungs- uns Konkursrecht 4. Bası, 2015 Zürich.
- Suter Benedikt A., Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung uns Konkurs I, 2. Bası, 2010 Basel.
- Tuna Burcu Ece, Menkul Rehninin Paraya Çevrilmesi, İzmir 2009.
- Ünal Mehmet/Başpınar Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.
- Yıldırım M. Kâmil/Deren Yıldırım Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.

Makaleler

- Aslan Kudret, Hacizde Sıra, *AÜHFD* 2005 Cilt: 54, Sayı:2, (269-318).
- Boran Güneysu Nilüfer, İcra Takip İşlemleri, *TBBD*, 2012, Sayı:101 (31-60).

Veri Tabanları ve İnternet Kaynakları

- karararama.yargitay.gov.tr
www.e-uyar.com

BASIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNİN TESPİTİNDE KULLANILAN YARGITAY VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ÖLÇÜTLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

REVIEW OF THE CRITERIA APPLIED BY TURKISH COURT OF
CASSATION AND BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
IN CASES OF BREACH OF PERSONALITY RIGHTS VIA MEDIA

Ferhat CANBOLAT*

Günhan GÖNÜL KOŞAR**

Özet: Demokratik toplumlarda, haber verme suretiyle toplumun bilinçlendirilmesi, kamuoyunun oluşturulması, siyasal iktidar üzerindeki denetimin sağlanması için basın özgürlüğü elzem rol oynamaktadır. Basın özgürlüğü, haiz olduğu önem ve çağdaş dünya tarafından demokratik rejimin vazgeçilmez bir unsuru sayılması ve gerçekleşmesi ve korunması için özen gösterilen önemli bir özgürlük alanı olması nedeniyle uluslararası toplum tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınmış ve koruma altına alınmıştır. AİHS'nin taraf devletler tarafından ihlalinde görevli makam olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ifade özgürlüğünü demokratik toplumların ilerlemesi ve her ferdin gelişimi için temel koşullardan biri olarak nitelendirmektedir.

Basın özgürlüğünün sınırını kişilik hakkının ihlali oluşturur. Kişilik hakkının kapsamına giren başlıca kişisel değerler, kişinin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özel ve sır alanları, adı, resim ve sesidir. Basın özgürlüğünden söz edilemeyip basın yoluyla kişilik hakkı ihlalinin hangi durumlarda gerçekleştiğini belirlemek o kadar kolay değildir; zira bu flu bir alandır. Bu nedenle basın özgürlüğü ile kişilik hakkının karşı karşıya geldiği pek çok durum yargı kararlarına konu olmuş; gerek Yargıtay gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hallerde dengenin ne yönde ve hangi koşullarla kurulacağına ilişkin içtihat geliştirmişlerdir. İşbu çalışmanın konusunu geniş anlamda basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinin tespitinde kullanılan Yargıtay ve AİHM'in içtihatlarında yer alan ölçütlerin değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, f.canbolat@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2894-7119

** Arş. Gör. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, gunhangonul@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2695-6954, Makalenin Gönderim Tarihi: 20.06.2020, Kabul Tarihi: 20.06.2020

Anahtar Kelimeler: Kişilik Hakkı, Özel Yaşam Alanı, Şeref ve Haysiyet, Kamu Yararı, Öz Biçim Arasındaki Denge

Abstract: In democratic societies, freedom of the press plays an essential role in raising awareness by informing the society, forming the public opinion, and providing control over political power. The freedom of the press has been recognized and protected by the international community through the European Convention on Human Rights, because of its importance and its character as an indispensable element of the democratic regime in the modern world. The European Court of Human Rights, which is the competent legal authority for the violation of the ECHR by the member states, also defines freedom of expression as one of the fundamental conditions for the advancement of democratic societies and the development of each individual.

The personality rights constitute a limit to freedom of the press. The main personal values falling within the scope of personality right are the person's life, health, physical integrity, honor and dignity (reputation), private and secret areas (privacy), name, picture, and voice. On the other hand, it is not so easy to determine in which situations the violation of the right to personality occurs through the press; because this is a ambiguous area. For this reason, many situations where freedom of the press and the right to personality clash have been discussed in judicial decisions. In these cases, both the Turkish Court of Cassation and the European Court of Human Rights have developed case law on the direction and conditions of how these two rights will be balanced. This study evaluates the criteria in the case-law of the Court of Cassation and the ECtHR, which are used to detect violations of personality rights through the press.

Keywords: Personality Rights, Privacy, Reputation, Public Interest, Balance between Essence and Form

GİRİŞ

Bilgi, düşünce, kanaat ve haberleri toplama, topluma aktarma ve toplum önünde değerlendirmeye yarayan basılmış eserlere basın denir. Dar anlamda basın, günlük dilde periyodik olarak yayımlanan gazete veya dergi gibi basılmış eserleri ifade ederken; geniş anlamda basın, her türlü bilgi ve düşüncenin radyo, televizyon ve internet gibi çeşitli araçlar yardımıyla yazı, resim, ses ve görüntü kaydı gibi yollarla üçüncü kişilerin hâkimiyet alanına ulaştırılması anlamına gelmektedir.¹

¹ Ahmet Kılıçoğlu, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukusal Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 24 vd.; Doğan Bülent Belli, Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Saldırılardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 52 vd.; Seda Kara Kılıçarslan, "Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yararın Basın Faaliyetlerinde Fikri Hak Sahipliğine Getirilen Sınırla-

Demokratik ve belli bir refah düzeyine ulaşmış ya da ulaşmaya çalışan toplumlarda, haber verme suretiyle toplumun bilinçlendirilmesi, kamuoyunun oluşturulması, siyasal iktidar üzerindeki denetimin sağlanması için “basın özgürlüğü” elzem rol oynamaktadır. Bu nedenle basın özgürlüğü ulusal anayasalar ve uluslararası anlaşmalar ile güvence altına alınarak korunmak istenmiştir. Bununla beraber, basının özgürlüğü sınırsız değildir. Basın özgürlüğünün sınırlarından birini, kişilik hakkının ihlali oluşturur. Basının yaptığı yayın, bir kimsenin kişilik hakkını ihlal edici nitelikte ise bu durumda basın özgürlüğüne sığınmaz ve bu tür bir kişilik hakkı ihlali, sorumluluk doğar. Basın özgürlüğü sınırının aşıldığının ve basın yoluyla kişilik hakkı ihlalinin hangi durumlarda gerçekleştiğini belirlemek o kadar kolay değildir; zira bu flu bir alandır. İşbu çalışmanın konusunu geniş anlamda basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinin tespitinde kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarında yer alan ölçütlerin değerlendirilmesi oluşturmaktadır.

I. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

Basın özgürlüğü, Anayasa’nın, “*Basın Hürriyeti*” kenar başlıklı “*Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır*” biçimindeki 28. maddesiyle güvence altına alınmıştır.

Her ne kadar 28. madde doğrudan basın özgürlüğünü düzenlese de düşünce ve ifade özgürlüğünün bir uzantısı olan basın özgürlüğü,² “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” kenar başlıklı 26. madde ile birlikte değerlendirilmelidir. Anayasa’nın 26. maddesine göre, “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini*

malar Bakımından Görünümü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2016, C. XX, S. 1, (s. 137-161) s. 148, dn. 40.

² Urs Saxer, “ ‘Caroline’ und die Privatsphäre Prominenter in der Schweiz” *Medialex Zeitschrift für Kommunikationsrecht* 2005, (s. 19-26) s. 21; Selim Kaneti, “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, *Danıştay Dergisi*, Ankara 1979, Y.: 9, S.: 34-35, (s. 7-19) s. 13; Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Ankara 2004, s. 44; Kılıçoğlu, s. 175; Belli, s. 60.

de kapsar". Bu nedenle basın özgürlüğü kapsamına sadece yazılı iletişim araçları değil aynı zamanda görsel ve işitsel iletişim araçları da girmektedir.³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS") en temel ve en önemli hükümlerinden biri olan 10. maddesinde "*Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar*". denilmektedir. İfade özgürlüğü ve yukarıda açıklandığı üzere bunun bir uzantısı olan basın özgürlüğü, haiz olduğu önem ve çağdaş dünya tarafından demokratik rejimin vazgeçilmez bir unsuru sayılması ve gerçekleşmesi ve korunması için özen gösterilen önemli bir özgürlük alanı olması nedeniyle⁴ uluslararası toplum tarafından bu suretle tanınmış ve koruma altına alınmıştır. AİHS'nin taraf devletler tarafından ihlalinde görevli makam olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ifade özgürlüğünü demokratik toplumların ilerlemesi ve her ferdin gelişimi için temel koşullardan biri olarak nitelendirmektedir.⁵

Basın özgürlüğü, Anayasa ve ülkemizin de taraf olduğu AİHS'nin yanı sıra 1. maddesinde basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemek amacıyla çıkarıldığı ifade edilen 5187 sayılı Basın Kanunu⁶ ile de koruma altına alınmıştır.

Basına hasredilen bu anayasal ve uluslararası güvence, basının görevi, etkisi ve bunlar dolayısı ile sahip olduğu öneminden ileri gelmektedir. Zira basın, toplumun bilinçlenmesi için gerçekleri objektif biçimde yansıtmak suretiyle haber vermek, toplumu ilgilendiren konularda kamuoyunun oluşması için çeşitli tartışmaları açmak, eleştiri yapmak siyasal iktidarın denetlenmesini ile eleştirilmesini ve sosyo-

³ Özel, Medya, s. 44.

⁴ Mirjam Teitler, Der rechtskräftig verurteilte Straftäter und seine Persönlichkeitsrechte im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Informationsinteresse, Persönlichkeitsschutz und Kommerz, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 205, Zürich 2008, s. 57 vd.; Safa Reisoğlu, "Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 295.

⁵ İlgili kararlar için bkz. Özcan Özbey, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mayıs 2013, S. 106, (s. 41-92) s. 45, dn. 8.

⁶ 5187 sayılı Basın Kanunu, 26.6.2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

politik olayların izlenerek değerlendirilmesini sağlamak suretiyle bir kamu görevi icra etmektedir.⁷

Basının görevleri doktrinde farklı sınıflandırmalara tabi olmuştur. Bir görüş bu sınıflandırmayı (i) haber verme görevi, (ii) denetim ve eleştiri görevi, (iii) kamuoyu oluşturma görevi, (iv) eğitim ve öğretim görevi biçiminde yapmaktadır.⁸ Bir başka görüş ise (i) kamuoyu için önem arz eden konularda halkı bilgilendirme işlevi (bilgilendirme işlevi) ve (ii) özel olarak önemli hususlarda eleştiri yaparak kamuoyunu yönlendirme işlevi (eleştiri işlevi) biçiminde bir sınıflandırma yapmaktadır.⁹

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre ise basının görevi, toplumu siyasi, ekonomik, bilimsel olaylar hususunda bilgilendirmek, edebi ve sanat olayları hakkında yönlendirmek, kamu yararının söz konusu olduğu meselelerde tartışma başlatmak ve çözümlerin bulunması için aracı olmak, devlet yönetimi ve özellikle kamu parasının harcanması konusunda bilgi talebinde bulunmak, kamu işlerindeki her türlü suiistimalleri araştırarak bunları ortaya çıkarmak ve bunu halka iletmeğdir.¹⁰

Yerine getirdiği bu görevler ve doğurabildiği bu etki nedeniyle basının büyük bir öneme sahip olduğu tartışmasızdır. Bu görev, etki ve önem, ufak ifade farklılıkları ile Yargıtay kararlarında defalarca şu şekilde dile getirilmiştir:

"Basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28. maddesiyle 5187 sayılı Basın Yasası'nın 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının

⁷ Özel, Medya, s. 44; Reisoğlu, s. 296; Belli, s. 61.

⁸ Belli, ufak bir farkla, iv. görevi "diğer görevler" olarak nitelendirmektedir. Belli, s. 62-64. Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman ise, (i) haber verme, (ii) eleştirme ve toplumu aydınlatma ve (iii) kamuoyu oluşturma biçiminde üçlü ayrımla yetinmektedir. Bkz. Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 387.

⁹ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 205. Aynı yönde bir diğer yaklaşım için bkz. Serap Helvacı, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 121-122.

¹⁰ Federal Mahkeme'nin BGE 37 I 388 sayılı kararı için bkz. Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, "Persönlichkeitsschutz und Massenmedien - Eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage", recht Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2004, (s. 129-150) s. 139.

özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağ-lanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşaya-bilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirme-de yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu sebeple ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu tür davaların çözüme kavuşturulmasın-da ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi ge-rekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluş-turduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir.

Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp, yayınlarında Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bölümü ile Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve hukuki bir zorunlu-luktur".¹¹

II. KİŞİLİK HAKKI

A. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI

Kişilik ve kişiliğe bağlı haklar, hukuk düzeni tarafından koru-ma altına alınmıştır. Bu koruma Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 17. maddesinde "Herkes, yaşama,

¹¹ Yargıtay, bu tespiti çeşitli kararlarında ufak ifade farklılıkları ile defalarca yer ver-mek suretiyle teyit etmiştir. Yargıtay HGK, E. 2011/4-278, K. 2011/376, T. 1.6.2011; Yargıtay HGK, E. 2007/4-221, K. 2007/213, T. 18.4.2007; Yargıtay HGK, E. 2003/4-167, K. 2003/176, T. 19.3.2003; Yargıtay HGK, E. 2007/4-98, K. 2007/110, T. 7.3.2007; Yargıtay HGK, E. 2006/4-540, K. 2006/601, T. 27.9.2006; Yargıtay HGK, E. 2008/4-263; K. 2008/262, 19.3.2008; Yargıtay HGK, E. 2005/4-644; K. 2005/701, 7.12.2005; Yargıtay HGK, E. 2004/4-253; K. 2004/270, 12.5.2004; Yargıtay HGK, E. 2007/4-23; K. 2007/51, 7.2.2007; Yargıtay 4. HD, E. 2004/7980, K. 2005/5148, T. 10.5.2005; Yargıtay 4. HD, E. 2004/7746, K. 2004/8416, T. 28.6.2004; Yargıtay 4. HD, E. 2010/9172, K. 2011/12026, T. 17.11.2011; Yargıtay 4. HD, E. 2001/8795, K. 2001/12714, T. 24.12.2001; Yargıtay 4. HD, E. 2002/2953, K. 2002/7406, T. 13.6.2002; Yargıtay 4. HD, E. 2003/15843, K. 2004/5933, T. 4.5.2004; Yargıtay 4. HD, E. 2004/6937, K. 2005/740, T. 3.2.2005. Bu çalışmada yararlanılan tüm Yargı-tay kararları, aksi belirtilmedikçe, www.kazanci.com uzantılı internet içtihat bilgi bankasından temin edilmiştir.

maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." hükmünde tezahür etmektedir. Kişiliğin korunmasına ilişkin kanunlarımızda yer alan en temel düzenleme 4721 sayılı Medeni Kanun'da yer almaktadır. "Kişiliğin Korunması" başlığı altında "Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı" ve "Saldırıya karşı" alt başlıkları altında getirilen koruma hükümleri ile kişilik hem içe hem de dışa karşı 23 ve 24. maddelerde korunmaktadır. Ayrıca 25. maddede bu hükümlerin ihlali halinde saldırının önlenmesi, tespiti ve durdurulması davaları ile maddi, manevi tazminat davalarının açılacağı ve vekâletsiz işgörme hükümlerine başvurulabileceği öngörülmektedir.¹² 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu da kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliğini korumaktadır.¹³

Kişilik hakkı ve bu hakkı oluşturan değerler, ilkesel olarak koruma altına alınmış olup bu koruma hükümlerinin ihlali halinde başvurulabilecek dava yollarına mevzuatta yer verilmiştir. Buna rağmen, kişilik hakkı Türk Medeni Kanunu'nda ya da mevzuatımızda başka herhangi bir yerde tanımlanmamıştır, bu hakkın içeriğinin somutlaştırılması isabetli olarak doktrin ve içtihadı bırakılmıştır.¹⁴ Doktrinde ve yargı kararlarında yapılan tanımlardan yola çıkarak bir kimsenin insan olması sebebiyle kendisine tanınmış olan ve kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan doğuştan sahip olduğu haklara kişilik hakları ya da genel bir ifadeyle kişilik hakkı denilebilir.¹⁵ Ayrıca kişilik hakkı, kişinin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref

¹² Kişilik hakkının ihlalinin sonuçlarına ilişkin detaylı açıklama için bkz. Hausheer/Aebi-Müller, s. 141 vd.

¹³ 07.04.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ Conradin Cramer, "Persönlichkeitsschutz und Medienfreiheit Vorschläge für eine Güterabwägung nach kontextbezogenen Fallgruppen", Basler juristische Mitteilungen 2008, (s. 121-146) s. 122; Ferhat Canbolat, "Güncel Gelişmeler Işığında Kişilik Hakları ve Korunması", Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, Ankara 2016, (s. 225-230) s. 226.

¹⁵ Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 97; Rona Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 411; Aydın Zevkliler/Şeref Ertaş/Ayşe Havutçu/Damla Gürpınar, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 97; Bilge Öztan, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 274; Abdülkadir Arpacı, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 103; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 154; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 341. Kişilik hakkı ayrıca "kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğinin serbestçe gelişmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hak" ola-

ve haysiyeti, özel ve sır alanları, adı, resim ve ses gibi kişisel değerlerinin tümü üzerindeki tek ve genel bir hakkı ifade etmektedir.¹⁶

Kişilik hakkı, ihlal etme durumu olan herkese karşı ileri sürülebilmesi nedeniyle mutlak haklardandır.¹⁷ Kişinin kişiliğinden ayrılmaz nitelikte olduğundan vazgeçilmesi ve devredilmesi mümkün olmayan, bu nedenle şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır.¹⁸ Bunun yanı sıra para ile ölçülmesi mümkün olmayan şahıs varlığı haklarından olup kural olarak mirasçılara geçmeyen hak özelliği bulunmaktadır.¹⁹ Ayrıca kişilik hakları, zamanaşımına uğramaz ve hak düşürücü süreye tabi değildirler.²⁰

Kişilik hakkı, mevzuatta tanımlanmadığı gibi bu hakkı oluşturan değerlerin ne olduğuna ilişkin tahdidi bir sayım da yapılmamıştır. Doktrinde ve yargı kararlarında kişisel değerlerin ne olduğu hususunda sınırlı sayım özellikle yapılmamaktadır, zira sayım yapılması bu hakların sınırlandırılmasına sebep olabilecektir. Bu sebeple hukuken korunmaya layık kişisel değerlerin neler olduğu somut olay

rak da tanımlanır. Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku*, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015, s. 100

¹⁶ Oğuz Sadık Aydos, "Basın Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. XVI, S. 2, (s. 1-36) s. 3; Beşir Acabey, "Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı, İzmir 2013, Özel Sayı: 8, (s. 1-54) s. 15; Sibel Özel, "Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Unsurunun Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, İstanbul 2004, C. I, S. 1, Özel Hukuk, (s. 164-203) s. 163; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 57; Rona Serozan, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri, İstanbul 1977, Y.: 11 C.: 14, (s. 93-112) s. 93; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155; Öztan, s. 274; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Gürpınar, s. 98; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 344; Dural/Ögüz, s. 101; Özsunay, s. 149.

¹⁷ Cramer, s. 123; Serozan, *Düşünceler*, s. 93; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 347; Helvacı, *Davalar*, s. 46; Dural/Ögüz, s. 103; Öztan, s. 275; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 57; Özsunay, s. 150; Kılıçoğlu, s. 3; Canbolat, s. 226.

¹⁸ Öztan, s. 275; Helvacı, *Davalar*, s. 47; Dural/Ögüz, s. 104; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 412; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 347; Özsunay, s. 150; Kılıçoğlu, s. 4; Canbolat, s. 226.

¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 156.

²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 157; Kılıçoğlu, s. 4.

bakımından hâkim tarafından belirlenecektir.²¹ Bu husus Yargıtay HGK tarafından “*Kişilik değerlerinin kapsam ve çerçevesi; hayatın olağan akışına, yerleşik değer yargılarına ve yaşam deneyimine bağlı olarak belirlenmelidir*”²² biçiminde dile getirilmiştir. Böylelikle, sadece kişilik hakkı kapsamında korunmaya layık kişisel değerlerin neler olduğu değil; aynı zamanda bu kişisel değerlerin kapsamı da doktrin ve içtihat tarafından belirlenerek bu çerçeve hükmün içi doldurulacaktır. Teknolojinin ilerlemesi ve toplumsal hayattaki değişimler hem yeni saldırı türlerini hem de korunmaya muhtaç yeni kişisel değerlerin ortaya çıkmasına sebebiyet verdiğinden kanun koyucunun bu seçimi kanunun dinamizminin korunmasına hizmet eder niteliktedir.²³ Bununla beraber, başlıca kişisel değerler hayat ve sağlık, vücut bütünlüğü, özel alan ve sır alanı, şeref ve haysiyet, resim, ses ve addır.²⁴ Bu kişisel değerlerin yanı sıra yargı kararlarından çıkarılan ve kişilik hakkına dâhil olan başka unsurlar şu şekildedir: “evinde huzurlu yaşama ortamı ve hakkı”,²⁵ “aile birliği içinde korunması gereken gönül bağlılığı”,²⁶ “duygu yaşantısında ruhsal uyum ve denge, ruhsal sükun”.²⁷

²¹ Hausheer/Aebi-Müller, s. 130; Rena Zulauf/ Maja Sieber, “Entstauben oder Entsorgen: Die Figur der Person der Zeitgeschichte hat ausgedient – eine Neupositionierung tut Not”, *Recht und Wandel Festschrift für Rolf H. Weber* (hrsg. Mirina Grosz, Seraina Grünwald, Zürich - Basel - Genf 2016, s. 117; Haluk Tandoğan, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1963, C.: 20, C.: 1, (s. 1-36) s. 11; Dural/Öğüz, s. 100; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 411; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 345; Özsunay, s. 98; Arpacı, s. 105 vd.

²² Yargıtay HGK, E. 2007/4-224, K. 2007/228, T. 2.5.2007.

²³ Özsunay, s. 98; Kılıçoğlu, s. 4; Serozan, *Medeni Hukuk*, s. 411; Acabey, s. 16.

²⁴ Dural/Öğüz, s. 104 vd.; Helvacı, *Davalar*, s. 50 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 159 vd.; Arpacı, s. 108 vd.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 57; Kılıçoğlu, s. 3-4. Yargıtay da aynı görüştedir: “Bu açıdan kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığının, beden ve ruhsal bütünlüğünün, duygu yaşantısının da ruhsal uyum ve denge, ruhsal sükun, yakınlarla olan gönül bağlılığı, aile birliği şeref ve haysiyetinin, resminin, özel hayatının gizliliğinin, sırlarının, duygu yaşantısı ve düşünce dünyasının, manevi acılar verdirilmek yoluyla ruhsal varlıklara saldırılmasının vs. hukuka aykırı tecavüze karşı korunmasından söz edilir”. Yargıtay HGK, E. 2012/4-179; K. 2012/412, T. 27.6.2012.

²⁵ Yargıtay 4.HD, E. 1990/11596, K. 1991/11230, T. 23.12.1991.

²⁶ Yargıtay HGK, E.1998/4-251, K.1998/265, T. 1.4.1998.

²⁷ Yargıtay HGK, E. 2012/4-179, K. 2012/412, T. 27.6.2012.

B. BAŞLICA KİŞİSEL DEĞERLER VE YARGITAY KARARLARI

1. Hayat, Sağlık ve Vücut Bütünlüğü

Hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü kişilik hakkı kapsamındaki en önemli kişisel değerlerdir. Zira hayat (yaşam) ve sağlık hakları, kişinin var olması ve varlığını sürdürebilmesi için olmazsa olmaz hak özelliğine sahiptir. Uygulamada hayat ve sağlık açısından, özellikle tıbbi müdahaleler ve organ ve doku nakli önem arz eder. Bunlar hâlihazırda özel düzenlemelere tabidir. Vücut bütünlüğüne gelince, vücut bütünlüğünden anlaşılması gereken sadece fiziki bütünlük değil, fiziki ve psikik bütünlüğün ikisinin bir arada oluşturduğu bütünlüktür.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir olayda, kişiye ait telefon numarasının bir rehberde acil telefonlar bölümünde yanlışlıkla verilmesi nedeniyle manevi sıkıntıya uğradığı ve uzun süredir kullandığı telefonunun değiştirilmesinin de yeni sıkıntılar doğuracağı kabul edilerek kişilik hakkına yönelik saldırı nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda *"Kişilik; bedeni ve ruhi varlık (değer) olarak kişilik hakkı tarafından korunmaktadır. Bu nedenle kişinin duygu hayatı onu vazgeçilmez kişisel değerlerinden (varlık) dir. Duygu hayatını, ruhi ahenk ve denge, onur, saygınlık, namus duygusu, özel yaşamı ile toplum, aile bireyleri veya yakın dostlarıyla olan gönül bağlılıkları oluşturur. Bu kişisel değerlere saldırı yoluyla kişiye manevi acılar verdirmek kişinin ruhi varlığına ve sonuçta kişilik hakkına saldırıyı ortaya koyar"* denilerek kişinin telefonunun sık sık, gereksiz yere sabah erkenden ve gece geç vakitlere kadar aranmasının ve tanımadığı kişilere ve ilgisiz sözlere muhatap olmasının onun duygu hayatının bir parçası olan *"ruhi ahenkine"* bir saldırı niteliğinde olduğu ve bununla davacının *"evinde huzurlu yaşama ortamı ve hakkı"* önemli ölçüde etkilenerek bozulduğu ifade olunmuştur.²⁸

2. Özel Alan ve Sır Alanı

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından uygulanan²⁹ ve Türk doktrini ve yargı kararlarında da kabul gören *"alan teorisi"*ne göre, kişinin

²⁸ Yargıtay 4. HD, E. 1990/11596 K. 1991/11230 T. 23.12.1991.

²⁹ Cramer, s. 128; Saxer, s. 23; Serozan, Medeni Hukuk, s. 417. Üçlü ayırım Jäggi tarafından yapılmış ve öğretici ve mahkeme kararları tarafından kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 118.

yaşam alanı üçe ayrılır.³⁰ Bunlar: (i) kamuya açık alan, (ii) özel alan ve (iii) sır alanı.³¹ Kamuya açık alan, bir kimsenin üçüncü kişilerce bilinmesinde sakınca görmediği olayları veya toplum içinde meydana gelmiş olması ya da ilgili kişinin aleniyet vermesi nedeniyle herkesçe bilinen olaylardan oluşan hayat çevresi³² olarak tanımlanır. Özel alan, kişinin belirli kişilerce bilinmesini istediği olayları kapsamaktadır.³³ Sır alanı ise bir kimsenin kendisi veya çok güvendiği kişiler haricinde sır olarak saklamak istediği olayları ifade eder.³⁴ Kişinin sır saklama iradesi onun beyanlarından açıkça, yaşam tecrübelerinden zımnen ya da yararlar durumundan çıkarılabilir.³⁵ Görüldüğü üzere, alan ayrımı yapılmasında ilgili kişinin iradesi de dikkate alınır.³⁶

Kamuya açık alana, maç, tören, resmi davet, alışveriş alanları; özel alana, yakınlar ve arkadaşlarla paylaşılan boş zaman, çalışma veya dinlenme zamanları; sır alanına ise, hastalıklar, anı yazıları, cinsel tercih, özel mektuplar örnek olarak verilebilir.³⁷ Kişinin özel alan ya da sır alanına giren hususların sadece açıklanması değil, öğrenilmesi bile kişilik hakkının ihlali teşkil eder.³⁸

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, önüne gelen bir olayda, davacının oğlunun iyileştirilmesi için yapılan tıbbi araştırmaya verilen cevapları, bilgileri ele geçirerek davalı avukatın kamuoyuna açıklamasının özel

³⁰ Dural/Öğüz, s. 135; Helvacı, Davalar, s. 60.

³¹ Bazı yazarlar, sır alanı yerine gizlilik alanı (bkz. Dural/Öğüz, s. 136) bazı yazarlar ise giz alanı (bkz. Aydos, s. 10) ifadesini kullanmaktadır. Kılıçoğlu ise ayrımı ortak yaşam alanı, dar anlamda özel yaşam alanı ve sır alanı olarak ifade etmektedir. bkz. Kılıçoğlu, s. 118.

³² Tandoğan, s. 26; Öztan, s. 278; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, Legal Yayınevi, İstanbul 2016, s. 119; İlhan Helvacı, "Alman Federal Mahkemesinin Mutlak Anlamda Kamuya Mal Olmuş Kişilerin de Özel Alanlarına Saygı Gösterilmesi Gerekliği Yönündeki 19.12.1995 Tarihli Kararı Üzerine", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, (s. 329-341) s. 338, dn. 2; Dural/Öğüz, s. 135.

³³ Cramer, s. 128; Tandoğan, s. 26; Öztan, s. 278; Dural/Öğüz, s. 136; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 178; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 119; Özsunay, s. 127; Helvacı, Tekinay Armağanı, s. 338, dn. 3.

³⁴ Cramer, s. 128; Tandoğan, s. 26; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 177, Kılıçoğlu, s. 121; Dural/Öğüz, s. 136; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 119; Özsunay, s. 127; Öztan, s. 278; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 390; Helvacı, Tekinay Armağanı, s. 338, dn. 4.

³⁵ Kılıçoğlu, s. 126-127.

³⁶ Saxer, s. 24.

³⁷ Serozan, Medeni Hukuk, s. 417.

³⁸ Dural/Öğüz, s. 138.

yaşamın gizliliğinin ihlali olduğunu ifade etmiştir.³⁹ Yargıtay'ın önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta ise, davacı, müteselsilen cinsel saldırı suçunun mağdurudur. Karar mağdur ve sanığın ismi rumuzlanmadan 2010 yılı nisan ayında yayınlanan kitapta yer almıştır. Davacının rızası dışında bir kitapta geçen ismi kişisel veri niteliğindedir. 4 yıl önce gerçekleşen bir olayın mağduru olan kişinin adının açık bir şekilde yazılarak kitapta yer alması halinde "unutulma hakkı"nın, bunun sonucunda da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmelidir. O halde davacının isminin rumuzlanmadan kitapta yer alması unutulma hakkını ve bunun neticesinde özel hayatın gizliliğini ihlal etmiştir.⁴⁰

3. Şeref ve Haysiyet

Şeref ve haysiyet, kişiye, toplum içerisindeki hal ve davranışlarına göre öncelikle çevresi ve ardından toplum tarafından atfedilen sosyal değer ve itibarı ifade eder.⁴¹ Bu yönüyle şeref ve haysiyet, nispi bir kavramdır.⁴² Kişinin, çevresinin kendisinden beklediği niteliklerin eksik olduğu izleniminin uyandırılması, şeref ve haysiyete saldırı anlamına gelmektedir.⁴³ Yargıtay ise şeref ve haysiyet konusunda: "*Şeref ve haysiyet, dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru (şerefi) ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur*"⁴⁴ şeklinde değerlendirmede bulunmaktadır.

Basın, görevlerini olay bildirme ve değer yargısı verme (eleştiri) yollarıyla yerine getirir.⁴⁵ Bu bağlamda eleştiri niteliğindeki yazıların şeref ve haysiyeti ihlal edip etmediğini belirlemede somut olayın özel-

³⁹ Yargıtay 4. HD, E. 2430, K. 3602, T. 28.03.1977. Karar için bkz. Helvacı, Davalar, s. 62 dn. 228.

⁴⁰ Yargıtay HGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, T. 17.06.2015.

⁴¹ Hausheer/Aebi-Müller, s. 137; Kılıçoğlu, s. 87; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 385; Öztan s. 278; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 168; Dural/Öğüz, s. 127-128; Özsunay, s. 116. Şeref ve haysiyet yerine onur ve saygınlık terimi de doktrinde kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Özsunay, s. 116; Zevkiliiler/Ertaş/Havutçu/Gürpınar, s. 101.

⁴² Dural/Öğüz, s. 128; Öztan, s. 279; Kılıçoğlu, s. 90.

⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 168; Dural/Öğüz, s. 129; Özsunay, s. 116; Kılıçoğlu, s. 87 vd.

⁴⁴ Yargıtay HGK, E. 2012/4-179; K. 2012/412, T. 27.6.2012.

⁴⁵ Dural/Öğüz, s. 131.

likleri dikkate alınır. Bu noktada orta seviyeli bir okuyucunun anlayış biçimi esas alınır.⁴⁶

Yargıtay'a göre, davacı avukatın, mesleki hak ve yetkilerini ortadan kaldırarak, ona avukatlık işlerinin yaptırılmaması şeklindeki haksız eylemin, onun kişisel varlığını, kazandığı statüyü, sosyal onur ve mesleki itibarını ağır surette zedeleme⁴⁷ suretiyle; düğün merasimi yapılarak toplum nazarında aile olunmasına rağmen resmi nikah yapılmayarak evlenme vaadiyle kandırma durumunda⁴⁸ şeref ve haysiyet ihlal edilmiştir.

Yargıtay kararına konu tartışmalı bir husus ise, evlilikte zina halinde aldatılan eşin, aldatan eşin ilişki yaşadığı üçüncü kişiye manevi tazminat talebi yöneltilip yöneltemeyeceği noktasındadır. Yargıtay 2010 tarihli bir kararında *"Evlilik bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur"* diyerek üçüncü kişi bakımından sorumluluk öngörmüştür. Böylece Yargıtay, esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümü bulunmakla birlikte; onun evli olduğunu bilen ve buna rağmen onunla ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığında ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu oldukları yönünde hüküm kurmuştur.⁴⁹

Yargıtay daha sonra görüş değiştirerek, *"davalının doğrudan davalının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemez. Söz konusu Kanunda yükümlülüğünü ihlal eden*

⁴⁶ Cramer, s. 125; Özsunay, s. 123; Kılıçoğlu, s. 89 vd; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 172; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 389; Dural/Öğüz, s. 133; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 126; Yargıtay HGK, E. 2006/4-670; K. 2006/664; T. 18.10.2006.

⁴⁷ Yargıtay 3. HD, E. 1997/3580, K. 1997/4144. T. 28.04.1997.

⁴⁸ Yargıtay HGK, E. 2012/4-179; K. 2012/412, T. 27.6.2012.

⁴⁹ Yargıtay HGK E. 2010/4-129 K. 2010/173 T. 24.3.2010. Bu karar, doktrinde, eşlerin birbirlerine karşı üstlendikleri, sözleşmesel nitelikte sadakat yükümüne karşılık gelen nispi bir hakkın söz konusu olduğu ve her nispi hak gibi sadece sözleşmenin taraflarınca birbirine karşı ileri sürülebileceği, hiç kimsenin arasında sözleşme olmayan bir başkasının evlilik hukukuna riayet etme yükümü bulunmadığı ifade edilmek suretiyle haklı olarak eleştirilmiştir. M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 263-265; Canbolat, s. 228.

eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir” diyerek aldatan eşin ilişki yaşadığı üçüncü kişiye yönelik manevi tazminat talebini ret etmiştir.⁵⁰

4. Resim

Bir kimsenin resmi, kişilik hakkına dahildir ve bir kimsenin resminin rızası veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinden biri olmaksızın sergilenmesi, yayımlanması, çoğaltılması, ticari amaçlarla kullanılması kişilik hakkının ihlali anlamına gelir. Resim kavramına, kişinin fotoğrafı, kamera veya benzeri bir cihaz ile alınmış görüntüsü, fırça kalem veya benzeri bir araçla yapılmış resmi ya da karikatürü girer.⁵¹ Resim tek başına bir kişisel değer olmakla beraber resmin izinsiz yayımlanması veya benzeri durumlarda genelde şeref ve haysiyete ve/veya kişinin özel ya da sır alanına saldırı söz konusudur.⁵²

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun⁵³ 86. maddesi uyarınca memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler ve günlük hadiselerle mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri için ilgilinin iznine gerek bulunmamaktadır.

FSEK'te yer alan istisna dışında bir kimsenin izinsiz şekilde resminin çekilmesi, yayınlanması, çoğaltılması kişilik hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Bununla beraber, rastlantı sonucu ayrıntı olarak içinde bulunulan fotoğrafın sergilenmesi halinde iznin alınmadığının ileri sürülmesi TMK m.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Yargıtay HGK bir kararında,⁵⁴ *“O halde, kişinin resminin her ne şekilde olursa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça, hukuka aykırıdır. Çünkü, resmin izinsiz yayınlanması*

⁵⁰ Yargıtay 4. HD, E. 2015/570 K. 2016/171 T. 11.1.2016.

⁵¹ Özsunay, s. 145; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 131;

⁵² Dural/Öğüz, s. 140; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 175; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 132.

⁵³ 13.12.1951 tarihli ve 7981 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵⁴ Yargıtay HGK E. 1990/4-275, K. 1990/459, T. 03.10.1990.

emredici nitelikte bir kuralla yasaklanmıştır. Burada tartışılması gereken sorun, davacılara ait görüntünün resim içinde "ayrıntı niteliğinde" olup olmamasının sonuca etkisidir. Bir kişinin bir rastlantı sonucu, ayrıntı olarak içinde bulunduğu bir fotoğrafın bir sergide veya sanatla ilgili yayınlarında umuma arz edilmesi halinde iznin alınmadığının öne sürülmesi "hakkın kötüye kullanılması" olarak nitelendirilebilir (MK. m. 2/2). Ancak kişinin dış görünüşünün ayrıntı olarak da olsa içinde bulunduğu fotoğrafın "ticari amaçlarla, reklam yoluyla kamuya sunulmasında iznin alınmaması hukuka aykırılığı oluşturmaktadır; iznin alınmadığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Çünkü bu nitelikteki bir olayda 'kişinin korunmaya değer bir çıkarı olmadığını' söylemek olanağı yoktur" şeklinde hüküm kurmuştur.

C. KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDE HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Kişilik hakkının ihlalinde kanunda belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin birinin varlığı halinde artık hukuka aykırılık söz konusu olmayacak fiil baştan itibaren hukuka uygun olacaktır. Medeni Kanun'un 24. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır*". Buna göre TMK'da yer alan hukuka uygunluk sebepleri, kısaca, mağdurun rızası, kanunun verdiği yetki, üstün nitelikte özel yarar ve üstün nitelikte kamu yararadır. Aynı zamanda kişilik hakkının ihlalinin bir haksız fiil teşkil etmesi halinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddesinde yer alan diğer hukuka uygunluk sebepleri olan haklı savunma, kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ve zorunluluk hali biçimindeki diğer hukuka uygunluk sebeplerinden biri de devreye girerek fiilin baştan itibaren hukuka uygun olmasını sağlayabilir.⁵⁵

Hukuka uygunluk sebeplerinden konumuz bakımından önem taşıyanı, üstün nitelikte kamu yararadır. Bu durumlarda, kişilik hakkı

⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 601 vd.; Oğuzman/Öz, s. 21 vd.

ihlal edilen kişinin özel yararı ile üstün nitelikte kamu yararı tartılarak kamu yararına üstünlük tanınmaktadır. Üstün nitelikte kamu yararına örnek olarak trafik kazalarının önlenmesi amacıyla araç sürücülerine alkol testi uygulanması, hüküm giyen suçlunun cezaevine konulması veya salgın hastalıkta aşı mecburiyeti verilebilir.⁵⁶ Öte yandan, üstün nitelikte kamu yararının hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği en önemli alanı kitle iletişim araçları oluşturmaktadır.⁵⁷ Bu noktada özellikle basın, bilgileri topluma aktarma suretiyle toplumun bilinçlenmesini ve eleştirilerde bulunmak suretiyle kamuoyunu oluşturma hak ve görevini yerine getirdiğinden bu görevlerini icra ederken üstün nitelikte kamu yararına dayanabilir.

Basın organları görevlerini yerine getirirken şeref ve haysiyet, özel ve sır alanları, resim, ses ve ad gibi çeşitli kişisel değerleri ihlal edebilirler. Bu gibi hallerde basının icra ettiği görev nedeniyle kamu yararı ile ihlal edilen kişilik değeri karşı karşıya gelmektedir. Bu noktada hangisine üstünlük tanınacağına karar vermek o kadar kolay olmayabilir. Kitle iletişim araçları nedeniyle meydana gelen bu zorunlu menfaat çatışmasının mevcudiyeti durumunda hâkim, kişilik hakkının korunmasına ilişkin menfaat ile kamunun haber alma ve bilgilendirilmeye ilişkin menfaatini somut olayın özelliklerini göz önüne alarak, tartarak olayda hukuka uygunluğun bulunup bulunmadığını belirler.⁵⁸ Yargıtay da bu durumda genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerektiğini ifade etmiş⁵⁹ ve ardından çeşitli ilkeleri ortaya koymuştur. Buna göre her somut olayda Yargıtay'ın ortaya koyduğu ölçütler ışığında değerlerin tartılması suretiyle bir sonuca varılması gerekir.⁶⁰

⁵⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 402; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 205; Öztan, s. 285.

⁵⁷ Helvacı, Davalar, s. 119; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 205.

⁵⁸ Helvacı, Tekinay Armağanı, s. 340. İsviçre hukukunda da aynı yaklaşım söz konusudur. Bkz. Saxer, s. 22 vd. Çatışan yararların tartılması ilkesine ilişkin olarak detaylı açıklama için bkz. Teitler, s. 66 vd.; Tandoğan, s. 17; Kaneti, s. 11 vd. Serozan, Düşünceler, s. 104 vd.; Kara Kılıçarslan, s. 142. vd.

⁵⁹ Yargıtay HGK, E. 2008/4-263, K. 2008/262, T. 19.3.2008.

⁶⁰ İsviçre hukukunda da değerlerin tartılması yöntemiyle üstün nitelikte kamu yararı biçiminde hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığının belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu yöntemin İsviçre hukukunda nasıl uygulandığına ilişkin olarak bkz. Cramer, s. 121 vd.; Zulauf/Sieber, s. 111 vd.

III. BASIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDE YARGI KARARLARINDA ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

A. YARGITAY KARARLARINDA ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

Yargıtay, basın yoluyla kişilik hakkı ihlali iddiasında bulunulduğu hallerde istikrarlı biçimde şu tespitte bulunmuştur: *“Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin, çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir”*.⁶¹

Yargıtay’a göre kişilik hakkının basın yoluyla ihlalinde izlenecek yol ise şu şekildedir: *“Bunun için temel ölçüt kamu yararadır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır”*.⁶²

Somut olayda basın özgürlüğüne mi yoksa kişilik hakkına mı ağırlık verileceğini belirlemede kullanılacak ölçütler, kümülatif olmak üzere, şunlardır:

1. Gerçeklik

Yapılan yayının hukuka uygun olmasının birinci şartı gerçek olmasıdır. Gerçeklik ilkesi haber vermenin yanı sıra eleştiri, değerlendirme ve yorumlama hallerinde de aranır.⁶³ Öte yandan gerçeklikten an-

⁶¹ Yargıtay HGK, E. 2011/4-278, K. 2011/376, T. 1.6.2011; Yargıtay HGK, E. 2006/4-540, K. 2006/601, T. 27.9.2006; Yargıtay HGK, E. 2008/4-263; K. 2008/262, 19.3.2008; Yargıtay HGK, E. 2005/4-644; K. 2005/701, 7.12.2005; Yargıtay 4. HD, E. 2004/7980, K. 2005/5148, T. 10.5.2005; Yargıtay HGK, E. 2004/4-253; K. 2004/270, 12.5.2004; Yargıtay 4. HD, E. 2004/7746, K. 2004/8416, T. 28.6.2004; Yargıtay 4. HD, E. 2001/8795, K. 2001/12714, T. 24.12.2001.

⁶² Ibid.

⁶³ Yargıtay HGK, E. 2011/4-278, K. 2011/376, T. 1.6.2011.

laşılması gereken somut gerçek değil, görünür gerçekliktir. Görünür gerçeklik ise “o anda, yani yayının yapıldığı anda, belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları”⁶⁴ ifade etmektedir. Zira “o anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır”.⁶⁵ Ters bir yorum kabul edilerek basının somut gerçeğe ulaşmasını beklemek ve ancak ondan sonra yayımlanmasına izin vermek basının haiz olduğu haber verme ve diğer görevlerinin yerine getirmesinin kısıtlanmasına neden olur.

Basının somut gerçeklik aranmadığı bahanesini öne sürerek gerekli özeni göstermeden görünür gerçek iddiası altına sığınarak sorumluluktan kurtulması düşünülemez. Basın görünür gerçeğe ulaşmak için gerekli özeni göstermelidir.⁶⁶

2. Kamu Yararı ve Toplumsal İlgil

Kamu yararı ve toplumsal ilgi ölçütüyle aranan husus, söz konusu yayına ilişkin kamu yararı ve toplumsal ilginin mevcudiyetidir. Yargıtay bu ölçütü “Yayın salt toplumun yararı gözetilerek yapılmalıdır. Toplumun çıkarı dışında hiçbir kişisel çıkar, gerçeklerin yanlış olarak sunul-

⁶⁴ Yargıtay HGK, E. 2003/4-167, K. 2003/176, T. 19.3.2003; Yargıtay HGK, E. 2011/4-278, K. 2011/376, T. 1.6.2011; Yargıtay HGK, E. 2008/4-263; K. 2008/262, 19.3.2008; Yargıtay HGK, E. 2005/4-644; K. 2005/701, 7.12.2005; Yargıtay 4. HD, E. 2001/8795, K. 2001/12714, T. 24.12.2001; Yargıtay HGK, E. 2007/4-23; K. 2007/51, 7.2.2007; Yargıtay 4. HD, E. 2002/2953, K. 2002/7406, T. 13.6.2002; Yargıtay 4. HD, E. 2004/7746, K. 2004/8416, T. 28.6.2004.

⁶⁵ Ibid. Aydos, Yargıtay’ın bu ölçüte ilişkin mevcut içtihadını esnetmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, basın sıradan bir kişi için olaya daha özenli yaklaşmalı ve hatta kamuoyunun dikkatini çekmeyen kişiler için soruşturma aşamasının tamamlanarak kovuşturmayaya başlanması beklenmelidir. Aydos, s. 9.

⁶⁶ Yargıtay bir değerlendirmesinde “davalı, davacı hakkında kamu davası açıldığı, kamu davasında bilirkişi raporu bulunduğu ve emniyet cevabında açık bulunmadığının belirtildiği hususlarından haberdardır. Haberdar olunan bu konulardan yayında hiç bahsedilmediği gibi, basit bir araştırma yapılarak kamu davasının beraatle sonuçlandığı da öğrenilmemiştir. Yaklaşık 8,5 ay önceki müfettiş raporundan bahsedilerek yayın yapılması, haberdar olunduğu belirtilen yukarıdaki hususların kamuoyuna bildirilmemesi ve kamu davasının sonucunun araştırılmamış bulunması, açıkça davacının kişilik hakkına saldırı oluşturmaktadır” şeklinde hüküm kurmuştur. Karar için bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2001/8795, K. 2001/12714, T. 24.12.2001. Dural/Öğüz’e göre, bu özenin gösterilmemesi haberin hukuka aykırı olarak şeref ve haysiyete saldırı niteliğinde olmasını engellemez ancak kusursuzluğu ortaya koyduğundan tazminat talebine engel olur. Bkz. Dural/Öğüz, s. 132.

masına neden olmamalıdır"⁶⁷ şeklinde ifade etmektedir. Kamu yararı ve toplumsal ilgi ölçütünün en çok önem kazandığı kişisel değer, özel ve sır alanlarıdır.

Kamuya mal olmuş kişilerin özel alanları sıradan kişilerinkine daha dardır, zira kendilerine ilişkin bazı hususlar kamuya açık alan kapsamında değerlendirilmektedir. Bu kimselere örnek olarak sanatçılar, siyasetçiler, üst düzey bürokratlar, sporcular ve gazeteciler verilebilir.⁶⁸ Öte yandan, kamuya mal olmuş kişilerin özel ve sır alanları dar olup bu kimseler sıradan vatandaşların katlanmak zorunda olmadığı basın yoluyla müdahalelere maruz kalabilecektir.⁶⁹

3. Güncellik

Güncellik, yayına konu olan olayın yakın zamanda gerçekleşmiş olması ya da yakın zamanda gerçekleşmiş olmasa bile olayın etkilerinin hala canlılığını koruyuyor olmasını ifade etmektedir.⁷⁰ Üzerinden uzun zaman geçmiş bir olayın yeniden haber yapılmak suretiyle yayımlanması muhataplarında olayın yeni gerçekleştiği izlenimini uyandırma potansiyelini barındırmaktadır.⁷¹ Dolayısı ile unutulmuş, hatırlanmasında yarar görülmeyen geçmişteki birtakım davranışların gündeme getirilmesinde kamu yararı bulunmuyorsa hukuka aykırılık söz konusu olabilecektir.⁷²

⁶⁷ Yargıtay HGK, E. 2008/4-263; K. 2008/262; T. 19.3.2008. İsviçre hukukunda da aynı yaklaşım söz konusudur. Bkz. Saxer, s. 26.

⁶⁸ Aydos, s. 10.

⁶⁹ Hausheer/Aebi-Müller, s. 140; Kılıçoğlu'na göre, kamuoyunun devamlı olarak dikkatini çeken kişilerin özel alan ve sır alanları görevle bağlılık içinde olma halinde açıklanabilir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 256. Dural/Öğüz de bunun için kamusal yarar ya da üçüncü kişinin üstün yararının bulunması ya da sosyal uygunluk ve yakışık alma ölçütlerince belirlenecek olan işgal ettikleri makamla ilgili olma koşulunu aramaktadır. Bkz. Dural/Öğüz s. 139. Bir başka görüşe göre ise, özel alana ilişkin bu istisna sır alanı için geçerli değildir. Zira ister sıradan ister kamuya mal olmuş olsun herkesin sır alanı bir kişisel değer olarak herhangi bir daraltmaya tabi olmaksızın koruma altındadır. Bkz. Aydos, s. 10; Acabey, s. 28.

⁷⁰ Yargıtay bir kararında "Başbakan'ın kişilik haklarına yayımlanan bir köşe yazısında hakaretamiz ifadelerle saldırıda bulunulduğu gerekçesiyle açılan davada Yargıtay "davacının yazının yayımlandığı dönemde üstlenmiş olduğu görev ve siyasi konu mu gözetildiğinde haberin güncelliğini koruduğu kabul edilmelidir" şeklinde karar vermiştir. Yargıtay HGK, E. 2011/4-278, K. 2011/376, T. 1.6.2011.

⁷¹ Aydos, s. 11.

⁷² Aynı yönde bkz. Aydos, s. 11. "Davaya konu olan yazıda, köşe yazarı,.. davacıyı amaçlayarak .. para aldığı" vurgulanmıştır. Para alınma iddiası, 1983 yılındaki bir olaya ilişkindir. Davacı partisinin kuruluş aşamasında iken bağış olarak aldığı 170.000 lirayı kayıt-

4. Özle Biçim Arasındaki Denge

Aynı zamanda konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık biçiminde dile getirilen bu ölçüt haberin içeriği ile şeklin birbirine uygun olmasını ifade etmektedir. Zira sadece içerik değil, kullanılan ifadeler, haberin konuluş yeri,⁷³ haber metninin yanına konulan resim ya da arka planında verilen görüntü gibi bileşenler bir araya gelerek muhatapta etki doğurmak suretiyle onun algısını oluşturur. Buna göre, haber gerçeği yanıtısa bile kullanılan dil ve ifade, yapılacak yorumun gerektirdiği biçim ve ölçüde olmalıdır.⁷⁴ Dolayısı ile içeriğin gerçek, güncel ve toplumsal ilgiye konu olmasına rağmen biçimle arasındaki dengenin korunamaması halinde özellikle şeref ve haysiyet ya da özel yaşam ihlalleri ile sıklıkla karşılaşılabilir. Başka ifadelerle aynı amaca ulaşmak ve bu suretle daha az zarar verici bir yol izlemek mümkün idiyse bu durumda hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.⁷⁵

Burada en önemli hususu eleştiri ile hakaret arasındaki ince çizgi oluşturmaktadır. Eleştiri, bazen sert, kırıcı ve hatta küçük düşürücü olabilir; ancak hakaret niteliğinde olamaz. Bu durumda özle biçim arasındaki denge bozulmuş olur ve yapılan yayın hukuka aykırı olur. Eleştirinin hukuka uygunluk sınırı içinde kalıp kalmadığı her somut olaya göre belirlenecektir. Bu değerlendirme yapılırken kullanılan kelimeler, olayın habere konu kişiyi küçük düşürücü şekilde kaleme alınıp alınmadığı, kullanılan üslubun ağırlığı gibi unsurlar göz önüne alınmalıdır. Bu şekilde objektifleştirilmeye çalışılan bu değerlendirme şüphesiz sübjektif karakterini muhafaza edecek ve varılan sonuç kişiden kişiye göre değişebilecektir. Burada unutulmaması gereken hem basın özgürlüğü hem de kişilik hakkının korunmasında denge gözetilmesi gerektiği ilkesi ve hakkaniyetli bir sonuca varma hedefidir.

lara geçirmedığı yolundaki bir yakınmayla karşılaşmıştır. O zaman hakkında soruşturma açılmış ve aktarılmıştır. Dava konusu yazı ise, 1987'de yayımlanmıştır...Somut olayda davacının dört yıl önce karşılaştığı ve aklandığı bir iddianın, yeni bir haber ve sanki olay gerçekmiş gibi verilmesinde hukuka aykırılık açıktır". Yargıtay 4. HD, E.1987/8085, K. 1988/334, 19.1.1988. Benzer şekilde Yargıtay, 6-7 Eylül olaylarında hakkındaki iddiaların asılsız olduğunu anlaşılmasına rağmen ilgili kişi hakkındaki söylentilerin tekrar gündeme getirilmesini kişilik haklarının ihlali olarak kabul etmiştir. Yargıtay HGK, E. 2004/4-253; K. 2004/270, 12.5.2004.

⁷³ Sıradan bir üçüncü sayfa haberinin manşetten verilmesi buna örnek gösterilmektedir. Aydos, s. 11.

⁷⁴ Yargıtay 4. HD, E. 2001/4584, K. 2001/9053 T. 4.10.2001.

⁷⁵ Kılıçoğlu, s. 285.

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

Bu başlık altında ifade özgürlüğü ile kişilik hakkının bir parçası olan özel alan ve sır alanını kapsar şekilde özel yaşam⁷⁶ şeklinde ifade edilebilen kişisel değerler karşı karşıya geldiği durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin⁷⁷ getirmiş olduğu ölçütleri gösteren kararları incelenecektir.

1. Von Hannover v. Almanya ("Prenses Caroline") Kararları

Monako kraliyet ailesi üyesi Caroline von Hannover ("Prenses Caroline" veya "von Hannover") 1957 Monako doğumludur. Prenses Caroline, 90'lı yılların başından beri özel yaşamına ilişkin fotoğrafların basında yayımlanmasını yasaklamak üzere çeşitli defalar yargıya başvurmuştur. Alman dergilerinin yayımladığı fotoğrafları yasaklamak üzere Alman mahkemelerine başvuran Prenses Caroline, açtığı ancak kaybettiği davalar için AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiğini iddia ederek AİHM'ye başvurmuştur. Aşağıda Prenses Caroline'in bu gerekçelerle yapmış olduğu 3 başvuru, AİHM'nin kararları ve geliştirmiş olduğu içtihat incelenecektir.

a. Von Hannover v. Almanya No.1⁷⁸ (2004)

i. Olay

Prenses Caroline 1993 ve 1997 yıllarında değişik Alman dergilerinde yayımlanan fotoğraflarına ilişkin olarak Alman mahkemelerine kişilik hakkının ihlal edildiğini öne sürerek başvurmuş Alman mahkemeleri bazı hususlarda Prenses Caroline'in taleplerini kabul etmiş bazı hususlarda reddetmiştir.

⁷⁶ Aynı yönde bkz. Nil Karabağ Bulut, "Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin von Hannover v. Almanya Vakasına ilişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, (s. 1055-1112) s. 1081.

⁷⁷ "AİHM" veya sadece bu başlıkla sınırlı olmak üzere "Mahkeme" kısaltması kullanılacaktır.

⁷⁸ von Hannover v. Almanya (no. 59320/00) sayılı karar. İlgili karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["699729"\],"itemid":\["001-61853"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Erişim tarihi: 30.12.2019.

Freizeit Revue ve *Bunte* dergilerinde 1993 yılında yayımlanan fotoğraflar için açmış olduğu davası reddedilen von Hannover, temyiz amacıyla başvurduğu Hamburg İstinaf Mahkemesi'nde de istediği sonucu alamamıştır. Bunun üzerine Federal Mahkeme'ye başvuran davacının talebi kısmen kabul edilmiş kısmen reddedilmiştir.⁷⁹

Alman Federal Mahkemesi, Prenses Caroline'in çocukları ile restoranın bahçesindeki köşede bir aktör ile oturmakta iken çekilmiş fotoğraflarının özel yaşama saygı gösterilmesi hakkının ihlalini teşkil ettiği gerekçesiyle yasaklama talebini kabul etmiştir. Ancak diğer fotoğraf yönünden davacının kamuya mal olmuş kişi olduğunu belirterek davacının nerede bulunduğu ve toplum içinde nasıl davrandığını bilmede kamunun menfaati bulunduğu gerekçesiyle resmi görev icra etmediği zamanlarda dahi fotoğraflarının çekilmesine ve yayınlanmasına katlanması gerektiğini belirterek Prenses Caroline'in yasaklanma talebini reddetmiştir.⁸⁰

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de davacının çocukları ile olan fotoğraflarına ilişkin olarak, çocuklarının mahremiyetinin korunması ihtiyacının yetişkinlerinkinden daha fazla olduğunu belirterek bu fotoğraflar yönünden Prenses Caroline'i haklı bulmuştur. Öte yandan Federal Anayasa Mahkemesi, Prenses Caroline'in kamuya mal olmuş bir kişi olduğunu belirterek kamuya açık alanlarda çekilmiş olan fotoğrafları, resmi görev icra etmekte olmayıp günlük hayatına ilişkin olsa bile buna katlanmak zorunda olduğunu belirtmiş, ayrıca basın özgürlüğü ile kamuya mal olmuş kişilerin kamuda nasıl davrandıklarını bilmede kamunun meşru menfaati bulunduğunu ifade etmiştir. Kamuya mal olmuş kişiler ancak kamuya açık alanlarda, tecrit edilmiş bir alanda buldukları ve uzak kalma isteklerinin üçüncü kişilerce anlaşılabilir olmaları halinde özel yaşam korumasından yararlanabileceklerdir.⁸¹

Bunte dergisi ve *Neue Post* dergilerinde 1997 yılında yayımlanan fotoğrafları için de benzer süreçler şeklinde Alman mahkemelerine başvuran von Hannover'in talepleri, bu süreçte Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararına atıfta bulunmak

⁷⁹ Ibid, prg. 18 vd.

⁸⁰ Ibid, prg. 23.

⁸¹ Ibid, prg. 24 vd.

suretiyle reddedilmiştir.⁸² Bunun üzerine Prenses Caroline, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Yaşama Saygı" kenar başlıklı 8. maddesinin Almanya Federal Cumhuriyeti (Almanya) tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle AIHM'ye başvurmuştur.

ii. AIHM

Mahkeme, başvuru sahibinin tek başına ya da başka kişilerle çekilen günlük hayatına dair fotoğraflarının Alman dergilerinde yayımlanmasının özel yaşamının kapsamına girdiği konusunda şüphe bulunmadığını, bu nedenle başvuru sahibinin AIHS'nin 8. maddesi uyarınca özel yaşamının korunması ile 10. madde uyarınca ifade özgürlüğünün karşı karşıya geldiği bu durumda bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir.⁸³

Mahkeme, bir kimsenin fotoğrafının yayımlanması halinde, fikirlerin yayılmasından ziyade şahsi hatta mahrem bilgileri içermesi söz konusu olduğundan bu hallerde hakların korunmasının daha da büyük önemi haiz olduğu kanaatindedir. Magazin dergilerinde yayımlanan fotoğrafların genellikle, ilgili kişinin özel yaşamına müdahale edildiği hissiyatına sebep vererek süreklilik arz eden bir taciz ikliminde çekildiğini ifade etmektedir.⁸⁴

Mahkeme, yukarıda sözü edilen dengeleme faaliyetinde anahtar ölçütün kamu yararının bulunduğu tartışmaya bir katkıda bulunup bulunulmaması olduğunu belirlemiştir.⁸⁵ Önüne gelen başvuruda, söz konusu fotoğrafların, başvuru sahibinin bilgisi ya da rızası olmaksızın gizlice çekildiğini tespit etmiştir.⁸⁶ Mahkeme, fotoğrafların başvuru sahibinin münhasıran özel yaşamına ilişkin detaylar içermesi ve fotoğrafların çekildiği sırada başvuru sahibinin resmi bir görevi icra etmiyor olması nedeniyle kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı ölçütünün sağlanmadığı kanaatindedir.⁸⁷ Öte yandan, kamunun bilgi edinme hakkının ve bazı durumlarda bu hakkın kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamına dair bilgi edinmeyi de kapsadığını belirten Mahkeme önüne

⁸² Ibid, prg. 27 vd.

⁸³ Ibid, prg. 58.

⁸⁴ Ibid, prg. 59.

⁸⁵ Ibid, prg. 60.

⁸⁶ Ibid, prg. 68.

⁸⁷ Ibid, prg. 65.

gelen uyumsuzluğa konu olayda kamunun böyle bir hakkı bulunmadığını söylemektedir. Mahkeme, başvuru sahibinin gözden uzak olmayan hatta kamu tarafından olukça bilinen yerlerde görüntülenmesinde dahi kamunun meşru menfaati bulunmadığını ifade etmektedir.⁸⁸ Hatta böyle bir kamu menfaati mevcut olsa bile, her ne kadar dergilerin fotoğrafları ve haberleri yayımlamada ticari menfaatleri bulunsada özel yaşamın etkili korunması bu menfaatlere nazaran üstün konumdadır.

Mahkeme, herkesin kişiliğinin korunmasının önemi perspektifinden özel yaşamın korunmasının asli önemine dikkat çekmekte ve kamuya mal olmuş kişilerin dahi özel yaşamlarının korunmasına ilişkin haklı beklentilerinin bulunduğunu belirtmektedir.⁸⁹

Bununla beraber, Prenses Caroline herhangi bir resmi görev icra etmeyip sadece bir kraliyet üyesi olması sebebiyle kamunun ilgisine konu bir kişi şeklinde tanımlanmış ve bu tanımlama ışığında kendisi sıradan vatandaş şeklinde nitelendirilerek özel yaşam koruması bu doğrultuda geniş değerlendirilmiştir.⁹⁰ Ayrıca Alman mahkemelerinin kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarının kamuya açık alanlarda korunması için görece tecrit edilmiş alanda bulunma ve uzak kalma isteklerinin üçüncü kişilerce anlaşılabilir olma koşulları, ilgili kişinin her anının çekilebilip özel yaşamının fütursuzca didik didik edilebileceği gerekçesiyle isabetsiz bulunmuştur.⁹¹

Bütün bu açıklamalar ışığında Alman mahkemelerinin kararlarını yarışan menfaatler arasında adil bir dengenin kurulmasında yetersiz bulan AİHM, başvuru sahibinin özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapmış olduğu başvuruyu haklı bulmuştur.

iii. Değerlendirme

Mahkeme bu kararında Caroline davaları sayesinde teyit edeceği ölçütlere ilişkin içtihadının ipuçlarını vermektedir. Bu ölçütlerden ikisi kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı ve fotoğrafların çekildiği koşullar ölçütleridir.

⁸⁸ Ibid, prg. 65.

⁸⁹ Ibid, prg. 69.

⁹⁰ Ibid, prg. 72.

⁹¹ Ibid, prg. 74.

Mahkeme'nin bu kararda yapmış olduğu teorik tartışmaları ve getirmiş olduğu genel ilkeleri benimsemekle birlikte somut olaya uygulamasında isabetsizlikler bulunduğu kanaatindeyiz.

Öncelikle, Mahkeme'nin Prens Caroline'yi herhangi bir resmi görev icra etmeyip sadece bir kraliyet üyesi olması sebebiyle kamunun ilgisine konu bir kişi şeklinde tanımlaması ve bu tanımlama ışığında kendisini sıradan vatandaş şeklindeki nitelendirmesine katılma olanağı bulunmamaktadır.⁹² Bir kimsenin kamuya mal olup olmaması sadece politikacılara indirgenemez. Bir kimse siyasetçi, sporcu, ressam, kraliyet ailesi üyesi, oyuncu, televizyon yıldızı gibi farklı sebeplerle kamuya mal olmuş kişi olarak nitelendirilebilir. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin "Özel Yaşam Hakkı"na ilişkin 1165 (1998) sayılı kararında kamuya mal olmuş kişi, politika, ekonomi, sanat, sosyal yaşam veya başka herhangi bir alanda kamusal yaşamda rol oynayan kişi şeklinde tanımlanmaktadır.⁹³ Bizce de kamuya mal olmuş kişi tanımının bu perspektifte geniş bir şekilde yapılarak kamu yaşamında yukarıdaki alanların yanı sıra sağlık, eğitim, kültür, eğlence gibi alanlarda rol oynayan kimse şeklinde belirlenmesi gerekmektedir.⁹⁴

Mahkeme'nin getirmiş olduğu kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı ölçütünün çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurmak için isabetli olduğu kanaatindeyiz. Buna karşın fotoğrafların başvuru sahibinin münhasıran özel yaşamına ilişkin detaylar içermesi ve fotoğrafların çekildiği sırada başvuru sahibinin resmi bir görevi icra etmiyor olması nedeniyle *kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı* ölçütünün sağlanmadığı şeklindeki tespitine katılmıyoruz. Her ne ka-

⁹² Aynı yönde bkz. Saxer, s. 20.

⁹³ von Hannover v. Almanya (no. 40660/08 ve 60641/08) sayılı karar. İlgili karar için bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang%20=en> Erişim tarihi: 30.12.2019.

⁹⁴ Kamuya mal olmuş kişi tanımında akla ilk gelen tanım kamunun dikkatini çeken kişi olabilir. Ancak biz bu tanıma fazla geniş olduğu gerekçesiyle katılmıyoruz. Zira son teknolojik gelişmeler ve sosyal ağlarda yapılan paylaşımlarla beraber görülmüştür ki herkesin resmi, sesi, görüntü kaydı vb. eğlence, eleştiri, uyarı ve benzeri sebeplerle kamunun dikkatini çekebilir. Bunlar bir kimsenin sıradan vatandaş olmaktan çıkıp kamuya mal olmuş kişi olarak nitelendirilmesi için yeterli olmadığından kamuya mal olmuş kişinin kamunun dikkatini çeken kişi gibi subjektif temelli bir ölçütten ziyade kamusal yaşamda rol oynama şeklinde daha objektif temelli bir ölçüt ile belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. "Kamuya mal olmuş kişi" kavramının bir ölçüt olarak İsviçre hukukundaki yeri ve bu ölçütten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Zulauf/Sieber, s. 111 vd.

dar ölçüt, isabetli şekilde zikredilmişse ve somut uyuşmazlığa konu fotoğraflar için böyle bir katkıda bulunmadığı iddia edilebilirse de bu sonuca ilgili kişinin resmi görev icra etmiyor olması sebebiyle varmayı doğru bulmuyoruz. Mahkemenin yapmış olduğu bu tespit, kamunun sadece resmi görev icra eden kimselere ilişkin olarak meşru menfaati bulunduğu sonucunu vermektedir ki buna katılmak mümkün değildir.⁹⁵ Bir kimsenin kamuya mal olmuş olması halinde bunun kaynağının siyasetçi, sporcu, ressam, kraliyet ailesi üyesi veya televizyon yıldızı olması arasında ve katlanmak zorunda olduğu özel alanının sınırlanması mecburiyetinin doğmasında bir fark yoktur.

Mahkeme, yapmış olduğu açıklamalar ve getirmiş olduğu ilkeler esas itibarıyla isabetli olsa da varmış olduğu sonuç ile menfaatler dengesinde adil bir denge kuramamış, özel yaşamı korumak isterken ifade ve dolayısı ile basın özgürlüğüne ket vurmuştur. Mahkeme bu kararında gereğinden fazla korumacı davranmıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere içtihat değişikliğine giden Mahkeme'nin bu uyuşmazlığı teyit etmiş olduğu yeni içtihadı ile değerlendirecek olsaydı farklı karar vereceği kanaatindeyiz.

b. Von Hannover v. Almanya No.2⁹⁶ (2012)

i. Olay

Mahkemenin yukarıdaki kararı sonrasında Prenses Caroline ve Prens Ernst August, 2002 ve 2004 yılları arasında *Frau im Spiegel* ve *Frau Aktuell* adlı Alman dergilerinde kayak tatili sırasında rızaları alınmaksızın çekilmiş olan fotoğraflarının yayımlanmasının durdurulması talebiyle Alman mahkemelerine başvurmuşlardır.⁹⁷ Hamburg Eyalet Mahkemesi, talebi kabul etmiş ancak Hamburg İstinaf Mahkemesi somut olayda basın özgürlüğünden yana dengenin kurulması gerektiğini belirterek fotoğrafın yasaklanmasına ilişkin kararı bozmuştur.⁹⁸ Alman Federal Mahkemesi uyuşmazlığa konu iki fotoğrafın yayım-

⁹⁵ Aynı yönde açıklama ve örnekler için bkz. Karabağ, s. 1110 vd.

⁹⁶ von Hannover v. Almanya (no. 40660/08 ve 60641/08) sayılı karar.

⁹⁷ Kararın orijinal İngilizce metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029#{"itemid":\["001-109029"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109029#{) prg. 15 vd. Erişim Tarihi: 30.12.2019.

⁹⁸ Ibid, prg. 21 vd.

lanmasının yasaklanmasına ilişkin talebi kamu yararı bulunan bir tartışmaya katkıda bulunmadığı gerekçesiyle kabul etmiş ancak Şubat 2002’de *Frau im Spiegel* dergisinde yayımlanan ve çifti St. Moritz’teki kayak tatili sırasında yürümekte iken gösteren fotoğraf ve Monako Prensi Rainier’in sağlık problemlerine ilişkin ifadeler içeren habere ilişkin yönden yasak talebini reddetmiştir. Alman Federal Mahkemesi prensin sağlık problemlerinin “kamu yararı konusu” teşkil ettiği ve haberde prensin hastalığı sırasında aile üyelerinin davranışlarına ilişkin yorumda bulunduğu ve fotoğrafın haber ile verilen bilgiyi destekleyip görselleştirdiği tespitinde bulunmuştur.⁹⁹

26 Şubat 2008 tarihli kararında Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Alman mahkemelerinin AİHM’nin içtihatlarına gereği gibi ya da hiç uymadığına ilişkin Prens Caroline’in anayasaya aykırılık iddialarını Federal Mahkeme’nin gerekçelerine paralel şekilde reddetmiştir.¹⁰⁰ 16 Haziran 2008 tarihinde Alman Federal Anayasa Mahkemesi, *Frau Aktuell* dergisinde yayımlanan ve yukarıda belirtilen süreçlerden sonra önüne gelen anayasaya aykırılık iddialarını sebep göstermeksizin reddetmiştir.¹⁰¹

Bunun üzerine Prens Caroline ve Prens Ernst, söz konusu fotoğrafların yayınlarının durdurularak yasaklanması taleplerinin Alman mahkemelerince reddedilmesinin ve Mahkeme’nin 2004 tarihli *Caroline von Hannover v. Almanya* kararının gereği gibi dikkate alınmamasının AİHS’nin 8. maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle AİHM’e başvurmuşlardır.

ii. AİHM

Öncelikle AİHM, Almanya’nın 2004 tarihli kararını yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi görevinin Bakanlar Komitesi’ne ait olduğunu belirterek başvuruçunun bu husustaki talebini dinlememiştir.¹⁰²

Mahkeme, görece uzun kararında hem içtihat değişikliği yoluna gitmiş hem de içtihadını netleştirmiştir. “Genel İlkeler” başlığı altında

⁹⁹ Ibid, prg. 27 vd., özellikle prg. 38.

¹⁰⁰ Ibid, prg. 40 vd.

¹⁰¹ Ibid, prg. 59 vd.

¹⁰² Bakanlar Konseyi 31 Ekim 2007 tarih ve CM/ResDH(2007)124 kararında Bakanlar Temsilcilerinin 1007. toplantısında Almanya’nın kararı yerine getirdiğini ifade ederek uyuşmazlığın sona erdiği belirtmiştir. https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1205731&Site=COE#P1942_129105 Erişim Tarihi 30.12.2019.

'özel yaşam, ifade özgürlüğü, takdir yetkisi, dengeleme faaliyeti için ölçütler' alt başlıklarına yer vererek her birine ilişkin detaylı açıklamalarda bulunmuştur.¹⁰³ *Von Hannover No.2* kararının en önemli noktası şüphesiz, dengeleme için ölçütleri net bir şekilde saymış olmasıdır. Bu ölçütler şu şekildedir:

(i) Kamu yararının bulunduğu bir tartışmaya katkı¹⁰⁴ - Kamu yararı tanımı yapmaktan kaçınan Mahkeme, neyin kamu yararı kapsamında olduğunun somut olaya göre belirleneceğini söylemekle yetinmektedir.¹⁰⁵ Ancak sadece siyasi veya cezai meselelerin değil aynı zamanda spor veya sanat faaliyetlerinin de kamu yararına konu olabileceğini açıkça zikretmiştir. Öte yandan bir ülke başkanının evlilik problemleri ya da meşhur bir şarkıcının mali sıkıntıları kamu yararına konu değildir.

(ii) İlgili kişinin ne kadar tanınır olduğu/ kamuya mal olmuş olup olmadığı ve yayının konusu¹⁰⁶ - Sıradan vatandaşlarla kamuya mal olmuş kişiler arasında bir ayırım yapılması gerektiğini belirten Mahkeme, kamunun bilgilendirilme hakkının kamuya mal olmuş kişiler bakımından daha fazla olduğunu ancak bunun kamunun merakını tatmin etmek amacından başka bir amaç olmaksızın bir kimsenin özel yaşamının detaylarının ifşa edilmesi anlamına gelmediğinin altını çizmektedir.

(iii) İlgili kişinin önceki davranışları¹⁰⁷ - Bu ölçüt ile kastedilen kişinin yayından önceki davranışları ve ilgili fotoğraf ve haberin daha önce yayımlanmış olup olmadığıdır. Öte yandan, daha evvel basınla iş birliği içerisinde çalışmış olmak, kişinin korumadan yararlanamayacağı anlamına gelmemektedir.

(iv) Yayının içerik, biçim ve sonuçları¹⁰⁸ - İsminden de anlaşılacağı üzere bu ölçüt ile yayının içeriği, kullanılan üslup ve sonuçlarına bakılacak ayrıca yayının yerel veya ulusal olması gibi bunları etkileyebilecek faktörler göz önünde bulundurulacaktır.

¹⁰³ Ibid, prg. 95 vd.

¹⁰⁴ Ibid, prg. 108 vd.

¹⁰⁵ Ibid, prg. 109.

¹⁰⁶ Ibid, prg. 110.

¹⁰⁷ Ibid, prg. 111.

¹⁰⁸ Ibid, prg. 112.

(v) Fotoğrafın çekildiği koşullar¹⁰⁹ – Bu ölçüt uyarınca fotoğrafın kişinin rızasıyla çekilip çekilmediğine; rızası bulunmuyorsa açıkça mı yoksa gizli yöntemlerle mi çekildiğine bakılacaktır.

Yukarıda açıklanan ölçütleri ortaya koyduktan sonra AIHM, Alman Federal Mahkemesi'nin önceki içtihatlarına nazaran değişiklik yapmış olduğunu ve medyada yer alan bir haberin mevcut bir tartışmaya katkıda bulunup bulunmadığını ve haberin içeriğinin kamu merakını gidermekten öteye geçip geçmediğinin bir ölçüt olarak ele alınması gerektiğinin Federal Mahkeme'nin yeni kararlarında altının çizildiğini belirtmiştir. Ayrıca Alman Federal Mahkemesi'nce zikredildiği ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nce teyit edildiği üzere söz konusu bilginin sunulmasında kamu yararı arttıkça, ilgili kişinin özel yaşamının korunmasına ilişkin menfaatten o derece feragat edilecektir; bununla beraber, okuyucunun salt keyif almaya ilişkin menfaati korunmayacaktır.¹¹⁰

AIHM, yayın durdurma talebi reddedilen fotoğrafa ilişkin olarak, söz konusu bağlamda değerlendirildiğinde kamu yararı bulunan tartışmaya en azından bir dereceye kadar katkıda bulunulduğuna katılmakta ve Alman mahkemelerinin Prens Rainier'in hastalığının çağdaş toplumda gerçekleşen bir olay¹¹¹ olarak karakterize edilmesini isabet-siz bulmamaktadır. Ayrıca Alman mahkemelerince sadece eğlence amaçlı olarak yayımlanan ve başvurucuları benzer koşullarda gösteren diğer iki resmin yayımına ilişkin hâlihazırda yasak kararı verilmiş olmasının altını çizmektedir.¹¹²

Mahkeme bu kararında, *No.1* şeklinde atıfta bulunduğumuz karardan ayrılarak Caroline von Hannover'ın ve Prens Ernst August'un Monako Prenslığı nezdinde resmi görevi bulunup bulunmamasından bağımsız olarak sıradan bireyler olmayıp aksi iddia edilemez şekilde çok tanınmış kimseler olup kamuya mal olmuş kişiler olduğu tespitini yapmıştır.¹¹³

¹⁰⁹ Ibid, prg. 113.

¹¹⁰ Ibid, prg. 114 vd.

¹¹¹ "Event of contemporary society" Ibid, prg. 118.

¹¹² Ibid, prg. 95 114.

¹¹³ Ibid, prg. 120.

Son ölçüte ilişkin olarak Mahkeme, somut olayda, Alman mahkemelerinin belirttiği üzere başvurucuların fotoğraflarının genel bir taciz ikliminde ya da gizlice çekildiği iddialarını ispatlayacak herhangi bir delil sunamadıklarını belirtmiştir.

Sonuç olarak, AİHM, Alman mahkemelerinin ifade özgürlüğü ile başvurucuların özel yaşama saygı gösterilmesini isteme haklarını dikkatlice dengelediğini; böylece Mahkeme'nin 2004 tarihli *von Hannover* kararı da dâhil olmak üzere içtihatlarını açıkça göz önünde bulundurduğu tespitinde bulunmuş ve AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

c. Von Hannover v. Almanya No.3¹¹⁴ (2014)

i. Olay

Açıklanan davalara benzer şekilde Prens Caroline, kendisi ve kocasının tatildeyken çekilmiş olan fotoğraflarının yayımlanmasının yasaklanmasına ilişkin talebinin Alman mahkemelerince reddedilmesi üzerine AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiğini iddia ederek AİHM'e başvurmuştur.¹¹⁵

Davaya konu fotoğraf, *7 Tage* isimli Alman dergisinde 20 Mart 2002 tarihinde yayımlanmıştır. Fotoğraf, Prens Caroline ve kocasını tespit edilemeyen bir yerde resmetmektedir. Dergide von Hannover'ların Kenya'nın bir adasında bulunan yazlık evlerinin çeşitli fotoğrafları basılmış ve bu fotoğraflarla birlikte ünlülerin yazlık evlerini kiraya vermenin moda olduğuna ilişkin bir haber yayımlanmıştır. Söz konusu haberde von Hannover ailesinin villası, mobilyaları, günlük kira bedeli ve çeşitli tatil eğlencelerine ilişkin detaylara yer verilmiştir. Haberde "*Prens Caroline'in yatağında uyumak? Bu imkânsız bir rüya değil! Caroline ve Ernst August rüya villaların kiraya veriyorlar*" başlığı atılarak bir kutucuk içinde daha kalın puntolarla "*Zengin ve güzeller aynı zamanda tutumlular. Pek çoğu, villalarını ödeme yapan misafirlere kiraya veriyorlar*" ifadesi kullanılmıştır.

¹¹⁴ von Hannover v. Almanya (no. 8772/10) sayılı karar. Kararın orijinal Fransızca metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126362#{"itemid":\["001-126362"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126362#{) Erişim Tarihi: 30.12.2019.

¹¹⁵ Olaya ilişkin detaylı açıklamaya kararın 9. paragraf vd.da erişilebilir.

29 Kasım 2004 tarihinde, Prenses Caroline Hamburg Eyalet Mahkemesi'ne fotoğrafın yayınının durdurulmasına ilişkin olarak müracatta bulunmuş ve mahkemeden talebi yönünde karar almıştır.¹¹⁶ Ancak, Hamburg İstinaf Mahkemesi basın özgürlüğüne dayanarak bu kararı bozmuştur.¹¹⁷ Bunun üzerine davacı, Federal Mahkeme'ye başvurmuştur. Federal Mahkeme, AİHM'nin 2004 tarihli kararına atıfta bulunarak çağdaş toplumda gerçekleşen bir olaya dair bir haberin söz konusu olmamasına istinaden İstinaf Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.¹¹⁸ Buna karşın, 26 Şubat 2008 tarihinde, Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Mahkeme'nin kararını bozarak dosyayı geri göndermiştir. Bunun üzerine, dosyayı yeniden görüşen Federal Mahkeme, başvuru sahibinin kamuya mal olmuş kişi olduğunu belirtmiş ve haberin, kamu yararı bulunan bir konuya dair tartışmayı teşvik etmeye muktedir olduğu ve dolayısı ile her ne kadar söz konusu fotoğrafın bizatihi kendisi kamu yararına ilişkin bir konuya ilişkin olmasa da söz konusu fotoğrafın habere eşlik etmesinin uygun olduğu gerekçesiyle, yayıncının ifade özgürlüğünün, başvuru sahibinin özel yaşama saygı hakkı sebebiyle kısıtlanamayacağını belirterek davayı reddetmiştir.¹¹⁹ 2009 yılında ise Federal Anayasa Mahkemesi, başvuru sahibi tarafından yapılan anayasaya aykırılık başvurusunu reddetmiş¹²⁰ bunun üzerine Prenses Caroline AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

ii. AİHM

AİHM, yukarıda açıklanan *von Hannover No.2* ve aşağıda açıklanacak olan *Axel Springer AG* kararlarında¹²¹ ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının karşı karşıya geldiği durumlarda dengenin sağlanması için aranacak ölçütleri şu şekilde teyit etmiştir:

(i) Kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı,

(ii) İlgili kişinin ne kadar tanınır olduğu/ kamuya mal olmuş olup olmadığı ve yayının konusu,

¹¹⁶ Ibid, prg. 11.

¹¹⁷ Ibid, prg. 12.

¹¹⁸ Ibid, prg. 13.

¹¹⁹ Ibid, prg. 21 vd.

¹²⁰ Ibid, prg. 25 vd.

¹²¹ Mahkeme hem *Axel Springer AG*'nin hem de *von Hannover*'ın başvurularını birlikte dinlemeye karar vermiş ve her iki dava duruşması Büyük Daire önünde 13 Ekim 2010 tarihinde yapılmıştır.

- (iii) İlgili kişinin önceki davranışları,
- (iv) Yayının içerik, biçim ve sonuçları
- (v) Fotoğraf söz konusu ise çekildiği koşullar.¹²²

Mahkeme, söz konusu başvuruda, Federal Anayasa Mahkemesi'nin ve Federal Mahkeme'nin ilgili haberin kamu yararının bulunduğu bir tartışmaya katkıda bulunduğu tespitinin altını çizmiştir. Ayrıca Mahkeme, haberin başvuru sahibi ile kocasının özel yaşamına ilişkin bilgi vermekten ziyade villa ve villanın kiraya verilmesinin sonuçlarına odaklandığını belirtmekte ve bu sebeplerle Alman mahkemelerinin, kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkıda bulunulduğu sonucuna katılmaktadır¹²³. Buna ek olarak, Mahkeme, başvuru sahibi ve kocasının çeşitli davalar vesilesiyle kamuya mal olmuş kişiler olduğu tespiti yapmış ve sade vatandaşlar gibi özel yaşamlarının korunması gerektiği iddiasında bulunamayacak kimseler olduğunu ifade etmiştir.¹²⁴

Sonuç olarak, Mahkeme, Alman mahkemelerinin tarafların menfaatlerini ve haklarını dengeleme faaliyetini gerçekleştirdiğini ve Mahkeme'nin içtihatlarını göz önünde bulundurduğunu ifade ederek AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.¹²⁵

2. Axel Springer AG v. Almanya Kararı¹²⁶

Prenses Caroline davalarından farklı olarak bu davada başvuru, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini ileri süren kimse değil, hakkında verilen yayın durdurma kararı sebebiyle düşünce ve ifade özgürlüğü (ve uzantısı olan basın özgürlüğünün) ihlal edildiğini öne süren yayıncı kuruluştur.¹²⁷

¹²² Ibid, prg. 46.

¹²³ Ibid, prg. 48 vd.

¹²⁴ Ibid, prg. 53.

¹²⁵ Başvuru sahipleri AİHM'nin 5. Dairesi'nin yukarıda verilmiş kararının Büyük Daire tarafında temyiz incelemesine konu olması yönünde talepte bulunmuşlar ancak Büyük Daire temyiz talebini reddetmiştir. AİHM kararı 17.02.2014 tarihi itibarıyla kesinleşmiştir.

¹²⁶ Axel Springer AG v. Almanya (no. 39954/08) sayılı karar. Kararın orijinal Fransızca metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109034#{"itemid":\["001-109034"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109034#{) Erişim Tarihi: 30.12.2019.

¹²⁷ Olaya ilişkin detaylı açıklamaya kararın 9. paragraf vd.da erişilebilir.

a. Olay

Axel Springer AG, Almanya'da kayıtlı bulunan ve geniş bir dağıtım ağına dâhil, ulusal günlük bir dergi olan Alman *Bild* dergisinin yayıncısıdır. 2004 yılında *Bild* dergisi, ön sayfasında, Almanya'da tanınmış bir aktör olan X şahsının Münih'te bir festivalde kokain bulundurmaktan ötürü tutuklanmasına dair bir haber yayımlar. Haber, derginin iç sayfasında devam eder ve haber metninin yanında aktörün fotoğrafları basılıdır. Haberde, 1998'den bu yana popüler bir polisiye dizide bir polis amirini canlandıran aktörün 2000 yılında uyuşturucu bulundurmaktan ötürü ertelenmiş hapis cezasına çarptırıldığına yer verilmiştir. Dergi, ayrıca, 2005 yılında aktörün ikrarı üzerine yasa dışı şekilde uyuşturucu bulundurmaktan ötürü hüküm giyerek para cezasına çarptırıldığını yazar.

İlk haberin yayımı üzerine, X şahsı Hamburg Eyalet Mahkemesi'ne başvurarak durdurma ve yasak talebinde bulunur ve mahkemece bu talebi kabul edilir ve karar Hamburg İstinaf Mahkemesi'nce onanır. Öte yandan Hamburg Eyalet Mahkemesi birkaç ay sonra, haberi içeren tüm makalenin yayımını yasakladığı gibi, karara uyulmadığı gerekçesiyle Axel Springer AG'nin para cezası ödemesine hükmeder. Eyalet Mahkemesi, her ne kadar haberin gerçeğe uygunluğuna ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmasa da, X şahsının suçunun bilinmesinde kamu yararı bulunmadığını belirterek X şahsının kişilik hakkının korunmasının kamunun bilgilendirme hakkından üstün olduğu sonucuna varır. Eyalet Mahkemesi'nin kararı, Hamburg İstinaf Mahkemesi ve Federal Mahkeme tarafından onanır.¹²⁸

İkinci habere ilişkin olarak da yine Hamburg Eyalet Mahkemesi aktörün birinci habere ilişkin davada olduğu gibi taleplerini kabul eder ve bu hüküm Hamburg İstinaf Mahkemesi ve Federal Mahkeme tarafından onanır. Federal Anayasa Mahkemesi ise başvuru sahibi şirketin anayasaya aykırılık iddialarını dinlemeyi reddeder.¹²⁹

Bunun üzerine Axel Springer AG, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne haberlerin yayımlanmasının yasaklanmasının 10. maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle başvurur.

¹²⁸ Ibid, prg. 17 vd.

¹²⁹ Ibid, prg. 38 vd.

b. AİHM

Öncelikle Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta Alman mahkemelerinin kararlarının Axel Springer AG'nin 10. madde ile koruma altında bulunan ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğinin tartışmasız olduğunu belirtmiştir. Öte yandan Mahkeme, bu müdahalenin haklı olup olmadığını incelemiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere Mahkeme kişilik hakkının¹³⁰ basın yoluyla ihlalinde kullanılacak ölçütleri şu şekilde ortaya koymuştur.

(i) Kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı: Bu ölçüt uyarınca bir kimsenin günlük hayatındaki gelişmeler haber konusu yapılabilecektir.

(ii) İlgili kişinin ne kadar tanınır olduğu/ kamuya mal olmuş olup olmadığı ve yayının konusu

(iii) İlgili kişinin önceki davranışları

(iv) Bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu - Bu ölçütün bilgi edinme yöntemi *von Hannover v. Almanya No.3*'te "fotoğraf söz konusu ise, çekildiği koşullar" şeklinde teyit edilmiştir; ancak "doğruluğu" ifadesinin yeni bir ölçüt teşkil edip etmediği aşağıda tartışılmaktadır.

(v) Yayının içerik, biçim ve sonuçları

(vi) Hükmedilen yaptırımın ağırlığı - Bu ölçüt *No.3*'te zikredilmemiştir. Yeni bir ölçüt teşkil edip etmediği aşağıda tartışılmaktadır.

Mahkeme, somut yayının yukarıdaki ölçütleri sağladığını tespit etmiş bu nedenle yayıncı şirketin ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olması nedeniyle Almanya'yı tazminata mahkûm etmiştir.

c. Değerlendirme

Kanaatimizce Mahkeme, getirmiş olduğu ölçütleri önüne gelen uyuşmazlıkta istikrarlı şekilde uygulamış ve isabetli bir sonuca ulaşmıştır. Zira burada kamuya mal olmuş kişinin davranışı kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı sağlayacak şekilde içerik ve biçimde

¹³⁰ Mahkeme'nin içtihatlarına konu olan uyuşmazlıklarda inceleme konusu kişisel değer özel yaşam alanıdır. Özel yaşam alanı ile kastedilen özel alan ile sır alanının ikisinin birlikte oluşturduğu alandır.

sunulmuştur. Ayrıca verilerin bilgilere göre, yayının sonuçlarının vahameti ya da fotoğrafın çekildiği koşullara ilişkin olarak herhangi bir çekince konulmasına gerek bulunmamaktadır.

AIHM, en son tarihli *von Hannover No. 3* kararında, *No.2'* de ve *Axel Springer AG'* de yer alan şu 5 ölçütü şüphesiz teyit etmiştir: (i) kamu yararının bulunduğu bir tartışmaya katkı, (ii) ilgili kişinin ne kadar tanınır olduğu/ kamuya mal olmuş olup olmadığı ve yayının konusu, (iii) ilgili kişinin önceki davranışları, (iv) yayının içerik, biçim, ve sonuçları ve (v) fotoğraf söz konusu ise, çekildiği koşullar.

Mahkeme'nin *Axel Springer AG* kararında yer verip *No.3'* te açıkça tekrarlamadığı iki ölçütse şunlardır:

- i. Yayının doğruluğu
- ii. -varsa- yayıncı kuruluşa hükmedilen yaptırımın ağırlığı.

Öncelikle ii. numaralı ölçüte yer verilmemesi *No.3'* e konu olayda fotoğraf yasaklama talebinin kabul görmemesi sebebiyle yayıncıya herhangi bir yaptırım uygulanmaması olsa gerektir. Aynı şekilde "doğruluk" ölçütüne yer verilmeme sebebi *No.3'* te doğruluk tartışmasına gerek kalmaması ya da "yayının içeriği" ölçütünden çıkarılabilir olması olabilir. Bu bilgiler ışığında, Mahkeme'nin ölçütleri arasında "yayının doğruluğu" ölçütü şüphesiz bulunmaktadır. Uygulanabilir ise yayıncı kuruluşa hükmedilen yaptırımın ağırlığı da şartlar gerektirir nitelikteyse kullanılacak bir ölçüt olarak hazır bulunmaktadır.

3. M.L. ve W.W. v. Almanya Kararı¹³¹

a. Olay

Meşhur bir Alman aktörü öldürme suçundan hüküm giyen iki kişi, M.L. ve W.W., yeniden yargılanma talebinde bulunur.¹³² Bu talebin medyada yer bulması üzerine mahkumlar, 2007 yılında salıverildikten sonra basında yer alan haberlere ilişkin olarak anonimleştirme talebinde bulunurlar.

¹³¹ M.L. ve W.W. v. Almanya (no. 60798/10 ve 65599/10) sayılı karar. Kararın orijinal İngilizce metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["M.L.%20and%20W.W."\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-183947"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Erişim Tarihi: 30.12.2019.

¹³² Olaya ilişkin detaylı açıklamaya kararın 6. paragraf vd.da erişilebilir.

2008 yılında Hamburg Eyalet Mahkemesi, unutulma hakkının kamunun mahkumiyete ilişkin olarak bilgi sahibi olma menfaatine üstün geldiğini belirterek M.L. ve W.W.'nin talebini haklı bulur.¹³³ Hamburg Eyalet Mahkemesi, olay meydana geldiğinde kamunun yeterince bilgilendirilmiş olduğunu belirterek kamunun konu hakkında daha fazla bilgilendirilmeye ihtiyacı bulunmadığını belirtir. Hamburg İstinaf Mahkemesi, Hamburg Eyalet Mahkemesi'nin kararını onar.

Ertesi yıl, Alman Federal Mahkemesi, Hamburg İstinaf Mahkemesi'nin kararını, yayıncının ifade özgürlüğünün ve kamunun mahkumiyete ilişkin olarak bilgi sahibi olma menfaatinin gereği gibi dikkate alınmadığı gerekçesiyle bozar. Alman Federal Mahkemesi, geçmişte işlenmiş ağır suçlara ilişkin olarak kamunun bilgi sahibi olmaya ilişkin menfaatinin devam ettiğini belirtir.¹³⁴ M.L. ve W.W.'nin isimlerinin ancak bu iki kişiye ilişkin olarak bilgi taraması yapıldığı takdirde erişilebileceğini vurgular. Bunun üzerine M.L. ve W.W., Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurur ancak talepleri reddolunur. Bu taleplerinin de reddolunması üzerine başvuruçular AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia ederek AİHM'e başvurur.

b. AİHM

Mahkeme, basının ifade özgürlüğü ile AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının karşı karşıya geldiğini belirtmiştir. Mahkeme bu durumda dengenin sağlanması için halihazırda içtihatlarında başvurmakta olduğu ölçütleri bu kararında bir kez daha şu şekilde teyit etmiştir:¹³⁵

(i) Kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı: Mahkeme, özellikle büyük ölçüde dikkat çeken önemli adli olaylara ve suçlara ilişkin olarak kamunun bilgilendirilme menfaatinin bulunduğunu, bu menfaatin sadece söz konusu ceza davasının görüldüğü esnada yapılan haberlerle sınırlı olmadığını, duruma göre hükümden yıllar sonra yargılamaya ilişkin yapılan başvuruları da kapsadığını belirtmiştir.¹³⁶ Mahkeme, basının arşivlerde yer alan eski haberleri kamunun

¹³³ Ibid, prg. 12 vd.

¹³⁴ Ibid, prg. 19 vd.

¹³⁵ Ibid, prg. 98 vd.

¹³⁶ Ibid, prg. 98.

erişimine sunmak suretiyle demokratik kamuoyunun oluşturulmasına katkıda bulunma görevinin bulunduğuna dair Alman Federal Mahkemesi'nin yorumuna katıldığını ifade etmiştir.¹³⁷

(ii) İlgili kişinin ne kadar tanınır olduğu/ kamuya mal olmuş olup olmadığı ve yayının konusu: Mahkeme'ye göre, başvuruçular yeniden yargılanma talebinde buldukları esnada basına konuştuklarından dolayı anonimlik talebinde buldukları tarihte kamu tarafından tanınmayan sıradan bireyler değildir.¹³⁸ Yayının konusuna gelince, yayın ilgili dönemdeki cezai yargılamaya veyahut yeniden yargılamaya ilişkin olup her iki tür yayın da demokratik toplumlarda yapılan tartışmalara katkı sağlar niteliktedir.¹³⁹

(iii) İlgili kişinin önceki davranışları: Başvuruçuların yeniden yargılanma talepleri esnasında basına konuşmaları Mahkeme tarafından dikkate alınmıştır.¹⁴⁰

(iv) Yayının içerik, biçim ve sonuçları: Mahkeme, fotoğraf ya da haberin yayın biçiminin dikkate alınacağına ve yayının yerel veya ulusal olması gibi yayının içeriği, kullanılan üslup ve sonuçlarını etkileyecek faktörlerin göz önünde bulundurulacağına dair içtihadını tekrarlamıştır.¹⁴¹ Mahkeme, yapılan yayınların objektif olduğunu saptamış ayrıca bu haberlere erişimin sınırlı olduğunu belirtmiştir.¹⁴²

(v) Fotoğrafın çekildiği koşullar: Mahkeme bu ölçüde ilişkin olarak uygunsuz bir durumun bulunmadığını, hatta fotoğrafların salıverilmeden yaklaşık 13 yıl öncesine ait olduğunu, bu nedenle fotoğraflar sebebiyle başvuruçuların tanınma ihtimalinin düşük olduğunu belirtmiştir.¹⁴³

Özetle Mahkeme, hem suç ve mahkûmiyet haberlerine ve yeniden yargılanma talebine ilişkin olarak hem de geçmişte yaşanan olaylara ilişkin olarak kamunun bilgilendirilme menfaatinin bulunduğunu ifade etmiştir. İçerik sağlayıcılarının, kişisel bilgileri kaldırmak üzere

¹³⁷ Ibid, prg. 101-102.

¹³⁸ Ibid, prg. 106.

¹³⁹ Ibid, prg. 107.

¹⁴⁰ Ibid, prg. 109.

¹⁴¹ Ibid, prg. 110.

¹⁴² Ibid, prg. 113.

¹⁴³ Ibid, prg. 115.

arşivlerini düzenlemesini istemek ya da haberlerini arşivlemelerini engellemenin ifade özgürlüğüne ket vuracağı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Mahkeme, ilgili haberleri ele almış ve bu haberlerin objektif olduğunu saptamış ayrıca bu haberlere erişimin sınırlı olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

SONUÇ

Basın haber verme, denetim, eleştiri ve kamuoyu oluşturma görevlerini yerine getirdiğinden basın özgürlüğü demokratik toplumlar için vazgeçilmez olup gerek anayasa ve kanunlarda gerek uluslararası metinlerde güvence altına alınmıştır.

Basının özgürlüğü sınırsız olmayıp bunun en önemli sınırlarından birini “kişilik hakkı” oluşturmaktadır. Bir kimsenin insan olması sebebiyle kendisine tanınmış olan ve kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan doğuştan sahip olduğu haklara kişilik hakları ya da genel bir ifadeyle kişilik hakkı denir. Bu hakkın kapsamına giren başlıca kişisel değerler, kişinin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özel ve sır alanları, adı, resim ve sesidir. Özellikle, şeref ve haysiyet, özel ve sır alanları (ya da bu çalışmada her ikisini birlikte ifade etmek üzere kullanılan özel yaşam alanı) ve resim, basın yoluyla en çok ihlal edilen kişisel değerlerdir.

Basın yoluyla kişilik değerlerinin ihlal edilmesi sebebiyle basın özgürlüğü ile kişilik hakkının karşı karşıya geldiği pek çok durum yargı kararlarına konu olmuş; gerek Yargıtay gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hallerde dengenin ne yönde ve hangi koşullarla kurulacağına ilişkin içtihat geliştirmişlerdir.

Hem Yargıtay’ın hem de AİHM’nin özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi kişilik hakkı ile ifade özgürlüğünün bir uzantısı olan basın özgürlüğünün çatıştığı durumlarda dikkatli bir inceleme gerçekleştirdikleri görülmektedir. Gittikçe yaygınlaşan ve fiziksel olarak engellenmesi mümkün olmayabilen basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinde mahkemelerin korumacı bir tutum sergileyerek basın kuruluşlarına basın özgürlüğünün sınırını kişilik hakkının oluşturduğunu hatırlatmaları büyük önem taşımaktadır.

AİHM'nin yerleşik içtihadına göre basın ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının karşı karşıya geldiği durumlarda başvurulacak ölçütler, i) yayının kamu yararının bulunduğu bir tartışmaya katkıda bulunup bulunmadığı, (ii) ilgili kişinin ne kadar tanınır olduğu/ kamuya mal olmuş olup olmadığı ve yayının konusu, (iii) ilgili kişinin önceki davranışları, (iv) yayının içerik, biçim, ve sonuçları ve (v) fotoğraf söz konusu ise, çekildiği koşullardır.

Yargıtay, basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinde hukuka uygunluk sebeplerinden üstün nitelikte kamu yararı ise şu ölçütler ışığında açıklamaktadır: (i) görünür gerçeklik (ii) kamu yararı ve toplumsal ilgi (iii) güncellik ve (iv) öz biçim arasındaki dengedir.

Yargıtay'ın getirmiş olduğu bu ölçütlerin son derece isabetli olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle yayının yapıldığı anda belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olgular şeklinde zikredilen "görünür gerçeklik" ölçütüne katılmaktayız. Öte yandan "kamu yararı ve toplumsal ilgi" biçiminde ifade edilen ölçütün hem formasyonuna hem de içeriğine ilişkin şunları belirtmek zaruridir: Öncelikle, "toplumsal ilgi" AİHM kararlarında olduğu gibi ayrı bir ölçüt olarak belirlenmeli ve bu kavramdan kamuda rol oynayan kimse olan kamuya mal olmuş kişi anlaşılmalıdır. Bu ölçüt özellikle, özel yaşam alanı ile resim kişisel değerlerinin ihlal edilip edilmediğini belirlemede büyük rol oynayacaktır.

Önemli bir husus olarak, "kamu yararı" kavramının içeriği yargı içtihatları ile doldurulmalıdır. Yargıtay'ın getirmiş olduğu bu ölçütler "üstün nitelikte kamu yararı" kenar başlıklı bir hukuka uygunluk sebebinin belirlenmesinde kullanılmaktadır. Hal böyle iken, bir alt başlık olarak bu derece belirsiz bir şekilde kamu yararı ifadesi kolaycılık olarak değerlendirilebilir. Bu noktada, "kamu yararının bulunduğu tartışmaya katkı" biçiminde bir ölçüt getiren ve çeşitli kararlarında bu ölçütün içeriğini dolduran AİHM örnek alınabilir ya da Yargıtay kendi ölçütlerini kullanmak suretiyle bunu başka bir şekilde somutlaştırabilir.

Yayına konu olan olayın yakın zamanda gerçekleşmiş olması ya da yakın zamanda gerçekleşmiş olmasa bile olayın etkilerinin hala canlılığını koruyor olması şeklinde ifade edilebilen "güncellik" ve konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık biçiminde de dile getirilen, haberin içeriği ve şeklin birbirine uygun olması anlamına gelen "öz biçim ara-

sındaki denge” ölçütleri de ışıktan tutacak nitelikte ölçütlerdir. Özellikle öz biçim arasındaki denge isabetli uygulanıp uygulanmadığını belirlemenin zor olduğu ama bir o kadar da önemli bir ölçüttür. Zira bir yayın, görünür gerçeğe uygun, güncel, kamu yararı ve toplumsal ilgiye konu olsa bile öz ile biçim arasındaki dengenin aşılması halinde bu yayın, basın özgürlüğü korumasından yararlanmaya layık bulunamayacaktır. Bu nedenle haberin veriliş biçimi ve kullanılan ifadeler önem taşır. Öz biçim dengesi sağlanmayarak ihlale maruz kalma tehlikesi en fazla olan kişisel değer şeref ve haysiyet olup bu ölçüt kendisini en çok eleştiri ile hakaret sınırının ne tarafında olduğunu belirlediği durumlarda gösterir. Mahkemeler bu tespiti yaparken herkesin kişilik hakkını korumaya eşit derecede önem göstermeli, ilgili korumayı tarafların sahip oldukları siyasi vb. güçle ilişkilendirebilecek pozisyonlardan bağımsız sağlamalı ve kararlarını mevcut siyasi ya da ekonomik konjonktürü göz ardı etmek suretiyle vermemelidir.

Bu değerlendirmelerin ışığında kişilik haklarının ihlalini tespitte yönelik değerlendirme yaparken Yargıtay, AİHM kararlarında zikredilen “bilginin elde edilme yöntemi” ve “ilgili kişinin önceki davranışları” ölçütlerini de ihlal edildiği öne sürülen kişisel değere göre – özellikle özel yaşam alanı ve resim- AİHM içtihatları ışığında nazara almalıdır. Zira yayıncı kuruluşun bunları kişisel değerleri hiçe sayarak elde etmemesi gerekir; aksi takdirde basın özgürlüğü korumasından faydalanamamalıdır.

Yargıtay’ın ve doktrinin İsviçre Federal Mahkemesi’nden esinlenerek kullandığı özel alan - sır alanı ayırımının AİHM tarafından kullanılmasının faydalı olacağı, özellikle özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiğinin iddia edildiği durumlarda alan teorisinin yardımcı olacağı düşüncesindeyiz. Her ne kadar bir kimse kamuya mal olmuş olsa da kişinin sır alanının ihlal edilemeyeceği ama özel alanının sıradan vatandaşa nazaran daha dar olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. AİHM’nin bu ayırımı benimsemesi daha etkin bir koruma, öngörülebilirlik ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracaktır.

Sonuç olarak, sahip olduğu önem nedeniyle vazgeçilemez basın özgürlüğü ile kişilik hakkının karşı karşıya geldiği durumlarda somut olayın bütün özellikleri ışığında hassas bir değerlendirme yapılabilmelidir.

kaniyete en uygun çözüme varılmaya çalışılmalıdır. Elbette bu denge nin kurulmasının bizatihi kendisi sübjektif olduğu gibi kullanılan ölçütler de şahsi yorumlara müsaittir; bununla beraber, ölçütlere sadık kalınıp içeriklerinin objektif değerlendirmeye tabi tutulduğu durumlarda en adil çözüme varılabileceği kanaatindeyiz.

Kaynakça

Kitaplar

- Akipek Jale G./Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C.I, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Arpacı Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınevi, İstanbul 2000.
- Belli Doğan Bülent, Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Saldırlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayınevi, İstanbul 2016. (Helvacı, Gerçek Kişiler)
- Helvacı Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınevi, İstanbul 2001. (Helvacı, Davalar)
- Kılıçoğlu Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Özel Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004. (Özel, Medya)
- Özsunay Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Öztan Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Serozan Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. (Serozan, Medeni Hukuk)
- Teitler Mirjam, Der rechtskräftig verurteilte Straftäter und seine Persönlichkeitsrechte im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Informationsinteresse, Persönlichkeitsschutz und Kommerz, Zürcher Studien zum Privatrecht Band/Nr. 205, Zürich 2008.
- Zevkliler Aydın/Ertaş Şeref/ Havutçu Ayşe/Gürpınar Damla, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Makaleler

- Acabey Beşir, "Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı, İzmir 2013, Özel Sayı: 8, s. 1-54.
- Aydos Oğuz Sadık, "Basın Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. XVI, S. 2, s. 1-36.
- Canbolat Ferhat, "Güncel Gelişmeler Işığında Kişilik Hakları ve Korunması", Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, Ankara 2016, s. 225-230.
- Cramer Conradin, "Persönlichkeitsschutz und Medienfreiheit Vorschläge für eine Güterabwägung nach kontextbezogenen Fallgruppen", *Basler juristische Mitteilungen* 2008, s. 121-146.
- Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E., "Persönlichkeitsschutz und Massenmedien - Eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage", *recht Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis* 2004, s. 129-150.
- Helvacı İlhan, "Alman Federal Mahkemesinin Mutlak Anlamda Kamuya Mal Olmuş Kişilerin de Özel Alanlarına Saygı Gösterilmesi Gerektiği Yönündeki 19.12.1995 tarihli Kararı Üzerine", Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 329-341. (Helvacı, Tekinay Armağanı)
- Kaneti Selim, "Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk", *Danıştay Dergisi*, Ankara 1979, Y.: 9, S.: 34-35, s. 7-19.
- Kara Kılıçarslan Seda, "Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yararın Basın Faaliyetlerinde Fikri Hak Sahipliğine Getirilen Sınırlamalar Bakımından Görünümü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2016, C. XX, S. 1, s. 137-161.
- Karabağ Bulut Nil, "Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin von Hannover v. Almanya Vakasına ilişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1055-1112.
- Özbey Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mayıs 2013, S. 106, s. 41-92.
- Özel Sibel, "Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Unsurunun Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, İstanbul 2004, C. I, S. 1, Özel Hukuk, s. 164-203. (Özel, Kuntalp Armağanı)
- Reisoğlu Safa, "Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 295-318.
- Saxer Urs, " 'Caroline' und die Privatsphäre Prominenter in der Schweiz" *Medialex Zeitschrift für Kommunikationsrecht* 2005, s. 19-26.
- Serozan Rona, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yeni Seri, İstanbul 1977, Y.: 11 C.: 14, s. 93-112. (Serozan, Düşünceler)
- Tandoğan Haluk, "Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1963, C.: 20, C.: 1, s. 1-36.

Zulauf Rena/Sieber Maja, "Entstauben oder Entsorgen: Die Figur der Person der Zeitgeschichte hat ausgedient – eine Neupositionierung tut Not", *Recht und Wandel Festschrift für Rolf H. Weber* (hrsg. Mirina Grosz, Seraina Grünwald, Zürich - Basel - Genf 2016, s. 111-145.

Mahkeme Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- von Hannover v. Almanya (no. 59320/00) sayılı karar. İlgili karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["699729"\],"itemid":\["001-61853"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Erişim tarihi: 30.12.2019.
- von Hannover v. Almanya (no. 40660/08 ve 60641/08) sayılı karar. İlgili karar için bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang%20=en> Erişim tarihi: 30.12.2019.
- von Hannover v. Almanya (no. 8772/10) sayılı karar. Kararın orijinal Fransızca metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126362#{"itemid":\["001-126362"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126362#{) Erişim Tarihi: 30.12.2019.
- Axel Springer AG v. Almanya (no. 39954/08) sayılı karar. Kararın orijinal Fransızca metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109034#{"itemid":\["001-109034"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109034#{) Erişim Tarihi: 30.12.2019.
- M.L. ve W.W. v. Almanya (no. 60798/10 ve 65599/10) sayılı karar. Kararın orijinal İngilizce metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["M.L.%20and%20W.W"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-183947"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Erişim Tarihi: 30.12.2019.

Yargıtay Kararları

Bu çalışmada yararlanılan tüm Yargıtay kararları, aksi belirtilmedikçe, www.kazanci.com uzantılı internet içtihat bilgi bankasından temin edilmiştir.

- Yargıtay HGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, T. 17.06.2015.
- Yargıtay HGK, E. 2012/4-179; K. 2012/412, T. 27.6.2012.
- Yargıtay HGK, E. 2011/4-278, K. 2011/376, T. 1.6.2011.
- Yargıtay HGK E. 2010/4-129 K. 2010/173 T. 24.3.2010.
- Yargıtay HGK, E. 2008/4-263; K. 2008/262, T. 19.3.2008.
- Yargıtay HGK, E. 2007/4-221, K. 2007/213, T. 18.4.2007.
- Yargıtay HGK, E. 2007/4-98, K. 2007/110, T. 7.3.2007.
- Yargıtay HGK, E. 2007/4-23; K. 2007/51, T. 7.2.2007.
- Yargıtay HGK, E. 2006/4-670; K. 2006/664; T. 18.10.2006.
- Yargıtay HGK, E. 2006/4-540, K. 2006/601, T. 27.9.2006.
- Yargıtay HGK, E. 2005/4-644; K. 2005/701, T. 7.12.2005.
- Yargıtay HGK, E. 2004/4-253; K. 2004/270, T. 12.5.2004.
- Yargıtay HGK, E. 2003/4-167, K. 2003/176, T. 19.3.2003.
- Yargıtay HGK, E.1998/4-251, K.1998/265, T. 1.4.1998.
- Yargıtay HGK E. 1990/4-275, K. 1990/459, T. 03.10.1990.

- Yargıtay 4. HD, E. 2015/570 K. 2016/171 T. 11.1.2016.
Yargıtay 4. HD, E. 2010/9172, K. 2011/12026, T. 17.11.2011.
Yargıtay 4. HD, E. 2004/7980, K. 2005/5148, T. 10.5.2005.
Yargıtay 4. HD, E. 2004/6937, K. 2005/740, T. 3.2.2005.
Yargıtay 4. HD, E. 2004/7746, K. 2004/8416, T. 28.6.2004.
Yargıtay 4. HD, E. 2003/15843, K. 2004/5933, T. 4.5.2004.
Yargıtay 4. HD, E. 2002/2953, K. 2002/7406, T. 13.6.2002.
Yargıtay 4. HD, E. 2001/8795, K. 2001/12714, T. 24.12.2001.
Yargıtay 4. HD, E. 2001/4584, K. 2001/9053 T. 4.10.2001.
Yargıtay 3. HD, E. 1997/3580, K. 1997/4144. T. 28.04.1997.
Yargıtay 4.HD, E. 1990/11596, K. 1991/11230, T. 23.12.1991.
Yargıtay 4. HD, E.1987/8085, K. 1988/334, T. 19.1.1988.
Yargıtay 4. HD, E. 2430, K. 3602, T. 28.03.1977. Karar için bkz. Helvacı, Davalar, s. 62 dn. 228.

BİYOTEKNOLOJİ HUKUKUNUN TEMEL KONULARI

FUNDAMENTAL ISSUES OF BIOTECHNOLOGY LAW

Abdurrahman Ali YILDIRIM*

Özet: Bu makalede biyoteknoloji hukuku tanıtılarak multidisipliner bir çalışma alanı olduğundan hareketle, kapsamına dair bilgilendirme yapılmıştır. Biyoteknoloji hukukunun ilgilendiği konular ile tıp hukuku ve ticari işletme hukuku gibi alanlarla ilişkili olduğu meseleler üzerinde durulmuştur. İlgili mevzuat, temel hükümler, meselelere somut çözümler ve uluslararası düzenlemeler başlı başına birer çalışma olduklarından, bu doğrultuda genel hatlarıyla değinilmekte yetinilmiş, konu dağıtılmadan temel sorunlar belirlenmeye çalışılmıştır. Değerlendirmelerde biyoteknoloji uygulamalarının insana yönelik olması ve diğer canlılara yönelik olması ayırımından yola çıkılmıştır. Biyoteknoloji hukukunun ilgi alanları, biyoetik ile ilişkisi ve özel hukuk ile kamu hukuku alanlarındaki ilgili diğer hukuk disiplinleriyle bağlantı noktaları açıklanmıştır. Biyoteknoloji özelinde güncel birtakım uygulamalar konusunda problemlere ve muhtemel tehlikelere dikkat çekilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Biyoteknoloji, Hukuk, Biyotıp, Biyoetik, Medikal Teknoloji, Genetik, Biyogüvenlik, Tıp Hukuku

Abstract: This article describes biotechnology law and explains its scope as a multidisciplinary field. The emphasis is given to the issues that biotechnology law directly deals with, and its related areas such as medical law and business law. Since the relevant legislation, comparative law, provisions of international regulations, and presented solutions to the issues are broad research topics that deserve entirely separate studies, the article draws a general outline on them and focuses on the central issues without any distraction. The distinction between biotechnology applications aimed at humans and/or other living creatures is made in the discussions section. The subjects of biotechnology law, its relation with bioethics, and its connections with other relevant legal disciplines in the fields of private law and public law are explained. Attention is drawn to the problems and possible dangers in certain biotech applications.

Keywords: Biotechnology, Law, Biomedicine, Bioethic, Medical Technology, Genetic, Biosecurity, Medical Law

* Avukat, Türk-Alman Üniversitesi Doktora Öğrencisi, yldrm@me.com, ORCID: 0000-0003-4322-6635, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.02.2020, Kabul Tarihi: 17.02.2020

GİRİŞ

Günümüzde bireysel ve toplumsal yaşama yön veren, insan hayatında ciddi değişikliklere neden olan yeni gelişmelere tanık olmaktadır. Bu gelişmeler sosyal hayata birçok yenilik ve fayda sunmakla birlikte, birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Problemlerin çözümünde bir süredir uygulanagelen yerleşik metotlar ve klasik argümanlar sınırlı şekilde çözüm sunmakta, bir yerden sonra toplum ihtiyaçlarına cevap verememekte ve yetersiz kalabilmektedir.

21. yüzyılın ilk çeyreği için biyoteknoloji uygulamaları, birey ve toplum hayatına, daha önce karşılaşılmamış ve geleceği kestirilemeyen yeniliklerle birlikte birçok heyecan ve endişeleri de beraberinde getirmektedir. Bu gelişmeler doğrultusunda ileriki dönemler için farklı eğilimlerin, hassasiyetlerin, sosyal sorunların ve yeni meslekler ile uzmanlık alanlarının ortaya çıkacağı rahatlıkla söylenebilir. Yine bu doğrultuda farklı hukuki ihtilafların doğacağı ve yeni yasal düzenlemelerin yapılacağı öngörülmektedir.

İlgilendiği birçok farklı disiplin göz önünde bulundurulduğunda münhasır bir disiplin olarak nitelendirilebilecek “Biyoteknoloji Hukuku”, güncel tıp bilimi ve sürekli gelişen biyoteknoloji doğrultusunda aslında multidisipliner bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹ Özellikle genetik alanındaki keşiflerle 1970’lerden beridir konuşulagelen biyoteknolojinin hukuki yönü,² gerek akademik ve gerekse ticari hayatta, güncel biyoteknoloji uygulamaları ve tartışılan sonuçları ile önem verilen bir konu haline gelmiştir.

I. Biyoteknoloji

Biyoteknoloji hukukunun çalışma alanının belirlenmesinde biyoteknolojinin ne ifade ettiğinin ve uygulama alanlarının neler olduğu-

¹ Multidisipliner; farklı disiplinlerin iş bölümü ile bir arada fakat bütünü farklı parçaları olarak yer almasını ifade ederken, interdisipliner; kavramı bunların birlikte ve etkileşim içinde yer almasını ifade etmektedir. (Prof. Dr. Gün Güler Akdoğan, 29. Türkiye Sağlık Bilimleri Enstitüleri Toplantısı, ‘İnterdisipliner ve Multidisipliner Lisansüstü Programlar, 13-14 Nisan 2017 Bezmialem Üniversitesi, İstanbul’) Biyoteknoloji hukuku için farklı başlıklar altında oldukça çeşitli iş bölümü ve değerlendirmeler söz konusu olduğundan multidisipliner karakterin öne çıktığı söylenebilir.

² Legal Career Path, “What is Biotechnology Law?”, <https://legalcareerpath.com/what-is-biotechnology-law/> (erişim: 24.01.2020)

nun üzerinde durmak gerekmektedir. “*Biyoteknoloji*” terimi en geniş tabiriyle canlılığa yönelik olan, biyoloji biliminin konu alanı içerisinde yapılan teknolojik çalışmaları ifade etmektedir. Biyoteknolojinin de-tayda küçük farklılıklar arz eden çeşitli tanımları vardır. En bilinen tanımı ile *biyoteknoloji*, canlılık üzerinde uygulanan birtakım süreç ve teknikleri ifade etmekle birlikte organik bileşenler, bakteri ve virüs-ler, hücreler, dokular, organlar gibi canlılığa ilişkin konularda biyoloji bilimini kullanarak manipülasyonlarda bulunan bir alandır.³ Avrupa Biyoteknoloji Federasyonu’na göre *biyoteknoloji*, mikroorganizma ka-biliyetlerinin, kültürlenmiş doku hücrelerinin ve bunları oluşturan madde ve yapıların teknoloji ile kimya, mikrobiyoloji ve mühendislik bilimlerinin entegre kullanımını ifade etmektedir.⁴

Hukuki yönünü değerlendirmeden önce biyoteknoloji hakkında şu gerçekliğin altını çizmek gerekir: Makine ve sanayi devrimi sonra-sında gittikçe gelişen teknoloji ve mühendislik, zamanla biyoloji ve tıp bilimi için de büyük kabiliyetler sunabilecek duruma gelmiştir. İnsan ve diğer canlıların doğal varlığına müdahale noktasında bilim, baş döndürücü bir ilerleme kaydetmektedir. Bu konuda kırılma noktası sayılabilecek en önemli gelişmelerden; 1950’lerdeki DNA’nın keşfi ve 1990’da başlayan, 2003 yılında tamamlanan insanın gen haritasını çıkarmaya dair İnsan Genom Projesi’dir (HGP, The Human Genome Project).⁵ Bu proje ile tarihte ilk defa insanın genetik kodları tamamıyla okunabilmiş ve bir deyişle biyoteknoloji çağına adım atılmıştır. Ardın-dan 2012 yılında genetik manipülasyon konusunda ciddi kolaylık ve verimlilik sağlayan CRISPR adlı yöntemin yayınlanması da bilim camiasında geniş bir yankı uyandırmıştır.⁶

³ Merriam-Webster, Biotechnology, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/biotechnology> (erişim: 19.12.2018)

⁴ Bull, A. T., Holt, G., and Lilly, M. D., “Commercial Biotechnology: An International Analysis, Definitions of Biotechnology”, *Biotechnology: International Trends and Perspectives*, Organisation for Economic Co-Operation and Development, Paris, 1982, s. 503

⁵ İnsan Genom Projesi (Human Genome Project) National Genome Research Institute, The Human Genome Project, <https://www.genome.gov/human-genome-project> (erişim: 30.08.2020)

⁶ CRISPR, açılımı Düzenli Aralıklarla Bölünmüş Palindromik Tekrar Kümeleri (Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats), oldukça düşük bir maliyetle ve kolay bir şekilde bitki, hayvan ve insan genomunda değişiklik yapılabilmesine imkan veren ve yakın zaman önce keşfedilen gen düzenleme uygulamalarından birisidir. 2020 Nobel Kimya Ödülüne CRISPR konusundaki

Bundan ayrı olarak, nörobilim, tıp ve bilgi işleme konularında insan beyninin daha iyi anlaşılabilmesi ve çözümlenebilmesi için 2013 yılında İnsan Beyni Projesi (HBP, The Human Brain Project) adlı bir çalışma başlatılmıştır. Avrupa Birliği tarafından fonlanan, 500'e yakın bilim insanı ve 100'den fazla üniversitenin iştirak ettiği, 10 yıllık bir çalışma süresi öngörülen bu proje ile yakın zaman içerisinde nöroteknoloji konusunda son derece önemli adımlar atılması beklenilmektedir.⁷

Hukuki yönüne geçmeden önce, biyoteknolojinin biyofarma ile olan ilişkisine ve bunların ayırımına da değinmek gerekmektedir: Biyoteknoloji (biotechnology) canlı organizmalar üzerinde mühendislik, biyoloji ve yazılım gibi sahalardan da yararlanılarak gerçekleştirilen bir çalışma alanını ifade ederken biyofarma (biopharma) kimya ve moleküler biyoloji bilimlerini ağırlıklı olarak ve daha çok ilaç üzerinde çalışılan bir alanı ifade etmektedir. Gerek biyoteknoloji firmaları (biotech firms) gerekse farmasötik firmalar (pharmaceutical firms) ilaçların ve tedavi gereçlerinin üretilmesinde önemli rol oynar fakat günümüzde biyofarma endüstrisi biyoteknolojiye göre nispeten daha geniş bir çalışma alanını ve daha büyük bir endüstriyi ifade etmektedir. Biyofarma çalışmaları kapsamında çoğunlukla, biyoteknoloji ve kimya alanlarından yararlanılarak tıbbi araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunmaktadır.⁸

II. Biyoteknoloji Hukuku

Hukuk sosyal değerler bütünü ve geçmişten gelen birikim doğrultusunda en temelinde insan davranışlarının düzenlenmesi ile ilgilenen

çalışmalarından ötürü Emmanuelle Charpentier ve Jennifer Doudna layık görülmüştür. 2012 yılında birlikte yayınladıkları "Uyarlanabilir Bakteriyel Bağışıklıkta Programlanabilir Çift RNA Kılavuzlu DNA Endonükleaz" başlıklı yayın bilim dünyasında çok büyük bir etki uyandırmıştır.

(John Kohen, "CRISPR, the Revolutionary Genetic 'Scissors,' Honored by Chemistry Nobel", AAAS Science Mag, 7 Ekim 2020, <https://www.sciencemag.org/news/2020/10/crispr-revolutionary-genetic-scissors-honored-chemistry-nobel>, erişim: 23.10.2020)

⁷ Human Brain Project, <https://www.humanbrainproject.eu/en/about/overview/> (erişim: 23.10.2020)

⁸ Troy Segal, "Biotech vs. Pharmaceuticals: What's the Difference?", 10 Nisan 2020, <https://www.investopedia.com/ask/answers/033115/what-difference-between-biotechnology-company-and-pharmaceutical-company.asp> (erişim: 23.10.2020)

bir alandır. Hukuk çerçevesinde ele alınan toplum halinde yaşayan insanın yasal varlığı, biyolojik varlığı ile örtüşmekte, insanın biyolojik varlığı da yasalara dayanan davranışları desteklemektedir. Dolayısıyla birey ve toplumun varlığına esas teşkil eden, toplumsal adalet kavramına hizmet eden insanın yasal varlığının temeli; örf, adet ve ahlak kuralları ile birlikte yasalara dayanan davranışları destekleyen insanın biyolojik varlığıdır denilebilir. Gerek insanın kendi bedeni üzerinde gerekse diğer canlılar üzerindeki biyoteknolojik muamelelere dair değerlendirmeler, temelde insanın bir biyolojik varlık olması esası göz önünde bulundurularak yapılmaktadır.⁹

Hukuk alanında yeni bir sahanın, kavramın, olgunun ve değerlendirmenin ortaya çıkmasında hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisinden yararlanılmaktadır. Hukuk felsefesi adalete uygun hukukun niteliklerinin neler olduğunu incelerken, hukuk sosyolojisi sebep ve sonuç ilişkileri ekseninde toplum yararına hizmet eden hukuku incelemektedir. Hukuk felsefesi, biyoteknoloji hukuku gibi yeni alanlarda, hukukun yönelmesi gereken yolu belirleyip adalet fikrinin gerçekleşmesine katkı sağlamaktadır. Hukuk sosyolojisi ise özellikle yeni sahaları konu edinen yasama çalışmaları için, yasaların sebepleri ve sonuçlarına dair somut çıkarımlarda ve öngörülerde bulunan bir müessesedir.¹⁰

Biyoteknoloji hukuku; özünde biyoteknoloji alanındaki uygulamaları konu aldığından bu alanın gelişmesi ve somut sonuçlarının toplum hayatında görülmesiyle birlikte gündeme gelmekte ve zamanla gelişme göstermektedir. Başlarda karşılaşılan birçok mesele klasik hukuk alanlarındaki ilke ve hükümlerle çözülmeye çalışılsa da, günümüzdeki gelişmeler doğrultusunda biyoteknolojinin hukuki yönü etik değerlendirmeler ekseninde şekillenmektedir. Bu doğrultuda, yukarıda da değinildiği üzere, klasik hukuk alanlarına göre yeni ve multidisipliner bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuk, toplumsal gelişmelere paralel olarak ve/fakat toplumsal gelişmelerin gerisinden gelen, sürekli değişim ve gelişim halinde olan sosyal bir bilimdir. Ortaya çıkan bir durum, yenilik, gelişme veya fikir, sosyal hayatı etkilediği süreç içerisinde reaktif olarak hukuki tartış-

⁹ Raymond R. Coletta, "Biotechnology and the Creation of Ethics", *McGeorge Law Review*, Pacific McGeorge School of Law, 32. Cilt, 2000, s. 107, 108

¹⁰ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi*, Ankara, 2006, s. 39

maların konusu olmaktadır. Çoğunlukla karşılaştığımız şudur ki baş döndürücü bir hızla değişen ve gelişen teknoloji hakkında, sosyal hayatımıza girdikten ve genel hükümlerin yetersiz kaldığı bariz ortaya çıktıktan sonra yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin veri aktarımının yıllardır söz konusu olduğu internet ortamı için veri koruma hukukunun son yıllarda geliştiğini ve bu çerçevede yasal düzenlemelerin yakın zaman öncesinde yapıldığını görmekteyiz.

Yasal düzenlemeler ve hukuk, bir toplumdaki değer yargılarından beslenen etik çıkarımlar çerçevesinde oluşturulmaktadır. Bir bakıma etik, hukukun temelini oluşturan yasaların esas dinamiğidir. Örneğin ötenazi veya kürtaj gibi tıp hukukunun alanına giren konulardaki yasal düzenlemelerde tıp etiğinden yararlanılmakta, felsefenin etik konusundan hareketle hukuki çıkarımlar ve yasalar yapılmaktadır. Ceza hukukunda ve borçlar hukukunda da yine aynı şekilde yasaların temelinde sübjektif ahlaktan farklı olan objektif etik yer almaktadır.

Bu noktadan bakıldığında, canlılığa yönelik muameleleri konu edinen biyoteknoloji uygulamalarında da canlı etiği, diğer adıyla biyoetik, yararlanılan ana kaynak olmaktadır. Bu doğrultuda biyoteknoloji uygulamaları hakkındaki hukuki değerlendirmelerde, biyoetik ilke ve değerlendirmeleri dikkate alınmakta, insanlara ve diğer canlılara yönelik ele alınan esas değerler ve ilkeler biyoetik argümanlarıyla oluşturulmaktadır. Dolayısıyla biyoteknoloji hukukunun yapı taşlarını arka planda, etik ile canlılık bilimlerinin kesişim kümesini oluşturan biyoetik oluşturmaktadır.¹¹

Biyoteknoloji hukuku, özellikle borçlar hukuku, fikri mülkiyet hukuku, ticari işletme hukuku ve tıp hukuku ile sıkı ilişki içerisinde olan bir hukuk dalıdır.¹² Mevzuatı ve çalışma alanları bakımından birçok farklı hukuk disiplinlerini barındıran biyoteknoloji hukuku, kamu hukuku (özellikle anayasa ve ceza hukuku) ile birlikte sözleşme hukuku, tüketici hukuku, vergi hukuku, sorumluluk hukuku, patent hukuku

¹¹ Nüket Örnek Büken, "Etik, Biyoetik, Biyoteknoloji", Tıp Etiği ile İlgili Genel Kavramlar, Türkiye'deki Genel Durum, HÜTF Tıp Etiği A.D., Asistan Etik Eğitimi, s. 12

¹² Tıp hukuku, sağlık hukukunun bir alt dalı olarak tıbbi müdahalenin hukuku olarak da adlandırılan, hekim ve hasta hak ve yükümlülüklerinin yanı sıra ilaç hukuku ve medikal hukuk konularını da barındıran disiplinler arası bir hukuk dalıdır. (Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 40)

gibi özel hukukun da birtakım konularını içermekte, farklı hukuk disiplinlerini ve bu disiplinlerin ilke ve esaslarını ihtiva etmektedir. Bunun yanında münhasır özellikleri itibariyle de diğer hukuk dallarından ayrılmakta, değişen ve gelişen yapıyı haiz olması nedeniyle, kendi dinamikleri çerçevesinde birtakım özel esaslar da barındırmaktadır.

Biyoteknoloji alanında belirli bir konuda faaliyet yürütmek üzere kurulmuş şirketler için sermaye, yatırım, finans, birleşme ve devralma (m&a) ve ar-ge (r&d) meseleleri de ciddi önemi haiz olduğundan bu multidisipliner alanda şirketler hukukunun da önemli bir yer edindiğine değinmek gerekmektedir. Özellikle de *startup* olarak da adlandırılan ticari girişimler biyoteknoloji alanında nitelik ve nicelik olarak önemli bir paya sahiptir.¹³ Özetle, biyoteknoloji hukuku kapsamında ticari işletme hukuku ile bunun alt dalı olan *startup* hukuku da yadsınamaz bir öneme sahiptir.¹⁴

III. Biyoteknoloji Uygulamaları

Biyoteknoloji canlılığa ilişkin teknoloji muamelelerini konu edindiğinden, bu uygulamaların yöneldiği varlık, hukuki belirlemede oldukça önemli olmaktadır. Çünkü bir eyleme konu olan obje buna bağlanan değer ve yargılarla sıkı ilişki içerisinde olduğundan eylemin hukuki değerlendirmesinde de muhatap göz önünde bulundurularak çıkarım yapılabilecektir. Şöyle ki uygulamaların nesnesinin insan olması ile başka türlü bir organik yapı olması, yahut organik yapının türünün misalen hayvan ya da bakteri olması, hukuki değerlendirmelerde de temelinden ayırım yapılmasını gerektirmektedir.

Belirtilmelidir ki biyoteknoloji uygulamaları insana yönelik olabileceği gibi hayvan, bitki, mantar ve bakteri gibi diğer canlılara yönelik de olabilmektedir. Bu ayrıma göre biyoteknoloji uygulamalarına yönelik yapılacak çıkarım için uygulanan canlının örneğin; insan olması tıp hukuku konularını öne çıkarabilecek iken, gıda veya bitki olması halinde fikri mülkiyet hukuku öne çıkacak, nesne bakteri veya virüs olduğunda ise biyogüvenlik ve kamu hukuku konuları ağırlıklı

¹³ International Trade Council, "Biotechnology Startups Research Report", Market Overview Report For Enterprise Estonia, 4. Çeyrek 2019

¹⁴ Gowper, "The Legal Quick Guide For Your Biotech Startup", <https://gowper.com/en/blog/mini-guia-legal-para-startups-biotecnologicas/> (erişim: 23.10.2020)

olarak kendisini gösterecektir. İlgili hukuk disiplinlerinde ele alınan farklı konular, tartışmalar ve mevzuat hükümleri doğrultusunda objeye bağlı söz konusu ayırım hukuki değerlendirmelerde belirleyici olacaktır.

A) İnsana Yönelik Uygulamalar

Günümüzde insanı konu edinen, bir diğer deyişle insana uygulanan biyoloji uygulamalarının net olarak sayısını verebilmek mümkün değildir.¹⁵ Aynı zamanda biyoloji uygulamaları konusunda kabul gören bir tasnif henüz yapılamamıştır. Fakat uygulamaların objesine göre bir tasnif yapmak şu an için mümkün ve kolaylaştırıcı bir sınıflandırma yöntemi olarak görünmektedir. Biyoteknoloji uygulamalarının ise insana yönelik olması, modern hukukta kabul edilen insanın maddi ve manevi varlığı esası ile vücut bütünlüğünün korunması gibi, temel ilkeler doğrultusunda uygulamaların hukuki değerlendirmesini bu minvalde tamamen değiştirmektedir.

Biyoteknolojinin insana yönelik bir tıbbi müdahale şeklinde olması halinde diğer bir ifadeyle medikal biyoteknolojinin söz konusu olduğu durumda, başta tıp hukuku konuları geçerli ve bağlayıcı olmaktadır. Tam da bu noktada, eğer konu itibariyle ilgili etik kurullar veya uygulamalara yönelik idari konular gibi idare ve kamu hukukunun uygulama alanına giren hususlar da dahil olduğundan daha geniş kapsamiyle sağlık hukuku öne çıkmaktadır.

Örnek vermek gerekirse, Beyin Bilgisayar Arayüzü (BCI, Brain Computer Interface) uygulamaları kapsamında son dönemde popüler olan *Neuralink* adlı uygulamada insan beynine yönelik doğrudan bir müdahale söz konusudur. Bu müdahalenin hukukilik şartlarını değerlendirmek ve hukuka uygun hale getirilmesini tesis etmek tıp hukukunun konuları dahilindedir. Yine siberetik uygulamalar, gelişmiş protezler, deri altına implant veya çip takılması şeklinde günümüzde tanıklık ettiğimiz tedavi veya geliştirme amaçlı uygulamalar da bu kapsamda insana yönelik biyoteknoloji uygulamaları şeklinde öncelikli olarak tıp hukuku konularını akla getirmektedir.

¹⁵ Mehmet Ali Zengin, *Biyoteknoloji Uygulamaları Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 219

Buradan hareketle, sağlık hukukunun bir alt dalı olan tıp hukuku bağlamında insan vücuduna yönelik tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için birtakım şartların varlığı aranmakta, bu şartların gerçekleşmemesi halinde tıbbi müdahale hakkında hukuken sorumluluğun ihlali sonucunu doğuran, sözleşmeye aykırılık ve haksız fiil söz konusu olabilmektedir.

Kişinin beden bütünlüğüne yönelik bir müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi şu şartların birlikte karşılanmasını gerektirmektedir: Tıbbi müdahaleyi yapanın sağlık personeli (esas itibariyle hekim) olması, aydınlatılmış kişinin rızası, tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun tıbbi müdahale olması şeklinde özetlenebilecek bu üç şart, tıp hukukunda tıbbi müdahalelerdeki hukuka uygunluk şartlarıdır.¹⁶ İnsana yönelik bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk kriteri ve hukuki değerlendirmesi, temelde bu şartlar doğrultusunda yapılmakta, sorumluluklar bu çerçevede belirlenmektedir.

İnsana yönelik biyoteknoloji uygulamalarında tıbbi müdahalelerin hukukilik şartının yanında üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise insan kökenli biyolojik maddelerin hukuki niteliği konusudur. İnsan kökenli biyolojik maddeler (biological materials of human origin) insan vücudundan ayrılan organ, doku ve hücre gibi biyolojik maddeleri ifade etmek için kullanılan bir terimdir.¹⁷ Kaynağı insan olan bu biyolojik maddeler hakkında mevzuatımızda çeşitli hükümler yer alsa da, gelişen ve değişen biyoteknoloji uygulamaları çerçevesinde insan kökenli biyolojik maddelerin hukuki niteliğine dair kişiler hukuku ve eşya hukuku alanlarında çeşitli ihtilaf konuları ve tartışmalar söz konusu olmaktadır.¹⁸

İnsan kökenli biyolojik maddelerin eşya niteliğini mi haiz olduğu yoksa kişilik değerinin bir uzantısı olarak, hukuki niteliğinin eşyadan farklı mı ele alınması gerektiği soruları ekseninde, tıp etiği argümanları

¹⁶ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 187-188

¹⁷ Arif Barış Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 7

¹⁸ Türk Medeni Kanunu'nun insan kökenli biyolojik madde hakkında 23. maddesinde "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz" hükmü ile yer almaktadır.

da eklenerek farklı görüşler ileri sürülmektedir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 22. maddesinde insandan elde edilen biyomateryallerin açık bir şekilde kişilik değerinin bir uzantısı olduğu varsayılmış, aydınlatma ve onam gerekliliğine işaret edilerek sadece eşya olarak değerlendirilemeyeceği açıkça belirlenmiştir.¹⁹ Fakat bu durumda dahi yine insan kökenli biyomateryalin kişilik haklarının uzantısı şeklinde tesiri nazara alınsa da eşya mahiyetinde mülkiyet ve tasarrufa ilişkin hükümleri hukuken tartışılmakta, karşılaştırmalı hukukta doktrin ya da mahkemelerce farklı değerlendirmelerin yapılması söz konusu olabilmektedir.²⁰

Yukarıda kısaca değinildiği üzere, insana yönelik biyoteknoloji konusunda uygulamanın nihai amacı ve konusu, hukuki değerlendirmelerde kolaylık sağlamaktadır. Zira müdahalenin hangi saik ile gerçekleştirildiği, müdahalenin sonuçları ve uygulama konusunun ve sonuçlarının etik değeri itibarıyla yasal zemininin tespitinde ve hukuki çıkarımlarda önemli bir işlevi olacaktır. Dolayısıyla insana yönelik biyoteknoloji uygulamaları da amacına göre aşağıdaki alt konu başlıklarına ayrılarak incelenmiştir:

1- Tedavi Maksatlı Tıbbi Müdahaleler

İnsanı tedaviye yönelik tıbbi biyoteknoloji uygulamalarında müdahalenin yukarıda değinilen hukuka uygunluk şartlarının birlikte var olması aranmakta, tıp hukuku çerçevesinde yükümlülük ve esaslar belirlenmektedir. Tedaviye yönelik uygulamalarda tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun tıbbi müdahale olması şeklindeki endikasyon koşulu için,²¹ tedavi edilecek hastalığın tanımı ve hangi durumun hastalık sayılabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Hastalık ya da sayrılık hali, sağlıklı addolunan durumdan ve normal halden sapma şeklinde bir bozulma durumunu ifade etmektedir.²²

¹⁹ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "İnsan Vücudundan Alınmış Parçalar Üzerinde Tasarruf" başlıklı 22. maddesi:

Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parça, yalnızca uygun bilgi verme ve muvafakat alma usullerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir.

²⁰ Neil Maddox, "Property, Control and Separated Human Biomaterials", *European Journal of Health Law*, Nisan, Sayı 23, 2016

²¹ Hakeri, s. 187-188

²² Julian Savulescu, "The Science and Ethics of Human Enhancement", *The Oxford*

Tedavi amacıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerde tıbbi gereklilik koşulu, endikasyonun varlığı ile sağlanmaktadır. Salt tedavi maksadını içermediği kabul edilen estetik operasyonlarda veya sünnet gibi medikal uygulamalarda olduğu üzere sosyal endikasyon ve psikolojik endikasyon şeklinde tıbbi gerekliliğin var olduğu savunulmakta ve müdahale hukuka uygun kabul edilmektedir.²³

İnsana yönelik biyoteknoloji uygulamalarında tedavi maksatlı müdahalelerin önemli bir kısmını, üremeye ilişkin tıbbi müdahaleler oluşturmaktadır. Bu kapsamda modern biyotıp uygulamalarında tartışmalara konu olan taşıyıcı annelik uygulamaları, yapay rahim uygulaması ve mitokondriyal DNA transferi konusuna kısaca değinmek gerekmektedir:

Taşıyıcı annelik tüp bebek uygulamalarından bir alt uygulama türü olarak, laboratuvar ortamında döllenmiş hücrenin yumurtası alınan kadından başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi durumudur. Böylelikle doğan bebeğin bir biyolojik genlerini aktaran bir de doğum yaparak dünyaya getiren iki adet annesi bulunmaktadır. 2238 sayılı Kanun'da yapılan 15.11.2018 tarihli düzenleme ile taşıyıcı annelik mevzuatımızda açıkça yasaklanmıştır.²⁴ Fakat birtakım ülkelerde irade özerkliği ve üreme hakkına öncelik tanınması vurgusu ile taşıyıcı annelik uygulamalarına izin verildiği görülmektedir.²⁵

Bu konudaki bir diğer teknolojik gelişme ise yapay rahim uygulaması (AW, artificial womb) olarak da adlandırılan bir fetüs için doğal anne rahminin oluşturulması ile bir bebeğin dünyaya getirilmesidir.

²³ Uehiro Centre for Practical Ethics, University of Oxford, 15 Mart 2018, Rotman Institute of Philosophy, <https://youtu.be/5Ab4WQHNGmc> (erişim: 23.10.2020)

²⁴ Hakeri, s.363

²⁴ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un Ek 1. madde hükmü şu şekilde açıkça yasaklamaktadır: "Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır" Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 282'nci maddesinde "Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur" şeklinde doğumu yapanın anne sayılacağı dolaylı olarak ifade edilmektedir.

²⁵ Birtakım ülkelerde taşıyıcı annelik konusunda bir kısıtlama bulunmadığı bilinmekte ve bu şekilde taşıyıcı annelik uygulamalarını çoklukla başvurulduğu görülmektedir.

(Oleh Klymchuk, "Ukrayna'da taşıyıcı annelik furusu", Deutsche Welle Türkçe, 15.09.2018, <https://p.dw.com/p/34t6U>, erişim 23.10.2020)

Nitekim yakın zaman önce kuzuyu yapay rahim ile labarotuvarda ortamında dünyaya getirme çalışmaları gerçekleştirilmiştir.²⁶ Yapay rahim içerisindeki fetüsün gerçek anlamda bir fetüs olup olmadığı, olgunlaşması ile bir bebek doğumu sayılıp sayılamayacağı, böyle bir insanın dünyaya gelmesi halinde karşılaşılabilecek etik sorunlar, bu uygulamanın gelecekte varabileceği noktalar önemli ve oldukça derin tartışma konularıdır.²⁷

Üremeye ilişkin biyoteknoloji müdahalelerinde en çok tartışılan konulardan bir diğeri ise genetik hastalıkların giderilmesine dair germ hücrelerine yönelik genetik müdahalelerdir. Germ hücreleri, üreme ile ilgili olan sperm, yumurta ve embriyonik hücrelere denilmektedir.²⁸ Germ hücrelerine yönelik bir müdahalenin gelecek nesilleri etkiliyor olması nedeniyle etik tartışmalarda çokça eleştirilmekte ve uluslararası düzenlemelerle bu müdahaleleri yasaklama yoluna gidilmektedir.²⁹

Mitokondriyal DNA Transferi, diğer adıyla Mitokondri Değiştirme (MRT, Mitochondrial Replacement Therapy) şeklindeki bir diğer uygulama da üreme teknolojileri alanında gerçekleştirilmiş önemli bir teknolojidir. Hücre içerisinde küçük bir organel olan mitokondri, hücrelere enerji sağlamakla görevlidir ve hücrenin çekirdeğinden farklı kendine özgü bir gen dizilimine sahiptir. Sitoplazmik transfer türlerinden birisi olan MRT’de, tüp bebek uygulamalarının özel bir formu olarak, doğacak bebeğin mitokondriyal DNA’sının anne ve babadan değil, üçüncü bir taraftan gelmesi söz konusudur. İngiltere Parlamentosu 2015 yılında bu uygulamaya izin vermiş ve Birleşik Krallık MRT’yi yasallaştıran ilk ülke olmuştur.³⁰ *Üç ebeveynli bebek* terimi ile

²⁶ Claire T. Roberts, “Premature Lambs Grown in a Bag”, *Nature*, sayı 546, 1 Haziran 2017, s. 45-46

²⁷ Elizabeth Chloe Romanis, “Artificial womb technology and the frontiers of human reproduction: conceptual differences and potential implications”, *BMJ*, 10 Ağustos 2018, s. 751-755

²⁸ National Institute of Health, “What are genome editing and CRISPR-Cas9?”, *Genetics Home Reference*, US National Library of Medicine, <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/genomicresearch/genomeediting> (erişim: 28.01.2020)

²⁹ TBMM tarafından 2003 yılında onaylanarak hukukumuzda derç edilen İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 13. maddesi uyarınca yalnızca önleme, teşhis ve tedaviye yönelik olması şartlarıyla ve altsoyun genetik yapısında değişikliğe neden olmaması kaydıyla izin verilmektedir. Dolayısıyla germ hücrelerine yönelik genetik bir müdahale yasaklanmış olmaktadır.

³⁰ Sevtap Metin, Adem Az, Hakan Ertin, “İki Kadın Bir Bebek: Tıbbi, Etik ve Hukuki Perspektiflerden Mitokondri Değiştirme Terapisi”, *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri*

de ifade edilen böylesi bir durumda mitokondrial hastalıklara sahip bir bireyin üreme hakkı karşısında bu uygulamanın muhtemel bütün sonuçları ile gelecek nesillere yönelik olası meseleler kapsamlı olarak değerlendirilmelidir.

Tedavi maksatlı biyoteknoloji uygulamalarının bir diğer alanı ise organ ve doku nakline ilişkin tıbbi müdahalelerdir. Nakil için organ ve dokunun kimden/neyden alındığına/edinildiğine dair tasnif yapmak mümkündür; ölü insandan alınan organ ve dokular, yaşayan insandan alınan organ ve dokular, hayvanlardan alınan/edinilen organ ve dokular ile biyomateryal kullanılarak üretilen organ ve dokular şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bütün bu yöntemlerin farklı muamele ve tehlikeleri konu edinmesi hasebiyle, farklı hukuki sınırlama ve rejimlere tabi tutulması gereği aşıkardır. Örneğin rahim nakli olarak da adlandırılan uterus transplantasyonu konusunda değerlendirme yapılırken; rahiminin hayat kurtarıcı olmayan bir organ olduğu ve/fakat nakil işleminin yaşam kalitesini artırmaya yönelik olabileceği, taşıyıcı annelik uygulamasının alternatifi olabileceği, donörün ve alıcının karşılaşabileceği riskler, ölüden rahim nakli halinde karşılaşılacak durumların her birisi ayrı ayrı göz önünde bulundurulmalıdır.³¹

2- Geliştirme Maksatlı Tıbbi Müdahaleler

İnsanı geliştirmeye yönelik genetik, sibernetik veya nörobilim alanlarındaki biyoteknoloji uygulamalarında ciddi birtakım çalışmalar kaydedilmekte ve somut sonuçlarına günümüzde tanık olunmaktadır. İnsan geliştirme teknolojileri (HET, human enhancement technologies) insanın biyolojik kapasitesinin olumlu yönde değiştirilmesini, sağlıklı olmanın ötesinde bir durum elde edilmesini amaçlayan uygulamaların genel adıdır.³²

Örneğin CRISPR uygulaması ile üreme hücrelerindeki genetik kodların değiştirilmesi şeklinde veya cerrahi müdahale ile insan vü-

³¹ *Dergisi*, Mayıs 2020; cilt 25, sayı 2, s. 138-151
Ruşen Öztürk, Ümran Sevil, "Uterus Transplantasyonu ve Etik", *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi/Gümüşhane University Journal of Health Sciences*, 2013;2(4), s. 535-546

³² Abdurrahman Ali Yıldırım, "Tıp Hukuku Bağlamında İnsanı Geliştiren Biyoteknoloji Uygulamaları", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tıp Hukuku Anabilim Dalı, Mart 2019, s. 17

çuduna entegre edilen gelişmiş protezler veya biyosensörler ile tedavi sınırını aşan ve insanın doğal kapasitesinin üzerinde bir durum elde edilmeye çalışılması şeklindeki uygulamalar insan geliştirme teknolojileri kapsamında ele alınmaktadır. Bu uygulamaların her birisinin toplum hayatımıza yön vermeden önce, hukuki ve etik boyutlarıyla etraflıca tartışılması gerekmektedir.

İnsanı geliştirmeye yönelik tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluk şartlarından biri olan tıbbi gereklilik yani endikasyon koşulu önemli bir tartışma konusu olmaktadır. Zira Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı" başlıklı 12. maddesinde tıbbi gereklilik konusunda teşhis, tedavi ve korunma maksadı olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamayacağı belirtilerek endikasyona işaret edilmiştir. Yargıtay kararlarında da kişinin tıbbi müdahaleye olan rızasının ancak tedavi olmak veya bir hastalığı önlemek için geçerli olacağı öngörülmüştür.³³ Fakat vurgulanmalıdır ki insanı geliştirme maksatlı tıbbi müdahalelerde, tedavinin ötesine geçilerek insan üzerinde normalin ötesinde bir durum meydana getirilmesi söz konusudur.

Gelecekteki biyoteknoloji uygulamalarının önemli bir kısmının insanı geliştirmeye yönelik tıbbi müdahaleler olacağı öngörülmektedir. İnsan geliştirme uygulamalarında insan doğasına tıbbi müdahalelerde bulunarak biyolojik özelliklerinin artırılması, değiştirilmesi ve daha olumlu yönde istenen hale getirilmesi saikiyle hareket edilmektedir. Sibernetik, genetik, nanomedikal ve nöroteknoloji gibi alanlarda uygulanan birtakım tıbbi yöntemler ile insanın doğal yetilerinin olumlu yönde geliştirilmesi sağlanmaktadır. İnsan geliştirmede bedensel veya zihinsel olarak normalden üstün bir durum elde edilmesi amaçlanmaktadır.³⁴

Günümüzde her ne kadar tıbbi gereklilik koşulu konusunda, tedavi ve iyileştirme maksatları için geçerli olabilecek iken daha iyi hale getirme maksadıyla vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi durumunda müdahale hukuka aykırı sayılabilecek ise de yeni teknolojiler dolayısıyla endikasyon koşulunun yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Etik tartışmalar çerçevesinde endikasyon koşulunun, etik kurul onayı

³³ Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, Esas: 1976/6297 Karar: 1977/2541 Tarih: 07.03.1977

³⁴ Yıldırım, s. 15-18

gibi özellikler aranan birtakım tıbbi müdahalelerde aranmaması gerekliliği de öğretilerde tartışılmaktadır. Bununla birlikte, mevzuatta ve karşılaştırmalı hukukta endikasyon içermeyen tıbbi müdahalelere yönelik özel kanun düzenlemeleri yapılarak müdahale hukuka uygun hale getirilebilmektedir.³⁵

3- Yaşamı Sonlandırmaya Yönelik Tıbbi Müdahaleler

Sağlık hukuku, tıp etiği ve münhasıran biyoteknoloji hukuku altında incelenebilecek bir diğer mesele ise yaşamın sonuna dair temel bir tartışma olan ötenazi meselesidir. Etik temelindeki yaklaşım farklılığından yola çıkılarak birtakım ülkelerce ötenaziye izin verilmekte veya ülkemizde olduğu gibi yasaklanmaktadır. Kişinin kendi yaşamına son vermesine izin verilmemesindeki temel neden, insan yaşamının dokunulmazlığı ve kişinin kendi yaşamı üzerinde dahi tasarrufta bulunamayacağı ilkesine dayanmaktadır. Ötenaziye izin verilmesinde ise, hastanın karar verme konusundaki irade özerkliği ve hasta özerkliği ile kişi onuruna saygı temelinde birtakım ilkeler vurgulanmaktadır.³⁶

Ötenazide tıbbi imkânsızlık nedeniyle tedavi sunulamayacak bir hastaya, yaşamını onurlu sonlandırma (iyi ölüm) saikiyle, kısıtlı kamu kaynaklarının değerlendirilmesi de gözetilerek acı çekmeden yaşamını kendi iradesi ve tıp marifetiyle bitirme kararının aktif ya da pasif şekilde icra edilmesi söz konusudur. Aktif ya da pasif ötenazinin icra edilmesinde kullanılan araçların yanı sıra ötenaziye yaklaşımdaki değişkenliğin de modern biyoteknoloji uygulamalarının etkisinde olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir.

Gelişen biyoteknolojiyle birlikte insana ve insan onuruna yaklaşımda birtakım farklılıklar söz konusu olmakta, hümanizm eksenindeki temel hukuki savlar zaman geçtikçe transhümanizm akımından etkilenmektedir. İnsan onuruna yaklaşımda irade özerkliği vurgusu; evrensel ve ampirik olmayan temelde insan onuruna yaklaşım doğrultusunda karşı çıkılan ötenaziye izin verilmesi şeklinde bir akıma sebep olmuştur. Dolayısıyla ötenazi ve yaşamı sonlandırmaya dair görüşler

³⁵ Hakeri, s. 361 - 363

³⁶ Nahide Avşar, Pelin Günay, "Çoklu Politika Penceresi'nden Ötenazi: Türkiye'ye Bakış", *Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1-2, 2016, s.54-66

ve yasal çalışmalar, hukuk felsefesi ve tıp etiği çerçevesinde insana ve insan onuruna nasıl bakıldığı çerçevesinde şekillenmektedir.³⁷

4- Gen Verisi, Genetik Veri Bankaları ve Özel Nitelikli Kişisel Veriler

Biyoteknoloji uygulamalarının önemli bir çalışma alanını teşkil eden genetik bilimi, genetik yapının temel taşı olan genlere dair çalışmalarını ifade etmektedir. Gen, beden işlevlerinin yerine getirilebilmesini sağlayan, kimyasal formda kromozomlar içerisinde depolanmış bilgi şeklinde tanımlanan ve yaşamın temel yapı taşı oluşturur. Genetik uygulamaların kök hücre ve klonlama çalışmaları, üreme yöntemleri, organ ve doku nakli, testler ve insan geliştirme gibi amaçlarla icra edilmesi mümkün olup, bütün bu uygulamalarda gen verisinin aktarılması ve işlenmesi söz konusudur.

Genetik veriler konusunda önemli müesseselerin başında genetik veri bankaları gelmektedir. Özel veya kamu hukuku kişileri tarafından kurulan genetik veri bankaları, insan bedeninden alınan hücre, doku ve organ örnekleri üzerinde gerçekleştirilen genetik çalışmalarla elde edilen moleküler, yapısal ve fizyolojik genetik verilerin kayıt altına alındığı kuruluşlardır. Genetik veri bankalarında hücre, organ ve doku örnekleri muhafaza edilmeksizin, yalnızca bu örneklerden elde edilen genetik veriler dijital ortamda saklanmaktadır.³⁹

Genetik hastalıkların teşhis ve tedavisinde, istatistiksel çözümlerinde genetik veri bankalarının oldukça yararlı kurumlar olduğu söylenebilir. Fakat kişilik haklarının en temel öğelerini barındıran ve kişiliğe dair en özel bilgileri saklayan genetik veri bankalarının sıkı bir hukuki rejime tabi tutulması gereği tartışılmaz bir gerçekliktir. Bu kuruluşların işleyişi, denetimi konusunda özel düzenlemeler ve ihtisaslı kamu kurumları gerekmekte olup ülkesel sınırların öneminin gittikçe azaldığı günümüzde, uluslararası ve çok taraflı hukuki düzenlemelerin de gerekli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

³⁷ Heike Baranzke, Batıdaki Biyomedikal Etik Tartışmalarında Özerklik ve İnsanlık Onuru, BETİM, İstanbul, 2018, s. 70

³⁸ Remzi Demir, Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 59

³⁹ Demir, s. 285

Genetik veriler kişilik haklarına konu olup, genetik verilerin korunmasının ihlali halinde manevi tazminata konu hukuki talebin yanı sıra cezai sorumluluk da gündeme gelebilecektir. Güncel teknoloji ile genetik verilerin özel nitelikli kişisel veri sayılmasının gerekli ve/ fakat yeterli olmayabileceği endişesi söz konusu olmaktadır.⁴⁰ Zira genetik verilerin yüksek ticari değer taşımasının yanı sıra kamu sağlığı ve ülke güvenliği konularında da ciddi önemi haizdir. Bu nedenle genetik veriler, diğer özel nitelikli kişisel veriler içerisinde ayrıca önem arz etmektedir.

B) Hayvanlar ve Diğer Canlılara Yönelik Uygulamalar

Biyoteknoloji uygulamalarının hayvan, bitki, mantar ve bakteri gibi diğer canlılar üzerindeki muamelelerinde ise biyogüvenlik hukuku ile fikri ve sınai mülkiyet hukuku ve tüketici hukuku gibi alanlar öne çıkmaktadır. Yine de biyoteknolojinin kendine özgü nitelikleri itibarıyla münhasır birtakım düzenlemeler, anlaşmalar, kanunlar ve içtihatlar dolayısıyla diğer hukuk alanlarından ayrılmasını gerektirmektedir. Fakat hayvanlar ve diğer canlılara yönelik biyoteknoloji uygulamalarında toplum sağlığına yönelik birçok mesele için, klasik hukuk alanları ile büyük bir konu paydaşlığı da söz konusudur.

1- Hayvanlara Yönelik Biyoteknoloji Uygulamaları

İnsana yönelik gerçekleştirilen uygulamaların birçoğunun, başta fareler olmak üzere önce hayvanlar üzerinde gerçekleştirildiği ve denendiği bilinmektedir. Bu da hayvan hakları bakımından etik olarak sorgulanmakta, hayvanların iyi olmayan koşullarda barındırılması, nakledilmesi, deneyler sırasında acı çekmesi, ölmesi gibi son derece ciddi sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu da uygulamaların hayvan hakları bakımından değerlendirilmesini, etik kurullar yoluyla hayvanlara yönelik muamelelerin denetlenmesini ve birtakım uygulamaların kısıtlanmasını gerektirmektedir.

⁴⁰ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca biyometrik ve genetik veriler "özel nitelikli kişisel veri" sayılmaktadır. Ayrıca, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi konusunda, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şartı getirilmiştir. "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler" hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 31.01.2018 tarihli ve 2018/10 sayılı kararı mevcuttur.

Günümüzde sağlık sektöründe organ ve doku elde edilmesi amacıyla hayvanlar üzerinde genetik birtakım müdahalelerde bulunmaktadır. Bu müdahalelerde kısıtlamalar ve canlılara yönelik korumalar biyoetik tartışmaların konusunu oluşturmaktadır. Nitekim günümüzde genetiği değiştirilmiş bir farenin sırtında insan kulağı üretilmekte ve bu kulak biçimindeki kıkırdak doku biyomedikal malzeme olarak insan bedeninde kullanılmaktadır.⁴¹ Bu gibi, insan bedeni ile diğer canlıları birlikte konu edinen nice güncel uygulamalar biyoteknoloji hukukunda sürekli gelişen, değişen ve hayvan hakları bakımından önemle ele alınması gereken hususları barındırmaktadır.

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun *Hayvanlara Müdahaleler* başlıklı ikinci bölümünde hangi şartlarda bu müdahalelerin gerçekleştirilebileceği sıralanmıştır. Etik kurulların izni ile ve yalnızca bilimsel amaçlar için, uygun şekilde barındırılması bakılması koşuluyla ve başkaca bir seçenek olmaması halinde hayvanların deneylerde kullanılmasına müsaade edilmiştir. Fakat bu koşullar altında dahi hayvanların deneylerde kullanılması hayvan hakları savunucuları tarafından şiddetle eleştirilmektedir. Belirtmek gerekir ki hayvanların deneysel amaçlarla kullanılmasının etik boyutu derin bir tartışma konusudur ve bu konudaki yasal düzenlemeler de bu tartışmalar tarafından şekillenmektedir.

2- Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar

Günümüzde en çok karşılaşılan ve uzunca bir süredir tartışılan meselelerden Genetiği Değiştirilmiş Organizmalar (GDO'lar) konusu; özellikle tarım, hayvancılık ve diğer gıda üretimi ile çevre sağlığı başlıkları ile gündeme gelmektedir. Bu hususta ise başta biyogüvenlik hukuku söz konusu olmaktadır. Biyogüvenlik hukuku; insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevre ve biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik esasları belirleyen, GDO'lara ilişkin bilimsel, teknolojik ve ticari faaliyetleri düzenleyen bir hukuk disiplindir.⁴²

Genetik yapısı değiştirilmiş organizmaların gıda, yem, ilaç, aşı ve sinai mamuller olarak kullanımı ile doğal yaşamda birtakım değişik-

⁴¹ Karl S. Kruszelnicki, "Mouse with Human Ear", ABC Science, 2 Haziran 2006

⁴² Mehmet Nafi Artemel, *Biyogüvenlik Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. III

likler olmuş, birçok konuda verimlilik elde edilmesinin yanı sıra ticaret ve ekonomi hayatında yeni sahalar açmıştır. Kısa vadede birtakım açılardan olumlu görülmekte ve/fakat insan sağlığı ile çevresel etki ve doğanın korunması bakımından uzun vadede etkileri tam olarak kestirilememektedir.⁴³

Bu doğrultuda Avrupa Birliği'nde ve ülkemizde kanunlar ve yönetmelikler çıkarılmakta, bu konuda uzunca bir süredir yasal düzenlemeler ve akademik çalışmalar kaydedilmektedir.⁴⁴ Yasal düzenlemelerde genetiği değiştirilmiş organizmalara dair üretim, ihracat, ithalat, depolama, taşıma, etiketleme gibi hususlarda esaslar, usul ve yöntemler ile bu faaliyetlerin denetlenmesi, düzenlenmesi ve izlenmesi konuları belirlenmiş, yasaklar ve birtakım müeyyideler öngörülmüştür.

Bu konu başlığı altında söyle temel bir soru sorulmaktadır; genetiğine müdahale edilmiş bir canlının genetik verisi patent altına alınabilecek midir? Fikri mülkiyet hukukunun önemli bir müessesesi olan *patent*, bir buluşun veya o buluşu uygulama alanında kullanım hakkının bir kişiye ait olduğunu gösteren ve belirli bir süreyle kullanım yetkisi veren belgeyi ifade etmektedir.⁴⁵ Amerikan Patent ofisi ile Ananda Chakrabarty adında bir mikrobiyoloji uzmanı arasında görülen emsal niteliğindeki bir davada, Amerikan Anayasa Mahkemesi'ne kadar giden bir yargılama süreci ile verilen nihai kararda, canlıların genetik verilerinin patent altına alınabilmesine izin verilmiştir.⁴⁶ Buradan hareketle canlı varlıklara yönelik biyoteknoloji muamelelerinde genetik müştereklerin özelleştirilmesi ve metalaştırılmasının önü açılmıştır.⁴⁷

Konusu insan olsun ya da olmasın canlılar üzerindeki genetik çalışmalarda genin hukuki statüsünün ne olduğu da biyoteknoloji hu-

⁴³ Artemel, s. III

⁴⁴ 18.03.2010 tarihli ve 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu, hayvanlar ve diğer canlılara yönelik biyoteknoloji uygulamaları ile genetiği değiştirilmiş organizmalar konularında esaslar içeren temel bir kanundur. GDO'lar hakkında ayrıca 1829/2003 ve 1830/2003 sayılı düzenlemeler Avrupa Birliği'nde (Genetically Modified Organisms Legislation) temel yasa metinleri mahiyetindedir.

⁴⁵ Erdal Noyan, Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 243

⁴⁶ U.S. Supreme Court, Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980) No. 79-136, Görüşüldüğü tarih: 17 Mart 1980, Karar tarihi: 16 Haziran 1980, No: 447 U.S. 303

⁴⁷ Jeremy Rifkin, "Patentli Yaşam", Sosyoloji Başlangıç Okumaları, Editör; Anthony Giddens, Çev; Günseli Altaylar, Say Yayınları, 2009, s:171-173)

kukunun çalışma alanında bir mesele teşkil etmektedir. Zira insana ve insan onuruna yaklaşım ile etik çerçevede belirlenen meseleler, aynı şekilde yaratıkların onuru ya da canlıların onuru kavramları etrafında da ele alınabilecektir. Bu doğrultuda zamanla biyoetikte insan onurundan daha geniş bir kavram olarak canlıların onuru meselesi gündeme gelmektedir. Nitekim 1992 yılında İsviçre Anayasası'na *yaratıkların onuru* kavramı girmiş, bu kavramla biyoteknoloji müdahalelerinde gözetilen insan onurunun yanında diğer canlılara da anayasal zeminde bir korumaya yer verilmiştir.⁴⁸

3- Biyoteknolojinin Silah Olarak Kullanılması

Devletlerarası mücadele ve çatışmalarda biyoteknolojinin silah olarak kullanılması günümüzde pek tabii olarak mümkün olması sebebiyle tartışılmakta ve bu konu birtakım korkuları beraberinde getirmektedir. Biyoteknoloji marifetiyle savaş hali olsun ya da olmasın kitlesel etkiler doğurabilecek silahların kullanılması söz konusu olmakta ve ciddi endişe doğurmaktadır. Bu gibi doğrudan kamu sağlığını ilgilendiren ve tehdit eden konularla biyoteknoloji, *biyogüvenlik* kavramı ekseninde genel olarak kamu hukuku ve münhasıran milletlerarası kamu hukuku konularında ele alınmaktadır.

Bunun yanında yukarıda değinilen insanı geliştirmeye yönelik tıbbi müdahalelerin askeri maksatlarla da icra edilmesi mümkündür. Gerek insanı geliştiren biyoteknoloji uygulamalarının askeri kullanımı konusunda, gerekse genetiği değiştirilmiş mikroorganizma ve canlıların silah olarak kullanılması (direct-effect genetic weapons) konusunda savaş hukuku ve biyogüvenlik gibi kamuyu doğrudan ilgilendiren birçok alanda yeni endişeler gündeme gelmektedir.⁴⁹ Biyoteknolojinin askeri maksatlarla icra edilmesi ve örneğin bu suretle terör eylemleri gerçekleştirilmesi, daha önce görülmemiş etkilere neden olabileceğinden ve karmaşık özellikli birtakım meseleler ortaya çıkarabileceğinden, klasik argüman veya anlaşmalarla konuya eğilmek yerine uluslar üstü boyutta yeni düzenlemelere ve sıkı denetimlere ihtiyaç duyulmaktadır.

⁴⁸ Baranzke, s. 24

⁴⁹ David Malet, *Biotechnology and International Security*, Rowman & Littlefield Publishers, 2016

Belirtmek gerekir ki, teknolojinin oldukça kısıtlı olduğu İkinci Dünya Savaşı ve sonrasında kimyasal birtakım madde ve bombaların keşfi ile insanlık bu vahameti acıyla tecrübe etmiş ve/fakat sonrasında dünya genelinde kimyasal birtakım silahlar üretilmeye ve kullanılmaya devam etmiştir. Bu doğrultuda 1975 tarihinde uluslararası düzeyde çok taraflı Biyolojik Silahlar Anlaşması (Biological Weapons Convention) imzalanmış ve biyolojik silahların üretimi yasaklanmıştır.⁵⁰ Fakat bu düzenleme doğrultusunda Birleşmiş Milletler gibi uluslararası organizasyonların biyolojik silahların üretilmesinin önüne geçilmesi konusundaki etkililiği tartışılmaktadır. Zira yeni teknolojiler dolayısıyla günümüzde küçük organizasyonlar ve düşük maliyetlerle biyolojik silahların üretilmesi söz konusu olabilmektedir.⁵¹

SONUÇ

Biyoteknoloji alanındaki gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda klasik hukuk disiplinlerinde yer alan ilke ve kurallar, sorunlara/ihtiyaçlara tam olarak cevap verememektedir. Adaletle uygun hukukun niteliğini irdeleyen hukuk felsefesi ile toplum yararı temelinde sebep-sonuç ilişkilerini inceleyen hukuk sosyolojisi ışığında birtakım yeni meselelerin hukuki zemine oturtulması gereği hasıl olmaktadır. Bu doğrultuda teknoloji ve biyoloji alanlarındaki güncel uygulamalar, özellikle akademi ve yasama organı nezdinde bu alanlara daha fazla eğilinmesini gerektirmektedir.

⁵⁰ Türkiye'nin de taraf olduğu Biyolojik Silahlar Sözleşmesi, tam adı ile Bakteriyojik ve Toksin Silahların Geliştirilmesi, Üretilmesi ve Depolanması Yasaklanması ve İmha Edilmesi Sözleşmesi, biyolojik silahların üretimini yasaklayan ilk çok taraflı antlaşmadır.

⁵¹ Bu konuda yakın zaman önce keşfedilen, oldukça düşük maliyetler ve basit imkanlarla icra edilebilen CRISPR adlı genetik manipülasyon ve müdahale yöntemleri söz konusudur. Bu ve benzeri birtakım gelişmiş biyoteknoloji uygulamaları ile virüsler ve bakteriler üzerinde gerçekleştirilebilecek genetik manipülasyonlar kitlesel etki doğurabilecek mikro-biyo silahların üretilmesine imkan vermektedir. Güncel olarak da Covid-19 pandemisine neden olan koronavirüs türünün Çin'in Vuhan kentindeki Ulusal Biyogüvenlik Laboratuvarında üretildiği yönünde birtakım iddialar gündeme gelmiştir. Fakat tarihte mikroorganizmaların zaman zaman birtakım coğrafyalarda mutasyon geçirmesi ile İspanyol Gribi pandemisinde olduğu gibi salgın hastalıklara sebebiyet verdiği bilinmektedir. Bunun gibi koronavirüsün de doğal bir süreç ile mutasyon geçirmiş olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Güncel tıbbi uygulamalarda karşılaşılan yeni mefhumların hukuki değerlendirmelerinde tıbbi uygulamalar tıp etiği çerçevesinde ele alındığı gibi, biyoteknolojide de biyoetik çerçevesinde uygulamalar ele alınabilecektir. İnsana, insan onuruna, diğer canlılara ve yaratıkların onuruna yönelik yaklaşımlarda felsefenin etik konusundan yararlanılarak çıkarımlar yapılabilecek, münhasıran canlı etiği yani biyoetik alanındaki ilke ve değerlendirmeler ışığında yasalar, ilkeler ve içtihatlar oluşturulabilecektir.

Biyoteknoloji uygulamalarında canlılığı insan ve diğer canlılar olarak ayırmak elbette ki etik çerçevesinde insana dair değer ve ilkeler gözetilerek yapılmakta, bugünkü hukuk sisteminde insan onuru, vücut bütünlüğü, irade özerkliği gibi kavramlar ışığında insan, diğer canlılardan ayrı rejimlere tabi tutulmaktadır. İnsana yönelik tedavi maksatlı müdahaleler ile geliştirme maksatlı müdahaleler tıp hukuku açısından endikasyon koşulunu gündeme getirmektedir. Yaşamı sonlandırmaya yönelik tıbbi uygulamada birey özerkliği ve insan öznesine yaklaşım farklılığı söz konusu olmakta, yaşamın kodları sayılan genlere dair çalışmalarda genetik veri hususu öne çıkmaktadır.

İnsan dışındaki diğer canlılara yönelik biyoteknoloji uygulamalarında ise genetiği değiştirilmiş organizmalar konusunda hususen fikri mülkiyet hukuku ile borçlar hukukunun birçok alanı meseleye müdahil olmaktadır. Bunun yanında biyoteknolojinin terör eylemlerinde, devletler arası rekabette ve/veya savaşta silah olarak kullanılması da kamu sağlığı ile biyogüvenlik meselesini önümüze getirmektedir. Bu kapsamda uluslararası kamu hukuku ve karşılaştırmalı hukuk disiplinlerinin çalışma alanları da biyoteknoloji hukuku ile kesişmektedir.

Biyoteknoloji konusunda belirli bir alanda faaliyet göstermek üzere kurulan ve gittikçe sayıları artan şirketler için ticari işletme hukuku ve özellikle de ticari girişim (startup) hukuku önemli bir alan olmaktadır. Ticari işletmenin devri ve fikri mülkiyet gibi özel hukuk konularının da biyoteknoloji hukuku kapsamında üzerinde durulması gereken alanlar olduğu söylenebilecektir.

Görece yeni bir çalışma alanı olan biyoteknoloji hukukunun ülkemizde gittikçe daha çok ilgi göreceği, gerek akademik camiada gerek iş dünyasında zamanla daha çok bu alana yer verileceği muhakkaktır. Mevcut yasal düzenlemeler ve içtihatlar çerçevesinde bugün için uy-

gulamalara ve sorunlara yönelik hukuki değerlendirmeler çoğunlukla kısıtlı ve zorlayıcı olmaktadır. Dolayısıyla biyoteknoloji hukuku çerçevesinde ele alınan münhasır konularda ulusal ve uluslar üstü yeni yasal düzenlemeler yapılması gerekmekte ve uygulamaların çeşitliliği ve sonuçları dikkate alındığında kazuistik hükümlere ve sıkı denetimlere ihtiyaç duyulmaktadır.

Dünya genelinde 2020'li yıllar için nice yenilikler göreceğimiz biyoteknoloji alanındaki hızlı gelişmelerin ve bugünün imkan ve kabiliyetleriyle gerçekleştirilen uygulamaların sonuçları ciddi etkiler doğurabilecektir. Birey ve toplum nezdinde, biyoteknolojideki her bir yeniliğin dikkatle irdelenmesi, muhtemel sonuçlarının etraflıca değerlendirilmesi ve hukuki çıkarımların buna göre yapılması son derece elzemdir.

Bilhassa uygulayıcıları bakımından medeni hukuk, fikri mülkiyet hukuku, tıp hukuku gibi disiplinler çerçevesinde sınırları çizilen ve esasları belirlenen biyoteknolojinin özellikle de toplumsal etkileri bakımından münhasır birtakım özelliklerinin de bulunduğu gözetilmelidir. Bu doğrultuda biyoteknoloji hukukunun çok alanlı (multidisipliner) bir hukuk dalı olduğu ve etkilerinin önemi bakımından ise hızla gelişen ve değişen bir disiplin olması gerektiği çıkarımı yapılabilecektir. Şu kadar ki bugünkü gelinen noktada biyoteknoloji, muhtemel sonuçları itibariyle öngörülen ve önlenebilen kapasiteyi geçmiştir.

Kaynakça

Kitaplar

- Artemel Mehmet Nafi, *Biyogüvenlik Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. III
- Baranzke Heike, *Batıdaki Biyomedikal Etik Tartışmalarında Özerklik ve İnsanlık Onuru*, *BETİM, İstanbul, 2018*, s. 70
- Bull A. T, Holt G., and Lilly M. D, "Commercial Biotechnology: An International Analysis Definitions of Biotechnology", *Biotechnology: International Trends and Perspectives*, Organisation for Economic Co-Operation and Development Paris 1982, s. 503
- Demir Remzi, *Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 59, 285
- Er Ünal, *Sağlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008, s. 110
- Güriz Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006, s. 39
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 40, 187-188, 361-363

- Noyan Erdal, Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 243
- Özbilen Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 7
- Rifkin Jeremy, "Patentli Yaşam", Sosyoloji Başlangıç Okumaları, Editör; Anthony Giddens, Çev; Günseli Altaylar, Say Yayınları, 2009, s. 171-173
- Zengin Mehmet Ali, Biyoteknoloji Uygulamaları Karşısında İnsan Haklarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 219

Makaleler

- Basu Sainton, "Genetic Privacy: Resolving the Conflict Between the Donor and the Child", *Currents Science*, Sayı 86, 2004
- Coletta Raymond R, "Biotechnology and the Creation of Ethics", *McGeorge Law Review, Pacific McGeorge School of Law* 32, Cilt, 2000, s. 107, 108
- Günay Pelin, Avşar Nahide, "Çoklu Politika Penceresi'nden Ötanazi: Türkiye'ye Bakış", *Ekonomi, Politika & Finans Araştırmaları Dergisi*, cilt: 1, sayı: 1-2, 2016, s.54-66
- Maddox Neil, "Property, Control and Separated Human Biomaterials", *European Journal of Health Law*, Sayı 23, Nisan 2016
- Roberts Claire, "Premature lambs grown in a bag", *Nature*, sayı 546, 1 Haziran 2017, s. 45-46
- Romanis Elizabeth Chloe, "Artificial womb technology and the frontiers of human reproduction: conceptual differences and potential implications", *BMJ*, 10 Ağustos 2018, s. 751-755
- Metin Sevtap, Az Adem, Ertin Hakan, "İki Kadın Bir Bebek: Tıbbi, Etik ve Hukuki Perspektiflerden Mitokondri Değiştirme Terapisi", *Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi*, Mayıs 2020; cilt 25, sayı 2, s. 138-151
- Öztürk Ruşen, Sevil Ümran, "Uterus Transplantasyonu ve Etik", *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi/Gümüşhane University Journal of Health Sciences*, 2013;2(4), s. 535-546

İnternet Kaynakları

- Gowper, "The Legal Quick Guide For Your Biotech Startup", <https://gowper.com/en/blog/mini-guia-legal-para-startups-biotecnologicas/> (erişim: 23.10.2020)
- HBP (Human Brain Project), Overview, <https://www.humanbrainproject.eu/en/about/overview/> (erişim: 23.10.2020)
- Savulescu Julian, "The Science and Ethics of Human Enhancement", The Oxford Uehiro Centre for Practical Ethics, University of Oxford, 15 Mart 2018, Rotman Institute of Philosophy, <https://youtu.be/5Ab4WQHNGmc> (erişim: 23.10.2020)
- Klymchuk Oleh, "Ukrayna'da taşıyıcı annelik furyası", Deutsche Welle Türkçe, 15.09.2018, <https://p.dw.com/p/34t6U> (erişim 23.10.2020)
- Kohen John, "CRISPR, the revolutionary genetic 'scissors,' honored by Chemistry Nobel", AAAC Science Mag, 7 Ekim 2020
- <https://www.sciencemag.org/news/2020/10/crispr-revolutionary-genetic-scissors-honored-chemistry-nobel> (erişim: 23.10.2020)

- Kruszelnicki Karl S, "Mouse with Human Ear", ABC Science, 2 Haziran 2006 <https://www.abc.net.au/science/articles/2006/06/02/1644154.htm> (erişim: 31.01.2020)
- Legal Career Path, "What is Biotechnology Law?", <https://legalcareerpath.com/what-is-biotechnology-law/> (erişim: 24.01.2020)
- Malet David, Biotechnology and International Security, Rowman & Littlefield Publishers, 2016 (Kitap Özeti)
<https://rowman.com/ISBN/9781442268906/Biotechnology-and-International-Security> (erişim: 31.01.2020)
- Merriam Webster, "Biotechnology", <https://www.merriam-webster.com/dictionary/biotechnology> (erişim: 19.12.2018)
- National Institute of Health, "What are genome editing and CRISPR-Cas9?", Genetics Home Reference, US National Library of Medicine, <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/genomicresearch/genomeediting> (erişim: 28.01.2020)
- Segal Troy, "Biotech vs. Pharmaceuticals: What's the Difference?", 10 Nisan 2020, <https://www.investopedia.com/ask/answers/033115/what-difference-between-biotechnology-company-and-pharmaceutical-company.asp> (erişim: 23.10.2020)

Sunumlar

- Akdoğan Gün Güler, "İnterdisipliner ve Multidisipliner Lisansüstü Programlar", 29. Türkiye Sağlık Bilimleri Enstitüleri Toplantısı, İstanbul, 13-14 Nisan 2017, Bezmialem Üniversitesi
- Büken Nüket Örnek, "Etik, Biyoetik, Biyoteknoloji", Tıp Etiği ile İlgili Genel Kavramlar, Türkiye'deki Genel Durum, HÜTF Tıp Etiği A.D., Asistan Etik Eğitimi, s. 12
- International Trade Council, "Biotechnology Startups Research Report", Market Overview Report For Enterprise Estonia, 4. Çeyrek 2019

Kararlar

- ABD Yüksek Mahkemesi (U.S. Supreme Court) Kararı, Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980) No. 79-136, Görüşüldüğü tarih: 17 Mart 1980, Karar tarihi: 16 Haziran 1980, No: 447 U.S. 303
- Yargıtay Kararı, Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi, Esas: 1976/6297 Karar: 1977/2541 Tarih: 07.03.1977.

Tez Çalışması

- Yıldırım Abdurrahman Ali, "Tıp Hukuku Bağlamında İnsanı Geliştiren Biyoteknoloji Uygulamaları", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tıp Hukuku Anabilim Dalı, Mart 2019, s. 15-18

SÖZLEŞME İLİŞKİLERİNİN KURULMASINDA VE BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÜÇÜNCÜ KİŞİ

THIRD PARTY IN ESTABLISHING CONTRACTUAL RELATIONSHIPS AND DEBTOR-CREDITOR RELATIONSHIPS

Derya ATEŞ*

Özet: Sözleşme ilişkileri tarafları birbirine bağlarken, sınırsız türdeki sözleşme örneği içinde, sosyal veya ekonomik ihtiyaçlarla taraf olmayan kişilerin de bu ilişkilere dâhil olması mümkündür. Hukuki ilişkilerin doğması için iradelerinin karşılıklı ve birbirine bağlı olması gerektiği kabul edilen taraflar dışında herkes kural olarak üçüncü kişi kabul edilir. Üçüncü kişiler her ne kadar sözleşmenin tarafı olmasalar da zaman zaman davranışları, taraflardan birinin özgürlüklerine, sözleşme ilişkisi hakkındaki düşüncelerine veya sahip olduğu bilgilere zarar verebilir. Bu durumda üçüncü kişilerin kurulan sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkilemesi mümkündür. Aynı şekilde taraf sıfatı olmamasına rağmen bir borç ilişkisinde edimin üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi, üçüncü kişiye ifa edilmesi ya da üçüncü kişi tarafından belirlenmesi de mümkün olabileceği gibi bir üçüncü kişinin fiilinin üstlenilmesi ya da üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkileri de kurulabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme, Üçüncü Kişi, Hata (Yanılma), Hile (Aldatma), Tehdit (Korkutma), İfa, Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Abstract: While the contractual relationships bind both parties, in case of a rolling contract, It is possible that persons who are not a party within the scope of social or economic needs are involved in these relationships. As a rule, everyone except parties with mutually binding wills necessary to establish a legal relationship are deemed as the third person. Even though the third person is not a party in the contract, their behavior might give harm to one of the parties regarding their freedom, their idea about the contractual relationship or the information they possess. In this case, third persons can affect the validity of the contractual relationship. Similarly, in a debtor-creditor relationship, performance of an act by or to a third person or specification of the act by the third person is possible as well as taking the blame for a third person's wrongdoing. Also, contractual relationships can be established for the benefit of the third person.

Keywords: Contract, Third Person, Mistake (Lapse), Trick (Cheating), Threat (*intimidation*), Fulfillment, Taking The Blame for a Third Person's Wrongdoing

* Dr. Öğretim Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, deryaates@hacettepe.edu.tr, ORCID: 000-0001-7895-9906, Makale Gönderim Tarihi: 08.07.2020, Kabul Tarihi: 13.07.2020

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca sözleşmeler; "taraf-ların" iradelerini birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. Kanun koyucunun Borçlar Kanunu değişikliği sırasında 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'nda yer alan "iki taraf" ifadesi yerine "taraf" ifadesini kullanması bu anlamda bilinçli olarak yapılmış bir değişikliktir. Zira İsviçre doktrininde de özel olarak belirtildiği üzere ikiden fazla tarafın bulunduğu sözleşme ilişkilerinin de varlığı kabul edilmekte ve şirket sözleşmeleri ile miras paylaşım sözleşmeleri konuyla ilgili olarak örnek gösterilmektedir.¹ Bu bağlamda sözleşmelerin kurucu unsuru olarak açıklanan tüm iradelerin karşılıklılığı ve birbirine gerçek veya normatif uygunluğu esas alınır. O halde istenilen hukuki sonucun doğabilmesi için tek bir irade varlığının ve açıklanmasının yeterli olmadığı sözleşmelerde bir iradeye bir başka iradenin eklenmesi zorunludur. Bu noktadan hareketle üçüncü kişi "iradelerinin karşılıklı olarak birbirine bağlı olması zorunlu kabul edilen taraflar dışındaki herkes" olarak tanımlanabilir.

Bir tarafın sözleşmenin yapılması sırasında yardımından yararlandığı kimseler (yardımcı kişiler) ile temsilciler (ticari temsilci, simsar, tüzel kişi organları, acente vb.) üçüncü kişi sayılamaz. Gerçekten yardımcı kişi kavramına, bir borcun ifasında borçlunun iradesiyle, onun çıkarına ve onun sorumluluğu altında borçluya yardım eden ifa yardımcıları girdiği gibi, borçluyu ikame eden, borçlu yerine alacaklıya karşı alacaklının çıkarına yüküm ve sorumluluk üstlenen kaim kişiler de girmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde yer

¹ Bu sözleşmeler için "Çok taraflı sözleşme" terimini kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bu tür sözleşmeler yönünden Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmeye ilişkin genel kurallarının ancak kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu sebeple biz de çalışmamızda sözleşme kavramını iki taraflı hukuki işlemleri esas alarak kullanacağız. Eugen Bucher, Schweizerisches t, Allgemeiner Teil, Zürich, 1988, s. 108; Pierre Engel, Traite Des Obligations En Droit Suisse, Berne, 1997, s. 158 vd.; Pierre Tercier, Pierre, Le Droit des Obligations, Zurich, 2004, s. 54; Luc Thevenoz/Franz Werro, Commentaire Romad, Code Des Obligations I, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel, 2003, s. 6 vd; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 215 vd; Sulhi S. Tekinay, Sulhi S. /Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul, 1993, s. 54; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 2018, s. 42; Necip Kocayusufoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul, 2017, s. 165 vd.

alan “Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara.....” ifadesi aslında bir yanıyla kanun koyucunun maddede belirtilen kimseleri sınırlayıcı olarak açıklamadığını da ortaya koyar.² Bir kimsenin yardımcı kişi sayılması için, borçlunun emri altında olması veya borçluya bir sözleşmeyle bağlı bulunması ise şart değildir.³ Buna karşılık borcun ifasına katılmasının borçlunun onayına dayanması ise hem zorunlu hem de yeterlidir.⁴ O halde borçlunun onayı dışında, borçlunun sorumluluğunun büsbütün dışında, kendi girişimiyle ifade bulunan, alacaklı ve borçludan bağımsız tam yabancı kişi üçüncü kişi olarak belirlenebilir.⁵

Diğer yandan İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında da belirttiği üzere özel bir hukuki ilişki nedeniyle sözleşmenin kurulmasında menfaati olan ve hukuken dolaylı bir şekilde ilgisi bulunan kişiler de üçüncü kişi değildir.⁶ Haberciler, tarafların sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade beyanlarının iletilmesi için kullanılan kişiler olarak üçüncü kişi sayılamazlar. Beyan haberciliğinde beyan eden, kabul haberciliğinde ise beyanı kabul eden kişi, iletim riskini taşımaktadır. Tek veya iki taraflı haberciden faydalanılması, irade beyanlarıyla meydana gelen sözleşmenin, yalnızca sözleşme taraflarını bağladığı gerçeğini değiştirmemektedir.⁷ Aynı şekilde yetkili olmadığı halde

² Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961, s. 436; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 895; Eren, s. 1075; Oğuzman/Öz, C.I, s. 416.

³ Bu ilişkinin bir sözleşmeye bağlı olup olmaması, borçlunun yardımcı kişinin üçüncü kişiye verdiği zararda zararı tazmin ettikten sonra doğacak olan rücu hakkı için önemli olmaktadır. Rücunun sözleşme ilişkisine mi yoksa bir haksız fiil varsa TBK m. 62’ye dayalı mı talep edilebileceği hususunda önem arz eder. Tandoğan, s. 436-437, Eren, s. 1075-1076; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 894, 895; Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C.III, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016, s. 23; Oğuzman/Öz, C.I, s. 417.

⁴ Bucher, s. 352; ATF 98 II 288; Tandoğan, s. 436; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 892; Eren, s. 1074; Zarife Şenocak, *Borçlunun İfa Yardımcılarından Doğan Sorumluluğu*, Ankara, 1995, s. 104; Oğuzman/Öz, C.II, s. 418.

⁵ İfa yardımcısı, kaim kişi ve üçüncü kişi ayırımı aşağıda da değinileceği üzere bilhassa ifa engellerinden doğan sorumluluk ve istemler yönünden özel önem taşır. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 23.

⁶ JdT 1956 I 475; ATF 108 II 42 vd. Ayrıca bkz. ATF 62 II 77; ATF 40 II 534.

⁷ Dirk Looschelders/Mark Makowsky, “Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter”, JA 10/2012, s. 721-728; Türkçeye çeviren Kerem Öz, Kerem; Borç ilişkisinin Nispiyeti ve Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, *Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü*, N.4; S. 4 (2013), s. 224. Alman Medeni Kanunu §120, beyan ha-

sözleşme müzakerelerinde yer alarak taraflara yardım eden müzakere yardımcıları da üçüncü kişi kavramına dâhil edilemez.⁸ Temsil ilişkisi içinde yapılan işlemler yönünden ise temsilcinin bizzat temsil olunan adına hareket etmesi sebebiyle zaten üçüncü kişi olarak kabul edilmesi düşünülemez. Temsilci, haberciden farklı olarak, temsil edilen için ve temsil olunana karşı sonuç doğuran, kendi irade beyanını açıklamaktadır. Buna karşılık hukuki ilişki temsil olunan ve karşı taraf arasında kurulur. Kaldı ki zaten temsil ilişkisi üç taraflı bir borç ilişkisi olarak temsilci tarafından temsil olunan ile üçüncü kişi arasında bir hukuki ilişki yaratmaktadır.⁹

Tüzel kişilerin organları da üçüncü kişi sayılmamaktadır. Bilindiği üzere organlar, tüzel kişilerin iradelerini açıklama vasıtalarıdır ve organlar aracılığıyla tüzel kişi kendi lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratır. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan "Tüzel Kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar" ifadesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca organlar temsilci durumda da olmayan; tüzel kişinin zorunlu bir unsuru, onun tamamlayıcı parçası yani aslında tüzel kişinin bizzat kendisi niteliğindedir.¹⁰ Öztan, organları; tüzel kişinin, kanun maddeleri, tüzüğü, iç talimatnamesiyle yetkili kılınan ve

bercisi tarafından yapılan doğru olmayan iletimde, irade beyanının iptalini mümkün kılmaktadır.

⁸ Ancak sözleşme uyarınca kendisine özel güven duyulmuşsa, müzakere yardımcısının sorumlu tutulması mümkün olabilir. (Alman Medeni Kanun'u § 311/II) Looschelders/Makowsky, s. 225.

⁹ Temsil ile ilgili bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 622 vd; Eren, s. 477 vd.; Kılıçoğlu, s. 298 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 211 vd; Turhan Esener, Salahiyette Müstenit Temsil, Ankara, 1969; Cevdet Yavuz, Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul, 1982; Şener Akyol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul, 2009. Bucher, s. 594 vd.; Jean Droin, La Représentation Indirecte En Droit Suisse, Genève, 1956; Gilliard François D, François; Le Contrat Avec Soi-Même, Lausanne, 1946; Engel, s. 372 vd.; Christine Chappuis, Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel, 2003, Art.32, s. 199 vd.

¹⁰ Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2019, s. 552, Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2019, s. 251; Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, Ankara, 2018, s. 488. Ayrıca bkz. Bilge Öztan, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970. Ayrıca Tüzel kişilerin organları aracılığıyla temsil edilmeleri konusu ile ilgili bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 630 vd; Oğuzman/Öz, C.I, s. 164; Eren, s. 388; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 169; Engel, s. 374.

tüzel kişi için önemli olan görevleri devamlı ve bağımsız olarak gerek üçüncü kişilerle olan ilişkilerde gerek tüzel kişinin iç teşkilatında yerine getirmesi için yetkili kılınan veya kendisine bu tip görevleri fiilen ve dışa belli olacak şekilde bağımsız ifa yetkisi verilen kişi veya kişi grupları olarak tanımlamaktadır.¹¹

Türk Borçlar Kanunu kapsamında üçüncü kişi kavramı muvazaa (m. 19), irade bozuklukları (m. 36, m. 37), temsil (m. 41, m. 42, m. 44, m. 45), halefiyet (m. 127), üçüncü kişinin fiilini üstlenme (m. 128), üçüncü kişi yararına sözleşme (m. 129), birleşme (m. 135), takas (m. 141), alacağın devri (m. 183 vd.), borcun üstlenilmesi (m. 195 vd.) örneklerinde olduğu gibi “*Genel Hükümler*” kısmında olduğu kadar satış sözleşmesi (m. 214, m. 216, m. 217, m. 241, m. 247) kira sözleşmesi (m. 303, m. 309, m. 310, m. 311, m. 319, m. 337), hizmet sözleşmesi (m. 396, m. 394, m. 404, m. 420, m. 442, m. 443), pazarlamacılık sözleşmesi (m. 450, m. 453), eser sözleşmesi (m. 473), vekâlet sözleşmesi (m. 507, m. 509), kredi sözleşmesi (m. 516), ticari temsilci (m. 548, m. 549, m. 550, m. 553), havale (m. 568), kefalet (m. 583, m. 596) kumar, bahis (m. 605), ömür boyu bakma sözleşmesi (m. 607, m. 619), adi ortaklık (m. 625, m. 629, m. 632, m. 637, m. 638, m. 645) örneklerinde olduğu gibi “*Özel Borç İlişkileri*” kısmında da yer bulmaktadır.

Konunun bu geniş çerçevesi içinde çalışmamızın üçüncü kişilerin sözleşme ilişkilerinin kurulmasındaki rolleri ve borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkileri ile sınırlı tutulduğunu; sorumluluk hukuku yönü ile üçüncü kişinin zararının tazmininin, üçüncü kişinin taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine katılması, taraflardan birinin yerini alması ya da alacağın nakli ve borcun devrinde olduğu gibi sözleşme taraflarından birinin üçüncü kişi ile değişmesi durumlarının, çalışmamız kapsamında yer almayacağını da özel olarak belirtmek isteriz.

I. SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN KURULMASI VE ÜÇÜNCÜ KİŞİ

Üçüncü kişi her ne kadar sözleşmenin tarafları dışında yer alsada davranışları, taraflardan birinin özgürlüklerine, sözleşme ilişkisi hakkındaki düşüncelerine veya sahip olduğu bilgilere zarar verebileceğinden, üçüncü kişinin kurulan sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkileme-

¹¹ Öztan, s. 340.

si de mümkündür. Bu durum ya taraf iradelerinin sağlıklı oluşmaması ya da beyanlar ile iradelerin birbirine uygun olmaması şeklinde ortaya çıkar.

A) Üçüncü Kişinin Aldatması (TBK m. 36/II)

Aldatma, bir kimsenin davranışı ile diğer bir kişiyi irade beyanında bulunmaya yönlendirmek için, o kişide yanlış bir fikrin doğmasına kasten sebep olmasıdır. Bu yönüyle aldatmanın bir kişinin kasten saik hatasına (temel yanılmasına) düşürülmesi olarak nitelendirildiği de görülmektedir.¹² Zira aldatmada irade ile beyan arasındaki uyumsuzluk, iradenin oluşması aşamasında gerçekleşmiş, diğer tarafın yanıltıcı davranışları sonucu sözleşmenin kurulması için gerekli irade sakat olarak doğmuştur.¹³

Türk Borçlar Kanunu taraflardan birinin iradesinin aldatma ile oluştuğu durumları, aldatanın sözleşmenin diğer tarafı veya üçüncü kişi olmasına göre ayırarak düzenlemektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca;

“Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir”.

Hükümden anlaşılacağı üzere kural olarak üçüncü kişinin aldatması sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkilemez ve böyle bir durumda aldatılan sözleşme ilişkisi ile bağlı kabul edilir. Üçüncü kişi tarafından yapılan aldatmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi, sözleşmenin taraflarından birini sözleşme yapma konusunda davranışı ile yanıltması, bu davranışı kasten yapmış olması, davranışının sözleşmenin yapılmasına sebep olmuş olması yanında sözleşmenin diğer tarafının aldatmayı bilmesi veya bilmesinin gerekli olması şartlarına bağlıdır. Bu takdirde üçüncü kişinin aldatması artık karşı tarafın aldatması gibi kabul edilir.¹⁴

¹² Tandoğan, s. 59; Oğuzman/Öz, C.I, s. 109.

¹³ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 269.

¹⁴ Bu noktada evlenmenin geçersizliğinde yer alan üçüncü kişinin aldatmasında

Üçüncü kişi tarafından yapılan aldatmanın karşı tarafça bilinmesinin gerekliliği aslında hem susma yoluyla aldatma fiilinin gerçekleşmesine katkıda bulunmuş olmasından hem de Türk Medeni Kanun'unun 3. maddesi uyarınca iyiniyet karinesinden kaynaklanır.¹⁵ Zira durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. Doktrinde "üçüncü kişinin aldatmasını bilen tarafın susmasını" bizzat aldatma yapmak olarak değerlendiren yazarlar da bulunmakla birlikte; olayların önemli bir bölümü için geçerli olsa dahi bu görüşün her zaman uygulama alanı bulması mümkün değildir.¹⁶ Türk Borçlar Kanunu 39/II hükmünün pratik yararı da zaten tam olarak bu noktada doğmaktadır. Buna göre, üçüncü kişinin aldatmasını bildiği halde susan diğer taraf, susmanın genel kurala göre aldatma sayılmasına yol açan hal ve şartlar ayrıca araştırılmadan, sadece üçüncü kişinin aldatmasını bilmesi sebebiyle iptale katlanmak zorunda kalır. Kaldı ki karşı taraf, üçüncü kişinin aldatmasını fiilen bilmediği halde, bilmesi gerekiyor idiye de yine hüküm uygulama alanı bulacak; bu durumda da yine bilinmeyen bir konuda aldatma yapıldığından bahsedilemeyecektir.¹⁷

Taraf, üçüncü kişinin aldatmasını bilmiyor veya bilemiyor ise üçüncü kişinin hatasının sözleşmenin geçerliliği üzerindeki etkisi yanılmanın aksine, aldatmanın objektif olarak esaslı olup olmamasına bağlı değildir. Buna karşılık aldatılan kişi aslında üçüncü kişinin davranışı sonucu temel yanılmasına düşmekte ise yanıltıcı davranış sonucu sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade sakat olarak doğa-

(TMK m. 150) kanun koyucunun, aldatma konusunun namus ve onur hakkında olması ile tehlikeli bir hastalık hakkında olmasında farklı düzenlemeye gittiğini hatırlatmak gerekir. Buna göre taraflardan birinin namus ve onuru hakkında üçüncü kişi tarafından yapılan aldatma ile evliliğin geçersizliğinin ileri sürülebilmesi için eşin üçüncü kişinin aldatmasını bilmesi gerekli iken tehlikeli hastalık ile ilgili aldatmada eşin üçüncü kişinin aldatmasından haberdar olup olmamasının bir önemi yoktur. Bkz. Akıntürk/Ateş, s. 220 vd.; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2019, s. 608 vd.; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt: 3, Aile Hukuku, İstanbul, 2019, s. 89 vd.

¹⁵ Rouiler, s. 2.

¹⁶ Örnek olarak bkz. Hugo Oser/Wilhelm Schönerberger, Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich, 1929, Art 28, N.17. Aksi yönde bkz. Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Bern 1996, I, 2.A, N.172.

¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 464.

caktır.¹⁸ Bu sebeple aldatmanın bulunmadığı durumlarda aldatılanın Türk Borçlar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca, esaslı yanılmaya ya da temel yanılmasına düşüp düşmediği de ayrıca incelenebilir.

Aldatma aslında bir yönüyle dürüstlük kurallarına aykırılık oluştururken diğer yönüyle de hukuka aykırı bir fiili ortaya koymaktadır. Bu sebeple aldatılan lehine doğan zararların tazmini yönünden; sözleşme öncesi sorumluluk ile sözleşme dışı haksız fiil sorumluluğundan doğan hakların yarışması hali mevcuttur.¹⁹ Her ne kadar aldatma sebebiyle sözleşmenin iptali her zaman zararın giderilmesi sonucunu doğurmasa da sözleşme ilişkisinin iptal edilip edilmemesine bağlı olmaksızın menfi zararların tazmini talep edilebilir.²⁰ Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun 39/II hükmü uyarınca aldatmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması halinde dahi kanun koyucu tazminat hakkının ortadan kalkmadığını özel olarak düzenler.

Aldatmayı bilen veya bilmesi gereken taraftan, zarar tazmini talep edildiğinde bu talebin kaynağını kural olarak dürüstlük kuralları ve sözleşme görüşmelerinden doğan culpa in contrahendo sorumluluğu oluşturur.²¹ Bu noktada birinci ihtimalde aldatan; aldatılanın hataya düşmesine kasten sebep olarak taraflar arasındaki görüşmelerde iyiniyeti ihlal edebilir ya da ikinci ihtimal olarak gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden hem kendini hem de sözleşme görüşmelerindeki tarafı koruma görevini ihlal edebilir.²² Buna karşılık üçüncü kişinin aldatmasından doğan zararlarda ise üçüncü kişinin davranışı hukuka aykırılık sebebiyle doğan zararın tazminini gerektiren bir haksız fiildir.²³ (TBK m. 49 vd.)

¹⁸ Söz konusu yanılma olmasa sözleşmenin kurulmayacak olduğu yönündeki illiyet bakımından ispat yükü zarar gören kişidedir. Bu konuda bkz. ATF 129 (2003) III 320, SJ 2004 I 33.

¹⁹ Hakların yarışması hususunda aksi yönde bkz. Paul Piotet, Culpa in Contrahendo, Bern 1963, s. 110 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de aldatma durumunda haksız fiilin varlığını kabul etmektedir. Örnek olarak bkz. ATF 61 II 228 vd.

²⁰ Doktrinde müspet zararların tazminini de talep edilebileceğini savunun yazarlar bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. Engel, s. 246; M. Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 172-173.

²¹ Engel, s. 358.; Bruno Schmidlin, Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art.31, Basel, 2003, s. 197-198; Rouiller, s. 445, 455.

²² Rouiller, s. 3.

²³ Oğuzman/Öz, C.I, s. 113; Ergüne, s. 172-173; Zekeriya Kürşat, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003, s. 127.

Türk Borçlar Kanunu'nun 33. maddesinde düzenlenen, aracının yanılması ile ilgili özel duruma da kısaca değinmek yerinde olacaktır. Madde, sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin yani öneri veya kabul iradesinin, bir haberci veya çevirmen ya da bir faks veya telgraf gibi aracı ya da araç tarafından yanlış iletilmiş olması durumunda yanılma hükümlerinin uygulama alanı bulacağını metne almaktadır. Kanun bu noktada aracının yanılmasını tarafların yanılması olarak değerlendirmekte ve aslında bu yönü ile aracının üçüncü kişi olmadığını da vurgulamaktadır. Gerçekten de iletim aracı, aslında yararlanan beyan sahibinin beyan fiilinin bir uzantısından başka bir şey değildir.²⁴ İletim yanılması, aracının kusurlu bir davranışından veya kötü niyetinden ileri gelebileceği gibi, umulmayan bir olay sonucu da meydana gelebilir.²⁵ Diğer yandan doğrudan doğruya temsilde temsilci, üçüncü kişi olmadığı gibi temsil olunanın aracı da değildir ve kurulan hukuki ilişkide kendi iradesini beyan eder. Bu irade yanılma ile bozulmuşsa, sözleşmenin iptalini isteme hakkı temsil olunan tarafından ileri sürülebilir.²⁶

B) Üçüncü Kişinin Korkutması (TBK m. 37/II)

Korkutma, bir kimsenin diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla bilerek onda korku yaratmasına veya mevcut bir korkudan yararlanmasına denir.²⁷ Yaratılan bu korku sebebiyle sözleşme yapma hususunda iradesini açıklayan kişinin iradesinin oluşumu sakattır.²⁸

Türk Borçlar Kanunu taraflardan birinin iradesinin korkutma ile oluştuğu durumları, korkutanın sözleşmenin diğer tarafı olması veya üçüncü kişi olmasına göre ayırarak düzenlemekle birlikte aldatmadan farklı olarak metne almıştır. Kanun'un 37. maddesi uyarınca:

²⁴ Eren, s. 441.

²⁵ Bucher, s. 202; aksi yönde bkz. Engel, s. 336.

²⁶ Eren, s. 442.

²⁷ Engel, s. 363 vd.; Schmidlin, Art. 29-30, s. 186 vd.; Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukuku, C.1-2, (Çeviren: C.Edege) Ankara, 1983. s. 325; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 449; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s 449; Oğuzman/Öz, C.I, s. 113; Eren, s. 452.

²⁸ Korkutmanın maddi değil manevi cebir üzerinden yapılması gerekir. Maddi cebir ile kurulmaya çalışılan sözleşmeler yönünden irade sakatlığına gitmeye gerek olmamasızın, taraf iradeleri birbirine uygun olmayacağından sözleşme ilişkisi kurulmamış, hiç meydana gelmemiş sayılır. Bucher, s. 224; Engel, s. 363; Schmidlin, s. 187; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 449; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s 473; Oğuzman/Öz, C.I, s. 114; Eren, s. 452.

“Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.

Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür.

Maddeden de anlaşılacağı üzere üçüncü kişi tarafından yapılan korkutmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi, iradesi sakatlanan tarafın korkutmaya maruz kalması, yapılan korkutmanın ağır ve yakında gerçekleşecek bir tehlikenin mevcut olduğu kanısı uyandırması, korkutmanın karşı tarafın şahsına veya yakınlarına yönelik olması ve hukuka aykırı korkutmaya maruz kalan tarafın sözleşmeyi tehdidin yarattığı korku ile yapmış olması şartlarına bağlıdır.

Kanun koyucu üçüncü kişinin korkutmasını üçüncü kişinin aldatmasından çok daha ağır bir hukuka aykırılık hali olarak düzenlemektedir. Zira korkutma fiili, yapan kişiden bağımsız olarak kusurlu ve hukuka aykırı bir haksız fiildir. Buna göre korkutma durumunda karşı taraf, üçüncü kişi tarafından yapılan korkutmayı bilse veya bilmek zorunda olsa bile, onun davranışı, kusurlu ve hukuka aykırı olmadığından sözleşme iptal edilebilecek ve korkutulana tazminat ödemek zorunda tutulmayacaktır. Ancak karşı tarafın iyiniyetli olması durumunda; iptal hakkını kullanan korkutulanın, gerçekte hukuka uygun bir eylem olan iptal beyanı dolayısıyla, iyiniyetli tarafa, hakkaniyet gerektiriyorsa fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı bir tazminat ödemesi gerekecektir.²⁹ Korkutulanın sözleşmeyi iptal etmesi, bizzat Kanun tarafından izin verilen kusursuz bir davranışa dayalı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir.³⁰

Korkutulanın, iyiniyetli karşı tarafa ödemek zorunda kaldığı tazminatı, kendisini tehdit eden korkutan üçüncü kişiden talep edebilme hakkı saklıdır. Bu tazminat, korkutma Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi uyarınca bir haksız fiil oluşturduğundan, kural olarak menfi zararların tazminine ilişkin bir tazminattır.³¹

²⁹ Bucher, s. 227; Rouiler, s. 5; Eren, s. 368; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s 479.

³⁰ Eren, s. 457.

³¹ Doktrinde yerine göre kıyasen üçüncü kişinin korkutması halinde iyiniyetli karşı taraf lehine ve iptal hakkını kullanmış korkutulan aleyhine olumlu tazminata hükmedilebileceğini ileri süren yazarlar da bulunmakla birlikte korkutulanının duru-

Tıpkı aldatmada olduğu gibi, korkutmada da sözleşme tarafının veya yardımcısının verdiği zarara dayalı talebin kaynağını, kural olarak dürüstlük kuralları ve sözleşme görüşmelerinden doğan culpa in contrahendo sorumluluğu oluşturur.³²

C) Üçüncü Kişinin Sebep Olduğu Temel Yanılması (TBK m. 32)

Üçüncü kişinin sözleşme ilişkisi kurulurken taraflardan birini aldatması ya da korkutması dışında, yine taraflardan birinin sözleşme ilişkisi içindeki özgürlüğünü, doğru bilgilendirilmesini ya da o ilişkiye dair fikirlerini etkileyerek de sözleşme ilişkisinin geçersizliğine sebep olabilmesi mümkündür.³³ Aslında bu noktada ortaya çıkan; üçüncü kişi tarafından aldatma veya korkutma kastı olmadan yapılan yanlış bilgilendirmelerin yayılması ya da özel olarak bir taraf ile iletişime geçilerek bu bilgilerin verilmesi sonucu esaslı bir yanılmanın meydana gelmiş olmasıdır. (TBK m. 30)

Yanılma ya irade beyanının istenmeyerek arzuya uygun olmaması durumunu yani beyan yanılmasını (TBK m. 31) veya arzunun oluşmasına etken olan bir hususta düşüncenin gerçek duruma uygun olmaması halini yani temel (saik) yanılmasını (TBK m. 32) ortaya koyar. Ancak bir yanılmanın sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkilemesi “esaslı” olmasına bağlıdır. Beyan yanılmasının üçüncü kişi tarafından meydana getirilmesi aynı zamanda TBK m. 36/2 hükmü uyarınca üçüncü kişinin hilesini de ortaya koyabilmektedir. Kaldı ki yukarıda da açıklandığı üzere bu yönüyle aldatmanın bir kişinin kasten temel yanılmasına düşürülmesi olarak nitelendirildiği de görülmektedir.³⁴ Tarafın üçüncü kişinin aldatmasını bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı hallerde, aldatmanın sözleşmenin geçerliliği üzerine etkisi esaslı olup olmaması ile bağlıdır. Buna karşılık aldatılan kişi aslında üçüncü kişinin davranışı sonucu temel yanılmasına düşmekte ise yanıltıcı davranış sonucu sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade sakat olarak doğar.³⁵

mu ile yanılanın durumunu kıyaslamamanın doğru olmadığını düşünen yazarlar da vardır. Engel, s. 368; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 479.

³² Engel, s. 358.; Schmidlin, s. 190; Rouiller, s. 445, 455; Oğuzman/Öz, C.I, s. 16.

³³ Rouiller, s. 5.

³⁴ Tandoğan, 59; Oğuzman/Öz, C.I, s. 109.

³⁵ Söz konusu yanıltma olmasa sözleşmenin kurulmayacak olduğu yönündeki illi-

Temelde yanılmanın esaslı bir yanılma sayılabilmesi için; yanılmanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması, bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması ve durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir. Bu hüküm aslında karşılığı olan eski BK m. 24/b.4 hükmü ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun 24/b.4 düzenlemesine paralel olarak üzerinde farklı görüşler bulunan bir maddedir.³⁶ Esaslı sayılan bir temel yanılmasının oluşması için öncelikle bir tarafın sözleşme yapma arzusunun oluşmasına etki eden bir hususta yanılması gerekir. Yanılma bir olguya ya da maddi veya hukuki bir niteliğe ilişkin olabilir. Sözleşmenin kurulurken, sözleşmenin karşı tarafının veya bir üçüncü kişinin özelliklerinde yanılma, kişide temel yanılmasına sebep olabilir.³⁷

Temel yanılmasının esaslı olması, hem yanılanın sözleşmeyi yapması için bir *condicio sine qua non* teşkil etmesi hem de yanılma konusu saikin karşı tarafça bilinebilir olması şartlarına bağlıdır.³⁸ Yanılmanın esaslı olması için karşı tarafın kendisine beyanda bulunanın yanıldığını bilmesi veya bilecek durumda olması şart değil iken; beyanın temel saikini bilmesi veya bilecek durumda olması yeterlidir.³⁹ Bu noktada bilinebilir olma halini, yanılanın sözleşmenin temeli saydığı hususlara ilişkin olarak değerlendirmek gerekir.⁴⁰

Diğer yandan iş hayatındaki dürüstlük kuralları, yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkilemesini haklı göstermelidir. 818 sayılı Borç-

yet bakımından ispat yükü zarar gören kişidedir. Bu konuda bkz. ATF 129 (2003) III 320, SJ 2004 I 33.

³⁶ Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968. s. 160 vd.; Von Tuhr, s. 308; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 429; Eren, s. 386; Seyfullah Edis, Tük-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara, 1973, s. 37 vd.; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, İstanbul, 1976, s. 343; Oğuzman/Öz, C.I, s. 100; Kılıçoğlu, s. 254 vd. Ayrıca bkz. Bucher, s. 202 vd.; Jalon, R.; L'article 24 chiffre 4, CO, Lausanne, 1939; Rouiller, s. 5-6; Engel, s. 327 vd.; Tercier, s. 151; Schmidlin, Art. 23-24; s. 158 vd.

³⁷ Oğuzman/Öz normal zekâya sahip olduğu sanılan bir çocuğa ders vermek için babasıyla yapılan sözleşmeden sonra çocuğun zekâ özürlü olduğunun anlaşılmasını bu duruma örnek olarak göstermekte ve bu durumun beyan yanılmaları ile karıştırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Oğuzman/Öz, C.I, s. 10.

³⁸ Bu şarta subjektif olarak esaslı olma şartı da denilmektedir. Bucher, s. 206; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 430; Eren, s. 437; Kocayusufpaşaoğlu, (Hata), s. 161; Kılıçoğlu, s. 257; Oğuzman/Öz, C.I, s. 103.

³⁹ Oğuzman/Öz, C.I, s. 104.

⁴⁰ Rouiller, s. 5.

lar Kanunu'nda ticari doğruluk ile ifade bulan yeni Kanun'da ise iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralları ifadesinde anlam bulan ise⁴¹ "sözleşme konusuyla ilgili emsal işlerdeki" değerlendirmelerdir⁴² ve bu değerlendirmelerin emsal olaylardaki ortalama düşünce ile değer yargısı esas alınarak belirlenmesi gerekir.⁴³ Buna göre, iş ilişkilerindeki görüşler ve dürüstlük kuralı, yanılanın yanlış bir şekilde kabul ve tasavvur ettiği durum ve olayı, sözleşmenin temeli saymasını haklı göstermelidir. Böylelikle dürüst ve makul bir kişinin, yanılanın sözleşmenin temeli saydığı durum ve olayın doğru olmadığını bilse idi, sözleşmeyi yapmayacağını; kendilerinin de aynı şartlar altında böyle bir olay hakkında yanılmış olmadıkça sözleşme ilişkisini kurmayacaklarını kabul etmiş olduğu varsayılır.⁴⁴

D) Muvazaa İddiasına Karşı İyiniyetli Üçüncü Kişinin Korunması

Türk Borçlar Kanunu'nun 19/II hükmü; borçlunun, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamayacağını düzenleyerek muvazaa iddialarına karşı iyiniyetli üçüncü kişiyi koruma altında almaktadır. Dikkat edilirse bu hüküm iyiniyetli üçüncü kişiye karşı tüm muvazaa iddiaları yönünden bir sınır getirmemekte sadece yazılı borç ikrarları yönünden bir istisna oluşturmaktadır.⁴⁵

⁴¹ Bu unsura objektif olarak esaslı olma şartı da denilmektedir. Bucher, s. 206; Tunçoğlu, s. 343; Eren, s. 389; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 431; Kılıçoğlu, s. 257; Oğuzman/Öz, C.I, s. 104; JdT 1971 I 165.

⁴² Kılıçoğlu, 257.

⁴³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin temel yanılması ile ilgili iş ilişkilerindeki dürüstlük kurallarını değerlendirmesini yaparken, bir tablonun orijinal değil çoğaltma olduğunun anlaşılması, İran halısı olarak alınan halının böyle olmadığını anlaşılması, satın alınan otomobilin çalıntı çıkması, sözleşme yapıldığı sırada taşınmazda inşaat yasağı bulunması yönünde örnek kararları bulunmaktadır. ATF 82 II 411; ATF 114 II 131, 39; ATF 52 II 143; ATF 109 II 319, ATF 98 II 15, 98, ATF 96 II 101, ATF 95 II 21. Oğuzman/Öz, C.I, s. 100-101; Kılıçoğlu, s. 258.

⁴⁴ Bucher, s. 20; Engel, s. 328 vd; Tercier, s. 153; Schmidlin, s. 160 vd.; Esener, s. 127; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, II, III, İstanbul, 2018, s. 318; Eren, s. 437.

⁴⁵ Maddenin şu hallerde kıyas yolu ile uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. İyiniyetli üçüncü kişinin yazılı borç tanınmasına güvenerek bir alacak üzerinde sadece intifa veya rehin hakkı gibi sınırlı bir aynı hak kazandığı hallerde (TMK m. 795, m. 955); borçlu iyiniyetli olarak alacağı devralana karşı açıkça sözlü bir borç tanınmasında bulunmuşsa, bu halde alacak yazılı bir borç tanınmasına güvenerek kazanmamış olmasına rağmen hüküm uygulanır. Aynı şekilde alacak hakkının şekline uygun fakat muvazaalı olarak devralan kimse için de muvazaa savunması

Bu istisna ile alacak muvazaalı bir sözleşmeye dayandığı için aslında doğmamış olsa bile, alacağın üçüncü kişiye devri hüküm ifade etmektedir.⁴⁶ Maddenin uygulanabilmesi için her şeyden önce üçüncü kişinin alacağı geçerli bir şekilde devralmış olması ve bu devrin yazılı bir şekilde yapılmış olması gerekir. Üçüncü kişinin alacağı bahsi geçen yazılı borç tanınmasına güvenerek devraldığı durumda genellikle ortaya çıkan yazılı belgeye bağlanmış olan soyut borç tanınmasıdır. (TBK m. 18) Ancak hükmün uygulanabilmesi için borç tanınmasının sebepten soyut olması yönünde bir şart da ayrıca bulunmamaktadır.⁴⁷

Diğer yandan alacağın varlığına inanan üçüncü kişinin iyiniyeti, alacağın muvazaalı olduğunu bilmemesi veya bilmesi gerekmemesini ifade eder (TMK m. 3). Hüküm, alacağı devralan kişinin mutlaka üçüncü bir kişi olmasını ister bu sebeple alacaklının mirasçıları üçüncü kişi sayılmaz.⁴⁸ Ayrıca, üçüncü kişinin devirden sonra durumu öğrenmiş olması da iyi niyetini ortadan kaldırmayacaktır, çünkü önemli olan kişinin iyiniyetinin devir anındaki varlığıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi, beyaza imza atılarak devredilen borç senedinin doldurularak üçüncü kişiye alacak devri yapılmasında TBK m. 19/II'nin mehzatı İBK m. 18/II hükmünü kıyasen uygulayarak, senedi devreden kişinin alacağı devralan üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağı sonucuna ulaşmıştır.⁴⁹ Şüphesiz ki taraflar muvazaaya üçüncü kişilere zarar vermek için başvurmuşlar ve üçüncü kişinin de bu durumdan bir zararı doğmuş ise, ortaya çıkan zarar bakımından tazminat talebi her zaman mümkündür.⁵⁰

yapılamaz. Eren, s. 404

⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 252, 253; Oğuzman/Öz, C. II, s. 575.

⁴⁷ Oğuzman/Öz'e göre, TBK m. 18 uyarınca soyut borç tanınması bu tanımının hukuki sebebi geçersiz olsa bile hüküm doğuracağı için, bu tanımadan doğan alacak geçerli bir devre konu olabilir. Bu özel durumda alacak hakkı hukuki sebepten soyut olarak doğurduğu için, söz konusu alacağı devralan kimse temel ilişkinin geçersizliğini bilse bile devir geçerlidir. Oğuzman/Öz, C.II, s. 576. Bu tür alacakların geçerli sayılıp sadece bir sebepsiz zenginleşme oluşturabilecekleri TBK m. 82/2 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Oğuzman/Öz, C.I, s. 657.

⁴⁸ Eren, s. 405.

⁴⁹ Oğuzman/Öz, C.II, s. 575; ATF 88 II 422; JdT 1963 I 248.

⁵⁰ Engel, s. 223 vd.; Tercier, s. 115 vd.; Benedict Winiger, Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 18, Basel, 2003, s. 81 vd.; s. Turhan Esener, Türk Hukusunda Muvazaalı Muameleler, Ankara, 1956, s. 129; Oğuzman/Öz, C.I, 127 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C. I, s. 347 vd.; Eren, s. 404 vd.; Kılıçoğlu, s. 233 vd.

II. BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

A) Üçüncü Kişinin İfası ve Halefîyet

Kural olarak, bir borcun borçlu tarafından ifa edilmesi sözleşmede kararlaştırılmamışsa ya da borcun borçlu tarafından ifası alacaklı için özel bir önem ve fayda sağlamıyorsa borçlu borcu şahsen ifa zorunda değildir. Borcun borçlu olmayan üçüncü kişi tarafından ifası sözleşme ilişkisinin tarafları bakımından bir değişiklik yaratmayacağından borçlunun alacaklı karşısındaki sorumlulukları da değişmeyecektir.⁵¹ İfa sürecinde borçlu yönünden ve ancak onun iradesiyle yardımcı kişiler, kaim kişiler ya da üçüncü kişiler devreye girebilir.⁵² Üçüncü kişi ise ifa yardımcılarının aksine, kendi isteğiyle hareket ederek, borçlunun borcu için kendi edimini ifa eden ayrı bir kişidir.

Borçlunun şahsen ifa ile yükümlü olmayıp borcu üçüncü kişiye ifa ettirdiği durumlarda, üçüncü kişi ile arasındaki iç ilişki bir temsil yetkisinden (TBK m. 40 vd.) kaynaklanır.⁵³ Bu ilişki sebebiyle borcun ifası sırasında ya da ifa sebebiyle doğan zararlardan da borçlu sorumlu olacaktır. Eğer borçlu ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin kaynağı vekâlet sözleşmesi gibi bir sözleşme ilişkisi ise, bu durum doğan zararların tazmini sonrası rücu ilişkilerinde önem taşır. Üçüncü kişi borçlunun rızası ve iradesi dışında onun yerine ifada bulunursa ve bu durum borcun ifasını kusurlu davranışıyla imkânsız hale getirmesi sonucu doğurursa borçluya karşı sorumlu olur. Bu sorumluluk sözleşmeye dayandırılmazsa da duruma göre vekâletsiz iş görme hükümlerine

⁵¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesine düzenlenen borçlunun yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğunu öngörmesindeki sebep de budur. Yardımcı kişilerin sorumluluğu hakkında bkz. Engel, 739 vd.; Tercier, 224 vd.; Luc Thevenoz, Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 101, Basel, 2003, s. 595 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 416 vd.; Eren, s. 1200 vd.; Kılıçoğlu, s. 818 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 22 vd.; Şenocak, s. 5 vd.; Semih Yünlü, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul, 2019.

⁵² Yardımcı kişi, kaim kişi ve üçüncü kişi ayırımı için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 24. Ayrıca özellikle ifa yardımcıları yönünden bkz. Bucher, s. 350; Engel, s. 739 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 416; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 205 vd.; Şenocak, s. 5 vd.; Kılıçoğlu, s. 710 vd.; Eren, s. 1200 vd.; Yünlü, s. 64 vd.

⁵³ Burada üçüncü kişinin ifası borçluyula arasındaki borçlar hukuku ilişkisine dayanabile de alacaklı ve borçlu arasındaki borç ilişkisi yalnızca borçluyu ifayla yükümlü kılar. Dolayısıyla, borç ilişkisinin nispiyeti ilkesi korunur. Looschelders/Makowsky, s. 225-226. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 709.

(TBK m. 526 vd.) veya şartları varsa haksız fiil hükümlerine (TBK m. 49 vd.) dayandırılabilir.⁵⁴

Alacaklının üçüncü kişi tarafından yapılan ifayı kabul etmemesi, kişisel edimli borçlar dışında temerrüde düşmesi (TBK m. 83) sonucu doğurur. Ancak üçüncü kişinin rehini kurtarma hakkı varsa, alacaklının borçluyula birlikte direnme şansı bulunmadığı gibi böyle bir durumda borçlunun da tek başına borcun ifasını engelleme şansı yoktur.⁵⁵

Üçüncü kişinin ifası alacaklıyı tatmin etmekle birlikte taraflar arasındaki borç ilişkisini sona erdirmemektedir. Bu durumda borçlu, sorumlu olmaya devam ederken alacak hakkı ifayı yapan üçüncü kişiye kanun gereği geçmektedir ki bu intikale halefiyet denir.⁵⁶ Halefiyet ancak kanunda öngörülen hallerde söz konusu olabileceğinden, bu durumlar dışında bir üçüncü kişinin alacaklının yerine alacak hakkını elde etmesi ancak alacağın devri ile mümkün olabilir. Ancak bu durumda geçişin alacaklı ve üçüncü kişi arasında yapılacak olan bir anlaşma ile mümkün olduğunu hatırlamak gerekir. Halefiyet ise alacağın kanun gereği üçüncü kişiye geçmesini sağlar.⁵⁷

Türk Borçlar Kanunu'nun 127. maddesi uyarınca;

“Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, aşağıdaki hâllerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur:

1. Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde.

2. Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde.

⁵⁴ Kılıçoğlu s. 708.

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 28. Ayrıca üçüncü kişinin ifasına borçlunun karşı çıkma ihtimali ile alacaklı ve borçlunun birlikte ifaya karşı çıkma ihtimalleri ve örnekleri için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 26-27.

⁵⁶ Von Tuhr, s. 28; Bucher, s. 575; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 208; Eren, s. 931; Kılıçoğlu, Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979. s. 3 vd.; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 28; Oğuzman/Öz, C.I, s. 262. Bu noktada bahsedilen halefiyetin külli halefiyet (TMKm. 599) olmadığını vurgulamak gerekir. Zira külli halefiyet ölümle sona ermeyen sözleşmeler bakımından, sözleşme ilişkisinin tarafını değiştirirken, yukarıda kullanılan halefiyet dar anlamda borç ilişkisinin alacaklı tarafını değiştirir.

⁵⁷ Engel, s. 616; Federal Mahkeme'nin kanun boşluğu doldurarak kabul ettiği halefiyet durumu için bkz. JdT 1934 I 589; Oğuzman/Öz, C.I, s. 263.

Diğer halefiyet hâllerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır”.

Maddede belirtilen iki durumda da, halefiyet alacağın kanun gereği üçüncü kişiye geçmesini sağlar ki bu durumda alacağa bağlı fer'i haklar ve alacaklının şahsına ilişkin olanlar dışındaki rüçhan hakları da üçüncü kişiye geçer.⁵⁸ (TBK m. 189) Borçlunun, alacaklıya karşı ileri sürebileceği def 'ileri yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilme imkânı vardır.⁵⁹ Aslında her iki yönüyle de halefiyette borcu ödeyen üçüncü kişinin alacağa bağlı haklara da sahip olması, ona borçluya karşı vekâletsiz iş görmeye veya sebepsiz zenginleşmeye dayanacak bir rücu hakkından daha teminatlı bir durum da sağlamaktadır.⁶⁰ Diğer yandan üçüncü kişi dilerse borcunu ödeyip kapattığı borçluya geri dönüp rücu edebilir. Üçüncü kişi borçlu ile arasındaki hukuki ilişki borçlunun bilgisi ve isteği dâhilinde ise vekâletli iş görmeye, bilgisi ve isteği dışında ama onun çıkarı ve varsayılan iradesi doğrultusunda ise vekâletsiz iş görmeye veya son çare olarak haksız zenginleşmeye dayanır. Dolayısıyla aslında borçlunun üçüncü kişinin ifası sayesinde borçtan temelli kurtulması sadece alacaklısına karşıdır, üçüncü kişiye karşı değildir.⁶¹

B) Üçüncü Kişiyi İfa

Türk Borçlar Kanunu'nun 83. maddesinde ifa ile yükümlü kişi yönünden genel bir kural getirilmekle birlikte, ifanın kime karşı yapılması gerektiği belirlenmemiştir. Buna göre borçlu yerine üçüncü kişi tarafından ifa mümkün iken, kural olarak borcun sona ermesi ve borçlunun borçtan kurtulması, alacaklının tatmin edilmesine bağlıdır. Bu

⁵⁸ Oğuzman/Öz, C.I, s. 266. alacaklı birlikte geçen bağlı haklar çerçevesinde alacağı teminat altına alan haklar (rehin, kefalet) alacağa bağlı yenilik doğuran haklar (örneğin muacceliyet ihbarı) yer alır. Öncelik haklarından maksat da alacağa ait ayrıcalıklardır. (İİK. m. 206) Kefalet yönünden Türk ve İsviçre Hukuklarında var olan tartışmalara paralel olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu 596/4 hükmü uyarınca "Bir alacağın güvencesini oluşturan rehin paraya çevrildiği veya borç rehin veren malik tarafından ödendiği takdirde malik, kefile karşı rücu hakkını, ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabilir”.

⁵⁹ Engel, s. 616; Tercier, s. 188; Fabienne Hohl, Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 68-83, Basel, 2003, s. 459 vd.

⁶⁰ Üçüncü kişinin vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme şartlarını ispata ihtiyacı olmaksızın, sadece alacaklıya borcu ödemesi ve bir halefiyet hali bulunduğu ispatı yeterli olacaktır. Oğuzman/Öz, C.I, s. 266.

⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 30.

sebeple ifa alacaklıya veya yetkili temsilcisine yapılmak zorundadır. Alacaklı tarafından ifayı kabul ile yetkilendirilmiş vekil ya da temsilciye yapılan ifa alacaklıya karşı yapılmış gibi kabul edilirken; bu anlamda yetkili vekil ya da temsilcinin de üçüncü kişi olmadığını tekrar belirtmek gerekir.⁶² Dolayısıyla alacaklı dışında bir üçüncü kişiye ifa, ancak alacaklının onayı ile borcun ifası yerine geçebilir ve bu tür bir yetkilendirme olmadan üçüncü kişiye yapılan ifa borçlu iyiniyetli olsa dahi onu borçtan kurtarmaz.⁶³

Kural alacaklıya ifa olmakla birlikte, bazı istisnai durumlarda borçlunun üçüncü kişiye ifade bulunması da mümkündür. Bu durum bazen bir yükümlülükten, bazen de bir haktan kaynaklanır. Buna göre üçüncü kişiye ifa; hacizli bir alacağın borçlusunun haciz ihbarından sonra geçerli olarak ancak icra memurluğuna ifade bulunabilmesi (İİK m. 12; m. 89) veya iflas durumunda ifanın iflas dairesini yapılması (İİK m. 192) durumlarında olduğu gibi bir kanun hükmünden kaynaklanabileceği gibi; alacaklı ve borçlu arasındaki bir sözleşme ilişkisinden de kaynaklanabilir.⁶⁴ Aşağıda özel olarak incelenecek olan tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler bu yönde en sık karşılaşılan örneklerdendir.

Alacaklının talimatı üzerine de bir üçüncü kişiye ifa mümkündür. Borçlu, alacaklının sonradan ve tek taraflı olarak vereceği bir talimat ile üçüncü kişiye ifade bulunabilir. Bu talimat, hukuki niteliği itibariyle doğrudan bir havaledir ve böyle bir durumda borçlu kendisi aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı olarak bir zorluk bulunmadığı takdirde ifayı üçüncü kişiye yapmalıdır.⁶⁵ Diğer yandan alacaklının borçluyu

⁶² Oğuzman/Öz, C.I, s. 270; Von Tuhr, s. 17 vd; Eren, s. 1052; Engel, s. 615 vd.; Terrier, s. 189 vd.

⁶³ Buna karşılık Alman hukukunda (BGB §370 ve 2367) açıkça düzenlenen "hukuki görüşüne güven" yani mirasçılık belgesine ve alacaklının imzasını taşıyan makbuzaya güven olgularının borçtan kurtarmaya yetmeyip ikinci kez edimde bulunmayı gerektireceği görüşü Türk ve İsviçre doktrininde de baskın olarak benimsenmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 33 vd; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, İstanbul, 1972, s. 586; Von Tuhr, s. 23.

⁶⁴ Aslında bu hallerde alacaklının alacağı üzerindeki tasarruf yetkisi kakmış veya sınırlanmış bulunduğundan alacaklıya yapılan ifa geçerli de değildir. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 37-38; Oğuzman/Öz, C.I, s. 272; Eren, s. 1053.

⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 35 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, s. 271; Eren, s. 1054. Bazı yazarlar bu talimatta alacaklının borçluya verdiği bir temsil yetkisinin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bucher, s. 296.

edimi üçüncü kişiye ifa ile yetkilendirdiği durumlarda ise temsil yetkisi söz konusu olacağından borçlu isterse üçüncü kişiye ifada bulunabilir. Zira temsil yetkisi temsilci aleyhine yükümlülük doğurmaz.⁶⁶ Bu durumda borçlunun üçüncü kişiye ifada bulunma yükümlülüğünün değil hakkının varlığından söz edilir.⁶⁷

Üçüncü kişiye ifanın hâkim kararı ile de gerçekleşmesi mümkündür. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 198. maddesi uyarınca hâkim eşlerden biri, sürekli ve düzenli bir geliri olduğu halde birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse eşin borçlularına ödemeyi tamamen ya da kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir. Bu maddenin uygulanmasında borcun mahiyeti önemli değildir; başka bir deyişle eşlerden birinin üçüncü kişiden olan alacağının sözleşmeden veya haksız fiilden doğmuş olmasının bir önemi yoktur. Ancak maddenin uygulanması hâkim tarafından borçlulara talimat verilmiş olmasına bağlı kılınmıştır. Dolayısıyla eş doğrudan doğruya borçlulara başvurarak borçlarını kendisine ödemelerini isteyemez. Ancak hâkim talimatı sonrası alacaklı eşin alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalktığından ifanın mutlaka eşe yapılması gerekir.⁶⁸

C) Edimin Üçüncü Kişi Tarafından Belirlenmesi

Borcun içeriğini ve konusunu oluşturan edim, taraflar arasındaki borç ilişkisine dayalı olarak alacaklının borçludan talebe yetkili oldu-

⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.I, s. 270; Eren, s. 1055.

⁶⁷ Borçlunun üçüncü kişiye edimde bulunma yükümlülüğü ve hakkı genel olarak birbiriyile örtüşür ancak her iki durumu kapsamayan haller de olasılık dâhilindedir. Bu konuda Serozan havale, akreditif, üçüncü kişiye edimi kendi adına alma yetkisinin tanınması ve bankanın ödeme yeri olarak gösterilmesi gibi örnekler vermekte yine kanun gereğince alacaklının temerrüdünde TBK m.107/III uyarınca hâkim tarafından üçüncü kişiye tevdi durumunun da buna örnek gösterilmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, C.III, s. 38 vd. Ayrıca alacaklının borçluyu üçüncü kişiye ifayla yetkilendirmesi ya da üçüncü kişiyi ifanın kabulüyle yetkilendirmiş olması; üçüncü kişi yararına sözleşmelerden farklı olarak alacaklı tarafından verilen yetki ile borçluya karşı ifa hakkının üçüncü kişiye ait olmasını değil; ifa yolunun kısıtlanmasını ifade eder. Looschelders/Makowsky, s. 227.

⁶⁸ Akıntürk/Ateş, s. 140-141. Ayrıca bkz. Tandoğan, s. 134; H. Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul, 1965, s. 128; Esat Arsebük, Medeni Hukuk C.II, Ankara, 1940, s. 709; Feyzi N. Feyzioğlu, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 207; Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 372 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 193 vd.

ğu, borçlunun ise yerine getirmek zorunda bulunduğu davranışı ifade eder.⁶⁹ Hukuken korunan bir menfaati içeren, emredici kurallara, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve imkânsız olmaması gereken (TBK m. 27) edimin belirli ya da belirlenebilir olması esastır. Zira belirli olmayan veya belirlenemeyen edimlerin ifasının, dava veya cebri icraya konu olması mümkün değildir. Belirlenebilirlik ise ifa anında zaman, yer ve konu itibarıyla objektif olarak belirlenebilir olmayı ifade eder.

Edimi, anlaşmaya göre taraflardan biri belirleyebileceği gibi, belirleme yetkisi, üçüncü bir kişiye de bırakılabilir. Edimin içeriğini belirleme yetkisinin üçüncü kişiye bırakılması durumunda üçüncü kişinin edimi adalete, hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun olarak belirlemesi esastır.⁷⁰ Billhassa yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı olarak seçimlik borçlar yönünden Türk Medeni Kanun'unun 2. maddesinin uygulama alanı daha çok önem kazanır.

Türk ve İsviçre Hukuklarının aksine Alman Medeni Kanunu edimin üçüncü kişi tarafından belirlenmesine ilişkin özel hükümler içermektedir. BGB § 317-319 hükümlerine göre, üçüncü kişinin edimin içeriğini belirlerken en makul ölçüye göre hareket etmesi gerektiğini (BGB § 317/I); belirlemenin açıkça hakkaniyete aykırı olması halinde ise bağlayıcı olmayacağını hükme bağlar (BGB § 319/I).⁷¹ Türk ve İsviçre Hukukları yönünden ise aynı sonuca dürüstlük kuralları ile ulaşmak mümkündür (TMK m. 2/I)

⁶⁹ Von Tuhr, s. 45; Engel, s. 77; Tandoğan, s. 2; Oğuzman/Öz, C.I, s. 6; Tunçomağ, s. 56; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 8; Kocayusuftaşaoğlu, s. 36; Antalya, I, s. 48; Eren, s. 99.

⁷⁰ Eren üçüncü kişinin edimin içeriğini belirleme yetkisi varsa bilirkişi veya hakem sıfatıyla hareket etmesi gerektiğini ifade eder. Eren, s. 104.

⁷¹ Michel Pedamon, *Le Contrat en Droit Allemand*, Paris, 2002, s. 140-141. Ayrıca üçüncü kişinin edimi belirleme işlemi serbest şekilde yapmaya yetkili olduğu ve fakat bunu geciktirdiği ya da hiç yapmadığı hallerde sözleşmenin hükümsüz olacağı da düzenlenmektedir. Belirleme yetkisinden bağımsız olarak, edimi belirleyen üçüncü kişi daima borç ilişkisinin dışında kalmaktadır. Ancak bu üçüncü kişinin bir veya her iki tarafla kendi arasındaki borç ilişkisi temelinde sorumlu olduğu gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin eğer üçüncü kişi sözleşmeye dayanan edim belirleme yükümlülüğünü hiç yerine getirmez veya geç getirirse sorumlu tutulur. Looschelders/Makowsky, s. 227.

D) Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme

Türk Borçlar Kanunu'nun 128. maddesi uyarınca kurulan bir sözleşmede borçlunun alacaklıya karşı üçüncü bir kişinin belli bir davranışta bulunacağını taahhüt etmesi üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunu ortaya koymaktadır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bazen karşı tarafı bir teşebbüste bulunmaya veya bir işlem yapmaya razı etmek için; bazen de teminat vermek amacıyla yapılabilir.⁷² Ancak her durumda üçüncü kişi tarafı olmadığı bir hukuki ilişki ile borç altına sokulmamakta; söz konusu fiili üstlenen, üstlenilene üçüncü kişinin bu edimde bulunacağı konusunda bir garanti vermekte ve bizzat kendisi borç altına girmektedir.⁷³

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bir sözleşme olmakla birlikte hukuki niteliğinin ne olduğu bilhassa garanti sözleşmelerine ilişkin genel bir hüküm mü yoksa garanti sözleşmelerinin özel bir türü mü olduğu çok tartışmalıdır.⁷⁴ Söz konusu tartışmaların detayına girmeksizin baskın olan görüşün, üçüncü kişinin garanti kapsamını edimin yerine getirilmesi ile sınırlı tuttuğundan garanti sözleşmesinin özel bir türü olarak kabul gördüğünü belirtmek gerekir.⁷⁵

⁷² Engel, s. 429 vd.; Silvia T. Du Pasquier,.; Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 110-113, Basel, 2003, s. 660 vd.; Haluk Tandoğan, Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki, Ankara, 1959, s. 7 vd.; Seza Reisoğlu, Garanti Mukavelesi Mahiyeti, Unsurları, Benzer Münasebetlerden Tefriki Hüküm ve Neticeleri, Ankara, 1963, s. 11; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 228 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s. 416; Kılıçoğlu, s. 718.

⁷³ Üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusu olduğunda, söz verilen üçüncü kişinin edimi değil, bu edimin yerine getirileceğine dair bir güvendi. Temsil dışında sözleşme ile üçüncü kişinin borç altına sokulması mümkün değildir. Akyol, (Temsil) s. 60. K. Fikret Arık, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi, *AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1955, C.15, S. 3, s. 139; André Wavre,; Le Porte-fort en Droit Fédéral CO art.127, Neuchâtel, 1898, s. 37; Melek B. Yüce, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul, 2007, s. 11 vd.; Sevgi Kayak, "6098 sayılı Kanun'un Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *BATİDER*, Cilt: 31, Sayı: 4 | Aralık 2015, s. 19.

⁷⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin üstlenilen fiilin ve taahhüdün bütün olarak değerlendirilerek ayırım yapılması ve niteliğin belirlenmesi yönünde örnek kararları bulunmaktadır. ATF 131 (2005) III 511; ATF 125 (1999) III 305, Rouiller, s. 16.

⁷⁵ Bu görüşler için bkz. Engel, s. 430; Du Pasquier, s. 661 vd.; Rouiller, s. 15; Tandoğan, II, s. 684; Reisoğlu, s. 44 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s. 418. Ayrıca üçüncü kişinin fiilini üstlenme kurumunun garanti dışında kefalet, temsil, havale ve borcun üstlenilmesinden farkları için bkz.; Du Pasquier, s. 666-674; Eren, s. 1294 vd. Ayrıca özel olarak Banka Teminat Mektupları yönünden bkz. Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara, 1990; Seza Reisoğlu, Banka Teminat

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme bir sözleşme ilişkisi oluşturduğundan bir kişinin tek taraflı olarak üçüncü kişinin fiilini vaat etmesi, bu anlamda bir borç ilişkisi doğurmayacaktır. Taraflar arasında irade uyumu, sözleşmenin kurulması ve geçerliliğine ilişkin esaslara tabidir.⁷⁶ Fiili üstlenilen üçüncü kişinin ise taraflar arasındaki bu hukuki ilişkinin dışında kalması gerekir ki zaten kendisi bizzat üçüncü kişi olarak sözleşmenin tarafı değildir. Üçüncü kişinin bu sözleşmeden dolayı bir hak kazanımı ya da borç altına girmesi söz konusu olamayacağı gibi, sadece bir davranışta bulunmak veya bulunmamak suretiyle kendisi dışındaki hukuki ilişkiye etkide bulunabilecektir. Böylece üçüncü kişinin ediminden bağımsız bir borç oluşmakta ve bunun sonucu olarak, üçüncü kişinin fiilini üstlenen, bu edimi yerine getirmekle değil, bu edimin yerine getirilmemesi üzerine doğacak zararı gidermekle yükümlü olmaktadır.⁷⁷

Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede, sözleşme tarafının kendi davranışına ilişkin bir yükümlülük içermeksizin, üçüncü kişinin davranışı üzerine doğacak zararın tazminini asli borç olarak taahhüt etmesi gerekir. Fiili taahhüt edilen gerçek ya da tüzel kişinin belirli değil belirlebilir olması yeterlidir.⁷⁸

Edime konu olabilecek her şey üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye de konu olabilir ve sözleşme genel geçerlilik şartlarına tabidir. (TBK m. 27) Bu sebeple, sözleşme taraflarının fiil ehliyetine sahip olmaları sözleşmenin geçerliliği yönünden gerekli iken, sözleşme tarafı olmadığı

Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara, 1977; Tandoğan, II, s. 805 vd.; Haluk Tandoğan, Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Mahiyeti, Ankara, 1962, s. 791 vd.; Haluk Tandoğan, "Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede Bulunmaları Halinde Lehtara Rücu Edebilmeleri Meselesi", *BATİDER*, 1970, C.V, S. IV, s. 660; Nami Barlas, Türk Hukuk sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986, E. Cem Kahyaoğlu, Banka Garantileri, İstanbul, 1996; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 236; Tunçomağ, s. 979; Oğuzman/Öz, C.I, s. 41; Kılıçoğlu, s. 725 vd.; Eren, s. 1293. Yargıtay 11.6.1969 tarih ve 96/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile banka teminat mektuplarının asıl borçtan daha ağır bir yükümlülük altına girilmesi ve bağımsız olarak borçlanılması sebepleriyle üçüncü kişinin edimini üstlenme olduğu kabul edilmiştir.

⁷⁶ Oğuzman/Öz, C.I, s. 171 vd.; s. 423.

⁷⁷ Tandoğan, II, s. 855; Reisoğlu, s. 154, 155; Tunçomağ, s. 986; Eren, s. 1299; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 228; Oğuzman/Öz, C.II, s. 425.

⁷⁸ Reisoğlu, s. 50; Eren, s. 1297; Oğuzman/Öz, C.II, s. 424.

dan, üçüncü kişinin fiil ehliyetine sahip olması şart değildir.⁷⁹ Üçüncü kişinin fiilini taahhüt herhangi bir geçerlilik şekline bağlanmamıştır.⁸⁰

Üçüncü kişinin üstlenilen edimi yerine getirilmediği takdirde tazminat ödeme borcu kendiliğinden doğar ve borç doğduğu anda muaccel olur.⁸¹ Üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığından üstlenilen edimin yerine getirilmemesi sebebiyle doğan zarar yönünden edimi üstlenen kişinin kendinden önce üçüncü kişiye başvurulmasını isteme imkânı yoktur.⁸² Tazminat borcunun kapsamı ise edimin yerine getirilememesi nedeniyle karşı tarafın uğramış olduğu müspet zarardır.⁸³

Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi uyarınca alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalan taraf, sözleşmeye dayalı olarak üçüncü kişiye karşı herhangi bir hak ileri süremez. Ancak üçüncü kişi, üstlenene karşı alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalması durumunda bunu karşılama taahhüdünde bulunmuşsa ya da taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamakla birlikte vekâletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabiliyor ise, rücu imkanının bulunduğu belirtilmektedir.⁸⁴ Ayrıca üçüncü kişinin fiili üstleneni borç altına sokan davranışı haksız fiil oluşturmuş ve fiili üstlenen alacaklıya yaptığı ödeme ile üçüncü kişiyi haksız fiil tazminatı ödemekten kurtarmış ise, müteselsil sorumluluk uyarınca da üçüncü kişiye rücu edebilir.⁸⁵ (TBK m. 61, m. 62)

⁷⁹ İnan, s. 374; Tunçomağ, s. 984; Eren, s. 1298.

⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 237; Tandoğan, II, s. 818; Eren, s. 1297; Tunçomağ, s. 982; Reisoğlu, s. 141; Oğuzman/Öz, C.II, s. 427; Kılıçoğlu, s. 722. Bununla birlikte kefalet hükümlerine ilişkin TBK m. 603 hükmü uyarınca kefalet dışında kişisel güvence vermeye yönelik sözleşmelerde de şekil şartının uygulanacağı hükmünün üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yönünden uygulanması hakkında bkz. Engel, s. 435 vd.; Du Pasquier, s. 666-668; Kılıçoğlu, s. 722 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s. 427. Ayrıca Sevgi Kayak, "6098 sayılı Kanun'un Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", BATİDER, Cilt: 31, Sayı: 4 | Aralık 2015, s. 15-71.

⁸¹ Du Pasquier, s. 664; Tunçomağ, s. 986; A. Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1984, s. 375; Reisoğlu, s. 155; Tandoğan, II, s. 858; Eren, s. 1299; Oğuzman/Öz, C.II, s. 430.

⁸² Engel, s. 434; Du Pasquier, s. 665; Tunçomağ, s. 986; Eren, s. 1299; Oğuzman/Öz, C.II, s. 431.

⁸³ Engel, s. 435; Du Pasquier, s. 664; Tunçomağ, s. 986; İnan, s. 375; Oğuzman/Öz, C.II, s. 433; Eren, s. 1299.

⁸⁴ Tandoğan, II, s. 871; Reisoğlu, s. 160 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s. 435.

⁸⁵ Tandoğan, II, s. 881; Reisoğlu, s. 166; Oğuzman/Öz, C.II, s. 436. Aksi yönde Barlas, s. 82-83.

E) Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme

Türk Borçlar Kanunu'nun 129. maddesinde düzenlenen ve ifanın taraflarca üçüncü bir kişiye yapılmasının kararlaştırıldığı sözleşmelere üçüncü kişi yararına sözleşme denir. Vaat ettiren ile vaat eden arasında kurulan bu sözleşmede üçüncü kişi sözleşmeden doğan alacak haktan yararlanarak üçüncü kişi olmakla birlikte sözleşmenin yapılmasına taraf olarak katılmaz.⁸⁶

Üçlü ilişki içinde vaat edenin vaat ettirene üçüncü kişi yararına taahhütte bulunmasını sağlayan ilişkiye "karşılık ilişkisi" veya "teminat ilişkisi"; vaat ettirenin üçüncü kişi yararına bir taahhüt elde ettiği ilişkiye "kazandırma ilişkisi" veya "değer ilişkisi" vaat ettiren ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye ise "edim ilişkisi" denir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin, üçüncü kişinin vaat edenden ifayı talep hakkı bulunup bulunmamasına göre tam veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde düzenlenmesi mümkündür.⁸⁷ Bu bakımdan tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin borç ilişkilerinin nispiyeti ilkesine istisna olma özelliği de bulunur.⁸⁸ Zira üçüncü kişi kendisinin tarafı olmadığı bir sözleşme uyarınca bazı haklar kazanmakta ve bunları ileri sürebilmektedir.⁸⁹ Buna karşılık üçüncü kişinin tarafı olmadığı sözleşmeden dolayı borç altına sokulması ise mümkün değildir.⁹⁰

⁸⁶ Engel, s. 418 vd.; Du Pasquier, s. 675 vd.; Bucher s. 476, 479; Von Tuhr, s. 246; Şener Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976, s. 10; Eren, s. 1280; Oğuzman/Öz, C.II, s. 441.

⁸⁷ Ayırım ve ifadeler için bkz. Bucher, s. 479; Engel, 425, Du Pasquier, s. 678-679; Rouiller, s. 5. Ayrıca bkz. ATF 46 II 131; ATF 83 II 277. Von Tuhr, s. 236; Akyol, s. 11 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 219 vd.; Tunçomağ, s. 964; Kocayusufoğlu, s. 29; Oğuzman/Öz, C.II, s. 444; Eren, s. 1283 vd.; Kılıçoğlu, s. 737 vd.

⁸⁸ Bu konuda özel olarak bkz. Looschelders/Makowsky, "Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter", JA 10/2012, s. 721-728; Türkçeye çeviren Kerem Öz, Borç ilişkisinin Nispiyeti ve Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü, N.4; S. 4 (2013), s. 225-242.

⁸⁹ Diğer yandan üçüncü kişi lehine sözleşmelerden farklı olarak, bilhassa Alman Hukukunda gerçek olmayan veya yetkilendirici üçüncü kişi lehine sözleşmelerden de bahsedilmektedir. (AMK §362/II ve bununla bağlantılı olarak AMK §185) ancak bu tür sözleşmeler nisbik ilkesini ihlal etmez. Yani alacaklı tarafından verilen yetkiden, borçluya karşı ifa hakkının üçüncü kişiye ait olması anlaşılmasın, borç ilişkisi yalnızca alacaklı ve borçlu arasında hüküm ve sonuç doğuracak şekilde düzenleme içerir. Bu tür üçüncü kişiye ifa durumları sadece ifa yolunun kısıtlanmasına hizmet eder. Bu konuda bkz. Looschelders/Makowsky, s. 227

⁹⁰ Üçüncü kişi zararına bir sözleşme, üçüncü kişinin serbestçe karar verme özgürlü-

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri içinde düzenlenmesinin sebebi, bağımsız bir sözleşme türü niteliğinde olmaması, tarafları dışında bir üçüncü kişiye edimin yerine getirilmesinin üstlenildiği durumları içerecek şekilde genel bir kavram olarak ortaya konulmasındandır. Bu sebeple ayrı bir geçerlilik şekline tabi olmaksızın, üçüncü kişi yararına konan kayıt, bunu içeren sözleşmelere ilişkin bir şekil şartı var ise o şekle bağlı olarak düzenlenir.⁹¹

Üçüncü kişi sözleşme ilişkisinin tarafı olmadığından; iradesinin, ehliyetinin ve irade sakatlığının sözleşmenin kurulmasında etkisi bulunmaz. Hatta sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için üçüncü kişinin sözleşmeden bilgi sahibi olmasına ya da haberi bulunmasına da gerek yoktur.⁹² Üçüncü kişi gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. Sözleşmenin kurulduğu anda üçüncü kişinin mevcut ve belirlenmiş olması ise şart değildir. Sadece ifa zamanının belirlenebilir olması, ilişkinin kurulabilmesi için yeterlidir.⁹³

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak mı yoksa tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak mı yapıldığı Türk Borçlar Kanunu'nun m.129/II hükmüne göre belirlenir. Buna göre üçüncü kişi veya halefleri, ancak iki tarafın amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde borcun ifasını şahsen yani vaat ettirenden bağımsız olarak isteyebilirler. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere; kanun koyucu kuralı eksik üçüncü kişi yararına sözleşmeden, istisnayı ise tam üçüncü kişi yararına sözleşmeden yana düzenlemiştir.⁹⁴

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi alacak hakkı kazanmadığından, kendisine yapılan ifayı kabul etmekten başka bir

ğünün ihlal edilmesiyle bağlantılı olduğundan ötürü kabul görmemektedir. Loschelders/Makowsky, s. 232. Ayrıca bkz. Rouiller, s. 10; Eren, s. 1281; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 218; Oğuzman/Öz, C.II, s. 450.

⁹¹ Du Pasquier, s. 677; Engel, s. 420; Akyol, s. 95; Tunçomağ, s. 962; Eren, s. 1282; Oğuzman/Öz, C.II, s. 450.

⁹² Engel, s. 426. Du Pasquier, s. 678. Ayrıca bkz. Rouiller, *Der widerrechtliche Vertrag*, Bern, 2002, s. 52 ve s. 334, Akyol, s. 100; Kocayusufpaşaoğlu, s. 31; Eren, s. 1282;

⁹³ Akyol, s. 100; Eren, s. 1282; Oğuzman/Öz, C.II, s. 453.

⁹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 220; Oğuzman/Öz, C.II, s. 444-45; Kocayusufpaşaoğlu, s. 23; Akyol, s. 23; Eren, s. 1285; Arif Kocaman, "TBK'nın Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Erzurumluoğlu'na Armağan*, Ankara 2012, s. 535.

yetkisi bulunmaz.⁹⁵ Buna karşılık vaat eden borcu üçüncü kişiye ifa etmez ise, borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir ve doğan zararın tazmini vaat ettiren yönünden her zaman talep edilebilir.⁹⁶ Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede ise hem vaat ettiren hem de üçüncü kişi sözleşmenin kurulması ile birlikte alacak hakkı kazanır.⁹⁷ Her ne kadar vaat edenin ikisinden de ifayı talep etme imkânı bulunsa da ifa aynı kişiye yani üçüncü kişiye yapılmak zorunda olduğundan aralarında bir alacaklı teselsülü doğabileceği söylenemez.⁹⁸ Diğer yandan tam üçüncü kişi yararına sözleşme yapılır yapılmaz, üçüncü kişi alacak hakkı kazansa da bu hakkını kullanacağını vaat edene bildirinceye kadar vaat ettirenin hak üzerinde tasarruf imkânı da devam eder. (TBK m. 129/II) Sözleşme ilişkisinden doğan borçların ihlali durumunda üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığından yine vaat ettirene karşı bir hak veya yetkiye sahip değildir. Buna karşılık üçüncü kişi bildirimde bulunduktan sonra artık içeriğe uygun ifayı ve talep hakkına bağlı olarak da borcun ifa edilmemesi üzerine uğrayacağı zararın tazminini talep edebilir.

III. SONUÇ

Üçüncü kişi kavramı bir yönü ile borç ilişkilerinin doğmasında ve sürmesinde, iradeleri birbirine bağlanan taraflar dışındaki herkesi ifade ederken; diğer yönü ile de yardımcı kişi, temsilci, kaim kişi, haberci, müzakere yardımcısı veya tüzel kişi organları gibi kavramlardan ayrılmaktadır. Taraflardan birinin sözleşmenin yapılması sırasında yardımından yararlandığı kişiler ile temsilciler üçüncü kişi sayılmazlar. Bu kişilerin borçlunun emri altında olmasına veya borçluya bir sözleşme ilişkisiyle bağlı bulunmasına gerek olmamakla birlikte

⁹⁵ Engel, s. 419; Du Pasquier, s. 679 vd.; Von Tuhr, s. 236 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 220; Eren, s. 1283; Kocayusufpaşaoğlu, s. 31; Tunçomağ, s. 964 vd.; Oğuzman/Öz, C.II, s. 455.

⁹⁶ Engel, s. 424; Du Pasquier, s. 679-678; Von Tuhr, s. 237; Eren, s. 1283; Oğuzman/Öz, C.II, s. 455. Doktrinde üçüncü kişinin uğradığı zararın tazmininin de vaatettiren tarafından vadedenden istenebileceği kabul edilmektedir. Böylelikle üçüncü kişinin talep hakkı bulunmaması yüzünden doğacak sakıncaların azaltılacağı düşünülmekle birlikte bu çözümün geçerli hukuki dayanağı oldukça tartışmalıdır.

⁹⁷ Engel, s. 424242-245; Du Pasquier, s. 661-683; Bucher, s. 479; Akyol, s. 111; Kocayusufpaşaoğlu, s. 30-31; Eren, s. 1284; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 219; Oğuzman/Öz, C.II, s. 456.

⁹⁸ Eren, s. 1290; Oğuzman/Öz, C.II, s. 457.

borcun ifasına katılmaları borçlunun onayına dayanmalıdır. Özel hukuk ilişkileri sebebiyle sözleşmenin kurulmasında menfaati olan ve hukuken dolaylı bir şekilde ilgisi bulunan kimselerin de üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple üçüncü kişiler, borçlunun sorumluluğunun tamamen dışında, kendi girişimiyle ifade bulunan, alacaklı ve borçludan bağımsız tam yabancı kişilerdir.

Üçüncü kişi her ne kadar sözleşmenin tarafları dışında yer alsada davranışları, taraflardan birinin özgürlüklerine, sözleşme ilişkisi hakkındaki düşüncelerine veya sahip olduğu bilgilere zarar verebileceğinden, bu kişilerin kurulan hukuki ilişkinin geçerliliğini etkilemesi mümkündür. İrade sakatlıkları yönünden, üçüncü kişinin aldatması kural olarak sözleşmelerin geçerliliğini etkilememekte; üçüncü kişinin sözleşme taraflarından birini sözleşme yapma konusunda davranışı ile yanıltması, bu davranışının kasten yapılmış olması ve sözleşmenin kurulmasına sebep oluşturması, diğer sözleşme tarafının ise aldatmayı bilmesi veya bilmesinin gerekli olması şartlarına bağlıdır. (TBK m. 36) Üçüncü kişinin aldatmasının bilinmesi aslında susma yoluyla aldatma fiiline katkıda bulunulmuş olmasından ve iyiniyet karinesinden kaynaklanmaktadır. (TMK m. 3) Hatanın esaslı olup olmaması değerlendirmesi ise ayrıca yapılmaz. Üçüncü kişinin korkutması ise, fiili yapan kişiden bağımsız olarak kusurlu ve hukuka aykırı bir haksız fiil oluşturduğundan, üçüncü kişinin aldatmasından farklı ve daha ağır düzenlenmekte; buna göre korkutma durumunda karşı tarafın eylemi bilmesinden veya bilmesi gerekliliğinden bağımsız olarak sözleşme iptal edilebilmektedir. (TBK m. 37) Üçüncü kişinin sözleşme ilişkisi kurulurken taraflardan birini aldatması ya da korkutması dışında, bu kişilerin özgürlüğünü, doğru bilgilendirilmesini ya da o ilişkiye dair fikirlerini etkileyerek de sözleşmenin geçersizliğine sebep olabilmesi mümkündür. Bunun için bu yanlış bilgilendirmeler sonucunda esaslı bir yanıltmanın meydana gelmesine sebep olunmalıdır. (TBK m30) Beyan yanılmasının üçüncü kişi tarafından meydana getirilmesi aynı zamanda üçüncü kişinin hilesini de ortaya koyabilmektedir. Bu durumun temelde ve esaslı bir yanıltma sayılabilmesi ise, yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması, bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması ve karşı tarafça bilinmesine bağlıdır. İrade sakatlıkları yönünden zararın tazmini sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*) ile sözleşme dışı haksız fiil sorumluluğundan

doğan hakların yarışmasına göre belirlenir. Üçüncü kişi yönünden ise, fiilinin haksız fiil (TBK m. 49) oluşturması durumunda sözleşme tarafının üçüncü kişiden menfi zararların tazminini talep imkânı doğar.

Bir borcun borçlu tarafından ifa edilmesi sözleşmede kararlaştırılmamışsa ya da borcun borçlu tarafından ifası alacaklı için özel bir önem ve fayda sağlamıyorsa borçlu borcu şahsen ifa zorunda değildir. Bu durumda borcun üçüncü kişi tarafından ifası sözleşmenin taraflarını, yükümlülüklerini, alacaklı karşısındaki sorumluluklarını değiştirmeyecektir. Borçlunun borcu üçüncü kişi aracılığı ile ifa ettirmesi durumunda ise iç ilişki temsil yetkisinden kaynaklanabilir. Üçüncü kişi borçlunun rızası ve iradesi dışında ifada bulunduğu, ifa kusurlu davranışla imkânsız hale getiriliyor ise üçüncü kişinin borçluya karşı sorumluluğu doğabilecektir. Bu sorumluluk sözleşmeye dayandırılmayacağı için vekâletsiz iş görme hükümlerine veya şartlara göre haksız fiil hükümlerine dayandırılır. Üçüncü kişinin ifasının alacaklıyı tatmin etmesi durumunda borç ilişkisi sona ermemekte, alacak hakkı ifayı yapan üçüncü kişiye halefiyet ile kanun gereği geçmektedir. (TBK m. 127)

İfa ile yükümlü kişi yönünden genel bir ilke benimsenmekle birlikte, ifanın kime karşı yapılması gerektiği Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak kaleme alınmamıştır. Bu sebeple kural olarak borçlu yerine üçüncü kişi tarafından ifa mümkün iken, borcun sona ermesi alacaklının tatmin edilmesine bağlıdır. Alacaklı tarafından ifayı kabul ile yetkilendirilmiş vekil ya da temsilciye yapılan ifa bizzat alacaklıya yapılmış olarak kabul edileceğinden vekil ya da temsilci dışında bir üçüncü kişiye ifa ancak alacaklının onayı ya da yetkilendirmesi ile mümkündür. Bu tür bir yetkilendirme veya onay bulunmadan üçüncü kişiye yapılan ifa borçluyu borçtan kurtaramaz.

Borcun içeriğini ve konusunu oluşturan edimin belirli ya da belirlenebilir olması esastır. Belirlenebilir olma, ifa anında zaman, yer ve konu itibarıyla objektif olarak belirlenebilmeyi ifade eder. Bu belirlemenin taraflardan biri ya da üçüncü bir kişi tarafından yapılması mümkündür. Ancak edimin içeriğini belirleme yetkisinin üçüncü kişiye bırakılması durumunda üçüncü kişinin edimi adalet, hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun olarak belirlemesi esastır.

Bir sözleşme ilişkisi içinde borçlunun alacaklıya karşı üçüncü ki-

şinin belli bir davranışta bulunacağını taahhüt etmesi, tek taraflı olarak üçüncü kişinin edimini vaat etmesi ile birlikte de borç doğabilir. (TBK m. 128) Fiili üstlenilen üçüncü kişi sözleşmenin tarafları arasında olmadığından hukuki ilişkinin dışında kalır. Üçüncü kişinin bu sözleşmeden dolayı bir hak kazanması ya da borç altına girmesi ise söz konusu değildir. Üçüncü kişinin ediminden bağımsız olarak borç oluştuğundan, üçüncü kişinin fiilini üstlenen bu edimi yerine getirmekle değil edimin yerine getirilmemesi üzerine doğacak müspet zararı gidermekle yükümlüdür. Üçüncü kişinin fiili üstlenene karşı bir taahhüdü ya da taraflar arası bir sözleşme ilişkisi yok ise rücu imkânı vekâletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ayrıca değerlendirilebilir.

İfanın taraflarca üçüncü bir kişiye yapılmasının kararlaştırıldığı üçüncü kişi yararına sözleşmelerde de yine üçüncü kişi sözleşmeden doğan alacak hakkından yararlanan kişi olmakla birlikte sözleşmenin yapılmasına taraf olarak katılmaz. Üçüncü kişinin vaat edenden ifayı talep hakkı bulunup bulunmamasına göre tam veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisi kurulabilir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler bu yönü ile borç ilişkilerinin nispiliği ilkesine de istisna oluşturur. Sözleşme ilişkisinden doğan borçların ihlali durumunda üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olmadığından yine vaat ettirene karşı bir hak veya yetkiye sahip değildir. Buna karşılık tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişinin ifayı talep etmesi ve talep hakkına bağlı olarak da üçüncü kişinin borcun ifa edilmemesi üzerine uğrayacağı zararın tazminini talep etmesi de mümkündür.

Kaynakça

Kitaplar

- Akipek Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş Derya, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2019.
- Akyol Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 1976.
- Akyol Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul, 2009. (Kısaltılmış: Temsil)
- Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, II, III, İstanbul, 2018.
- Barlas Nami, Türk Hukuk sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986.
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrech Allgemeiner Teil, Zürich, 1988.
- Droin Jean, La Représentation Indirecte En Droit Suisse, Genève, 1956.
- Du Pasquier Silvia T., Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 110-113, Basel, 2003, s. 652-684.

- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2019.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt:3, Aile Hukuku, İstanbul, 2019.
- Edis Seyfullah, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara, 1973.
- Engel Pierre, Traite Des Obligations En Droit Suisse Berne, 1997.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- Ergüne M. Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008.
- Esener Turhan, Selahiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1969.
- Esener Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara, 1956. (Kısaltılmış: Muvazaa)
- Gilliard François, Le Contrat Avec Soi-Même, Lausanne, 1946.
- Hohl Fabienne, Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 68-83, Basel, 2003, s. 459-499.
- İnan A.Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1984.
- Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.
- Kılıçoğlu Ahmet, Medeni Hukuk, Ankara, 2018. (Kısaltılmış: Medeni)
- Kılıçoğlu Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara, 1979. (Kısaltılmış: Halefiyet)
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, İstanbul, 1972. (Kısaltılmış: Miras)
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, İstanbul, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip/Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.III, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968. (Kısaltılmış: Hata)
- Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd I, Bern 1996.
- Kürşat Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003.
- Oğuzman M. Kemal /Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 2018.
- Oğuzman M. Kemal /Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul 2018.
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich, 1929
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2015. (Kısaltılmış: Aile)
- Öztan Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 1970. (Kısaltılmış: Tüzel Kişi)
- Öztan Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2019.

- Pedamon Michel, *Le Contrat en Droit Allemand*, Paris, 2002.
- Piotet, Paul, *Culpa in Contrahendo*, Bern 1963.
- Reisoğlu Seza, *Garanti Mukavelesi Mahiyeti, Unsurları, Benzer Münasebetlerden Tefriki Hüküm ve Neticeleri*, Ankara, 1963.
- Schmidlin Bruno, *Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 21-31*, Basel, 2003, s. 141-198.
- Şenocak Zarife, *Borçlunun İfa Yardımcılarından Doğan Sorumluluğu*, Ankara, 1995.
- Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I-II*, Ankara, 1987. (Kısaltılmış: I-II)
- Tandoğan Haluk, *Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki*, Ankara, 1959. (Kısaltılmış: Garanti)
- Tandoğan Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961.
- Tekinay Sulhi S./Akman Sermet /Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri*, İstanbul, 1993.
- Tercier Pierre, *Le Droit des Obligations*, Zurich, 2004.
- Thevenoz Luc, *Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 101*, Basel, 2003, s. 595-606.
- Thevenoz Luc/ Werro Franz, *Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Helbing&Lichtenhahn Verlag*, Basel, 2003.
- Tunçomağ Kenan, *Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler*, İstanbul, 1976.
- Velidedeolu H. Veldet, *Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku*, İstanbul, 1965.
- Von Tuhr Andreas, *Borçlar Hukuku, C.1-2*, (Çeviren: C.Edege) Ankara, 1983.
- Winiger Benedict, *Commentaire Romand, Code Des Obligations I, Art. 18*, Basel, 2003, s. 81-120.
- Yavuz Cevdet, *Türk, İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, İstanbul, 1982.
- Yünlü Semih, *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, İstanbul, 2019.

Makaleler

- Kocaman Arif, "TBK'nın Üçlü İlişkiler Konusundaki Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Erzurumluoğlu'na Armağan*, Ankara 2012.
- Looschelders Dirk/Makowsky Mark, "Relativität des Schuldverhältnisses und Rechtsstellung Dritter", *JA* 10/2012, s. 721-728; Türkçeye çeviren Öz Kerem, "Borç ilişkisinin Nispiyeti ve Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu", *Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü*, N:4; S. 4 (2013), s. 225-242.
- Rouiler Nicolas, *Les Tiers*, içinde "Tiers et contrat en Suisse", TRA, Travaux du groupe Suisse de l'Association Henri Capitant Band/Nr. V, Stampfli Verlag AG, 2018, s. 1-26.

İnternet Kaynakları

<https://www.swisslex.ch/de/>

KIRILGANLIK KAVRAMI VE ÖZERKLİK DEĞERİ IŞIĞINDA DEVLETİN SORUMLULUĞU

VULNERABILITY AND STATE RESPONSIBILITY IN THE LIGHT OF AUTONOMY

Nadire ÖZDEMİR*

Özet: Bu çalışmada, sosyal bilimler ve özellikle hukuk alanında henüz üzerinde durulan kırılabilirlik kavramı farklı anlamlarıyla ortaya konmaya çalışılacak ve kırılabilirliğin özerklik değeri ışığında ne tür bir bakış açısı sunabileceği tartışılacaktır. Bu tartışma özellikle devletin sorumluluğuna ilişkin sosyal adalet ve eşitlik ilkeleri bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kırılabilirlik, Kırılabilir Özne, Özerklik ve Kırılabilirlik, Devletin Sorumluluğu

Abstract: In this paper, the concept of vulnerability will be put forward with its different meanings and aspects and it will be discussed what kind of perspective can vulnerability offer in the light of the value of autonomy. This discussion will be dealt with especially in the context of social justice and equality principles regarding state responsibility.

Keywords: Vulnerability, Vulnerable Subject, Autonomy and Vulnerability, State Responsibility

I. Giriş

Hukuki kavram ve kurumlar, içinde bulunduğu çağın özellikleri, gelişmeleri ve gerekleri ile kaçınılmaz olarak şekillenir. Bu anlamda hukuki soru ve sorunlara bakış açımızı ve temel standartlarımızı belirleyen paradigmlar da “zaman ve yer göreceliği” doğrultusunda gelişip farklılaşabilir.¹ Çağın sorunlarına uygun yeni paradigmların ortaya atılması, mevcut sorunların tespitinde ve bunlara ilişkin çözüm önerisi üretmede yeni arayışlara ve daha önce gidilmemiş yollara vesile olur. Bu çalışma kapsamında da sosyal bilimlerde nispeten yeni

* Dr. Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, naozdemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1406-4833, Makalenin Gönderim Tarihi: 24.8.2020, Kabul Tarihi: 24.08.2020

¹ Niyazi Öktem/Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul: Der Yayınları, 2017, ss. 276-277.

olan, sosyo-legal çalışmaların ve hukuk felsefesi tartışmalarının daha önce üzerinde çok durmadığı² “kırılgnlık” kavramı farklı anlamlarıyla birlikte ele alınacak ve bu kavramın özerklik değeri ışığında ne tür bir bakış açısı sunabileceği tartışılacaktır.³ Bu tartışma özel olarak, kırılgn özne karşısında devletin sorumluluğu ve bu sorumluluğu yerine getirme araçlarından başlıcası olarak hukukun rolünü eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri bağlamında ortaya koyacaktır.

II. Kavram ve Sınıflandırmalar

Kırılgnlığın (vulnerability), Latince kökeni “yara” anlamına gelen vulnus kelimesinden türetildiği ve insanda vücut bulmuş olan acı çekme kapasitesine vurgu yaptığı belirtilmektedir.⁴ Latince kökenine işaret etmesi anlamında kavramın kimi Türkçe çalışmalarda “yaralanabilirlik” olarak çevrildiği görülmektedir.⁵

Kırılgn olmak, “zarara, yaralanmaya, başarısızlığa veya kötüye kullanıma karşı hassas” olmaktır.⁶ Keza kırılgnlık yaş, cinsiyet, bedensel durum, sosyal statü gibi çeşitli etkenler bağlamında tanımlanabilir. Bu anlamda kırılgn öznenin farklı bağlamlar gözetilerek şekillendirilmesi, kırılgnlık kavramına ilişkin yaklaşımların çeşitliliğini de beraberinde getirmektedir. Bu başlık altında kavrama ilişkin tartışmalara katılan belli başlı yazarların tanımından yola çıkarak kırılgnlığa dair çeşitli anlamlar ortaya konmaya çalışılacaktır.

² Phil Bielby, “Towards a legal theory of mental health vulnerability”, Workshop on Vulnerability and Social Justice, June 17-18, 2016. Leeds, Leeds University, s. 1.

³ Türkiye’de, hukuk alanında kırılgnlık, insan onuru ve insan hakları üzerine yazılmış bir çalışma için bakınız: Elif Çelik, İnsan Onurundan İnsan Kırılgnlığına: İnsan Haklarının Temelinde Yatan Kavramları Yeniden Ele Almak, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı, Ankara 2015. Konuya ilişkin daha spesifik bir çalışma için bakınız: Muhammet Koçakgöl, “CEDAW’ın ‘Yaşlı Kadınların Kendilerinin ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin 27 Sayılı Genel Tavsiyesi’de Kırılgnlık Kavramı”, *TBB Dergisi* 143 (2019), ss. 385-406.

⁴ Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, “Introduction: What Is Vulnerability, and Why Does It Matter for Moral Theory?”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, New York: Oxford University Press, 2014, s. 4.

⁵ Cogito Yaralanabilirlik, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, Sayı 87, 2017.

⁶ Paul Formosa, “The Role of Vulnerability in Kantian Ethics”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, New York: Oxford University Press, 2014, s. 89.

Kırılğanlık literatüründeki en genel ayırım, kırılğanlığı tüm insanlar için geçerli olacak şekilde geniş ya da sadece belirli gruplar veya belirli özelliklere sahip insanlar açısından geçerli olacak şekilde dar olarak tanımlayan iki görüş arasında yapılmaktadır. Örneğin Bryan Turner'a göre kırılğanlık, insan varlığının maddi boyutunun farkında olarak, fakat ruhsal anlamda yaralanmaya da açık bir şekilde, çevresel koşullardan zarar görmeye ilişkin bir kapasitedir.⁷ Bu anlamda Turner tüm insanlar için geçerli olan geniş bir kırılğanlık tanımına işaret etmektedir.

Kırılğanlık ve hukuk literatürüne çok sayıda eser kazandırmış olan Martha Fineman'ın kırılğanlık yaklaşımına baktığımızda, onun da söz konusu kavramı geniş şekilde tanımladığı görülmektedir. Fineman, kırılğanlığın yaygın olan hukuk teorisinde veya siyaset felsefesinde sadece belirli bir gruba mahsus olarak tartışılması ve bu anlamda marjinalleştirilmesine karşı çıkar.⁸ Ona göre kırılğanlık insan doğasının evrensel, değişmez, sürekli ve kaçınılmaz bir niteliğidir.⁹ İnsan yapısı gereği fiziksel, biyolojik, ekonomik ve sosyal bakımdan hastalığa, tehlikeye ve türlü değişime sürekli bir şekilde açıktır.¹⁰ Bu insan anlayışına uygun olarak "kırılğan özne" Fineman'a göre hukuki, sosyal ve siyasal politikaların özünde yer alması gereken bir temeldir.

Kırılğan özne yaklaşımı, tek boyutlu liberal özne yaklaşımından farklı bir bakış açısı ortaya koyar: İnsan gerçekliğinin bir ömür boyunca çok çeşitli ve birbirine bağlı "yapabilirlikleri" içerdiği hususunu somutlaştırır.¹¹ Kırılğanlık yaklaşımının hukuki ve siyasi yansımaları bu insan gerçekliğini temel alarak yükselir. İnsanın kırılğan bir varlık oluşu onun diğer insanlara bağımlılığını gerektirir ve toplumsal kurumlar bu hususu gözeterek yapılandırılıp işlemelidir.¹² Kısacası genel anlamda her insanın kırılğan olduğu ve bu kırılğanlığın insanları birbirine bağlı kıldığı gerçeği Fineman yaklaşımının temel unsurlarıdır.

⁷ Bryan S. Turner, *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006, s. 28.

⁸ Martha Albertson Fineman, "Vulnerability and Inevitable Inequality", *Oslo Law Review* 4, no. 4 2017, s. 142.

⁹ Martha Albertson Fineman, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 20, 2008, s. 1, 8.

¹⁰ Fineman, 2008, ss. 9-10.

¹¹ Fineman, 2008, s. 12.

¹² Fineman, 2008, s. 12.

Fineman'ın kırılgnanlığı geniş anlamıyla ele alması görüşü başka hukuk yazarları tarafından da paylaşılmaktadır. Örneğin Jonathan Herring'e göre hepimiz kırılgnanızdır, zira hepimiz fiziksel ve ruhsal sağlığımız için başkalarına derinden bağlıyızdır.¹³ Yazarın kendi geliştirdiği kırılgnalık tanımına göre, zarar riskiyle karşı karşıya olma, kişinin söz konusu riskten kolayca kaçınma olanağının olup olmaması ve son olarak şayet risk gerçekleşmişe, kişinin bu zararı gidermeye ilişkin olanakları, bir kimsenin kırılgn olup olmadığını belirleyen üç farklı bileşeni oluşturmaktadır.¹⁴

Turner, Fineman ve Herring'in içinde bulunduğu ekol, kırılgnanlığı herkes için geçerli bir durum olarak "geniş" anlamıyla ele almakta ve "evrensel kırılgnalık" veya "kırılgnalık tezi" yaklaşımını savunmaktadır.¹⁵ Evrensel yaklaşımı savunan yazarlara göre, kırılgnalık insani durumun temel bir özelliğidir, biyolojik olarak zorunlu ve kalıcıdır, aynı zamanda bireylerin kendilerini yaşamlarının farklı noktalarında içinde buldukları kişisel, ekonomik, sosyal ve kültürel koşullara da bağlıdır.¹⁶

Kırılgnalığın geniş tanımlarının karşısında kırılgnanlığı sadece belirli kişi veya gruplar açısından öngören tanımlar mevcuttur. Bu doğrultuda, kırılgnalığın "dar anlamları" kapsamında çeşitli grupları kırılgn olarak tanımlamak mümkündür.¹⁷ Örneğin Avrupa Cinsiyet Eşitliği Enstitüsü (EIGE) kadın ve çocukları kırılgn olarak nitelendirmiş, ayrıca "dezavantajlı durumda olan veya ötekileştirilmiş

¹³ Jonathan Herring, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 7, 10.

¹⁴ Jonathan Herring, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Cham: Springer, 2018, ss. 13-14.

¹⁵ Kate Brown/Kathryn Ecclestone/Nick Emmel, "The Many Faces of Vulnerability", *Social Policy & Society*, 16:3, 2017, s. 504. Geniş ve dar anlamlara karşılık gelecek şekilde yapılan bir başka ayırım da zayıf (thin) ve güçlü (thick) kırılgnalık ayırımıdır. Herkesin kırılgn olduğu yaklaşımı kırılgnalığın "zayıf" anlamı olarak nitelendirilirken birtakım gerekçeler doğrultusunda kırılgn sayılan kişilere yönelik güçlü kırılgnalık ifadesi kullanılmaktadır (Bakınız: Jennifer Collins, "The contours of 'vulnerability'", *Vulnerabilities, Care and Family Law* içinde, (Ed.) J. Wallbank/J. Herring, 54-96, Oxon: Routledge, 2014, s. 69).

¹⁶ Brown/Ecclestone/Emmel, s. 498.

¹⁷ AİHM kararlarında da kırılgnalığın sadece belirli kişi ve gruplar açısından kabul edilmesi anlamında dar şekilde tanımlandığı belirtilmektedir. (Bakınız: Elif Çelik, "İnsan Hakları Bakımından Kırılgn Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Kararlarındaki Görünürlüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, s. 68).

gruplara ait olan veya ait olduğu algılanan kişileri” de kırılğan gruplar arasında sıralamıştır.¹⁸ Avrupa Komisyonu Göç ve İçişleri’nin kırılğan insan (vulnerable person) tanımına göre ise “küçükler, refakatsiz çocuklar, engelli insanlar, yaşlılar, hamile kadınlar, küçük çocuklu bekar ebeveynler, insan ticareti mağdurları, ciddi hastalıkları olan kişiler, zihinsel bozuklukları olan kişiler ve işkence, tecavüz veya kadın sünneti mağdurları gibi diğer ciddi psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet türlerine maruz kalan kişiler” kırılğan kişiler olarak sıralanmıştır.¹⁹ “Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”²⁰ de kırılğan grubu “adli destek görevlileri tarafından yapılan bireysel değerlendirme sonucunda suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği tespit edilen mağdurlar ile adli sisteme dahil olan çocuklar”, olarak belirtmiş, kırılğan gruplara sunulacak olan hizmetleri de ayrı bir maddede düzenlemiştir (madde 7). Kırılğan grupların kimlerden oluştuğuna ilişkin bu tanımlar, kırılğanlık kavramının özüne ilişkin tartışmalar vesilesiyle netleşebilir. Zira kırılğanlık, normatif bir kavram olarak ortaya konmaktan ziyade ampirik gözlemler üzerinden yükselen tanımlayıcı bir kavramdır.²¹

Gerek geniş gerekse dar anlamda kırılğanlık, farklı açılardan eleştirilmiştir. Belirli bir insan yaklaşımına dayanan geniş anlamdaki kırılğanlık anlayışı kimi yazarlarca “radikal” olarak nitelendirilmiştir.²² Kırılğanlığın bu derece geniş tanımlanmasının kimi alanlarda elverişli bir çerçeve sunmadığı ileri sürülebilir. Örneğin Muhammet Koçakgöl, kırılğanlığı geniş anlamda ele almanın özellikle yaşlılık ve kadın yaşlılığı açısından bağlamı ve somut olaya ilişkin adaletsiz durumları gözden kaçırma riski taşıdığı uyarısında bulunmaktadır.²³ Kırılğanlığı

¹⁸ European Institute for Gender Equality, “vulnerable groups”, <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1429>, Erişim tarihi: 08.08.2020.

¹⁹ European Commission Migration and Home Affairs, “vulnerable person”, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/vulnerable-person_en, Erişim tarihi: 08.08.2020.

²⁰ Resmî Gazete, 10 Haziran 2020, S. 31151.

²¹ Martha Albertson Fineman, “Vulnerability and Social Justice”, *Valparaiso University Law Review* 53, no. 2 (Winter 2019), s. 358. Elif Çelik, kırılğanlığın tam olarak ne olduğuna ilişkin bir tanımın hiçbir uluslararası hukuk metninde bulunmadığını belirtmektedir (Çelik, 2020, s. 67).

²² Brown/Ecclestone/Emmel, s. 504. Brown et al. Evrensel kırılğanlık yaklaşımını paylaştıkları yazarlar arasında MacKenzie ve Goodin’i de saymıştır (Brown et al., s. 504).

²³ Koçakgöl, s. 396, 402.

geniş anlamda tutmak, özel koruma gerektiren grupları gözden kaçırmaya ve birtakım kırılgnlıkları normalleştirmeye sebep olurken, kavramı sadece (çocuklar, yaşlılar veya engelliler gibi) birtakım gruplara özgü olarak dar anlamda kullanmanın ise aslında herkes için bir şekilde söz konusu olan kırılgnlığı patolojik hale getirmek ve belki de bu grupları güçsüzleştirmek riskleri taşıdığı farklı yazarlarca dile getirilmiştir.²⁴ Bu eleştirileri bertaraf etmesi açasından Paul Formosa, her iki anlamın da kırılgnlık kavramına ilişkin tamamlayıcı olduğunu ve bir anlamda herkesin kırılgn olduğu kadar birtakım kişilerin daha fazla kırılgn olduğunu kabul etmekte ve ayrıca bazı kırılgnlıkların daha kötü veya haksızca olduğunu belirtmektedir.²⁵

Kırılgnlık, özellikle biyoetik çalışmalarda da sıklıkla zikredilmektedir. Biyoetik alanında öncelikli olarak araştırma etiğinde kırılgnlık kavramı çokça tartışılmıştır. Bu alanda kırılgnlık kavramı, araştırmaya katılanların koşulları veya niteliklerinden kaynaklanan rıza ve kötüye kullanıma ilişkin riskler konusunda etik komiteleri ve araştırmacıları uyarılmıştır.²⁶ İkinci olarak klinik etiğinde kırılgnlık özerklik, yararlılık veya bilerek zarar vermeme ilkeleri bağlamında tartışılan ve bu ilkelerin uygulanışına ilişkin yeni sorular ortaya atan bir kavram olarak ele alınmıştır.²⁷

Biyoetik alanında kullanılan kırılgnlık kavramına ilişkin olarak Wendy Rogers ikili bir ayırım yapar. Kimi çalışmalar kırılgnlığı insan olmanın bir koşulu olarak ele alıp bu anlamda “evrensel kırılgnlık” tanımına gönderme yaparken kimi çalışmalar bağlamsal koşullara dayanarak özellikle belirli bireyler açasından risklerin daha fazla olması anlamındaki kırılgnlığı esas almaktadır.²⁸ Bu son anlamda kullanılan kırılgnlık, sadece belirli grupların özel durumunu göz önünde bulundurması sebebiyle daha dar anlamıyla kırılgnlığa işaret etmektedir. Rogers’ın da işaret ettiği üzere özellikle kamu sağlığı alanına ilişkin “sosyal kırılgnlık” olarak nitelendirilen, sağlığın sosyal belirleyicileri

²⁴ Formosa, ss. 91-92.

²⁵ Formosa, s. 92.

²⁶ Wendy Rogers, “Vulnerability and Bioethics”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy içinde*, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, New York: Oxford University Press, 2014, s. 64, 70.

²⁷ Rogers, ss. 71-76.

²⁸ Rogers, s. 60.

ile ilgili yoksunluğa maruz kalan bireyleri veya grupları tanımlamak ve onların bu belirleyiciler dolayısıyla daha kötü sağlık riski altında olduğunu saptamak amacıyla kullanılan bir terim söz konusudur. Örneğin evsiz insanlar birtakım sağlık risklerine daha açıktırlar.²⁹ İkinci olarak, halihazırda zaten birtakım sağlık sorunları olan ve bu yüzden daha fazla sağlık riskine açık bulunan kişileri tanımlamak üzere kullanılan “medikal kırılğanlık” kavramı da kullanılmaktadır. Örneğin kronik rahatsızlığı bulunan veya depresyon tanısı konmuş bireyler ilaca, bakıma ve diğer hastalıklara karşı daha kırılğandırılar.³⁰ Bu iki kırılğanlık çoğu zaman iç içe geçmiş halde, birbirini etkileyerek bulunabilir.³¹ Bu iki kırılğanlık biçiminin de sadece birtakım grupların özel durumunu dikkate alarak onların savunmasızlığını ortaya koyması bakımından dar anlamda kırılğanlığa işaret ettiğini söylemek mümkündür. Bu anlamda geniş anlamda kırılğanlığın karşılığı olan “evrensel kırılğanlık” tanımı karşısında biyoetik alanında kırılğanlık daha dar anlamıyla ele alan “sosyal kırılğanlık” ve “medikal kırılğanlık” yaklaşımlarından bahsedildiği görülmektedir.

Catrina MacKenzie, Wendy Rogers ve Susan Dodds da doktrinlerdeki çeşitli kırılğanlık yaklaşımları arasında bir sınıflandırma yaparlar. Yazarlar, kırılğanlık kavramını kaynağına göre içkin (inherent), durumsal (situational) ve patojenik (pathogenic) olarak üçe; hallerine göre ise eğilimsel (dispositional) ve vakasal (occurent) olarak ikiye ayırmaktadırlar.³² İçkin kırılğanlık, bedenlerimizden, ihtiyaçlarımızdan, başkalarına bağımlılığımızdan, duygusal ve sosyal doğalarımızdan, kısacası insan olma durumundan kaynaklanan kırılğanlıklardır. Bu kırılğanlıkların bir kısmı (açlık ve susuzluk gibi) sürekliyen, bir kısmı yaşa, cinsiyete veya sağlık koşuluna bağlı olarak değişkendir.³³ İçkin kırılğanlıktan farklı olarak durumsal kırılğanlıklar bağlamsaldır ve kişisel, sosyal, siyasi, ekonomik veya çevresel durumlara göre kırılğanlık şiddeti artıp azalabilir.³⁴ Örneğin işsiz kalan bir birey durumsal

²⁹ Rogers, ss. 78-79.

³⁰ Rogers, s. 79.

³¹ Rogers, s. 79.

³² Mackenzie/Rogers/Dodds, s. 7. Çelik, söz konusu kaynağa yönelik ayrımları içkin/kalıtıl, koşulsal, patojenik olarak; hallerine göre ise doğuştan getirilen ve sonradan ortaya çıkan olarak çevirmiştir (Çelik, 2015, s. 81).

³³ Mackenzie/Rogers/Dodds, s. 7.

³⁴ Mackenzie/Rogers/Dodds, s. 7.

olarak kırılgnandır. Bu kırılgnanlığı eğitim durumu veya piyasada aranan özellikleri karşılayıp karşılamadığına göre kısa süreli veya uzun süreli olabilir.³⁵ Yine, doğal afetlere maruz kalan bireylerin durumu bu afetler sonucu alınan önlemler ve korumalara bağlı olarak değişkenlik gösterecektir.³⁶ Bu iki kaynak, yani içkin ve durumsal kırılgnlıklar birbirinden apayrı şekilde belirlemeyip, birbiriyle etkileşim içerisinde gelişebilir.³⁷ Söz gelimi bilişsel engele sahip, bu anlamda içkin olarak kırılgn olan bir birey iş veya ev bulmakta zorlanırsa durumsal kırılgnlıklarla da baş etmek zorunda kalabilir.³⁸ Ayrıca hem içkin hem durumsal kırılgnlıklar hallerine göre eğilimsel veya vakasal olabilir. Yazarlar bunu açıklamak için doğurgan kadın örneğini kullanırlar. Tüm doğurgan kadınlar doğuma ilişkin hayati tehlike içeren komplikasyonlara karşı eğilimsel olarak kırılgn olmakla birlikte hamile kadınlar sağlık koşulları, sosyo-ekonomik şartlar, yaşadığı coğrafya veya ait olduğu kültür gibi etkenlere göre şekillenen içkin ve durumsal bakımdan daha kırılgnadırlar.³⁹ Son olarak yazarlar, kaynağına göre ayırımıda üçüncü olarak, istismar içeren kişilerarası ve sosyal ilişkilerden veya sosyo-politik baskı ve adaletsizlik gibi çeşitli kaynaklardan üretilebilen patojenik kırılgnlıktan bahsetmektedirler. Bu kırılgnlığın en ayrıcı özelliği, özerkliği gölgeleyici ve güçsüzlük hissini arttırıcı olmasıdır.⁴⁰

MacKenzie, Rogers ve Dodds'un ayırımını bütünsel olarak değerlendirdiğimizde, söz konusu ayırım genel ve dar anlamda kırılgnlıkları da içeren, fakat kırılgnlığın derecesel ve bağlamsal oluşuna özellikle vurgu yapan bir niteliğe sahiptir diyebiliriz. Zira kırılgnlığın az ya da çok olmasının "derece" meselesi olduğu söylenebilir. Kırılgnlık, daha az veya çok olması anlamında "derece" meselesi olduğu gibi, kırılgn olmama veya zarar görmezliğin (invulnerability yani "yaralanmazlık") karşıt anlamı olarak ikili bir ayırım kapsamında da kullanılabilir.

³⁵ Catriona Mackenzie, "The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, New York: Oxford University Press, 2014, s. 39.

³⁶ Mackenzie/Rogers/Dodds, ss. 7-8.

³⁷ Mackenzie/Rogers/Dodds, s. 8.

³⁸ Mackenzie, s. 39.

³⁹ Mackenzie/Rogers/Dodds, 2014, s. 8.

⁴⁰ Mackenzie/Rogers/Dodds, 2014, s. 9. MacKenzie bu kırılgnlığın, durumsal kırılgnlığın alt türü olduğunu belirtmektedir (MacKenzie, s. 39).

Örneğin kadınlar testis kanserine karşı zarar görmez durumdadırlar.⁴¹ Tüm insanların kırılğan olduğu varsayımını temel alan geniş anlamda kırılğanlıkta “herhangi bir derecede” kırılğanlık söz konusuyken birtakım grupların daha kırılğan olduğu varsayımını savunan dar anlamdaki kırılğanlıkta “yüksek derecede” kırılğanlık söz konusudur.⁴² Yine karmaşık ve farklı biçimlerde karşımıza çıkan kırılğanlıklar her ne kadar evrensel ve sürekli olsa da, somut duruma özgüdür.⁴³ Bu anlamda kırılğanlığın içkin, durumsal, patojenik, eğilimsel ve vakasal ayrımları derece ve bağlama uygun bir zemin oluşturması bakımından elverişli bir sınıflandırma sunmaktadır.

Kırılğanlığın dışsal ve içsel unsurları olduğu da belirtilmektedir. Dışsal unsurlar, diğer bireylerden gelebileceği gibi, hava muhalefeti gibi doğal süreçler aracılığıyla bireyi zarar tehdidi altında bırakan güçler de olabilir. İçsel unsurlar ise bireyin söz konusu bu güçlerden kendisini koruma yetisine ilişkindir.⁴⁴ Kimi bireyler dışsal etkenlere maruz bırakılabilir ve eğer kendilerini bundan korumaktan yoksunlarsa içsel etkenler kapsamında da kırılğan sayılırlar. Doris Schroeder ve Eugenijus Gefenas hem dışsal hem içsel unsurları gözetten bir tanım olması açısından kırılğanlığı en genel ve yalın olarak kişinin zarar olasılığı karşısında kendisini koruyamaması olarak açıklar.⁴⁵

Bir başka ayırmada ise kırılğanlık nesnel ve öznel anlayışlara göre sınıflandırılmaktadır. Buna göre bir kimse dışarıdan, nesnel olarak kırılğan görülebilir, ancak kişinin kendi durumuna atfettiği anlama göre söz konusu kişi kırılğan hissetmeyebilir.⁴⁶ Joel Anderson’a göre bir kimse, kendisi için önemli olan şeyleri baltalayan faktörleri önleyebilecek durumda olmadığı ölçüde kırılğandır. Bu anlamda kırılğanlık, bir tür güç kontrolüdür.⁴⁷ Anderson’ın tanımındaki “kendisi için önemli

⁴¹ Formosa, s. 90.

⁴² Formosa, s. 91.

⁴³ Martha Albertson Fineman, “The Vulnerable Subject and the Responsive State”, *Emory Law Journal* 60, no. 2 (2010), s. 268.

⁴⁴ Herring, 2018, s. 10.

⁴⁵ Yazarlar bu genel tanımı farklı ögeler bağlamında kademeli olarak çeşitlendirmişlerdir (Doris Schroeder/Eugenijus Gefenas, “Vulnerability: Too Vague and Too Broad?”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 18 (2009), ss. 116-117).

⁴⁶ Herring, 2018, s. 11.

⁴⁷ Joel Anderson, “Autonomy and Vulnerability Entwined”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, New York: Oxford University Press, 2014, s. 135.

olan" ifadesinin, kırılgnlığın öznal anlayışına bir gönderme olduğunu söyleyebiliriz. Yine, bu ayrıma ilişkin olarak Herring, şizofreni hastalarının birtakım sesler duyuyor olması örneğini verir. Nesnel olarak bakıldığında orada olmayan birtakım seslerin şizofreniler açısından öznal bir rahatsızlık oluşturması ve onları bu anlamda kırılgn kıılması söz konusudur.⁴⁸

Bunların dışında, özellikle dar anlamda kırılgnlığın farklı özellikler temel alınarak keşişmesi durumunda çoklu veya çifte kırılgnlıktan bahsetmek mümkündür. Örneğin kız çocuklarının durumu ve kadın/yaşlı/engelli göçmenlerin konumu bu hususa işaret etmektedir.⁴⁹ Keşişimsellik⁵⁰ de ilgili olan bu husus birden fazla hassasiyetin aynı şahısta toplanıp kırılgnlığı pekiştirmesiyle ilgilidir.

Görüldüğü üzere kırılgnlık kavramı doktrinde çok farklı şekillerde tanımlanıp sınıflandırılabilir. Kırılgnlık "aynı anda birden fazla şekilde" tezahür etmekte ve bu anlamda farklı bireyler kırılgnlığı birbirinden farklı şekillerde deneyimlemektedirler.⁵¹ Kavramın tanımına ilişkin çeşitlilik ve belirsizliğe dair kimi yazarlar, farklı kişilerin bir fil hayvanını görmeden sadece dokunarak tanımlamaya çalışmasına benzetmektedir.⁵² Tuttukları yerin kuyruk, hortum, gövde veya diş olmasına göre tanım başkalaşmaktadır. Kuşkusuz kırılgnlık tanımının belirsizliği teorik ve pratik olarak birtakım sıkıntılar yaratmaktadır. Teorik düzeyde, her ne kadar kavramın önemli olduğunu kabul etsek de kırılgnlık ile ne demek istediğimizi sabitleyemediğimiz müddetçe bu önemin haklılığını kanıtlayamama, sınırlarını çizememe

⁴⁸ Herring, 2018, s. 11.

⁴⁹ Berfin Kart, "Felsefi Bir Sorun Olarak Mültecilik ve Çoklu Kırılgnlık", *ViraVerita E-Journal: Interdisciplinary Encounters*, Vol. 8, 2018, ss. 1-17.

⁵⁰ Keşişimsellik, cinsiyet, ırk, etnik köken, sınıf, yaş gibi pek çok özelliğin aynı kimlikte keşişmesine ve bunlara aynı anda bakmaya yönelik çok boyutlu bir bakış açısı sağlar (Kate Weston, "Me, Myself, and I", *Theorizing Intersectionality and Sexuality* içinde, Ed. Yvette Taylor/Sally Hines/Mark Casey, London: Palgrave Macmillan, 2010, s. 15).

⁵¹ Julie Wallbank/Jonathan Herring, "Introduction: vulnerabilities, care and family law", *Vulnerabilities, Care and Family Law* içinde, (Ed.) J. Wallbank-J. Herring, 12-53, Oxon: Routledge, 2014, s. 44.

⁵² Samia A. Hurst, "Vulnerability in Research and Health Care: Describing the Elephant in the Room?", *Bioethics*, Vol. 22, 2008: 192; Doris Schroeder/Eugenijus Gefenas, "Vulnerability: Too Vague and Too Broad?", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 18 (2009), s.114.

ve gerekçeleri temellendirememese meseleleri söz konusu olabilir.⁵³ Pratik zorluklar ise kırılğan bireylerin kim olduğunu belirleyip bunlara koruma sağlama hususunda yaşanabilir.⁵⁴ Ancak sosyal bilimlerdeki pek çok kavram gibi kırılğanlığın da belirsizliği kullanıldığı alana ilişkin esneklik sağlamaktadır. Bu doğrultuda biyoetik, hukuk, ekonomi ve hatta uluslararası savaş gibi pek çok konuda kırılğanlık kavramı mevcut sorunları yeniden düşünmek ve farklı çözüm yolları üretmek açısından elverişli bir paradigma sunmaktadır.⁵⁵

III. Kırılğanlık Karşısında Özerklik

Kırılğanlık paradigması çeşitli konular bağlamında hukuk ve siyaset teorilerinde yeni pencereler açmıştır. Bu başlık altında özel olarak kırılğanlığın hukuk, siyaset ve ahlak teorilerinde temel teşkil eden bireysel özerklik kavramı ışığında nasıl değerlendirilebileceği ve bu değerlendirmenin hangi kırılğanlık anlayışıyla daha uygun düşeceği tartışılacaktır. Kırılğanlık kavramı insan anlayışı ve etik hususunda da belirli tercihler ortaya koyduğu ve nihayetinde devletin sorumluluğuna ilişkin eşitlik ve sosyal adalete dair bir düşünme yolu sunduğu için tartışma çerçevesinde bu hususlara da özerklikle ilgisi kapsamında kısaca değinilecektir.

Kırılğan özne yaklaşımı, özerklik değerine ilişkin tartışmalara öncelikli olarak belirli bir insan anlayışı ortaya koyma bağlamında sirayet etmiştir. Kırılğan insan, hayatının çeşitli dönemlerinde karşılaşabileceği zarara ve riske karşı hassas bir yapıdadır. Özellikle yukarıda aktarılan Turner, Fineman ve Herring'in evrensel kırılğanlık yaklaşımına göre insan olmanın doğal bir koşulu olarak kırılğanlık karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla hukuk kitaplarında genel olarak temel alınan "ayrıcalıklı, varlıklı, sağlıklı, yetişkin erkek" insan anlayışına tezat, diğer insanlarla ilişki içerisinde, hayatının herhangi bir döneminde zarara açık kırılğan insan anlayışı hukuki sorumlulukların ve düzenlemelerin doğasını değiştirir niteliktedir.⁵⁶ Bu anlamda kırılğanlık kavramı

⁵³ Hurst, s. 191.

⁵⁴ Hurst, s. 191.

⁵⁵ Alyson Cole, "Hepimiz Yaralanabiliriz, ama Bazıları Diğerlerinden Daha Çok Yaralanabilir: Yaralanabilirlik Çalışmalarının Politik Muğlaklığı, Tereddütlü Bir Eleştirisi", Cogito Yaralanabilirlik içinde, Sayı 87, 2017, s. 75.

⁵⁶ Julie Wallbank/Jonathan Herring, "Introduction: vulnerabilities, care and family

ilk bakışta özerklik değeriyle çelişmekte ve hatta kimi yazarlara göre bu iki kavram birbirinin karşıtı olarak görölmektedir. Örneğin Fineman, liberal anlayışındaki özerk ve bağımsız birey anlayışına bir alternatif olarak “kırılgn özne” yaklaşımını savunur.⁵⁷ Ona göre bireylerin özerk ve bağımsız olduğu bir mitten ibarettir ve bu mit hukuka ilişkin pek çok kurumu da hatalı olarak şekillendirmiştir. Söz gelimi özerklik değeriyle parlatılan, her daim işlevsel olan ve özgür seçimler yapan bu yetişkin hukuki özne varsayımı aynı zamanda hukuktaki “makul insan” tanımının temellerini de oluşturur.⁵⁸ Makul insanın bu şekilde ele alınması ise hatalı bir çıkarsamadır, zira bireyler varsayıldığı şekilde özgür ve bağımsız değillerdir.

Öte yandan Mackenzie, Fineman’ın kırılgnlığı özerklik karşıtı olarak konumlandırmasına karşı çıkar. Ona göre Fineman, liberal anlamda özerkliği esas aldığı için bu karşıtlığı oluşturmaktadır. Halbuki ilişkisel özerklik yaklaşımları esas alındığı takdirde özerklik ve kırılgnlık birbirine karşıt olarak konumlanmaz, aksine kırılgnlığı azaltmak için çabalar özerkliğin desteklenmesi için çabalarla örtüşür.⁵⁹ Geleneksel anlamda veya liberal anlayışa uygun olarak özerklik, kendi kendine yetebilen, diğer insanlardan bağımsız ve her daim rasyonel şekilde hareket eden birey anlayışı üzerinden yükselmektedir. Oysaki bu anlayışın bir mitten ibaret olduğu eleştirilmiş ve alternatif olarak geliştirilen ilişkisel özerklikteki birey, kimliği içinde bulunduğu ilişkiler ve koşullar bağlamında şekillenen bir anlayışa dayandırılmıştır.⁶⁰ Kırılgnlık paradigması da ilişkilere ve bağlama yoğunlaşmayı gerektirdiğinden bu anlamda ilişkisel özerkliğin temelleriyle bağdaşmaktadır.

İlişkisel özerklik esas alındığı takdirde özellikle evrensel yaklaşımdaki kırılgn insan anlayışının etik bir temel oluşturduğunu da belirtebiliriz. Öncelikle, hassasiyete veya zarara açık olan bireylerin karşılaştıkları etik sorunları fark etmek ve bunları derinlemesine ele almak

law”, Vulnerabilities, Care and Family Law içinde, (Ed.) J. Wallbank/J. Herring, 12-53, Oxon: Routledge, 2014, s. 12.

⁵⁷ Fineman, 2008, s. 2.

⁵⁸ Fineman, 2019, ss. 355-356.

⁵⁹ Mackenzie, s. 35, 37, 41.

⁶⁰ Konuya ilişkin daha detaylı bir açıklama için bakınız: Nadire Özdemir, İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, ss. 132-147.

kırılgnlık kavramıyla mümkündür.⁶¹ Ancak bu etik anlayışın daha ziyade ilişkişel özerkliğın temel aldığı etik anlayış olan ihtimam etiğıyle daha fazla örtüşüğünü söylemek mümkündür. Özellikle evrensel kırılgnlığın ortaya koyduğuş insan anlayışını, karşılıklı bağımlılığa ve ihtimama dayandığı için birey gelişiminin insan ilişkileri kanalıyla olacağını belirtmektedir.⁶² Bu husus da ihtimam etiğı yaklaşımının temel varsayımıyla paralellik göstermektedir. İhtimam etiğı, bireylerin koşulları ve ilişkileri ile bu ilişkiler kanalıyla birbirlerine göstereceğı ihtimam değerini ön plana çıkarmaktadır.⁶³ İlişkilerde kırılgnlığın karşılıklı olarak mevcut bulunması, insanların birbirinin ve bu vesileyle kendilerinin ihtiyaçlarını fark edip buna ilişkin çözüm aramasını ve yardımlaşmasını sağlar.⁶⁴ Bu doğrultuda, yukarıda belirtilmiş olan ilişkilere gömülü kırılgn insan yaklaşımı, sorunlara ilişkin etkileşimli ve işbirliğine dayanan çözüm yollarını aramaya teşvik eder.⁶⁵

Bunun bir yansıması olarak insanların kırılgnlığı, sorumluluğumuzun da kaynağını oluşturur.⁶⁶ Bu sorumluluk, kırılgn bireyin ilişkide olduğu diğer kırılgn bireylere yönelik bütünsel bir yaklaşımla hareket etmesini de gerektirmektedir. Zira özellikle yargısal konularda bir kişi hakkında verilecek bir karar, alınacak bir tedbir, o kişinin ilişkide olduğu pek çok bireyi etkileyecektir. Örneğın aile içi şiddet davalarında verilen kararlar, sadece şiddete uğrayan ve şiddet uygulayan bireyi değil, bu bireylerle ilişki içerisinde bulunan tüm aile fertlerinin koşullarını hesaba katmayı gerektirir. Veya velayete ilişkin kararlarda çocuğın yüksek menfaati değerlendirilirken sadece velayet kendisine bırakılan ebeveyn değil, çocukla ilişkide bulunan diğer ebeveynin de bu ilkeye katkısı göz önünde tutulur. Bu anlamda ihtimam etiğı tüm ilişkileri gözetir, ancak sadece sağlıklı ilişkileri değerli görüp bunların korunmasına; sağlıksız ilişkilerin ise dönüştürülmesine odaklanır. Bu husus ilişkiler dolayısıyla da kırılgn bireyler olduğumuz düşüncesini yansıtmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Judith Butler kırılgnlığın,

⁶¹ Kart, s. 10, 14.

⁶² Charles Foster/Jonathan Herring, *Human Thriving and the Law*, Cham: Springer, 2018, s. 57, 59.

⁶³ Özdemir, ss. 138-141.

⁶⁴ Foster/Herring, s. 57, 59.

⁶⁵ Foster/Herring, s. 59.

⁶⁶ Mary C. Ruof, "Vulnerability, Vulnerable Populations, and Policy", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 14, No. 4, 2004, s. 413.

sosyal olarak oluşturulmuş bedenler olmamızdan kaynaklandığını ve başkalarına bağlı varlıklar olmamızın, bu bağları kaybetme korkusunu taşımamıza, bu bağlar vesilesiyle başkalarına maruz kalmamıza ve hatta bu maruziyet yüzünden şiddete uğrama riski taşımamıza sebep olduğuna dikkat çeker.⁶⁷

İlişkileri ön planda tutmak, bu ilişkiler vesilesiyle oluşan kırılgnlıkları da görmeyi kolaylaştırır. İlişkiler ağının merkezinde yer alan kırılgn insan yaklaşımı da ahlaki yükümlölüklerle ve adaletin gerektirdiklerine ilişkin bir temel teşkil eder. Kısacası, kırılgnlığın etik temeli hem derinleşmiş etik sorunları görmek hem de ilişkide bulunduğumuz diğer insanlara karşı sorumluluklarımızı temellendirmek açısından ortaya çıkmaktadır ve ihtimam etiği ve onu temel alan ilişkisel özerklik yaklaşımı bu temellendirmeye daha uygun bir teorik zemin sunmaktadır.

IV. Kırılgn Özerk Birey ve Devletin Sorumluluğu

Kırılgn özne ve özerklik ilişkisi, devletin sorumluluğuna dair da birtakım hususları gerektirmektedir. Kırılgnlık ve devletin sorumluluğunu özellikle Fineman vurgulamaktadır. Fineman'a göre kırılgnlığa duyarlı bir devlet hem yasa yapmada hem de uygulamada, kaçınılmaz eşitsizliğin sonucu olan ilişkileri veya konumları gözeten, evrensel kırılgnlık ve insanlar arası bağımlılığı tanıyan ve sosyal adaletin gereklerini yerine getiren bir devlet olmalıdır.⁶⁸ Dolayısıyla kırılgnlık karşısında devletin sorumluluğu başlıca sosyal adalet ve eşitlik ilkeleri bağlamında ele alınabilir.

Öncelikle, sosyal politikaların kırılgnlıkla ilişkilendirilmesi, kırılgnlığın sosyal adalete katkılarını ortaya koymaktadır. İnsana dair kırılgnlığın ve bağımlılığın tanınması üzerine inşa edilen kırılgnlık teorisi, sosyal adaleti gözetirken hukuki kurumları ve ilişkileri neden dikkate almamız gerektiğini de aydınlatmaktadır.⁶⁹ Örneğin zihinsel engellilerin kendine özgü kırılgnlığını görmek, yaşadıkları spesifik hak ihlallerini belirlemek ve buna ilişkin çözümler bulmak

⁶⁷ Judith Butler, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, New York: Verso, 2004, s. 20.

⁶⁸ Fineman, 2017, s. 149.

⁶⁹ Fineman, 2019, s. 367.

sosyal adalet açısından daha net adımlar atmaya sağlar.⁷⁰ Veya dezavantajlı grupların adalete erişimde yaşadıkları zorlukları saptamak ve bunları ortadan kaldırmak, içinde buldukları koşulları gözeten bağlamsal ve bütünsel bir değerlendirme sonucu oluşturulacak sosyal politika araçlarıyla mümkündür. Yine, çoklu kırılmalı öznesi olan göçmen kadın ve kız çocuklarının temel haklarını iyileştirmek adına söz konusu bireylerin yaş, cinsiyet, göçmenlik statüsü gibi çeşitlenen özelliklerine özgü ihtiyaçları görmek ve buna cevap veren özel politikalar oluşturmak sosyal adalet ilkesini hayata geçirmek anlamına gelir. Bu anlamda kırılmalı azaltmak ve özerkliği desteklemek hususu sosyal adaletin bir gereğidir.⁷¹ MacKenzie'ye göre kırılmalı, özerklik değeriyle desteklenmedikçe paternalist sosyal politikalar aracılığıyla baskı ve müdahalenin artması ve bu anlamda (bir önceki başlıkta aktarılan) patojenik kırılmalıların türetilmesi söz konusu olabilir.⁷²

Devletin sorumluluğu, devletin eşitlik ilkesine uygun davranmasıyla da ilişkilidir. Bu doğrultuda kırılmalı yaklaşımı, özerklik ve sosyal adaletle de ilişkili olan eşitlik değeri üzerine yeniden düşünmeyi sağlamıştır. Özellikle kurumlarda somutlaşan yapısal eşitsizliğin bireyler üzerindeki etkisini görmek ve anlamak bakımından kırılmalı elverişli bir araçtır.⁷³ Öte yandan kırılmalı eşitlik değeri ışığında ele alırken özellikle eşitliğin farklı anlamları arasında ayırım yapmak gerekir. Aristoteles'ten beri çeşitli teorisyenler eşitliğin farklı anlamları üzerinde durmuştur.⁷⁴ En klasik anlamdaki şekli eşitlik, aynılık kavramı üzerinden yükselir. Kırılmalı açısından düşündüğümüzde, özellikle evrensel veya geniş anlamda kırılmalı bağlamında insan olmaktan ötürü herkesin doğası gereği zarara ve incinebilirliğe aynı şekilde açık olduğunu belirtirken aynılık anlamındaki eşitliğe işaret ettiğimizden söz edebiliriz. Maddi eşitlik ise şekli anlamda eşitliğin yetersiz olduğu eleştirisi üzerinden gelişir ve içeriksel olarak eşitliğe

⁷⁰ Bielby, s. 13.

⁷¹ Catriona Mackenzie, "The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, New York: Oxford University Press, 2014, s. 34.

⁷² Mackenzie, 2014, ss. 46-47.

⁷³ Elizabeth L. MacDowell, "Vulnerability, Access to Justice, and the Fragmented State", *Michigan Journal of Race & Law* 23 (2017), s. 78.

⁷⁴ Christine M. Koggel, *Perspectives on Equality: Constructing a Relational Theory*, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 1998, s. 13.

vurgu yapar.⁷⁵ Şekli ve maddi eşitliğin daha derinleşmiş anlamlarını yansıtan dönüştürücü eşitlik ise yapıların ve bilhassa koşulların değişimine işaret eder ve eşitsizliğin kaynağını ele alarak bu eşitsizlikleri pekiştiren iktidarın dönüşümünü amaçlar.⁷⁶ Bu anlamda özellikle dönüştürücü eşitlik, kırılgn bireyleri güçlendirmek adına bilhassa devletin aktif bir rol oynamasını teşvik eder. Bu aktif rolün içeriği de kuşkusuz yukarıda kısaca zikredilen özerklik değeri ve sosyal adalet ilkesi doğrutusunda yapılacaktır.

Nihayetinde özerklik değeri ışığında ele alınan sosyal adalet ve eşitlik ilkeleri kırılgn birey karşısında devletin sorumluluğuna ilişkin yeni yaklaşımları gündeme getirmektedir. Devlet, sosyal kurumların özünü oluşturan birey ilişkilerinin doğasını şekillendirici gücü haizdir.⁷⁷ Bu doğrutuda kırılgn özneyi temel alan bir yaklaşım hukuki düzenlemelerin ve kurumların bu kırılgnlık ekseninde farklı yapılandırılmasını gerektirir. Söz gelimi, yukarıda aktarılmış olan biyoetik ve kırılgnlığa ilişkin tartışmalar, devletin sağlık politikalarına ilişkin olası riskleri azaltmak için elverişli araçları bulmak adına yükümlülüğünü yeniden gözden geçirmesini şart koşar.⁷⁸ Kırılgnlık yaklaşımına göre, devletin herhangi bir vatandaş grubunu diğerlerine göre haksız yere ayrıcalıklı kılan bir sistemi hoş görmeme yükümlülüğü vardır.⁷⁹ Devlet, kırılgn bireyi korumak, bireylerin kırılgnlığını giderebildiği ölçüde gidermek ve kurum ve kişilerin bu farkındalıkla hareket etmesini sağlamak adına politik düşünmeyi zorunlu kılar. Zira kırılgnlık, farklılıkları tanıyan ve yasal özneler arasındaki kaçınılmaz eşitsizlik durumlarını gözeten politik bir düşünme yolu sunar. Bu bağlamda, Fineman'a göre kırılgnlık teorisi, kaçınılmaz veya çözülemez eşitsizlik durumlarında da uygulanabilir ve de bu durumlarda eşitliği değil

⁷⁵ Maddi eşitliğin daha derinleşmiş bir şekli olarak fırsat eşitliğinden de bahsedebiliriz. Fırsat eşitliği, özellikle başarı ve yetenek yoluyla temel sosyal kurumlara erişimin herkese açık olmasıyla ilgilidir ve bu eşitlik yaklaşımı sıklıkla "şartların eşitliği" yaklaşımından ayrı düşünülemez (Bryan Turner, *Equality*, Sussex: Ellis Horwood, 1986, s. 35).

⁷⁶ Ayça Kurtoğlu, (2015). *Toplumsal Cinsiyetin Anaakımlaştırılması. İçinde Hak Temelli İzleme ve Değerlendirme ve Toplumsal Cinsiyetin Anaakımlaştırılması*, CEİD: Ankara, s. 161.

⁷⁷ Fineman, 2019, ss. 365-366.

⁷⁸ Rogers, s. 84.

⁷⁹ Fineman, 2010, s. 274.

hakkaniyet değerini temel alır.⁸⁰ Sorumlu devlet, bireyler arasındaki farklılıkları yapısal bir mesele olarak görüp devlet kurumlarının bu meseleyi ele almada insanın kırılabilir bir varlık oluşunu ne kadar gözettiği hususuna odaklanır.⁸¹ Kırılabilirliği gözetilen devletin sorumluluğu bu anlamda “güçlü bir refah devletine” işaret etmektedir.⁸²

Geniş anlamda kırılabilirliği savunan Fineman, kırılabilirliğin karşısının yaralanamazlık (invulnerability) olmadığını; zira bunun başarılmasının imkânsız olduğunu belirtir. Ona göre kırılabilirliğin karşıtı talihsizlikle başa çıkabilmek ve yüzleşmek için bazı araçlara sahip olmaktan kaynaklanan esneklik ve dirençlilik (resilience).⁸³ Kırılabilirliğin aksine dirençlilik doğuştan gelmez; zamanla ve devlet tarafından oluşturulan kurumlar içinde sosyal, politik ve ekonomik ilişkiler aracılığıyla üretilir.⁸⁴ Bu doğrultuda kırılabilirliğe duyarlı bir devlet, bireysel ve kurumsal dirençliliği destekleyen araçlar ortaya koyar.⁸⁵

Öte yandan, ilişkisel özerklik yaklaşımı temel alındığı takdirde kırılabilirliğin karşıtı olmasa da kırılabilirlikle başa çıkabilmek adına özerkliğin güçlendirilmesinin bir alternatif olduğu vurgulanabilir. Koşulları ve ilişkileri göz önünde tutan bir özerklik yaklaşımı, bu koşullar ve ilişkiler vesilesiyle oluşan kırılabilirlikleri de görmeyi kolaylaştırır ve bu kırılabilirliklerle, birey özerkliğini güçlendirerek mücadele eder. Bu mücadelede özellikle dönüştürücü eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri devletin sorumluluğunu belirlemede ışık tutacaktır.

V. Değerlendirme

Kırılabilirliğe dair çeşitli yaklaşımlar bu kavramın hukuk ve siyaset felsefesi literatürüne farklı kollardan katkısına da işaret etmektedir. Ortaya konduğu üzere kavrama ilişkin farklı görüşler ve çeşitli sınıflandırmalar mevcuttur. Bu çeşitliliğin, kırılabilirlik kavramını belirsizleştirdiği düşünülebilir. Ancak kavramın çeşitliliğinden kaynaklanan

⁸⁰ Fineman, 2017, s. 143.

⁸¹ Fineman, 2017, s. 145.

⁸² Cole, s. 75.

⁸³ Fineman, 2010, s. 269.

⁸⁴ Fineman, 2015, s. 2090.

⁸⁵ Deborah Dinner, “Vulnerability as a Category of Historical Analysis: Initial Thoughts in Tribute to Martha Albertson Fineman”, *Emory Law Journal*, Vol. 67, 2018, s. 1151.

belirsizlik bir nevi esneklik de sağlamaktadır ve bu esnekliğin aynı zamanda kırılgnalık kavramının “çok-amaçlı” olmasına da hizmet ettiği söylenebilir.⁸⁶ Kırılgnalık teorisi, yeni eleştirel sorular ortaya atmak, birey ve devletin sorumluluğu ve hukukun rolü hakkında yerleşik varsayımlara meydan okumak ve eşitsiz sosyal ilişkileri yeniden ele almak için elverişli bir “şablon” sunmaktadır.⁸⁷ Bu şablon, kırılgnalıkların yarattığı eşitsiz koşulları dönüştürücü eşitlik ışığında ortadan kaldırıp bu anlamda birey özerkliğini güçlendirici koşullar sağlamak ve sosyal adalet ilkesi çerçevesinde kaçınılmaz kırılgnalıklara ilişkin devletin gerekli önlemleri alması adına önemli bir bakış açısı ortaya koymaktadır. Ancak bu bakış açısının belirli bir kırılgnalık ve özerklik anlayışı temel alındığı takdirde daha sağlam bir zemine oturacağını belirtmek mümkündür.

Bireyi diğer insanlardan ve koşullardan bağımsız olarak resmeden liberal anlamdaki özerkliğin eleştirisi olarak getirilen ve ihtimam etiği teorisi üzerinden yükselen ilişkisel özerklik, birey kimliğinin ve tercihlerinin ilişkiler ve koşullar vesilesiyle şekillendiğini belirterek bağlamsal ve bütünsel bir yaklaşımı esas alır. Kırılgnalık yaklaşımının da ihtimam gösterme, ihtiyacı olanla ilgilenme gibi “değersizleştirilmiş” birtakım eylemlerin (özellikle feminist yazarların da katkısıyla) yeniden gündeme getirilmesine vesile olduğu belirtilmektedir.⁸⁸ Bu eylemlerin ilişkisel özerklik ve ona temel oluşturan ihtimam etiğiyle ilişkisi düşünöldüğünde kırılgnalık yaklaşımının söz konusu özerklik teorisi ışığında ele alınması daha uygun görünmektedir. Bu anlamda Mackenzie'nin liberal anlamda özerklik ile kırılgnalığın değerlendirilmesinin hatalı olacağına ilişkin eleştirisi haklı bir eleştiri gibi durmaktadır. Ayrıca gerek kırılgnalığın gerek özerkliğin bağlamsal şartlarda azalıp artması söz konusu olduğundan ilişkisel özerklik bu kesişimi daha iyi yansıtır gibidir.⁸⁹

Dikkat edilirse bu açıklamalar, kırılgnalığın geniş veya evrensel tanımlarını daha fazla dikkate alıyor gibi durmaktadır. Zira sadece belirli insanların kırılgn değil, tüm insanların doğası gereği ve ayrıca di-

⁸⁶ Cole, s. 76.

⁸⁷ Fineman, 2017, s. 134.

⁸⁸ Cole, s. 79.

⁸⁹ Margaret Isabel Hall, “Relational Autonomy, Vulnerability Theory, Older Adults and the Law: Making It Real”, *Elder Law Review* 12, no. 1 (2019), s. xiii, xxii.

ğer insanlarla ilişkide bulunması vesilesiyle zarara ve incinmeye açık olması söz konusudur. Ancak elbette bazı ilişkiler ve koşullar kimi insanları diğerlerine nazaran daha kırılğan kılabılır. Bu doğrultuda, yukarıda aktarılan Formosa'nın her iki kırılğanlık anlamının da kavrama ilişkin tamamlayıcı olduğunu ve herkesin kırılğan olduğu kadar bazı kişilerin daha fazla kırılğan olduğunu vurgulaması⁹⁰ yerindedir. Bu vurgu, geniş anlamdaki kırılğanlığı gölgede bırakmayacak ve fakat koşulları dolayısıyla bağlamsal olarak daha kırılğan olan bireyleri (dar anlamda kırılğanlıkla uyumlu şekilde) daha özel bir koruma altına alacak düşünsel bir temeli haizdir.

Bu doğrultuda devletin sorumluluğunun ve bu sorumluluğu yerine getirme araçlarından hukukun rolünün kırılğanlıkların vücut bulduğu ilişkileri, koşulları ve bağlamları dikkate alarak bireyi güçsüz kılan kırılğanlıkları azaltıp özerkliği destekleyen önlemler almak olduğunu belirtebiliriz. Zira yukarıda açıklanan kırılğan insan anlayışı ve buna ilişkin etik sorumluluk, yasal müdahalenin de doğasını şekillendirir: Hukuk (liberal anlamdaki) bağımsızlığı ve özerkliği teşvik etmektense, (insan doğasına daha uygun olarak) ilişkileri ve bu ilişkilerdeki kırılğan bireylerin ihtiyaçlarını gözetir şekilde hareket eder.⁹¹ Bu da devletin hukuki zeminlerde kırılğanlık paradigmasını sosyal politikalar aracılığıyla devreye sokmasıyla mümkün kılınacaktır.

Kaynakça

Kitaplar

- Anderson Joel, "Autonomy and Vulnerability Entwined", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Eds) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, 134-161, New York: Oxford University Press, 2014.
- Butler Judith. *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, New York: Verso, 2004.
- Cogito, *Yaralanabilirlik*, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, Sayı 87, 2017.
- Collins Jennifer, "The contours of 'vulnerability'", *Vulnerabilities, Care and Family Law* içinde, (Ed.) J. Wallbank-J. Herring, 54-96, Oxon: Routledge, 2014.
- Foster Charles/Herring Jonathan, *Human Thriving and the Law*. Cham: Springer, 2018.

⁹⁰ Formosa, s. 92.

⁹¹ Foster/Herring, s. 63.

- Herring Jonathan, *Vulnerable Adults and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Herring Jonathan, *Vulnerability, Childhood and the Law*. Cham: Springer, 2018.
- Koggel Christine M., *Perspectives on Equality: Constructing a Relational Theory*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, 1998.
- Öktem Niyazi/Türkbağ Ahmet Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*. İstanbul: Der Yayınları, 2017.
- Özdemir Nadire, *İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Turner Bryan, *Equality*. Sussex: Ellis Horwood, 1986.
- Turner Bryan S., *Vulnerability and Human Rights*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006.

Makaleler

- Bielby Phil, "Towards a legal theory of mental health vulnerability", Workshop on Vulnerability and Social Justice, June 17-18, Leeds, Leeds University, (2016), ss. 1-30.
- Brown Kate/Ecclestone/Kathryn/Emmel, Nick. "The Many Faces of Vulnerability", *Social Policy & Society* 16:3, (2017), ss. 497-510.
- Cole Alyson, "Hepimiz Yaralanabiliriz, ama Bazıları Diğerlerinden Daha Çok Yaralanabilir: Yaralanabilirlik Çalışmalarının Politik Muğlaklığı, Tereddütlü Bir Eleştirisi, Cogito Yaralanabilirlik içinde, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, Sayı 87 (2017), ss. 72-96.
- Çelik Elif, "İnsan Hakları Bakımından Kırılgan Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Kararlarındaki Görünürlüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 1 (2020), ss. 57-77.
- Dinner Deborah, "Vulnerability as a Category of Historical Analysis: Initial Thoughts in Tribute to Martha Albertson Fineman", *Emory Law Journal*, Vol. 67 (2018), ss. 1149-1163.
- Fineman Martha Albertson, "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 20 (2008), ss. 1-24.
- Fineman Martha Albertson, "The Vulnerable Subject and the Responsive State", *Emory Law Journal* 60, no. 2 (2010), ss. 251-276.
- Fineman Martha Albertson, "Vulnerability and the Institution of Marriage", *Emory Law Journal* 64, no. 6 (2015), ss. 2089-2092.
- Fineman Martha Albertson, "Vulnerability and Inevitable Inequality", *Oslo Law Review* 4, no. 4 (2017), ss. 133-149.
- Fineman Martha Albertson, "Vulnerability and Social Justice", *Valparaiso University Law Review* 53, no. 2 (Winter 2019), ss. 341-370.
- Formosa Paul, "The Role of Vulnerability in Kantian Ethics", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy içinde*, (Ed.) Catriona Mackenzie /Wendy Rogers/Susan Dodds, 88-109. New York: Oxford University Press, 2014.
- Hall Margaret Isabel, "Relational Autonomy, Vulnerability Theory, Older Adults and the Law: Making It Real", *Elder Law Review* 12, no. 1 (2019), ss. i-xxii.

- Hurst Samia A., "Vulnerability in Research and Health Care: Describing the Elephant in the Room?", *Bioethics*, Vol. 22 (2008), ss. 191-202.
- Kart Berfin, "Felsefi Bir Sorun Olarak Muhtecilik ve Çoklu Kırılğanlık", *ViraVerita E-Journal: Interdisciplinary Encounters*, Vol. 8. (2018), ss. 1-17.
- Koçakgöl Muhammet, "CEDAW'ın 'Yaşlı Kadınların Kendilerinin ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin 27 sayılı Genel Tavsiyesi'nde Kırılğanlık Kavramı", *TBB Dergisi* 143 (2019), ss. 385-406.
- MacDowell Elizabeth L., "Vulnerability, Access to Justice, and the Fragmented State", *Michigan Journal of Race & Law* 23 (2017), ss. 51-104.
- Mackenzie Catriona/Rogers Wendy/Dodds Susan, "Introduction: What Is Vulnerability, and Why Does It Matter for Moral Theory?", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, 1-29, New York: Oxford University Press, 2014.
- Mackenzie Catriona, "The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, 33-59, New York: Oxford University Press, 2014.
- Rogers Wendy, "Vulnerability and Bioethics", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* içinde, (Ed.) Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, 60-87, New York: Oxford University Press, 2014.
- Ruof Mary C., "Vulnerability, Vulnerable Populations, and Policy", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Vol. 14, No. 4 (2004), ss. 411-425.
- Schroeder Doris/Gefenas Eugenijus, "Vulnerability: Too Vague and Too Broad?", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* (2009), ss. 113-121.
- Wallbank Julie/Herring Jonathan, "Introduction: vulnerabilities, care and family law", *Vulnerabilities, Care and Family Law* içinde, (Ed.) J. Wallbank/J. Herring, 12-53, Oxon: Routledge, 2014.
- Weston Kate, "Me, Myself, and I", *Theorizing Intersectionality and Sexuality* içinde, (Ed.) Yvette Taylor/Sally Hines/Mark Casey, 15-36, London: Palgrave Macmillan, 2010.

İnternet Kaynakları

- European Institute for Gender Equality, "vulnerable groups", <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1429>, Erişim tarihi: 08.08.2020.
- European Commission Migration and Home Affairs, "vulnerable person", https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/glossary_search/vulnerable-person_en, Erişim tarihi: 08.08.2020.

Diğer Kaynaklar

- Çelik Elif, İnsan Onurundan İnsan Kırılğanlığına: İnsan Haklarının Temelinde Yatan Kavramları Yeniden Ele Almak, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı, Ankara 2015.
- Kurtoğlu Ayça, Toplumsal Cinsiyetin Anaakımlaştırılması İçinde Hak Temelli İzleme ve Değerlendirme ve Toplumsal Cinsiyetin Anaakımlaştırılması, CEİD: Ankara, 2015.

